

ESTUDOS DE DIREITO DO AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

ANAIS DO XIII CODAIP

Congresso de Direito de Autor
e Interesse Público

UFPR • GEDAI • UNICURITIBA

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.



UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br
Prefixo Editorial: 67141
GEDAI/UFPR

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ	J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Carol Proner – UniBrasil	Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
José Augusto Fontoura Costa – USP	Sérgio Staut Júnior – UFPR
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Valentina Delich – Flasco/Argentina

Capa: Marcelle Cortiano

Projeto gráfico e finalização: Sônia Maria Borba

Diagramação: Bruno Santiago Di Mônaco Rabelo

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros e Magna Knopik

Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2019: Curitiba, PR)
Organizadores: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Sérgio Said Staut Jr e
Marcia Carla Pereira Ribeiro

EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL

Disponível em: www.gedai.com.br

ISSN: 2178-745X

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

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

PREFIXO EDITORIAL 67141

Esta obra é distribuída por meio da Licença **Creative Commons 3.0**
Atribuição/Usos Não Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



MARCOS WACHOWICZ
JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA
SÉRGIO SAID STAUT JR
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Organizadores

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

ANAIS DO XIII CODAIP

Congresso de direito de
autor e interesse público

UFPR • GEDAI • UNICURITIBA

Curitiba



2019



APRESENTAÇÃO

O XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), teve como temática central o contexto de desenvolvimento das “A REFORMA DO DIREITO AUTORAL NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL: no contexto de desenvolvimento das Tecnologias de Informação e comunicação” tendo sido realizado nos dias 4 e 5 de novembro de 2019, nos auditórios e salas do Centro Universitário da UNICURITIBA na Cidade de Curitiba/Pr.

Em sua 13ª 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 XIII 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, com vários eventos concomitantes a saber:

- 8ª OFICINAS DE DIREITO AUTORAL - nos dias 4 e 5 de novembro de 2019
- 8º WORKSHOP DOS GRUPOS DE PESQUISA - nos dias 4 e 5 de novembro de 2019
- 2º MINICURSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - nos dias 4 e 5 de novembro de 2019
- 1º CONCURSO APRESENTE SUA TESE NO CODAIP - nos dias 5 de novembro de 2019
- XIV SEMINÁRIO INTERNECIONAL SOBRE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PROPRIEDADE INTELECTUAL - nos dias 6 e 7 de novembro de 2019

No transcorrer do evento foram abordados temas que têm sido objeto de ampla discussão no Brasil e no exterior na área do Direito de Autor nos tópicos dos diferentes painéis: Direito de Autor e Gestão Coletiva; Direito de Autor e Liberdade de Criação; Direito de Autor e a Função do Estado; Direito de Autor e Acervos Digitais; Direito de Autor e Acesso à Cultura; Direito de Autor e Acesso à Internet; Direito de Autor e Cultura Digital; Direito de Autor e Dignidade Humana; Direito de Autor e Direito do Consumidor; Direito de Autor e Domínio Público; Direito de Autor e expressões artísticas; Direito de Autor e Licença Não-Voluntária; Direito de Autor e novos modelos de Negócio; Direito de Autor e Plágio; Direito de Autor e Prazo de Proteção; Direito de Autor e projetos de Digitalização; Direito de Autor e Reforma da Lei; Direito de Autor e Sociedade da Informação; Direito de Autor e Transformação Criativa, e; Direito de Autor no cenário Internacional.

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 “A REFORMA DO DIREITO AUTORAL NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL: no contexto de desenvolvimento das Tecnologias de Informação e comunicação”, 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 XIII 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, o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR, da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES e do Ministério da Cidadania.

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 inmensuravelmente também, a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do XIII 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 este 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



SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

DIREITO DE AUTOR E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: DA ADOÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO ÀS DECISÕES AUTOMATIZADAS	15
<i>Letícia Canut Marcos Wachowicz</i>	
TECNOLOGIA E PODER JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE A IMPLANTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	37
<i>Luciana Reusing Arthur Viana da Silva Gustavo Lima da Silva</i>	
DIREITO AUTORAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OPÇÕES LEGISLATIVAS	57
<i>Carla Frade de Paula Castro</i>	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS AUTORAIS NA UNIÃO EUROPEIA: OBRAS CRIADAS DE FORMA AUTÔNOMA POR COMPUTADORES PODEM SER PROTEGIDAS?	73
<i>Eduarda Sordi Pinheiro Machado Kelly Lissandra Bruch</i>	
ROYAL SOCIETY E OS DESAFIOS POSTOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	89
<i>Allan Rocha de Souza Leon Queiroz Ramos Luís Henrique Dutra Mageste</i>	
INTEROPERABILIDADE E LEGADO: POR QUE NINGUÉM FALA DISSO?	105
<i>Alexandre Cantini Rezende</i>	

CAPÍTULO 2

DIREITO AUTORAL E NOVAS TECNOLOGIAS

REFORMA DA LEI DE DIREITO AUTORAL EM RAZÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS E MODELOS DE NEGÓCIOS NA INTERNET	129
<i>Marcos Henrique Costa Leroy Aline da Rocha Reis</i>	
O DIREITO DE AUTOR NAS TECNOLOGIAS DIGITAIS	145
<i>Bibiana Biscaia Virtuoso Heloisa Augusta Vieira Molitor</i>	
A HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS COM A CONSTITUIÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS	159
<i>Eduardo Miceli Fanti Fajardo Isabella de Souza Polillo Pinto</i>	
DIREITO AUTORAL DE <i>SOFTWARES</i> DESENVOLVIDOS EM <i>CROWDSOURCING</i> : CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE SUA PROTEÇÃO ATRAVÉS DE <i>SMART CONTRACT</i>	173
<i>Samyr Béliche Vale Carlos Anderson dos Santos Ferreira</i>	
A TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS NAS PLATAFORMAS DE <i>STREAMING</i>	187
<i>Flávia Holz Angst Salete Oro Boff</i>	

CAPÍTULO 3

DIREITO AUTORAL E *BLOCKCHAIN*

OPORTUNIDADES E DESAFIOS NO USO DO <i>BLOCKCHAIN</i> PARA PROTEÇÃO DE DIREITO AUTORAL NAS PLATAFORMAS DE <i>STREAMING</i>	203
<i>Mary Pilly Durán Canedo Gomes Bruna Rabelo Tomeix</i>	
O USO DA TECNOLOGIA <i>BLOCKCHAIN</i> COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS.....	219
<i>Lais Adrielle Todescatto Kerller Vitória Maria Furtado dos Santo</i>	
<i>BLOCKCHAIN</i> COMO INSTRUMENTAL ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	233
<i>Fernando Almeida Struecker</i>	
MINERAÇÃO DE DADOS, BIG DATA E DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL.....	249
<i>Miguel Bastos Alvarenga</i>	

CAPÍTULO 4

DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS

OS DIREITOS AUTORAIS SOB UMA PERSPECTIVA LEGAL DAS EXPRESSÕES ARTÍSTICAS NO MUNDO DIGITAL: UMA ANÁLISE DA <i>GIF ART</i>	263
<i>Angela Tomasetti Julyanne de Bulhões</i>	
O FENÔMENO DOS MEMES DE INTERNET E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO AUTORAL	275
<i>João Victor Vieira Carneiro</i>	
<i>FANFICTION</i> , <i>FANART</i> , <i>FANZINE</i> : EXPRESSÕES ARTÍSTICAS DOS FÃS PERANTE OS DIREITOS AUTORAIS	285
<i>Natalia Zimmermann</i>	
O FENÔMENO DAS <i>FANFICS</i> : UMA DISCUSSÃO SOBRE A (I) LEGALIDADE À LUZ DOS DIREITOS AUTORAIS.....	301
<i>Simone Hérvila Dias Silva Heloisa Gomes Medeiros</i>	
QUEM MEXEU NO MEU TEXTO: UM BREVE ENSAIO SOBRE <i>FANDOM</i> , LITERATURA DE FÃS E DIREITOS AUTORAIS	317
<i>Valeska da Cunha Chrestani</i>	

CAPÍTULO 5

DIREITO DE AUTOR, CULTURA E ARTE

DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À CULTURA.....	337
<i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i>	
UMA BREVE ANÁLISE DO DECRETO LEI 9.919/19 À LUZ DOS DIREITOS AUTORAIS	363
<i>Cristina Baum da Silva Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	
APROPRIAÇÃO E AUTORIA NA ARTE E AS RELAÇÕES DE REPRESENTAÇÃO E PODER.....	373
<i>Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina</i>	

A PROTEÇÃO DAS OBRAS DE GRAFITAGEM PELO DIREITO AUTORAL NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE.....	387
<i>Débora Gomes Bandeira Thamires Rodrigues Guimarães</i>	
APROPRIAÇÃO CULTURAL NA MODA: UM CHOQUE DE CULTURAS?	401
<i>Letícia Soster Arrosi Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	

CAPÍTULO 6

DIREITO DE AUTOR, ACESSO E PRODUÇÃO CIENTÍFICA

A PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO SOB UMA PERSPECTIVA BIBLIOMÉTRICA.....	419
<i>Paula Carina de Araújo Fabiane Führ</i>	
A PROTEÇÃO AUTORAL NOS TEXTOS CIENTÍFICOS	433
<i>Francisco Humberto Cunha Filho Mateus Rodrigues Lins</i>	
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA QUESTÃO DO ACESSO AO CONHECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	445
<i>José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa Andreu Wilson Pereira Leandro</i>	
ORIGINALIDADE E DOMÍNIO PÚBLICO: A IMPORTÂNCIA DE CRIAÇÕES PRETÉRITAS PARA O SURGIMENTO DE NOVAS OBRAS.....	461
<i>Eduardo Miceli Fanti Fajardo</i>	

CAPÍTULO 7

DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E TUTELAJURÍDICA

CONTROLE EXPRESSIVO E PROPRIEDADE INTELECTUAL: BREVES LINHAS SOBRE UMA FALÁCIA	481
<i>Beatriz Brito beserra Pedro Marcos Nunes Barbosa</i>	
AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, SEUS REFLEXOS, E O NOVO PROJETO EUROPEU DE COMBATE À FALSIFICAÇÃO DE PRODUTOS: UM ESTUDO PROPOSITIVO.	493
<i>Lucas Silveira Duarte.</i>	
A ALIENAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PASSÍVEL DE EVIÇÃO.....	513
<i>Andreu Wilson P. Leandro Fabrício Massimo Hespanhol Valle</i>	
REFLEXÕES SOBRE A CADUCIDADE PARCIAL DE MARCAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA <i>COMMON LAW</i>	529
<i>Clara Affeld Martins de Lima Júlia Gessner Strack Direito Autoral e Economia Criativa</i>	

CAPÍTULO 8

DIREITO AUTORAL E ECONOMIA CRIATIVA

LEI DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E AS UNIVERSIDADES: O PAPEL DO ORDENAMENTO JURÍDICO NA PROPULSAO DA ECONOMIA CRIATIVA.....	543
<i>João Guilherme Pereira Chaves Marcos Wachowicz</i>	

A CULTURA DA CÓPIA E OS PRODUTOS <i>INSPIRADOS</i> NA INDÚSTRIA DA MODA	557
<i>Hannah Gruber Bernstein Pedro Marcos Nunes Barbosa</i>	
DESENHO INDUSTRIAL, INOVAÇÃO E ANTITRUSTE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA INDÚSTRIA DA MODA	575
<i>Jade Vinagre e Lima Leonel Moraes Barros</i>	
VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL NO MERCADO DE PRODUTOS INFANTIS	593
<i>Axel de Souza Belarmino</i>	
AS CRIAÇÕES DE MODA INSPIRADAS EM SUPER-HERÓIS	607
<i>Fernanda Galera Soler</i>	

CAPÍTULO 9

DIREITO AUTORAL, PROTEÇÃO DE DADOS E INTERNET

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O CONHECIMENTO EMPRESARIAL PROTEGIDO	623
<i>Mariana Piovezani Moreti Marcos Wachowicz</i>	
DOWNLOAD DE DADOS PESSOAIS PÚBLICOS	637
<i>Oсны Buzzo Junior</i>	
A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E SEUS IMPACTOS NAS EMPRESAS	651
<i>Laís Michele Brandt Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	
A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO: UM EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITOS AUTORAIS E LIVRE- INICIATIVA	667
<i>Martina Gaudie Ley Recena Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	

CAPÍTULO 10

DIREITO AUTORAL, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

INDICADORES DE PRODUÇÃO TECNOLÓGICA: NORTEADORES DE POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	689
<i>Neide Bueno</i>	
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)	705
<i>Dimitrius Pablo Sabino Lima de Miranda</i>	
A TRAJETÓRIA DA INOVAÇÃO EM DISTRIBUIÇÃO FONOGRÁFICA E UMA PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO NO MODELO DE BARCET	721
<i>Fernando Luís Pinheiro Borges</i>	
CHINA: ENTRE A RAINHA VERMELHA E O CAVALEIRO INVENTOR	737
<i>Lucas Ruiz Balconi Marcos Wachowicz</i>	

CAPÍTULO 11

DIREITO AUTORAL E DIREITO COMPARADO

MEMES E DIREITOS DE AUTOR: ENQUADRAMENTOS LEGAIS E PERSPECTIVAS NUMA VISÃO COMPARADA ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA	757
<i>João Paulo Capelotti</i>	
A FRAGILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM A PROMULGAÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/790 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO SOBRE O DIREITO DO AUTOR E OS REFLEXOS NA LEI N. 12.965/14 (MARCO CIVIL DA INTERNET).....	775
<i>Mérian Kielbovicz Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	
DA UTOPIA DO REMIX ÀS AMARRAS DA <i>COPYRIGHT DIRECTIVE</i> EUROPEIA: UM PASSEIO SOBRE JOHN LOCKE E BRETT GAYLOR.....	789
<i>Larissa Oliveira Alves</i>	
A POSSIBILIDADE DE CONTRATOS INTELIGENTES NO LICENCIAMENTO DE DIREITOS DE AUTOR EM PORTUGAL	803
<i>Pedro de Perdigão Lana</i>	
GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO ÂMBITO AUDIOVISUAL NA AMÉRICA LATINA.....	821
<i>Ana Paula Borges Martins</i>	

CAPÍTULO 12

DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

AS CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA PARA UMA JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR	837
<i>Maurício Brum Esteves</i>	
DIREITO AUTORAL E FOTOGRAFIA: A NECESSÁRIA RELEITURA DO CONCEITO DE OBRA FOTOGRÁFICA NA LEI 9.610/98.....	855
<i>Alex Mecabô</i>	
TURNÊS HOLOGRÁFICAS: A UTILIZAÇÃO DA RESSURREIÇÃO DIGITAL PELA INDÚSTRIA DA MÚSICA.....	869
<i>Gustavo Fortunato D'Amico</i>	
OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, AUTORAIS E CONEXOS NA DUBLAGEM BRASILEIRA	885
<i>Híago Andriotti Cordioli Luciana Lopes Canavez</i>	
EL MECANISMO DE ADAPTACIÓN DE CONTRATOS: COMENTARIOS A PARTIR DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES	899
<i>Jorge Luis Ordelin Font Salete Oro Boff</i>	
POR UM SISTEMA DE DIREITOS AUTORAIS DEMOCRÁTICO	913
<i>Sérgio Said Staut Júnior</i>	

The background features a complex network of light green lines and dots, resembling a circuit board or a neural network. In the upper right corner, there is a cluster of circular icons connected by lines, including symbols for a book, a thumbs-up, a person, and a musical note. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DE AUTOR E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

CAPÍTULO 1



NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: DA ADOÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO ÀS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Letícia Canut¹

Marcos Wachowicz²

RESUMO: A busca de interação entre direito e tecnologia é uma realidade no Poder Judiciário brasileiro. Ela foi caracterizada nos primeiros momentos de desenvolvimento das Tecnologias de Comunicação e Informação pela adoção do Processo Eletrônico, que se apresentou como instrumento de automatização de rotinas e procedimentos. Diante dos avanços dessas tecnologias nos últimos anos, viabilizado especialmente pela Inteligência Artificial, o trabalho teve como objetivo demonstrar que poder judiciário entra numa nova fase dessa transformação ao introduzir a automatização no campo decisório. Alcançou-se o resultado esperado ao demonstrar que esse poder tem recorrido às novas Tecnologias de Informação e Comunicação ao apresentar iniciativas concretas voltadas à automatização de suas decisões, inclusive as judiciais. Recorreram-se ao método dedutivo, pesquisa descritiva e abordagem qualitativa para o desenvolvimento da pesquisa que se encontra no campo de estudo sobre a automação nas profissões jurídicas públicas.

Palavras-chave: Tecnologias de Informação e Comunicação; Inteligência Artificial; algoritmos; Processo Eletrônico; decisões automatizadas.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico corre a passos largos e em escalas temporais cada vez mais reduzidas. Enquanto na década de 70 do século XX falava-se no surgimento de uma sociedade da informação ou informacional, os avanços alcançados com novas Tecnologias de Informação e Comunicação-TICs nas últimas décadas criaram um cenário em que as TICs

¹ Possui graduação em direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2001), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2012). Pós-doutoranda no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná -UFPR, pesquisadora do Pós-doutorado Júnior do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-Cnpq. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Autorais e Industrial- GEDAI, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

² Professor de Direito da Universidade Federal do Paraná/Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa-PORTUGAL. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR. Professor da Cátedra de Propriedade Intelectual no *Institute for Information, Telecommunication and Media Law* – ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA. Docente do curso *políticas públicas y propiedad intelectual* do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual na modalidade à distância na Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais - FLACSO/ARGENTINA. Contato: marcos.wachowicz@gmail.com.

assumem novos papéis e passam a atuar sobre quaisquer tipos de dados, levando ao que se tem denominado de sociedade e economia de dados.

Nesse contexto de desenvolvimento de novas TICs, os *software* e os algoritmos tornam-se elementos centrais e, diante da aplicação de técnicas de Inteligência Artificial, passam a se complexificar e a representar, para além de uma ferramentas de auxílio da tomada de decisão, a possibilidade de automatização não só de procedimentos e atividades mas, especialmente, da tomada de decisão nos campos de diferentes atividades humanas, sejam elas públicas ou privadas, o que gerou e tem gerado um quadro de expectativas em relação às potencialidades e aplicabilidades das novas TICs.

Desde o início do desenvolvimento das TICs no país o Poder judiciário procurou uma interação entre o direito e as tecnologias. A implantação do processo eletrônico, previsto em lei já no ano de 2006, foi um marco nessa área. Com o avanço e desenvolvimentos das tecnologias, num contexto de sociedade de dados, passa-se a questionar se e em que medida o poder Judiciário tem recorrido às novas TICs.

Para lidar com essa problemática parte-se da hipótese de que, diante das novas TICs - marcadas especialmente por algoritmos complexos pautados em Inteligência Artificial-IA - o poder judiciário assume uma nova fase de interação entre direito e tecnologia que têm possibilitado uma outra perspectiva de automatização nesse poder, alcançando, fundamentalmente, o campo das decisões judiciais.

O objetivo do trabalho consiste em demonstrar que o poder judiciário, atento às potencialidades apresentadas pelas novas TICs, as tem adotado dando destaque para as iniciativas de Inteligência Artificial para inserir a automatização em um campo de maior importância, o das decisões, sejam judiciais ou não.

Para tanto, o artigo será dividido em três tópicos. O primeiro para apresentar o cenário das novas Tecnologias de Informação e Comunicação que, com base na Inteligência Artificial têm possibilitado a automatização da tomada de decisões. O segundo terá como objeto examinar o Processo Eletrônico como o primeiro grande marco da interação entre as TICs e o poder judiciário. E a última parte do trabalho será dedicada a examinar as novas TICs e a automatização das decisões judiciais por meio da apresentação de iniciativas que vêm sendo tomadas nessa seara no país.

O trabalho não pretende esgotar a análise do tema nem dedicar-se a conceitos, à caracterização do cenário atual nem ao exame dos riscos que ele gera para direitos e princípios constitucionais e processuais. Restringir-se-á a verificar, a partir de situações exemplares, as iniciativas que indicam a utilização da IA pelo judiciário ou sua preocupação em tornar-se protagonista na área, no que diz respeito à automatização de suas decisões.

O artigo será elaborado a partir do método dedutivo, com utilização de pesquisa descritiva e abordagem qualitativa com utilização de procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental.

1 NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS DECISÕES AUTOMATIZADAS

As Tecnologias de Informação e Comunicação-TICs são elemento central do paradigma que começou a se formar a partir da segunda metade do século XX (CASTELLS, 1999, p.40-209). Naquele momento percebia-se a mudança de foco da indústria para a informação e o conhecimento. Falava-se na invenção do microprocessador, *software* para computador pessoal, surgimento da Internet, dentre outros (CANUT, 2007, p.39-52).

Desde então o desenvolvimento das tecnologias tem avançado em velocidade e níveis de complexidade até então inimagináveis, representando grandes saltos em curtíssimos espaços de tempo.

Com o avanço das TICs ao longo dos anos e das novas potencialidades por elas criadas, as tecnologias de processamento, geração e tratamento que antes atuavam sobre a informação passam a ter como foco quaisquer dados³, estejam eles estruturados ou não.

Nesse contexto de criação, coleta, armazenamento, tratamento, disseminação e transferência exponenciais de dados, de aumento da capacidade de seu processamento e do barateamento das tecnologias voltadas para esse fim, passa-se a falar em sociedade e economia de dados (EUROPEAN COMMISSION, 2017; GRELLER *apud* PUGLIESI, BRANDÃO).

Para tratar o enorme conjunto de dados que se forma, estruturados e não estruturados, chamados de *Big Data* (ARTHUR, 2013), desenvolveram-se tecnologias que viabilizam encontrar correlações – reconhecer padrões [...]” por meio da utilização de algoritmos de indução que permitem a “ navegação no oceano de dados que se está imerso, possibilitando a extração de informações úteis, [...]” (PUGLIESE, BRANDÃO, 2015, p.461;462;463).

Neste estudo o Big Data pode é definido como a representação de ativos de informação caracterizados por um volume, velocidade e variedade tão grandes que requerem uma tecnologia e métodos analíticos específicos para sua transformação em valor (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019, p. 61). Ainda, o Big Data “geralmente inclui conjuntos de dados com tamanhos superiores à habilidade de programas de computador comuns de capturar, curar, administrar e processar dentro de um período de tempo tolerável” (SNIJDERS, 2012).

O cenário passa a ser marcado pelo desenvolvimento de novas Tecnologias de Comunicação e Informação voltadas para inovação baseada em dados que envolve serviços de armazenagem de dados, de rede, uso de programas e de computadores, os *software* e seus algoritmos (OECD, 2015; BRASIL, 2016).

Os algoritmos são a parte técnica do software que indica como o programa de computador realizará determinada função. Eles definem a sequência de etapas que instruem a máquina a resolver um determinado problema (CANUT, MEDEIROS, 2017, p. 1042), consistem em pro-

³ No presente trabalho não se pretende elaborar exposição acerca das diferenças entre os termos dados e informações que, muitas vezes, são utilizados como sinônimos.



cessos de tomada de decisão estruturados que empregam um conjunto de regras ou procedimentos, como uma árvore de decisão, para fornecer resultados automaticamente com base em entradas de dados e parâmetros de decisão (GAL; ELKIN-KOREN, 2017, p. 313) ⁴.

Algoritmos

são sistemas lógicos tão antigos quanto a matemática [...]. No entanto, a sua complexificação e multiplicação devem-se à combinação de dois fatores: a ampliação da capacidade dos computadores e o advento do Big Data, o barateamento da coleta e do armazenamento de quantidades gigantescas de informações, que deram aos algoritmos a possibilidade de identificar padrões imperceptíveis ao olhar humano em atividades de todos os tipos. [...] (PIERRO, 2018).

Atualmente há uma grande variedade de algoritmos atuando nas mais diversas áreas e atividades humanas, desempenhando diferentes funções e formatando-se conforme diferentes níveis de complexidade⁵.

O algoritmo é entendido neste trabalho como sendo um conjunto de instruções matemáticas, uma sequência de tarefas para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado, vale dizer: sua existência não é necessariamente vinculada a um computador ou outro dispositivo eletrônico, de modo que uma receita de bolo, por exemplo, pode ser considerada um algoritmo para o mundo físico, por ser uma série de instruções para se atingir determinado fim. O termo, inclusive, é a latinização do nome de um matemático persa do século IX chamado Al-Khwārizmī, cujas obras ensinavam técnicas matemáticas a serem resolvidas manualmente, sendo ele o responsável por apresentar a primeira solução das equações lineares e quadráticas (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019, p. 51).

No âmbito de algoritmos complexos encontram-se os debates sobre Inteligência Artificial-IA, aprendizado de máquina (*machine Learning*), aprendizado profundo (*deep learning*) e redes neurais artificiais (*Artificial Neural Networks*), sendo que a própria Internet das Coisas (Internet-of-Things - IoT) tem relação intrínseca com a Inteligência Artificial⁶. Sob este último aspecto fala-se, ainda, em uma nova geração de algoritmos que fazem e executam decisões comunicando-se diretamente com outros sistemas por meio da rede (GAL, ELKIN- KORREN, 2017, p. 6,7).

Ao escrever sobre a 4ª Revolução industrial, Klaus Schwab deixa evidente que a IA está presente no dia-a-dia, como nos carros, nos drones, e até mesmo nos softwares de tradução, e

⁴ Tradução livre de : "Algorithms are structured decision-making processes that employ a set of rules or procedures, such as a decision tree, to automatically supply outcomes based on data inputs and decisional parameters.[...]"

⁵ Vide Michael S. Gal e NivaElkin-Korren (2017,p.6) e exemplos de diferentes tarefas desenvolvidas pelos algoritmos em CANUT, MEDEIROS, 2017.

⁶ O que se intensifica com o desenvolvimento da denominada *Internet das Coisas*, para a qual o Brasil já apresentou um o Plano de ação estratégico para o país, elaborado mediante parceria do BNDES com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), cujo relatório foi publicado em 2017Para uma visão sobre a inserção do Brasil na sociedade e economia digitais, vide a obra **Análise da estratégia brasileira para transformação digital: comentários ao decreto nº 9319/18**. (WACHOWICZ; CANUT, 2018).



que ela transforma a vida de todos. Além disso, destaca que a “IA fez progressos impressionantes, impulsionada pelo aumento exponencial da capacidade de processamento e pela disponibilidade de grandes quantidades de dados, desde *softwares* usados para descobrir novos medicamentos até algoritmos que preveem nossos interesses culturais” (SCHWAB, 2016, p. 22,23).

A Inteligência Artificial pode ser compreendida, de forma simples, como a possibilidade das máquinas “executarem tarefas que são características da inteligência humana, tais como planejamento, compreensão de linguagens, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado, raciocínio, solução de problemas e etc” (ELIAS, 2017, p. 1).

O aprendizado de máquina - “uma forma de conseguir a IA” - e o aprendizado profundo - “uma das várias abordagens para o aprendizado de máquina” - trouxeram grandes avanços para a IA. Compreende-se o primeiro como o ramo da IA “que envolve a criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados[...]” de forma que, uma vez treinados para aprender por conta própria, os algoritmos podem alcançar resultados que os seus desenvolvedores sequer poderiam imaginar (ELIAS, 2017, p. 4; 2). Trata-se de tecnologia “dirigida por algoritmos indutivos, buscando a predição estatística de determinados resultados.” (PUGLIESI; BRANDÃO, 2015, p.467).

O segundo, o aprendizado profundo, consiste em “uma das várias abordagens para o aprendizado de máquinas”, já as redes neurais artificiais, enquanto um sistema de aprendizagem profunda compreendem “algoritmos que imitam a estrutura biológica do cérebro” (ELIAS, 2017, p. 4; 2).

Apesar de terem sido criadas nos anos 1950, as técnicas de “Inteligência Artificial encontraram o ambiente ideal para concretizar sua potencialidade, tanto para a organização dos dados não estruturados (voz, imagens e textos) como para correlações e sugestões voltadas para a criação de cenários de risco e para a tomada de decisão [...]” (ZAVAGLIA, 2019, p. 2)

Nessa conjuntura, os algoritmos que têm sido usados há muito tempo para auxiliar a tomada de decisões, passaram, nos últimos anos, diante do crescimento do ‘big data’ e do ‘aprendizado de máquina’, a impulsionar um aumento nas tomadas de decisão algorítmicas nos mais variados setores (SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, 2018, p. 3). De forma que os *software* e os algoritmos “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.

Nesse contexto é importante observar que muitos dos algoritmos baseados em IA vão aprendendo com base em “[...] ‘migalhas’ de dados que deixamos no mundo digital. Isso resulta em novos tipos de ‘aprendizagem automática’ e detecção automatizada que possibilitam robôs ‘inteligentes’ e computadores a se autoprogramar e encontrar as melhores soluções a partir de princípios iniciais (SCHWAB, 2016, p. 22,23).

Técnicas de Inteligência Artificial (processamento de linguagem natural, aprendizado de máquina, etc) e análises preditivas permitem aos tomadores de decisão públicos e privados ex-



trair valor do big data e construir perfis, que são usados para tomada de decisões automatizadas⁷ (DIEGA, 2018, p. 4)

De acordo com a Royal Society “o aprendizado de máquina oferece a possibilidade de estender processos automatizados de tomada de decisão, permitindo maior alcance e profundidade de tomada de decisão sem a intervenção humana”. Os usos potenciais são vastos e continua a crescer “a uma taxa sem precedentes” (*apud* SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, 2018, p. 9) tanto no setor público quanto privado.

A realidade é que, cada vez mais, os algoritmos de aprendizado de máquina, responsáveis pelo processamento de grandes quantidades de dados, exercerão papel maior na regulação da vida das pessoas (VOGL, FARHANGI, CASEY, 2018), o que tem levado a um aumento das decisões automatizadas.

Desta forma, o desenvolvimento das novas TICs, tem proporcionado aos algoritmos assumir um novo papel já que

Algoritmos têm sido utilizados na tomada de decisão por muitas décadas, no entanto, no passado, operadores humanos eram envolvidos em todas as etapas. A discussão atual em relação aos riscos da inteligência artificial surge em parte por causa do crescente uso de dados e processos totalmente automatizados (com o elemento humano fora da equação) e também naqueles em que há utilização de algoritmos secretos, como os do Google. (ELIAS, 2017, p. 7)

A utilização de algoritmos inteligentes para a automatização de decisões está presente nas mais diversas áreas e atividades, exemplos podem ser verificados: “na automatização de investigação sobre pornografia infantil” (PIERRO, 2018); na automatização também no setor de finanças,” para aprovações de empréstimos e pontuação de crédito; nas escolas públicas da França, nas quais são os algoritmos que decidem para quais vagas os professores serão designados (ELIAS, 2017, p.5; 11).

Em notícia veiculada no site da BBC News Brasil, sobre tecnologia e ciência, são apontados nove algoritmos “que podem estar tomando decisões sobre sua vida – sem você saber”. São citados aqueles algoritmos que se utilizam de IA e que: decidem “se você fará ou não uma entrevista de emprego”; decidem se você conseguirá dinheiro emprestado; decidem o perfil daquele que pode ser o seu amor, mesmo podendo ser quem você não espera; decidem se você é viciado em drogas para, então, verificar se você conseguirá ou não um plano de saúde; decidem se um filme será feito ou não; influenciam no seu voto para presidente; prevêm se você será um criminoso; decidem se você irá para prisão e, ainda, podem influenciar seu dinheiro (DUARTE, 2018).

Esses mesmos tipos de algoritmos, baseados em IA, são utilizados para

⁷ Tradução livre de : “Artificial intelligence techniques (natural language processing, machine learning, etc.) and predictive analytics enable private and public decision-makers to extract value from big data⁸ and to build profiles, which are used to make decisions in an automated way.[...]”



previsão do tempo, análise de compras realizadas pelos consumidores, ajudando a empresa decidir quais as mercadorias são as preferidas e onde elas devem estar localizadas nos supermercados, por exemplo. Até mesmo uma máquina separadora de tomates utiliza inteligência artificial para aprimorar a seleção. Na Internet, algoritmos determinam os resultados que os sistemas de busca retornam ao usuário, como é o caso do Google. Quais anúncios e conteúdos serão mostrados – e quando serão mostrados, para quem, onde, como, próximos de quais outros anúncios e conteúdos – e assim por diante.

Os algoritmos e a inteligência artificial também já estão sendo usados no Poder Judiciário. No caso Zilly (Angwin et al. 2016) – uma das questões consideradas pelo risk scoring algorithm utilizado (algoritmo de pontuação de risco em matéria de execução penal) foi que um dos pais do acusado já havia sido preso. [...]” (ELIAS, 2017, p.6)

O avanço das novas TICs e o aumento das decisões automatizadas tem levado a preocupações a respeito de como tais decisões podem ser explicadas. Sob esta perspectiva, destaca-se o que alguns estudiosos têm denominado, a partir do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, de “direito à explicação” para decisões feitas por algoritmos automatizados ou de inteligência artificial e, também, de direito de não estar sujeito a decisões feitas de forma automatizada (MAGRINI, LEMOS, 2018).

Num cenário social e econômico em que novas TICs, com *software* e os algoritmos cada vez mais complexos, baseados em Inteligência Artificial, tornaram-se elementos centrais, possibilitando decisões automatizadas nos mais diversos setores, com reflexos diretos sobre as mais diferentes atividades públicas e privadas – inclusive aquelas de cunho jurídico - o sucesso do desenvolvimento das tecnologias de dados, considerando nesse aspecto a ampla utilização de algoritmos, IA, aprendizado de máquina e IoT será peça fundamental para o crescimento de qualquer país, empresa (ELIAS, 2017, p. 9) ou atividade nos próximos anos.

No entanto, é necessário ressaltar que essa automatização de processos, atividades e decisões por meio de algoritmos complexos baseados em IA apresenta, para além das potencialidades positivas, aquelas de viés negativo, especialmente no que diz respeito a sua opacidade ou falta de transparência e viés tendencioso⁸.

2 TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO

Num paradigma em que as Tecnologias de Informação e Comunicação tornaram-se elemento central era de se esperar sua penetração nas mais variadas áreas e atividades, não tendo o poder judiciário brasileiro escapado a essa realidade.

⁸ Potencialidades negativas que podem ser analisadas CANUT, MEDEIROS (2018 a).



O recurso às TICs ganhou destaque no âmbito desse poder com o Processo Eletrônico, introduzido pela Lei 11.419⁹, de dezembro de 2006, que entrou em vigor em 2007 (BRASIL, 2006). Por meio da utilização intensa de tais tecnologias, a “sedimentação do Processo Eletrônico”, tem sido apontada como uma das ações de destaque no “contexto de transformação do judiciário brasileiro, capitaneado pelo CNJ”(RUSCHEL, LAZZARI, ROVER, 2014, p. 16). A informatização do processo judicial é apontada, também, como “um dos agentes centrais da transformação do sistema de informação e disponibilização de dados do Poder Judiciário.” (WACHOWICZ, 2014, p.440,441)

Há de se destacar que a Lei 11.419 de 2006 surge na conjuntura de introdução do princípio da duração razoável do processo, sugerido pela Emenda Constitucional 45/2004 (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 14), tendo o Novo Código de Processo Civil-CPC, Lei 13.105/2015, dado continuidade e valorizado os projetos tanto de duração razoável do projeto quanto de informatização (BRASIL, 2015).

No que diz respeito à informatização, CPC passa a prever uma seção denominada “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais” - artigos 193 a 199- que estabelece que tais atos podem ser total ou parcialmente digitais com vistas a permitir a sua produção, armazenamento, comunicação e validação por meio eletrônico (art. 193) . O texto legal reforça princípios fundamentais do direito processual ao estabelecer que “os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos” (at. 194) (BRASIL,2015) assim como

o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e **interoperabilidade dos sistemas**, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções. (grifo nosso). (BRASIL, 2015)

Sem pretensões de, no presente trabalho, conceituar ou descrever as características do Processo Eletrônico, também denominado por alguns de processo virtual ou processo digital, cujos debates passam por discussões como o movimento de informatização do processo judicial e, ainda, sobre justiça eletrônica, restringe-se a citar o artigo 8º da Lei supramencionada, constante do Capítulo III, “do Processo Eletrônico”, segundo o qual:

Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas (BRASIL, 2006).

Apesar de a Lei do Processo Eletrônico não apresentar previsões de “natureza impositiva, estabeleceu as condições necessárias para a alteração na tramitação do processo, buscando

⁹ Referida Lei sofreu alterações recentes pela Lei 13.793, de 3 de janeiro de 2019.



a plena utilização dos recursos tecnológicos disponíveis”. (Silva; Spengler, 2015, p. 68). Tanto que há, atualmente, estimativa de “que cerca de 70% de todas as ações judiciais no país tramitam pelo processo digital nos tribunais[...]”, levando-se à conclusão de que “os processos em papel fazem parte do passado”(PETERSEN, 2018).

O Processo Eletrônico, desde sua concepção, é tomado sob a perspectiva de ferramenta capaz de efetivar “a duração razoável do processo e o acesso à justiça” (SILVA; SPENGLER, 2015, p. 142) por meio da garantia de maior celeridade à prestação jurisdicional - como resposta à morosidade processual - e maior efetividade a essa prestação (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 14).

Diversas são as vantagens apontadas em razão da prática eletrônica dos atos processuais – contando com a utilização da internet e intranet - como, por exemplo: a) possibilita “que os envolvidos no procedimento, não só juízes, advogados e promotores, mas também os servidores do Poder Judiciário, disponham de mais tempo e possam impulsionar o processo de qualquer parte do mundo”; b) “a economia com pessoal. Não mais serão necessários servidores para prestar os serviços de cartorário, secretário e protocolo, estes poderão ser feitos diretamente pelos juízes, advogados e promotores” (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 19,20); c) **agilização dos atos processuais e combate à morosidade**. (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 19,20; RUSCHEL; LAZZARI; ROVER, 2014, p. 22,23); d) Facilitação do acesso à justiça; e) maior interação do Poder Judiciário com a sociedade; f) Automação de procedimentos (RUSCHEL; LAZZARI; ROVER, 2014, p. 22,23) ; g) aumento de produtividade; h) economia de gastos (PETERSEN, 2018).

O Processo Digital é considerado uma transformação já consolidada na Justiça. No entanto, desde o contexto de sua adoção até os dias atuais, marcado pelo exponencial desenvolvimento das TICs, ele pode ser notado como uma primeira etapa para lidar com o paradoxo relativo à questão de que a “mesma sociedade que entra cada vez mais em litígio, cobra eficiência do Judiciário” (PETERSEN, 2018).

Apesar das vantagens proporcionadas pelo Processo eletrônico, tão ressaltadas, especialmente, quando de sua concepção e nos anos posteriores ao início de sua adoção, há de se mencionar que há queixas e críticas¹⁰, de um lado, relacionadas à sua utilização e, de outro, em relação à tão esperada celeridade processual e redução da morosidade na prestação jurisdicional.

No que diz respeito à sua utilização, observa-se que ampla adoção do processo eletrônico não é acompanhada de uma padronização dos sistemas eletrônicos utilizados pelos tribunais¹¹. Há reclamações acerca do excesso de plataformas de processo eletrônico (GRILLO,

¹⁰ O presente trabalho não pretende levantar todas as críticas e queixas que podem ser levantadas em torno de do processo eletrônico. Tendo em vista os limites de um artigo científico, restringe-se a analisar duas questões descritas no corpo do texto: a falta de padronização dos sistemas de processo eletrônico e a não solução da morosidade no judiciário em razão da adoção do processo eletrônico.

¹¹ Para além das críticas selecionadas, destaca-se a consideração de CASTRO no sentido de que “o que é mais grave, é que o processo de informatização do processo levou em conta exatamente o velho processo, na exata forma que é praticado há mais de um século no país. Informatizou-se o velho. Os analistas tiveram que entender as regras e



2017) e, assim, acerca da adoção de diferentes padrões tecnológicos para automatizar a tramitação dos autos, que seguem requisitos próprios e “práticas processuais desarmônicas via edição de normas hierárquicas inferiores” (ATHENIENSE, 2014, p.34). As queixas se estendem, ainda, aos programas básicos de navegação - Mozilla Firefox, Internet Explorer e Google Chrome) – utilizados em cada tribunal para a leitura do certificado digital. (GRILLO, 2017).

O relatório justiça em números, de 2018, evidencia essa realidade ao mencionar que

Na Justiça Estadual, segundo levantamento de 2017, existiam outros oito sistemas eletrônicos em uso nos tribunais e unidades judiciárias vinculadas (SAJ, Themis, Tucujuris, E-proc, SCPV, UDI, PROJUD, EJUD). No 1º grau, nove tribunais utilizam o PJe na primeira instância: TJBA, TJCE, TJDFT, TJMT, TJMG, TJPA, TJPE, TJRN e TJRS. No 2º grau, apenas 3 tribunais informaram não utilizar sistema eletrônico de tramitação processual (TJES, TJPA e TJPI). (BRASIL, 2018, p. 90)

Em tese apresentada no ano de 2013, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo Silva destacou que o CNJ, ao observar a necessidade de padronização dos diferentes sistemas de processo eletrônico, especialmente no âmbito estadual, investiu no sistema Processo Judicial Digital (Projudi) e, a partir de 2011, um novo sistema para a automação do Judiciário passou a ser desenvolvido em parceria com os tribunais, o PJe (SILVA, 2013, p. 168).

O Sistema Processo Judicial Eletrônico-PJe¹² foi instituído por meio da Resolução no 185, de 18/12/2013 e adotado pelo CNJ como sistema nacional. A Resolução optou por não obrigar a migração de todos os tribunais para o sistema PJe (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 29,30), abrindo “[...] a possibilidade de utilização de outro sistema de tramitação eletrônica em caso de aprovação de requerimento proposto pelo tribunal, em plenário.” (BRASIL, 2018, p. 90)

Essa diversidade de sistemas gera “dificuldades enormes para a interoperabilidade” entre eles, o que é sentido especialmente pelos advogados (tese Claudio, p. 166). Duas são as saídas indicadas para lidar com tal falta de padronização e consequente falta de comunicação entre sistemas processuais eletrônicos: “a interoperabilidade de todos os sistemas existentes, ou a padronização nacional do processo judicial eletrônico”, como já buscado pelo CNJ com o PJe (IGLESIAS; OLIVEIRA; MARQUES, 2014, p. 28).

Vêm sendo desenvolvidas iniciativas para a interoperabilidade dos diferentes sistemas com intuito de fazer com que todos eles se comuniquem de modo a oferecer uma plataforma

rotinas arcaicas, e as automatizar”. (2014, p. 403). Para ele, parece “[...] evidente que o processo de informatização do processo no país sofre da mesma falta de planejamento que impera no país. Poderia ter sido mais ousado se os gestores dedicados à tarefa tivessem proposto um modelo de implantação que representasse uma efetiva renovação do modelo processual. Equivoca-se ao delegar decisões que afetam a prática processual à área técnica dos tribunais.” (CASTRO, 2014, p. 408.)

¹² Ressalta-se a crítica de Luiz Fernando Martins Castro no sentido de que “Entendemos, todavia, ser preocupante a imposição pelo CNJ de um modelo único – o PJe, originalmente concebido para a Justiça do Trabalho, cujas regras processuais são mais simples e limitadas que na Justiça Comum, e que foi somente testado em tribunais que lidam com quantidades menores de feitos. (2014, p. 406)

externa única. Sob esta perspectiva cita-se como exemplo a tentativa de integração de sistemas o MNI, iniciado em setembro de 2016, para tramitação de processos envolvendo o SAJ do TJ-SP e o e-STF (GRILLO, 2017).

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece atribuições do CNJ nesse cenário, ao prever que cabe ao Conselho, e de forma supletiva aos tribunais, a regulamentação da “[...] prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos” podendo para tanto, em conformidade com as normas fundamentais do CPC, editar os atos que forem necessários (art. 196 CPC) (BRASIL, 2015).

Apesar da importância de se alcançar a interoperabilidade entre os sistemas eletrônicos, ressalta-se que o processo eletrônico deve ser pensado enquanto instrumento de “inclusão efetiva do cidadão no uso das novas TICs” (WACHOWICZ, 2014, p.453) sendo que sua implantação regular

nos órgãos do Poder Judiciário, de modo a conferir-lhe uniformidade em todo o território nacional, não pode ser um fim em si mesmo, mas antes, deve ser percebido como um meio, onde a finalidade é a construção de uma sociedade democrática, mais justa e igualitária que promova a inclusão tecnológica do cidadão¹³. (WACHOWICZ, 2014 p. 445)

Nesse contexto, a celeridade nos julgamentos não garantirá, por si só, o aprimoramento da prestação jurisdicional. Isso porque a qualidade conferida aos serviços judiciais “pressupõe o pleno exercício dos direitos constitucionais da parte, a ampla defesa, e um julgamento isento, proferido pelo juiz natural da causa, e não por terceiros, sejam eles humanos ou máquinas. (CASTRO, 2014, p. 408)”. Assim, cabe à “informatização do Poder Judiciário e a implantação do Processo Judicial Eletrônico a tarefa de criar e adaptar, aos novos procedimentos digitais, a aplicação dos direitos fundamentais historicamente conquistados como primados norteadores”. (WACHOWICZ, 2014, p. 439).

De acordo com o “Relatório Justiça em números” de 2018, do CNJ¹⁴, no ano de 2017 “[...] apenas 20,3% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano entraram 20,7 milhões casos novos eletrônicos”. (BRASIL, 2018, p. 90). O documento permite uma visão geral da adoção do processo eletrônico nos diferentes tribunais:

¹³ Nesse contexto Wachowicz menciona que “[...] O Marco Civil da Internet, ao estabelecer diretrizes para atuação do Poder Público, criou um sentido norteador das funções do Estado e de suas ações, mais especificamente no que tange a Governança Corporativa e ao Processo Judicial Eletrônico. Tudo para que estas normas de atuação se materializem necessariamente por meio de políticas públicas e numa efetiva participação da sociedade, principalmente na regulação e implantação de um sistema uniforme em todo o território nacional do Processo Judicial Eletrônico. (2014, p. 453)

¹⁴ O Qual considera o nível de informatização dos tribunais a partir do “total de casos novos ingressados eletronicamente em relação ao total de casos novos físicos e eletrônicos, desconsideradas as execuções judiciais iniciadas” (BRASIL, 2018, p.90)



Destaca-se a Justiça Trabalhista, segmento com maior índice de virtualização dos processos, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 96,3% nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 86,1% no 2º grau e 99,5% no 1º grau. Em contrapartida, na Justiça Eleitoral, apenas 11,4% dos processos judiciais foram iniciados eletronicamente. A Justiça Militar Estadual começou a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) ao final de 2014, mas não avançou entre os anos de 2016 e 2017 (de 33,4% para 34%, respectivamente). As justiças Federal e Estadual figuraram como os segmentos com maior avanço comparativamente ao ano anterior, com crescimento de 8,4 e 8,0 pontos percentuais, respectivamente.

Outros cinco tribunais se distinguem positivamente por terem alcançado 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição: TJAL, TJAM, TJMS, TJTO, TRT.

Na Justiça Eleitoral chama atenção o resultado do TRE-SE, com 87,2% de casos novos eletrônicos, enquanto na maioria dos tribunais regionais os índices variam de 0% a 3%, exceto no TRE-DF e TRE-AM (18%). Na Justiça Estadual, constata-se que alguns tribunais ainda estão em processo de implementação da política de entrada de casos novos por meio eletrônico, com índice inferior a 50%: TJES, TJMG, TJPA, TJRS. (BRASIL, 2018, p. 91)

Apesar dessa realidade, cada vez mais tomada pela expansão do Processo Eletrônico e conseqüente recurso às TICs, há de se ressaltar que adoção do Processo Eletrônico não resolveu o problema da morosidade da Justiça, não tendo alcançado a celeridade processual pretendida por seus idealizadores. Isso porque apesar de ter garantido, por um lado, celeridade ao trâmite dos autos digitais nos foros e secretarias, por outro, acabou gerando “acúmulo de processos para desembaraçar os despachos judiciais.” Formou-se um cenário em que a celeridade passou a ser exigida, também, para as decisões judiciais, “para que seja possível dar vazão ao volume de processos”. Assim, o processo eletrônico acabou por gerar sérios efeitos colaterais para os magistrados, o que deixa evidente a “necessidade de revisão do modelo atual de implantação do processo eletrônico¹⁵” (ATHENIENSE, 2014, 37-43).

Essas críticas resultam de um panorama em que os sistemas de processo eletrônico são implantados sem que sejam observados os princípios básicos de governança em tecnologia da informação. Desta forma, a “reavaliação do modelo atual dos sistemas de práticas processuais por meio eletrônico” assim como do “encargo operacional cotidiano imposto aos efetivos operadores” são condições fundamentais para que seja possível alcançar as metas e produtividades pretendidas nos diferentes tribunais. (ATHENIENSE, 2014, p.38).

Ciente da importância da aplicação das TICs no poder judiciário, o CNJ, por meio do diretor substituto do Departamento de Tecnologia - Antônio Ferreira de Melo Filho- deixa evidente a preocupação com a situação ora descrita, ao destacar que não basta o recurso às TICs, sendo essencial as boas práticas para sua implementação. Nesse sentido, afirma que

¹⁵ “É sempre bom lembrar que o processo eletrônico no Brasil se desenvolve sem nenhuma referência externa exitosa na implantação de projeto similar pelo Judiciário em qualquer país no mundo. Este é uma razão ainda mais significativa para colocarmos em prática o desenvolvimento colaborativo sistêmico a partir da implantação de rotinas que ainda não foram suficientemente maturadas em escala de uso.” (ATHENIENSE, 2014, p. 34).

o aperfeiçoamento da tecnologia nos tribunais acarreta mais celeridade na Justiça, aumento da disponibilidade de serviços ao cidadão, além de redução dos custos do Judiciário, **devido à implementação de boas práticas em TIC como a criação de estruturas de Governança e Gestão**, criação de normas e até formalização de processos. ‘O objetivo é alcançar maturidade para prestar um serviço melhor e mais ágil à população, para que o tribunal seja capaz de atender às demandas da sociedade’ [...]. (BRASIL, 2018 a) (grifo nosso)

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça –CNJ editou a Resolução Nº 211 de 15/12/2015 que Institui a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) para o sexênio 2015-2020¹⁶ (BRASIL, 2018 a)

Não restam dúvidas de que “o processo eletrônico tem sido o grande protagonista dos novos tempos da atuação jurisdicional, impactando de forma concreta o meio que se utiliza para a atuação do Judiciário”. (JUNIOR PEGORARO; TESHEINER, 2015, 177, 178) . No entanto, o processo eletrônico não pode ser visto como uma ‘solução mágica’ para a crise da justiça (CASTRO, p. 398)

Além disso, como foi observado, o modelo atual do processo eletrônico tem gerado diferentes críticas¹⁷, que passam a cobrar-lhe uma nova formatação que envolve, sob alguns aspectos- citados e a serem examinados no próximo tópico – uma segunda etapa de utilização das TCIs para lidar, especialmente, com os novos gargalos que cria em relação ao acúmulo dos processos judiciais nas fases decisórias.

3 NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A AUTOMATIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao analisarem “uma conjectura sobre as tecnologias de big data na prática jurídica”, Pugliesi e Brandão apresentam como hipótese o fato de que no modelo de sociedade atual, de controle e informação, “o uso das tecnologias de big data gera impactos sobre os mais diversos campos que são tocados pelo fenômeno jurídico, como a privacidade, discriminação, direito público à informação, democracia a [sic] **até automação da tomada de decisão** (jurídica), dentre muitos outros.[...]” (PUGLIESI; BRANDÃO, 2015, p.464) (grifo nosso).

Além disso, têm sido apresentadas amplas possibilidades e variedades do uso das novas TICs na prática jurídica de forma geral. Quando o assunto é automação do direito, há, inclu-

¹⁶ O CNJ ainda disponibiliza uma página com “informações sobre tecnologia e segurança da informação, automação dos processos de trabalho, comunicação eletrônica e armazenamento de dados do CNJ”. São apresentadas “[...] informações sobre o Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário, os sistemas utilizados pelo CNJ, o Processo Judicial eletrônico (PJe), como também as normas internas que tratam de tecnologia da informação.” (<http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao>)

¹⁷ Tendo sido abordadas no presente trabalho, de forma resumida, apenas algumas delas.



sive, um “cardápio de funções, produtos e serviços oferecidos pelas legaltechs” como, por exemplo: resolução de conflitos on-line; conteúdo jurídico, educação e consultoria; extração e monitoramento de dados públicos; automação e gestão de documentos; Analytics e jurimetria; compliance; redes de profissionais; taxtech; regtech e Inteligência Artificial. (SIMÕES, 2018). Alternativas que são viabilizadas tanto para a área privada - como para advocacia -, quanto para a área pública - como para os tribunais.

Nesse cenário, “aplicativos de aprendizado de máquina estão testemunhando taxas de adoção sem precedentes devido à sua capacidade de melhorar radicalmente a tomada de decisões baseada em dados a um custo e escala incomparáveis para os seres humanos”¹⁸. (VOGL, FARHANGI, CASEY, 2018).

O Processo Eletrônico, adotado já no ano de 2007, foi um grande marco do uso das TICs disponíveis naquele momento pelo poder judiciário. Por meio dele, houve, dentre outras, a “automatização de muitas rotinas, eliminando a necessidade do trabalho manual para recebimento, juntada e autuação de petições; localização e movimentação física de processos; citações e intimações por oficiais de justiça ou por diário oficial; controle dos prazos processuais; vista às partes[...]”. (RUSCHELL; LAZZARI; ROVER, 2014, OAB, p. 22).

No entanto, observou-se que a celeridade da tramitação dos autos gerou um novo problema, agora relacionado à necessidade de celeridade das decisões judiciais, que compreendem, em sentido amplo, pronunciamentos decisórios, com ou sem mérito, de caráter interlocutório ou extintivo, de juízes, tribunais e relatores.

A discussão dessa problemática passa a desenrolar-se numa nova conjuntura tecnológica - diferente daquela que precedeu a década de 70 e da que marcou essa década até a primeira década do ano 2000 – caracterizada pelo avanço e desenvolvimento de novas TICs, como as tecnologias de Big data e algoritmos de Inteligência Artificial, que se apresentam, dentre outras hipóteses, como alternativas para lidar com a automatização de decisões judiciais e, consequentemente, com um gargalo criado pelo processo eletrônico nessa seara decisória.

A Inteligência Artificial tem marcado o desenvolvimento e criação de novas TICs com aplicações nos mais variados setores e áreas do conhecimento humano. Observou-se que no contexto de *big data* e de utilização de algoritmos complexos de IA – (*machine learning*, *deep learning* e redes neurais) - o processo de automatização de decisões passa a ser uma realidade na qual os algoritmos vem sendo aplicados para “para dar mais racionalidade a decisões judiciais” gerando “impactos diretos sobre a sociedade” (DONEDA, ALMEIDA, 2016).

Apesar de a relação direito e tecnologias não ser nova, é possível perceber que “o jogo mudou: muitas das tecnologias estão atacando a atividade-fim.[...]”, [...]. Além disso, há, ainda, “campos na área jurídica que são de fronteira, como leitura de decisões judiciais por meio de algoritmos que categorizam e exportam os dados dos processos, e aqueles que constroem o perfil

¹⁸ Tradução livre de “Whether on private social networks or in public sector courtrooms, machine learning applications are witnessing unprecedented rates of adoption due to their ability to radically improve data-driven decision-making at a cost and scale incomparable to humans. [...]” (VOGL, FARHANGI, CASEY, 2018) .

decisório de um juiz específico”. Sendo essa virada de jogo marcada por “soluções tecnológicas mais sofisticadas.” (SIMÕES, 2018)

Nota-se que

A utilização de ferramentas tecnológicas de big data na tomada de decisão certamente foi proporcionada pela evolução do poder computacional (capacidade de coletar e avaliar conjuntos imensos de dados) ocorrida nas últimas décadas. Porém a analítica de dados na área jurídica teve sua origem com o uso de estatísticas e posteriormente de machine learning como ferramentas computacionais para tomada de decisão – a chamada “virada empírica”. Trata-se de uma mudança de paradigma na forma da prática jurídica. Decisões legais geralmente são construídas com base no saber jurídico, na experiência e uma certa intuição do aplicador quando a solução para o caso. PUGLIESI; BRANDÃO, 2015, p.466, 465)

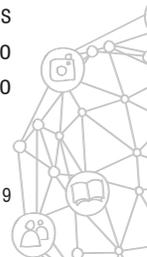
Se “há uma década, o tema Inteligência Artificial no Judiciário estava restrito ao ambiente acadêmico: experimentos e pesquisas em laboratórios (PETERSEN, 2018), ele passa a ser discutido e adotado por esse poder inclusive para aprimorar o processo eletrônico, permitindo avanços daquela automatização de procedimentos, rotinas e atos processuais de servidores e das partes para o campo decisório, abrangendo tanto as decisões judiciais quanto não judiciais como, por exemplo, aquelas de classificação dos processos.

Desta forma, ultrapassa-se a primeira fase da transformação digital, que teve o processo eletrônico como o símbolo de interação entre direito e TICS. “[...] Agora é hora de uma segunda fase nessa transformação: o uso da **Inteligência Artificial no Judiciário**, *machine learning*, ciência de dados, *big data*.” (PETERSEN, 2018).

Software e algoritmos têm sido utilizados pelo poder judiciário norte americano como, por exemplo, nos casos dos estados de New Jersey e Wisconsin, com vistas a “tomar decisões no âmbito da Justiça criminal sobre questões incluindo execução penal, condenação de fiança, reincidência etc” (ELIAS, 2017, p. 10).

No Brasil, no âmbito do STF, a sua utilização tem se destacado: para a distribuição de processos e, também, para o desempenho de atividades mais complexas como a adoção de VICTOR, uma ferramenta de 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 b).

Em junho de 2018 o STJ anunciou sua “entrada na era da inteligência artificial”, tendo divulgado - como uma nova “etapa de adoção de recursos tecnológicos para agilizar a prestação jurisdicional” – a “implantação de um projeto-piloto destinado a aplicar soluções de inteligência artificial (IA) nas rotinas relacionadas ao processo eletrônico” para, assim, “racionalizar o fluxo de trabalho, reduzindo o tempo de tramitação dos processos e otimizando o uso de recursos humanos e materiais”. Esse projeto está voltado “para automatização da definição do assunto do processo na classificação processual, uma das fases que antecede a distribuição”, tendo



previsão de, depois, ser utilizado “para extração automática dos dispositivos legais apontados como violados (indexação legislativa)” (BRASIL, 2018 b).

No âmbito de outras unidades do STJ já há previsão do recurso à IA. Cita-se, por exemplo, a sua utilização nos gabinetes dos ministros para a “identificação de temas jurídicos dos processos, na separação de processos com controvérsia idêntica e ainda na localização de processos em que sejam aplicáveis os mesmos precedentes do tribunal (BRASIL, 2018 b).

Outro exemplo a ser citado no contexto da utilização da IA no judiciário e, especialmente, envolvendo o campo decisório, diz respeito à experiência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, utilizou, em novembro de 2018, a Inteligência Artificial por meio da ferramenta “Radar” para realizar “julgamento virtual” de 280 processos com apenas um click. A iniciativa foi apontada como aposta de maior segurança, economia e celeridade para o judiciário (BRASIL, 2018 c)

Essa ferramenta, em uma de suas aplicabilidades, foi utilizada para identificar e separar recursos com pedidos idênticos que “tratavam da legitimidade do Ministério Público para pleitear remédios e tratamento para beneficiários individualizados (Súmula 766 do STJ) e efeitos jurídicos do contrato temporário firmado em desconformidade com o art. 37, IX da Constituição Federal (Súmula 916 do STF)”. Após tal separação - que, há de se atentar, tem cunho decisório e relação direta com direitos fundamentais e com princípios processuais e constitucionais – “é montado um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores, ou pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), (BRASIL, 2018 c) , que consiste em novo instituto no processual do Código de 2015, que busca, assim como as novas tecnologias, celeridade e segurança jurídica nos julgamentos.

Mais uma iniciativa marcante do uso das novas TICs para a automatização das decisões no poder judiciário pode ser verificada no anúncio feito pelo CNJ, em dezembro de 2018, a respeito da criação de Laboratório de Inteligência Artificial para o modelo de Processo Eletrônico por ele adotado, o PJe. O assunto foi abordado no “painel Inteligência Artificial no Poder Judiciário, [...] durante o XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, em Foz do Iguaçu/PR.”, no qual, durante a abertura, Márcio Schiefler, Conselheiro e presidente da Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Infraestrutura do CNJ advertiu para “a importância de o Poder Judiciário assumir o protagonismo nesta área”.

Ao ser apresentada a temática *tratamento de dados*, destacou-se que

As soluções de IA andam em paralelo com a ciência dos dados, disciplina que mostra como utilizar ferramentas, métodos e tecnologia para analisar, visualizar e tomar decisões. “Quanto maior a diversidade dos dados ou a falta de padronização na sua produção, maior será a dificuldade para aprendermos com eles, uma vez que será necessário um esforço prévio de ‘higienização’”, explicou Gusmão.

O alto custo da capacidade de processamento das informações, bem como a necessidade de formação de profissionais que possam trabalhar adequadamente nessas áreas fez o CNJ assumir a frente desse processo. Além da consolidação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) com o objetivo de que todos os tribunais caminhem para padronização



dos dados e otimização de recursos, foi anunciada, como estratégia do CNJ para difusão dessa tecnologia, a criação de um laboratório de inteligência artificial para o PJe.

A iniciativa será desenvolvida por intermédio de convênio com o TJRO, que desenvolveu um sistema para criar modelos de IA na área de processamento de linguagem natural, aquela com maior aplicação no Judiciário[...].

O tema também foi objeto do II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia que ocorreu em Brasília, em 26 de setembro de 2018. Nesta oportunidade o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Dias Toffoli “destacou que o Poder Judiciário está engajado e preparado para enfrentar os desafios decorrentes do imperativo da necessária inovação na área da tecnologia da informação para bem prestar os serviços de justiça, tendo como norte o princípio constitucional da razoável duração do processo”. Além disso, mencionou a inovação como peça central para lidar com o elevado volume das demandas judiciais de forma rápida e adequada e que “a utilização de sistemas de inteligência surge como uma das principais possibilidades de superarmos os gargalos que existem na tramitação de feitos perante o Judiciário” (BRASIL, 2018).

Apesar desse panorama de otimismo e expectativas do poder judiciário em relação às aplicações e potencialidades positivas possibilitadas pelas novas TICs, não se pode ignorar a consideração de que os riscos das decisões automatizadas aumentam conforme o grau de importância das decisões aumenta (SILVEIRA, 2016, p. 274), havendo críticas em relação à automação gerada pelo processo eletrônico quando o assunto é automatizar as decisões judiciais (JUNIOR PEGORARO; TESHEINER, 2015, p. 178).

Sob esta perspectiva, são válidas as considerações de O’Neil, no sentido de que à medida que a Inteligência Artificial encontra seu caminho em áreas cada vez mais críticas de nossa sociedade, isso está se tornando cada vez mais um problema¹⁹(ONEIL, 2018).

Assim, tendo em vista a relevância e fundamentalidade das decisões, especialmente as judiciais, que vêm sendo objeto de automatização e de seus reflexos sobre diferentes direitos e princípios constitucionais, é preciso ressaltar que o tema cobra, para além de investimentos e de avaliações positivas, análises que se dediquem, também, aos riscos provenientes de tal automatização²⁰, o que não será objeto do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama apresentado ao longo das páginas precedentes com intuito de analisar se e em que medida o poder judiciário tem recorrido às novas Tecnologias de Informação e

¹⁹ Tradução livre de: As artificial intelligence finds its way into more and more critical areas of our society, this is increasingly becoming a problem.

²⁰ Algumas potencialidades negativas dos algoritmos e, assim, das decisões automatizadas, em geral, podem ser observadas em CANUT, MEDEIROS (2018 a, 2018 b) .



Comunicação evidenciou que a utilização de TICs por esse Poder não é uma novidade e que trata-se de uma realidade que pode ser dividida, com propósitos metodológicos, em duas grandes fases.

A primeira foi marcada pelo Processo Eletrônico, que introduziu o tema da automação do judiciário. Já a segunda, evidenciada nos últimos anos, confirmou a hipótese apresentada para a presente pesquisa no sentido de que a adoção de novas TICs, pautadas em Inteligência Artificial, têm possibilitado uma outra perspectiva de automatização nesse poder, abrangendo, fundamentalmente, o campo das decisões judiciais e representando uma nova fase de interação entre direito e tecnologia.

Observou-se, ainda, que a automatização nesse campo decisório tem sido apontada como um caminho possível de revisão do modelo atual de Processo Eletrônico tendo em vista sua potencialidade de dar vazão aos processos que têm ficado parados nas fases de decisão.

Essa etapa foi ilustrada no tópico anterior por meio de diversos exemplos, alcançando-se o objetivo do trabalho de evidenciar iniciativas concretas no âmbito do Judiciário para automatizar suas decisões, sejam elas judiciais ou não. Verificou-se um panorama de otimismo e potencialidades positivas em relação ao recurso das novas TICs.

No entanto, é importante notar que na segunda fase de interação do direito com as TICs ainda devem ser enfrentados desafios surgidos na fase anterior, do Processo Eletrônico, como é o caso da necessidade de interoperabilidade entre os diversos sistemas de Processo Eletrônico, adotados pelos diferentes Tribunais do país, assim como de políticas de gestão e governança em TICs, temas que, apesar de serem objeto de atenção do CNJ, como visto acima, continuam a ser relevantes quando da aplicação das novas TICs no contexto de automatização das decisões do poder judiciário.

Apesar de não ter sido objeto de estudo do presente artigo, ressalta-se que uma análise mais profunda do tema cobra sejam observados os riscos e potencialidades negativas das decisões automatizadas. Nesse sentido, destaca-se que o conhecimento sobre as interferências dos algoritmos de IA na tomada de decisões ou mesmo nas decisões automatizadas ainda é muito limitado.

Assim, o quadro de efeitos negativos que estão sendo e que ainda podem vir a ser gerados diante da automatização de decisões é um tema de extrema importância no contexto do poder judiciário ao qual cabe ir além do pretendido protagonismo na área de TICs, para garantir que ele seja alcançado com a devida proteção dos direitos e liberdades fundamentais e com respeito aos princípios constitucionais e processuais.

Por fim, como pano de fundo de toda a discussão apresentada, deve-se ter em mente que qualquer que seja o momento ou fase de adoção das TICs pelo Poder Judiciário não se pode perder de vista o seu grande objetivo, que não é a celeridade e acesso à justiça em si mas o alcance desses princípios de modo que todos os demais princípios constitucionais e processuais sejam respeitados garantindo os direitos fundamentais, inclusive os de cunho processual.



REFERÊNCIAS

ARTHUR, Lisa. What Is Big Data? Aug 15, 2013. **Forbes.com**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/lisaarthur/2013/08/15/what-is-big-data/#11ddbc555c85>. Acesso em jun. de 2017.

ATHENIENSE, Alexandre. A governança em tecnologia da informação como solução para mitigar as vulnerabilidades das práticas processuais por meio eletrônico. In: O Processo Judicial Eletrônico no Brasil: uma visão geral. In: **Processo judicial eletrônico** / Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Cláudio Allemand. – Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 29-60. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/Processo-judicial-eletr%C3%B4nico.pdf>. Acesso em Janeiro de 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. Câmara IoT. Consulta Pública. **Identificação dos tópicos de relevância para a viabilização da Internet das Coisas no Brasil** 2016. Disponível em: <http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/aiot.pdf>. Acesso em junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei n 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2d-f2f25.pdf>. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. CNJ. **Pesquisa**: gestão tecnológica dos tribunais progrediu nos últimos dois anos. Setembro de 2018 a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87640-pesquisa-gestao-tecnologica-dos-tribunais-progrediu-nos-ultimos-dois-anos>. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. STJ. **STJ entra na era da inteligência artificial**. Junho de 2018 b. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-d%C3%A1-1-primeiro-passo-para-implantar-intelig%C3%A2ncia-artificial-na-rotina-do-processo. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. TJMG. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Iniciativa, inédita entre tribunais de justiça, trará maior celeridade, segurança e economia para o Judiciário. Novembro de 2018 c. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XETMIVxKjIV>. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. Agência CNJ de Notícias. **CNJ anuncia a criação de laboratório de inteligência artificial para o PJe**. Por Thaís Ciegliński. Dezembro de 2018 d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88132-cnj-anuncia-a-criacao-de-laboratorio-de-inteligencia-artificial-para-o-pje>. Acesso em janeiro de 2019.

BRASIL. Notícias STF. **Presidente do STF participa da abertura do II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. SETEMBRO DE 2018 e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=390796>. Acesso em janeiro de 2019.

CASTELLS, Manuel. trad. Roneide Venâncio Majer. 6 ed. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CASTRO, Luiz Fernando Martins Castro. A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NO BRASIL: Caminho com rumo? In: O Processo Judicial Eletrônico no Brasil: uma visão geral. In: **Processo judicial ele-**



trônico / Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. – Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 395-410. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/Processo-judicial-eletr%C3%B4nico.pdf> . Acesso em Janeiro de 2019.

CANUT, Leticia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o Direito Tradicional. Curitiba: Juruá, 2007.

CANUT, Leticia; 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/sites/default/files/publicacoes/anais_xi_codaip-2017-gedai.pdf . Acesso em julho de 2018.

CANUT, Leticia Canut; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **O direito de autor sobre o software e suas implicações sobre a governança dos algoritmos**. Artigo apresentado no XII CONGRESSO DE DIREITO AUTURAL E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba:PR, novembro de 2018. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/anais-do-xii-codaip/> Acesso em outubro de 2019.

CANUT, Leticia Canut; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **O princípio da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais frente à utilização de algoritmos no desempenho da atividade jurisdicional e dos atos processuais**. Artigo apresentado no XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS, novembro de 2018 b. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/2019/02/publicado-anais-do-xxvii-congresso-nacional-do-conpedi-porto-alegre/> Acesso em outubro de 2019.

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-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos>. Acesso ago. 2018.

DUARTE, Fernando. Nove algoritmos que podem estar tomando decisões sobre sua vida - sem você saber. **BBC News Brasil**. 4 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42908496>. Acesso em janeiro de 2019.

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.

EUROPEAN COMMISSION. **Enter the Data Economy EU Policies for a Thriving Data Ecosystem**. Issue 21. 11 January 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/strategic_note_issue_21.pdf. Acesso em julho de 2018.

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.

GRILLO, Brenno. Obstáculo da tecnologia. Excesso de plataformas de processo eletrônico atrapalha advogados. 3 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/excesso-sistemas-processo-eletronico-atrapalham-advogados>. Acesso em janeiro de 2019.



IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire. Aspectos Controversos do Processo Eletrônico. In: **Revista Esmat**, Palmas, Ano 6, nº 7, pag. 11 a 42 - jan/jun 2014. Disponível em: [mhttp://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/3/3](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/3/3). Acesso em Janeiro de 2019.

JUNIOR PEGORARO, Paulo Roberto; TESHEINER, José Maria Tesheiner. O Tempo do Processo e o Processo Eletrônico. In: **Conpedi Law Review** V. 1, n. 9 (2015). DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i9.3377. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3377>. Acesso em Janeiro de 2019.

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.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. **Data-Driven Innovation: Big data for growth and well-being**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oeed/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#page1. Acesso em junho de 2017.

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 em outubro de 2019.

PETERSEN, Tomás. **Inteligência Artificial no Judiciário**: a segunda fase da transformação digital no Direito. julho de 2018. Disponível em: <http://www.sajdigital.com.br/pesquisa-desenvolvimento/inteligencia-artificial-no-judiciario/>. Acesso em Janeiro de 2019.

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 em agosto de 2018.

PUGLIESE, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma Conjectura sobre as tecnologias de Big Data na prática Jurídica. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 67, pp. 453 - 482, jul./dez. 2015. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015V67P453. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/1731-3335-2-PB.pdf>. Acesso de julho de 2018.

RUSCHEL, Airton José Ruschel; LAZZARI, João Batista Lazzari; ROVER, Aires José. O Processo Judicial Eletrônico no Brasil: uma visão geral. In: **Processo judicial eletrônico /** Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Cláudio Allemand. – Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 13-28. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/Processo-judicial-eletr%C3%B4nico.pdf>. Acesso em Janeiro de 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1 Ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE. Algorithms in decisionmaking Fourth Report of Session 2017–19 Report, together with formal minutes relating to the report. 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 em setembro de 2019.



SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da; SPENGLER, Fabiana Marion . O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do Processo Eletrônico. In: **Espaço Jurídico Journal of Law** [EJL]. Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 131-148, jan./jun. 2015 DOI: <http://dx.doi.org/10.18593>. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2555> . Acesso em janeiro de 2019.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo. **Propriedade Intelectual de programa de computador desenvolvido para utilização na Administração Pública**: estudo de caso. Tese submetida ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Florianópolis:2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122940/324543.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em janeiro de 2019.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Governo doa 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.

SIMÕES, Janaína. Pesquisa Fapesp. JUSTIÇA. **AUTOMAÇÃO NO DIREITO**. UM NOVO TIPO DE STARTUP, AS *legaltechs*, desenvolve sistemas tecnológicos para a área jurídica.Edição 271, set. 2018. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2018/09/18/automacao-no-direito/>. Acesso em janeiro de 2018.

SNIJDERS, C.; MATZAT, U.; REIPS, U.-D. 'Big Data': Big gaps of knowledge in the field of Internet. **International Journal of Internet Science**. 7: 1–5, 2012.

VOGL, Roland ; FARHANGI, Ashkon; CASEY, Bryan. **Rethinking Explainable Machines**: The Next Chapter in the GDPR's 'Right to Explanation' Debate. 15 May 2018. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/05/rethinking-explainable-machines-next-chapter-gdprs-right-explanation>. Acesso em Julho de 2017.

WACHOWICZ, Marcos. REFLEXÕES SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: o Marco Civil da Internet seus primados tecnológicos face ao princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário. In: O Processo Judicial Eletrônico no Brasil: uma visão geral. In: **Processo judicial eletrônico** / Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. – Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014. p. 435-454-28. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/Processo-judicial-eletr%C3%B4nico.pdf>. Acesso em Janeiro de 2019.

WACHOWICZ, Marcos; CANUT, Letícia (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; GONÇALVES, Lukas Ruthes. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CRIATIVIDADE**: Novos conceitos na Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2019. Disponível em : https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Intelig%C3%Aancia-artificial_portugu%C3%AAs_ebook.pdf. Acesso outubro de 2019.

ZAVAGLIA, Alexandre Coelho. **A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018** - Parte I. 1 Janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito>. Acesso em janeiro de 2019.



TECNOLOGIA E PODER JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE A IMPLANTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Luciana Reusing¹

Arthur Viana da Silva²

Gustavo Lima da Silva³

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer uma reflexão sobre a implantação e o uso da inteligência artificial como tecnologia a serviço do judiciário para celeremente trazer solução as demandas judiciais em prol da sociedade. Porém inerente ao uso das novas tecnologias que substituem o homem pela máquina, é preciso pensar como serão os resultados desse processo no decorrer dos anos entre ganhos e riscos. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, tendo por recorte espacial o sistema judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e por resultado esperado o uso da IA como tecnologia de equilíbrio entre a necessidade da demanda e de um sistema considerado na atualidade caótico.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Tecnologia. Direito. Poder Judiciário. TJPR.

1 INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro é assoberbado, com milhões de demandas judiciais em trâmite perante os mais diversos tribunais. Na maioria das localidades, talvez em todas, a quantidade de pessoas envolvidas na movimentação processual e atuação nas ações judiciais é insuficiente diante de uma demanda exorbitante de serviço.

Diante desse panorama muitas vezes caótico, surge a necessidade de se pensar formas que possam auxiliar o Poder Público e todos os agentes envolvidos no universo jurídico para que se possa aperfeiçoar a prestação jurisdicional a sociedade. É nesse ínterim que a tecnologia surge, para cumprir a missão de agilizar os procedimentos e tramitação de processos.

No século XXI, em todo território nacional implantaram-se sistemas eletrônicos para tramitação processual mais rápida e efetiva. As pilhas infinitas de processos físicos que se perdiam

¹ Mestre em Ciência, Tecnologia e Sociedade pelo Instituto Federal do Paraná – IFPR, Docente no Instituto Federal do Paraná, Advogada, Membro do Grupo GEDAI-UFPR.

² Graduando em Direito pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR.

³ Especializando em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa – FAEL.

com o tempo, rasgavam, molhavam, eram extraviados ou estavam sujeitos a qualquer tipo de perda, foram diminuindo, dando-se lugar as ações judiciais eletrônicas.

Os magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, assim como os advogados, delegados e servidores públicos já não precisam executar seus respectivos trabalhos assinando a sentença, denúncia, alegação final, petição inicial e etc., de forma física, ou seja, a caneta, a tecnologia evoluiu e permitiu que todas as pessoas que atuam no processo judicial assinem cada tipo de documento através de assinatura eletrônica, mediante colocação de senha.

Neste cenário de evolução das tecnologias e inteligência artificial, precisa-se pensar como será esse processo no decorrer dos próximos anos, bem como se refletir sobre quais serão os ganhos e os riscos desse processo. Para isso, utilizaremos especificamente o Tribunal de Justiça do Paraná para propor algumas discussões.

2 ENTENDENDO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Visto como um dos principais temas da comunidade científica a Inteligência Artificial (I.A) tem sua origem conforme Turing (1950) nas pesquisas especulativas sobre os poderes dos computadores.

Por essa perspectiva especulativa, a Inteligência Artificial ganha diversas definições em razão do campo de sua atuação de quem a utiliza.

Podemos citar por exemplo a definição proposta por Waterman (1985) de que é uma subárea da então ciência da computação tendo por objetivo o desenvolvimento de programas computacionais inteligentes, os quais agem como solucionadores de problemas.

Para Winston (1992) a I.A é o estudo de computadores que detêm a capacidade de perceber, raciocinar e agir, aplicáveis em planejamentos, processos de aprendizagem, linguagem natural, visão e reconhecimento padrão, robótica, jogos, navegação de veículos não tripulados, automação de máquinas em geral e técnicas computacionais de busca, modelagem ou de raciocínio indutivo.

Atualmente a I.A é considerada uma rede neural ora artificial, construída por algoritmos voltados para o processo de aprendizagem utilizando de computadores de última geração capaz de agir em tempo real, por auto adaptação, com tolerância a falhas, dando solução a problemas sem precisar de regras ou modelos (BRAGA; LUDEMIR; CARVALHO, 2000).

As redes neurais da I.A, abrangem dois componentes, o primeiro que é denominada de neurônio ou elementos de processamento e o segundo que são as conexões, operadas por dados e organizada na forma de camadas (BRAGA; LUDEMIR; CARVALHO, 2000).

Porém Moser (1986) aponta que apesar da I.A ter aplicação em diversas áreas, a mais abrangente perfaz a ciência administrativas, ora preocupadas essencialmente com economia e eficiência no trabalho, a exemplos da teoria do Taylorismo.

O Taylorismo conforme Wahrlich (1974) tem por princípios a análise do trabalho a ser realizado, a tarefa a ser executada, bem como ao tempo despendido, os resultados, operações,



funções até que seja estabelecida uma nova necessidade para o procedimento, ou seja, de que há sempre um modo melhor para realizar qualquer trabalho.

Usando de analogia “um modo melhor para realizar qualquer trabalho”, ao utilizar da I.A associada com outras tecnologias explicaria na atualidade o complexo cenário da substituição do homem pela máquina, condição existente desde a Revolução Industrial do Século XVIII.

Tal condição já era explicada por Marx (2013) em sua obra *O Capital*, na criação de novas condições e regras de trabalho, na qual as máquinas substituiriam os homens nos seus ofícios e habilidades, o que é observado na cronologia das revoluções tecnológicas:

- (i) Era do vapor e as ferrovias em 1829;
- (ii) Era do aço, eletricidade e engenharia pesada em 1875;
- (iii) Era do petróleo e do veículo automotor em 1908;
- (iv) Era da informática, das telecomunicações em 1971;
- (v) Era da internet em 1990;
- (vi) Século XXI a era em que se combina diversas tecnologias;

A cada nova tecnologia inserida no mercado de produção, configura uma nova condição de trabalho, que através da automação e dos sistemas em rede, traz conforme Coriat (1992) a possibilidade de uma tecnologia capaz de pensar por si mesma.

Neste contexto de tecnologia capaz de pensar por si mesma é que se insere a I.A, haja vista a capacidade de entender, compreender e resolver problemas, bem como de tomar decisões que inserida no sistema produtivo e regulada por parâmetros e variáveis computacionais, pode tornar mais efetiva a atividade do que o trabalhador de carne e osso (BLINDER, 2018).

Deste modo a I.A torna-se a mais popular das tecnologias ligadas conforme Bigonha (2018) à abundância e ao barateamento da infraestrutura para processamento, aos avanços em algoritmos, a maior disponibilidade de dados, códigos abertos e a conectividade globalizada.

Segundo Bigonha (2018) o ponto chave para o uso da I.A é a velocidade para a tomada de decisão, ou seja, quanto mais avançado é o sistema de processamento e armazenamento de dados, as tomadas de decisões até as mais complexas são realizadas mais celeremente.

Contudo o uso da I.A vai mais além do que a quebra da morosidade, pois se insere em um contexto organizacional de tornar os procedimentos laborais mais eficientes, como a exemplo do sistema judiciário brasileiro (CRUZ e FILHO, 2019).

No contexto organizacional jurídico a I.A é entendida como tecnologia alternativa mais eficiente para reduzir o tempo de tramitação dos processos, através da automação de atividades administrativas, proporcionando aos magistrados um maior tempo para estudo de suas decisões (CRUZ e FILHO, 2019).

Entretanto para Tredinnick (2019) aos olhos da I.A como sistema inovador, repousa um dos mais resistentes delírios humanos, que é substituir o ser humano, falível, corruptível e mortal



por uma máquina que não só não erre e que seja incorruptível, mas que, sobretudo não seja imprevisível.

É nesse contraditório, que se constrói o presente estudo objetivando refletir sobre quais serão os ganhos e os riscos da I.A no sistema judiciário brasileiro.

3 REFLEXÕES QUANTO AO RUMO DO DIREITO DIANTE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A tecnologia vem se desenvolvendo em uma velocidade assustadora, de forma que atinge todos os setores da sociedade. Esse crescimento cada vez maior dos recursos tecnológicos e dos aparatos digitais se justifica pelo fato de que facilitam a vida das pessoas, isto é, as práticas do cotidiano são otimizadas, feitas com mais agilidade e atingem um resultado desejável.

Quando se fala em tecnologia, também se fala de inteligência artificial, ou seja, a utilização de *softwares*, programas e ferramentas inteligentes que auxiliem o ser humano a resolver seus problemas das mais variadas ordens, com mais rapidez e eficácia. Traduzindo em termos simples: facilitar a vida do ser humano.

Um exemplo comum para ilustrar o que está sendo dito é o aplicativo de transporte *Uber*, que de forma rápida e mais econômica ao usuário permite que se utilize de um transporte com um veículo automotor para o lugar desejado.

A inteligência artificial tem se perpetuado nas mais diversas áreas de conhecimento:

Atualmente, a inteligência artificial tornou-se numa área de pesquisa já consolidada e com impactos em todas as áreas do conhecimento, tais como a Sociologia, a Política, na Medicina, na Psicologia, na própria Filosofia e, obviamente, no Direito. Na área da Medicina, pesquisa-se sobre como melhorar a vida das pessoas com problemas cerebrais, com deficiência física e motora, por exemplo; na Psicologia, há uma área chamada de Psicologia Cognitiva sobre o modo de aprendizagem, que pelo jeito é mais rápido se comparada com o do ser humano; no âmbito da Filosofia, os filósofos se perguntam se esta vai controlar o mundo ou extinguir a humanidade, tanto que eles já falam de uma superinteligência artificial, e; na Sociologia, vai haver mudanças sociais, afinal a inteligência artificial, por ser cada vez mais avançada, poderá provocar impactos radicais, como por exemplo, no âmbito dos trabalhadores humanos (ESTRADA, 2015, p. 02).

Cumprindo com o objetivo deste trabalho, cabe a reflexão quanto ao papel da inteligência artificial frente à ciência jurídica e, como ela tem se inserido mais especificamente no Poder Judiciário paranaense.

As discussões quanto à necessidade de melhoramento nos processos judiciais e na prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário não é de hoje. É quase que unânime a



opinião do senso comum de que a justiça brasileira é morosa e ineficaz, em razão das demandas que se arrastam por avançados anos, e pelo fato de serem conduzidas em muitos casos, displicente e equivocadamente.

Esse panorama desanimador da prestação jurisdicional brasileira suscita a urgência de se “buscar alternativas e soluções para os problemas indicados”. E essas soluções passam pela forte implementação da tecnologia no direito, e, por conseguinte, no Poder Judiciário, com o intuito de garantir mais celeridade e efetividade na resolução das demandas, com a conseqüente concretização da tutela dos direitos preconizados no ordenamento jurídico, sem que para isso se sacrifique a qualidade dos atos do magistrado no processo (LEROY & CORDEIRO, p. 02).

Tacca e Rocha (2018, p. 65) ressaltam que a inteligência artificial já está fortemente enraizada no mundo jurídico:

O avanço da utilização da inteligência artificial já está em curso. O debate sobre as possibilidades e implicações da Inteligência Artificial no mundo jurídico é vital. Isso, pois, o universo jurídico do amanhã, talvez pouco se assemelhe ao que conhecemos hoje. As instituições jurídicas e os profissionais que atuam nessa área (advogados, juizes, promotores) estão numa encruzilhada, embora poucos ainda tenham se apercebido disso (TACCA & ROCHA, 2018, p. 65).

A Revolução Industrial chegou ao se quarto momento, ou seja, a tecnologia e a inteligência artificial são responsáveis por capitanear uma nova forma de se pensar os métodos de produção, e a vida num contexto geral, sobretudo no século XXI.

Hoffmann (2018, p. 19) ressalta que essa Quarta Revolução Industrial está acontecendo, e uma das realidades que confirma isso é o fato de que todas as revoluções surgiram de um cenário de crise, ou seja, a crise do sistema judiciário brasileiro terá sua cura a partir da utilização da inteligência artificial.

Todavia, o mesmo autor pondera que a salvadora inteligência artificial precisa ter mais espaço:

No que concerne ao Poder Judiciário Brasileiro, podemos dizer que, embora haja o domínio e ampla utilização das tecnologias advindas da Terceira Revolução Industrial, os benefícios da Revolução Industrial 4.0 ainda fazem parte de um terreno pouco explorado, marcando presença em alguns tribunais e na atuação de poucos magistrados (HOFMANN, 2018, p. 25).

Ainda no que diz respeito à morosidade no fomento a tecnologia no Poder Judiciário:

O desenvolvimento exponencial da tecnologia faz com que o mundo se transforme em ritmo cada vez mais acelerado e, como consequência de tais avanços, várias profissões estão vivendo momentos de revisitação do alcance de suas funções, rompendo dogmas



até então indiscutíveis. No ecossistema jurídico o cenário de mudanças tecnológicas pode ter impactos diretamente ligados à prestação jurisdicional e ao acesso à justiça, posto que o Poder Judiciário, que se encontra tomado de demandas, ainda caminha devagar para a implementação de tecnologias (LEROY & CORDEIRO, p. 02).

Leroy e Cordeiro (p. 02) registram um fato interessante: à presença da tecnologia e inteligência artificial com mais abrangência na iniciativa privada, ao passo que na esfera pública os referidos elementos são utilizados de maneira débil e insuficiente. Sendo assim, é justamente a esfera pública, incumbida de oferecer a sociedade uma prestação jurisdicional idônea possa cumprir essa missão, utilizando-se do valioso auxílio das alternativas tecnológicas.

Na perspectiva de que a tecnologia é necessária à evolução, importante salientar:

Dessa forma, pode-se concluir que o processo e suas formas nada mais são que ferramentas públicas (que não deixam de ser tecnologias) desenvolvidas para permitir a solução dos conflitos. Portanto, pretende-se que sejam adequadas aos fins que se propõem: a efetiva prestação jurisdicional. A ideia de tecnologia, por outro lado, está historicamente ligada à evolução, ao desenvolvimento e à obtenção de produtos mais eficientes e/ou mais baratos em movimento contínuo. Nessa acepção, por que não há de se redesenhar as formas de solução de conflitos incluindo as inúmeras possibilidades trazidas por diversas áreas do conhecimento, notadamente no setor público? (LEROY & CORDEIRO, p. 03).

A abertura do direito a inteligência artificial já começou e tende a se intensificar cada vez mais. Porto (2019, p. 167) registra que a adoção da inteligência artificial enquanto facilitadora do trabalho judiciário começou já com a implantação do processo eletrônico, que substituiu as pilhas infindáveis de inquéritos policiais, processos, recursos e outros incontáveis documentos produzidos nos fóruns por todo Brasil. Somente com a inserção do processo digital já se percebeu ganhos notáveis, como a produtividade e a economia de dinheiro público.

Há que se ressaltar que além do aspecto mais ágil e econômico, a implantação do processo eletrônico trouxe significativo ganho na questão ambiental, pois evitou que milhões de folhas fossem utilizadas para prática dos atos forenses e tramitação normal de uma demanda judicial. Ainda, a ociosidade do processo físico era uma das causas mais graves da demora exacerbada na prestação jurisdicional (PORTO, 2019, p. 159).

Felipe e Perrota (2018, p. 12) destacam ainda que a tecnologia pode produzir um significativo avanço no que concerne à qualidade do serviço jurídico:

Para além disso, as tecnologias trazem consigo ferramentas para um óbvio e crescente melhoramento na qualidade da pesquisa jurídica, e implicam a afetação indireta da advocacia contenciosa, na medida em que se torna possível prever o desfecho de determinados temas com um índice de acerto significativo; o que faz imperiosa a constatação de que, em muitos aspectos, as transformações tecnológicas vêm como ferramenta de aper-



feiçãoamento e não como mero elemento de substituição da força intelectual de trabalho (FELIPE & PERROTA, 2018, p. 12).

Em complemento, Estrada (2015, p. 04) reforça o poder da inteligência artificial:

A inteligência artificial – salientando que em breve será mais inteligente do que o ser humano e dependendo do tipo de consciência a adotar, usando a Internet dentro do conceito, por exemplo, da “internet das coisas” – poderá sim, controlar a sociedade independentemente de classe social e de território e, inclusive, poderá provocar blecautes nas cidades, cortes de energia, mandar nos sistemas de defesa dos países, matar pessoas e tornar o ser humano um refém. Então, como que ficam as questões jurídicas? É algo a ser discutido constantemente (ESTRADA, 2015, p. 04).

Leroy e Cordeiro (2018, p. 06) enfatizam que a inteligência artificial e a tecnologia serão capazes de servir como um importante instrumento na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pois contribuirá para que haja maior êxito nos métodos de autocomposição, aumentará o nível das decisões para que sejam todas de boa qualidade, e para facilitar e realização de procedimentos que muitas vezes são morosos e ineficientes. Os autores ressaltam que essa utilização da inteligência das máquinas e *softwares*, não visa “automatizar as ferramentas práticas da ciência do Direito”, mas a inteligência artificial desenvolverá os procedimentos mecânicos sem necessidade de intervenção humana.

Os mesmos autores continuam o raciocínio supracitado:

Antes de tudo é necessário eliminar preconceitos. Especialmente, seria um erro supor que a introdução de automações eletrônicas no Direito significa tentativa ou meio para se substituir pessoas. A atividade humana é e continuará sendo imprescindível para a aplicação do Direito, sendo também essencial para bom funcionamento de soluções automatizadas ou realizadas por inteligência artificial (LEROY & CORDEIRO, 2018, p. 06/07).

A adoção da inteligência artificial nos mais diversos âmbitos da seara jurídica, seja no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos escritórios de advocacia, quer contenciosa, quer consultiva, irá alterar a conjuntura jurídica do operador do direito. Tal realidade é inegável, uma vez que toda evolução, isto é, a Quarta Revolução Industrial promovida pela inteligência artificial e tecnologia inevitavelmente operará grandes mudanças no trabalho dos profissionais do direito.

No mesmo sentido do que está acima proposto, Tacca e Rocha (2018, p. 65), consideram que haverá uma severa mudança para os operadores do direito, que talvez precisem aprender uma nova profissão:



Podemos imaginar com isso, qual será a sina de milhões de operadores do sistema legal quando os algoritmos sofisticados e inteligentes forem capazes de localizar mais precedentes, ou então, de analisar toda a legislação e doutrina existente em poucos minutos, contrastando com a capacidade de que os humanos pudessem ser capazes de realizar o mesmo trabalho durante uma vida inteira. Talvez esses trabalhadores (advogados, juízes e promotores) tenham que voltar para a universidade e apreender novos ofícios ou quiçá uma nova profissão. Contudo, um olhar dessemelhante pode demonstrar que ao retornarem a universidade poderão eles descobrir que a Inteligência Artificial já alterou aquele sistema (educação) a muito tempo (TACCA & ROCHA, 2018, p. 65).

E essa “revolução silenciosa” não é uma projeção para o futuro, mas sim uma realidade que está se desenvolvendo no mundo jurídico. O que pode causar maior perplexidade é a mudança radical no que conhecemos de direito, isto é, pessoas que desempenham seus respectivos cargos, dentro de uma instituição, cada qual no seu espaço visando garantir o acesso constitucional de cada cidadão a justiça (TACCA & ROCHA, 2018, p. 62 *apud* SUSSKIND, 2017).

No caso do Poder Judiciário, Porto (2019, p. 172) destaca que a expansão da inteligência artificial já vem ocorrendo:

Num quadro raso e superficial, é possível identificar que o Judiciário passou da utilização de papel e caneta para a máquina de escrever; desta, para utilização do computador, apenas como substituição da forma de escrita e, depois, começamos a utilizar os recursos computacionais: o processo se transformou do físico para o digital e, a partir daí, se implantou e ainda se implanta, paulatinamente, automação de rotinas, com o *computador* (sistema/*software*) substituindo gradativamente rotinas antes mecanizadas e burocráticas, desempenhadas por servidores. De outro lado, a comunicação com a sociedade evolui e a utilização de novas tecnologias já se mostra presente em diversos Tribunais (PORTO, 2019, p. 172).

O crescimento da inteligência artificial no decorrer dos anos também está relacionado com um fator econômico:

Conforme se observa, ao mesmo tempo que verificam-se fatores que propulsionam a aceitação e desenvolvimento da tecnologia, inúmeros outros dificultam e se opõem a sua adoção. Nesse contexto de forças opostas, é necessário ressaltar que em nenhum momento na história a sociedade conseguiu estancar o crescimento tecnológico e barrar sua implementação; as pressões econômicas sempre se sobrepuseram e saíram vitoriosas. Isso nos inclina a concluir que a consolidação da I.A. é inevitável, e mera questão de tempo. Em face do progressivo crescimento da automação na sociedade, só resta avaliar como a invasão tecnológica afetará nossas vidas (COELHO, 2017, p. 52/53).

Felipe e Perrota (2018, p. 14) destacam que a mudança promovida pelas ferramentas da inteligência artificial no direito “são, sim, instrumentos de transformação do *modus operandi* do trabalho jurídico”. Esse caráter mutante do direito diante das tecnologias não é facultativo, mas sim uma realidade a ser aceita. Isso significa dizer que muitas facetas do trabalho do jurista serão realizadas sem a interferência da pessoa humana operadora do direito.

Com essa nova dinâmica de trabalho do profissional do direito, emergirá a necessidade de que os juristas inovem para se manter em atividade:

Antes, tarefas que eram realizadas manualmente pelos humanos, agora, passam a ser realizadas por sistemas inteligentes. Haverá tarefas difíceis no campo legal que talvez a Inteligência Artificial não consiga desempenhar. Certamente algumas tarefas estão fora do alcance das máquinas na atualidade. Mas isso não significa que o restante do trabalho daquela profissão não possa ser desempenhado por aquele agente inteligente e de forma mais rápida e precisa. Muitos profissionais precisarão se reciclar, encontrar novas áreas de atuação na seara legal (TACCA & ROCHA, 2018, p. 66).

Competir com a inteligência artificial parece uma decisão equivocada e infrutífera, haja vista que não se pensa em alterações estruturais na sociedade tão imprevisíveis que dispensem a tecnologia do cotidiano das pessoas, isto é, para manter a tecnologia e a inteligência artificial em constante e profunda expansão, será necessário se adequar a elas. Tacca e Rocha (2018, p. 66) colocam que a inteligência artificial “é um caminho sem volta”, e a decisão mais sábia a ser tomada é se aliar a ela e perceber quais são as benesses a serem extraídas, pois, caso contrário, uma guerra contra essa realidade tecnológica do mundo não parece sensata.

O sociólogo Zygmunt Bauman considerava que a sociedade atual é líquida. A modernidade é marcada por apresentar as estruturas sociais em estado de liquidez, onde nada é feito para durar. Deste modo, Pimentel, Oliveira e Silva (2018, p. 08) afirmam que considerando esse caráter dinâmico da sociedade, a tecnologia continuará expandindo, e o profissional que deseja sobreviver a isso, terá que ser competitivo, acompanhar e adaptar-se as novas ferramentas tecnológicas.

No Poder Judiciário, o iminente crescimento da inteligência artificial deve ser considerado e explorado para, em última análise, promover a eficácia dos ditames constitucionais na respectiva jurisdição. Porto (2019, p. 156) faz um contraponto entre a seara privada e a esfera pública. Enquanto na primeira o objetivo primordial é o lucro, principalmente porque se vive num sistema capitalista, na esfera pública, o objetivo é a “prestação jurisdicional em tempo razoável e acessível a todos”. E, para se alcançar esse alvo, os recursos tecnológicos disponíveis são imprescindíveis, pois permitem a automatização dos procedimentos com a redução do tempo do tempo ocioso do processo, bem como do trabalho humano.

Ainda no que diz respeito às formas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, cabe destacar:

Modernizar o Poder Judiciário não significa exclusivamente contratar novos servidores e magistrados no velho e conhecido círculo vicioso em que mais processos fazem reclamar por mais juizes, mais cargos, mais servidores e mais prédios, mas sim racionalizar



os trabalhos com a alocação e a realocação de servidores nas áreas mais carentes, a capacitação de pessoal, inclusive por meio da educação a distância, a simplificação de rotinas procedimentais nos cartórios e secretarias, com o propósito de alcançar a máxima eficiência operacional e a automatização do processo (redução máxima da interferência humana no processamento do feito eletrônico), sendo a tecnologia ferramenta indispensável neste processo (PORTO, 2019, p. 154).

Porto (2019) elenca uma grande lista de atividades nas quais a inteligência poderá ajudar os magistrados:

Assim, numa visão holística da aplicação da IA no Judiciário, podemos identificar as seguintes atuações: (a) auxiliando o Magistrado na realização de atos de constrição (penhora *on line*, *Renajud* e outros); (b) auxiliando o Magistrado a identificar os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos, IRDR, Reclamações e etc., possibilitando que o processo seja identificado e suspenso sem esforço humano maior do que aquele baseado em confirmar o que a máquina apontou; (c) auxiliar o Magistrado na degravação de audiências, poupando enorme tempo; (d) auxiliar na classificação adequada dos processos, gerando dados estatísticos mais consistentes; (e) auxiliar o Magistrado na elaboração do relatório dos processos, filtrando as etapas relevantes do processos e sintetizando o mesmo; (f) auxiliar na identificação de fraudes; (g) auxiliar na identificação de litigante contumaz; (h) auxiliar na identificação de demandas de massa; (i) auxiliar na avaliação de risco (probabilidade/ impacto de algo acontecer no futuro); (j) auxiliar na gestão relativa à antecipação de conflitos a partir de dados não estruturados; (k) auxiliar o Magistrado na avaliação da jurisprudência aplicada ao caso; (l) possibilitar uma melhor experiência de atendimento ao usuário: sistemas conversacionais, “*chat bot*” (atendimento para ouvidoria e Corregedoria); (m) identificar votos divergentes na pauta eletrônica; (n) auxiliar na gestão cartorária, identificando pontos de gargalos, processos paralisados, servidores com menor/maior carga de trabalho; (o) identificar e reunir processos para movimentação em lote, e (p) auxiliar o Magistrado na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças (PORTO, 2019).

Portanto, a inteligência artificial pode servir como um meio extraordinário para que a prestação jurisdicional seja realizada de forma eficiente, acessível e com qualidade. E, para cumprir esse papel, as tecnologias diminuirão o tempo despendido para movimentação processual e prática de determinados atos, como amplamente demonstrado acima. O tempo mais viável para implantação dessas novas tecnologias é agora. Todavia, para que isso aconteça é necessário se preparar os sistemas para que a máquina possa entender como funciona a rotina de trabalho de um magistrado com a prolação de sentenças, decisões, despachos e demais atividades, e paulatinamente os sistemas forem se aperfeiçoando (PORTO, 2019, p. 173/176).

Mesmo com todo otimismo em relação à implantação da inteligência artificial há que se ponderar que não é ela que resolverá todos os problemas do universo jurídico. Coelho (2017, p. 48/49) explica que a adoção das tecnologias precisa ser gradativa, ou seja, ir se intensificando dia após dia,

uma vez que olhando para história se perceberá que mudanças dessa magnitude se perpetuaram no decurso dos anos e décadas. No caso brasileiro, que é um país em desenvolvimento esse processo tende a ser ainda mais lento, considerando que existem maiores entraves para perpetuação da inteligência artificial, além da mão de obra barata e da forte utilização de aparatos manuais.

Bazzo (2017, p. 119) coloca que: “A cultura que domina a sociedade continua atribuindo às questões científicas e tecnológicas a razão maior da felicidade humana”, isto é, as pessoas creem erroneamente que a tecnologia é a resposta para tudo. Em que pese ela facilite de forma maravilhosa a vida das pessoas, também possui seu lado negativo que precisa ser igualmente observado. Não se pode esquecer que a tecnologia que encurta distâncias e traz mais comodidade ao ser humano é a mesma que ensinou a criação da bomba atômica que dizimou a população de Hiroshima e Nagasaki, ou seja, para se pensar no futuro do mundo e da seara jurídica com a inteligência artificial e os crescentes recursos tecnológicos, é necessário ter “pé no chão”.

Outra reflexão importante que Coelho (2017, p. 51) apresenta é a necessidade de maior regulação da inteligência artificial e das tecnologias, sobretudo no que diz respeito à responsabilização por danos e pelos potenciais riscos que possam apresentar. Neste sentido:

Atualmente, fornecedores já se expõem ao risco de responsabilização por eventual defeito ou mau funcionamento de produtos e serviços disponibilizados ao mercado. Antes de permitir sua ampla comercialização e utilização, a legislação deverá sofrer alterações para abarcar as questões emergentes de maneira satisfatória. Pioneirismo é observado nos estados americanos de Nevada, Flórida e Califórnia, que já desenvolvem propostas legislativas receptivas a carros “sem-motorista”. Avanços similares serão necessários em todo o globo e para vários os setores. Por sua vez, a extensão e rapidez da atualização legislativa dependerá diretamente de sua aceitação social, interesse econômico e progresso tecnológico (COELHO, 2017, p. 52).

Como todo processo social significativo, a implantação da inteligência artificial no direito não se dará sem produzir “efeitos colaterais”, que no decorrer do tempo serão percebidos.

Inevitavelmente ocorrerão severas mudanças no mercado de trabalho jurídico como o conhecemos. Isso se deve ao fato de que toda otimização tecnológica em determinado ramo, sacrifica empregos e impacta a antiga configuração que ali existia. O desemprego poderá ser um dos maiores vilões para o profissional do direito. Atualmente o jurista já encontra dificuldade para se colocar no mercado de trabalho jurídico, considerando as centenas de faculdades de direito espalhadas por território nacional e pelo inchaço de profissionais atualmente formados, quem dirá quando a inteligência artificial tomar mais uma fatia de empregos.

Nas palavras de Coelho (2017, p. 53):

Em uma época em que o crescimento econômico é pequeno e são baixos os ganhos em produtividade, a nova era da automação liderada por I.A. poderá se revelar como verdadeira benção para a economia mundial. Entretanto, os magníficos ganhos potenciais não



vêm sem custo. À luz do evidente impacto que a tecnologia trará, o desafio passa a ser como trabalhadores, líderes políticos e econômicos se articularão de forma a extrair e capturar os efeitos positivos da tecnologia e minimizar ao máximo os negativos. Conforme se salientou, o medo relativo à perda de empregos e ampliação da desigualdade social, somados a constante redução salarial observada nas últimas décadas já estão por criar uma aversão às tendências de globalização e modernização, especialmente em economias desenvolvidas (COELHO, 2017, p. 53).

A inteligência artificial produzirá muito lucro, visto que a máquina não se aposenta, não fica doente, não tem emoções que influenciam negativamente seu trabalho, não tem indisposição, não pega férias, e etc., ou seja, a máquina produz mais que o ser humano e custa menos do que a mão de obra humana – mesmo que a longo prazo.

Quanto as inevitáveis mudanças que a inteligência artificial promoverá para o futuro, cabe ressaltar:

Ao mesmo tempo que o potencial da tecnologia pode nos aproximar de uma utópica sociedade automatizada, o acúmulo do poder sobre a tecnologia na mão de poucos pode permitir que aspectos como desemprego, desigualdade social e concentração de renda se exacerbem. Caberá aos reguladores se anteciparem às mudanças o quanto antes. Regulações tendem a ser reativas em sua maioria, abrindo espaço para que malefícios do objeto regulado se instalem fortemente no sistema antes de atacados, dificultando ou até impedindo sua remoção. Independente do caminho que se tome, não há dúvidas de que em 50 anos estaremos vivendo em uma sociedade muito distinta da que hoje conhecemos (COELHO, 2017, p. 57).

Diante do que foi exposto, conclui-se que a inteligência artificial tem muito a beneficiar o mundo jurídico e mais especificamente o Poder Judiciário paranaense, porém, essa evolução precisa ser feita de forma consciente e analisando todos os efeitos colaterais que serão produzidos no meio social.

4 IMPLANTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TJPR: PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

A tecnologia surgiu como uma forma de promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas, aproximar os que não se encontravam próximos, aperfeiçoar as condições - tanto de produção como de resultado – e, conseqüentemente, construir melhores condições de trabalho. Nesse sentido, por meio do desenvolvimento tecnológico (geralmente movido por interesses militares) emerge a inteligência artificial como uma ferramenta de aprimoramento do cotidiano, sendo reproduzido, neste, toda experiência de atuação humana para a qual foi programada realizar.

Em meio a vastas teorias de conspiração fomentadas por várias produções de cinema bem como por muitos livros é que a inteligência artificial foi sendo incluída no nosso cotidiano e hoje faz parte das nossas vidas.

Podemos encontra-la por toda parte - em celulares, televisores, internet, radio, em telas de cinema, meios de produção, escolas - ou seja, em todos os lugares onde se encontra tecnologia, podemos também encontrar a inteligência artificial mesmo que modo discreto em locais onde muitas vezes nem a notamos, como em um simples foco de câmera, lá ela está, facilitando a nossa vida e fazendo a escolha de um foco adequado ao ambiente.

No Poder Judiciário a história se reflete da mesma maneira, o desenvolvimento tecnológico atrelado a quantidade de processos (que em pesquisa realizada em 2017 pelo CNJ apontou que existam cerca de 80 milhões de processos em tramitação em todo o Brasil) fez-se necessário à criação de mecanismos de atuação que visam à obtenção de melhores resultados na movimentação e tramitação processual. Nesse contexto a inteligência artificial desempenha um papel fundamental para desoneração dos processos nos Tribunais de Justiça, mais precisamente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, essa ideia já vem sendo não só estudada, como também desenvolvida.

Nos dias 21 e 22 de fevereiro de 2019 ocorreu em Brasília/DF a “Enatic Justiça 4.0: Seminário Inteligência Artificial, a Revolução no Setor Jurídico” onde o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, ressaltou a relevância da inteligência artificial no Poder Judiciário dizendo que “no atual estágio da civilização, é preciso que a Inteligência Artificial também esteja presente nas rotinas diárias do Poder Judiciário, simplificando o trabalho de magistrados e servidores” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 2019). Nas declarações do Desembargador observa-se o relevante interesse do TJPR em desenvolver esse mecanismo com foco na simplificação e que possa trazer, com isso, um resultado positivo no desempenho tanto dos magistrados como dos servidores do Tribunal.

Seguindo essa linha de pensamento, podem ser apresentados os possíveis resultados positivos que a inteligência artificial tanto pode trazer ao judiciário como tem a oferecer ao mesmo. Entretanto, as nuances que essa ferramenta pode apresentar devem ser postas em evidência. Portanto, antes de tal ferramenta ser utilizada, devem ser observados os pontos positivos e negativos, estes, pontos cruciais para o resultado que deve dar ênfase a síntese química de todos os pontos controversos para a aplicação da inteligência artificial no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Dentre os pontos positivos que podem ser destacados na implantação da IA as palavras do Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea levantadas no Enatic 2019 são de alta relevância para ao tema quando diz que:

Em um país com 200 milhões de habitantes e 80 milhões de processos em trâmite, a tecnologia é instrumento indispensável. Ferramentas de IA são fundamentais para lidar com



o estoque de demandas que tenham alto índice de repetição, como os feitos de execução fiscal. São matérias repletas de atividades repetitivas onde mecanismos de automatização baseados em IA serão de inestimável aceleração e conseqüente diminuição de inúmeros feitos. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 2019)

As declarações do Desembargador citado acima evidenciam vários pontos que são de extrema importância para a celeridade processual, que é um dos problemas que mais preocupam as autoridades que estão à frente do Tribunal.

Dentre os pontos positivos defendidos que mais influenciam a aplicação da IA no Tribunal do Estado do Paraná são os feitos que possam ser sanados com mais facilidade e que não tragam prejuízos tanto para o Tribunal quanto para aqueles que fazem parte da sua cadeia de interações. Deste modo, há de se notar os benefícios que a IA traria em todas as áreas do judiciário desde a propositura da ação até a conclusão da lide que deu início a ação.

As ações de execução fiscal que se apresentam em maior número nas comarcas e devido a simplicidade do seu trâmite, podem ser utilizadas como um ótimo exemplo de aplicação da IA. Na propositura da ação, o mecanismo de IA poderá facilmente detectar irregularidades materiais dentro da petição inicial que trariam alguma consequência ao processo, remetendo de imediato ao juiz apenas para assinar o despacho inicial solicitando emenda à petição.

Dando continuidade ao exemplo acima, as possibilidades de atuação da IA só aumentam, pois, essa ferramenta, poderá até mesmo atuar na expedição automática das cartas de citação bem como dos mandados, devendo apenas ser pré-programada para atuar dessa forma e, ao mesmo tempo, verificar a falta dos dados básicos necessários para a expedição da mesma.

Um exemplo atual desse tipo de atuação por meio da IA pode ser encontrada aqui mesmo no Brasil, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, que por meio de uma Comissão para Aplicação de Soluções em Inteligência Artificial (CIA):

Desenvolveu um sistema para analisar os processos de execução fiscal do município do Recife. Batizado de Elis, a ferramenta classifica os processos ajuizados no PJe em relação a divergências cadastrais, competências diversas e eventuais prescrições. Na sequência, por meio de técnicas de automação, Elis insere minutas no sistema e até mesmo assina despachos, se determinado pelo magistrado. (MELO.2019)

Outro ponto altamente relevante na aplicação da IA no Tribunal são os ofícios expedidos pelas varas judiciais, os requisitos necessários para a expedição de ofícios poderiam passar por um mecanismo de inteligência artificial para identificação do modelo e objeto do ofício (destinatário, finalidade do ofício etc.) e a partir dali facilitar o serviço tanto do juiz como dos servidores.

As intimações expedidas pelo sistema PROJUDI, que hoje são feitas pelos servidores, também poderiam ser executadas por uma ferramenta pré-programada de IA. Dentre os vários



prazos estabelecidos em lei para intimação, a aplicação desse mecanismo facilitaria e muito a vida dos servidores, trazendo efetividade nas demandas judiciais como por exemplo nos casos de intimação após sentença proferida pelos magistrados.

A interação do Tribunal de Justiça com outros órgãos e sistemas que possam contribuir para a celeridade processual se faz necessária para uma possível aplicação da IA. O Banco Central, Central de informações do Registro Civil (CRC), órgãos de proteção ao crédito, redes de telefonia, Receita Federal, estes são apenas alguns dos meios utilizados para se conseguir localizar uma pessoa quando não se tem informação alguma. Atualmente, devido a falta de mecanismos de IA, faz-se necessário formular um pedido individualmente para todos esses órgãos, tornando o processo demorado e caro. A IA facilmente poderia ser programada em meio a uma interação com outros sistemas, buscando dados que trouxessem um resultado mais rápido e adequado a lide.

Essa interação de sistemas já pode ser movida por meio de IA e já pode ser encontrada também no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) onde:

Foi estabelecida parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) para desenvolvimento de diferentes sistemas. O judiciário local já conta com uma família inteira de robôs: Poti, Clara e Jerimum. O primeiro está em plena atividade e executa tarefas de bloqueio, desbloqueio de contas e emissão de certidões relacionadas ao BACENJUD. Em fase de conclusão, Jerimum foi criado para classificar e rotular processos, enquanto Clara lê documentos, sugere tarefas e recomenda decisões, como a extinção de uma execução porque o tributo já foi pago. Para casos assim, ela vai inserir no sistema uma decisão padrão, que será confirmada ou não por um servidor (MELO, 2019).

No atual cenário das Varas da Fazenda do Estado do Paraná, a aplicação da IA junto à por exemplo, um registro civil, evitaria o trâmite de um processo de execução fiscal onde a parte executada já era falecida antes da propositura da ação. Ao invés de um servidor fazer toda a parte burocrática de busca, juntada de informação e da certidão de óbito da parte executada para, posteriormente, enviar o processo ao juiz, o sistema de IA automaticamente poderia levantar esses dados, juntar ao processo e mandar o processo concluso para extinção do feito.

Mas podemos ir além, em possíveis casos repetitivos (como ocorre muito nos processos de execução fiscal), uma sentença padronizada poderia ser produzida pela IA cabendo ao magistrado, apenas conferir e assinar a sentença.

Os benefícios de atuação não se limitam a celeridade processual que a IA tem a oferecer, podendo ser destacados os benefícios no que se refere a uma melhor qualidade de vida que os servidores terão na atuação da presente ferramenta no seu local de trabalho.

Os oficiais de justiça são exemplo dos que sofrem na realização do trabalho externo, cumprindo as diligências necessárias para o andamento processual. Com a demanda processual muito alta, falta de concursos e baixo número de servidores que trabalham na parte externa, como os oficiais de justiça, só aumentam os números de doenças relacionadas ao trabalho.



Em denúncia feita pelo Sindijus-PR ao Ministério Público do Trabalho:

Pela demanda exorbitante de trabalho e por serem poucos os servidores no quadro, ainda que esses trabalhadores possuam boa vontade para cumprir as metas e prestar um serviço boa qualidade, como já exposto, sofrem assédio no trabalho e correm o risco de sofrerem procedimentos administrativos, o que tem gerado vários casos de doenças, tais como: ansiedade, síndrome do pânico, doenças do coração, depressão, etc. (MENDES, 2018)

Entretanto, com a atuação da IA nas comarcas, o número de diligências que muitas vezes acabam sendo desnecessárias seria reduzido, como nos casos de mandados expedidos para pessoas já falecidas em ações de execução fiscal, problema esse, que pode ser sanado facilmente com a interação entre o banco de dados da central de informações do registro civil conforme já citado anteriormente e a plataforma de processo eletrônico utilizada pelo Tribunal.

Para os advogados e a população a implementação da IA no Judiciário significaria maior celeridade processual. Para os juízes, promotores, analistas e técnicos judiciários significaria melhores condições de trabalho.

Entretanto nem tudo é um mar de rosas, a IA em breves palavras, é um sistema programado para se aproximar da atuação humana e facilitar o trabalho deste, melhorar a qualidade de vida e dar mais celeridade onde quer que a IA for empregada. Mas esta suscetível a erros, como qualquer outro sistema, que mesmo que tenha sido muito bem programado, pode apresentar alguma falha. Falha esta que pode demandar tempo, dinheiro e o judiciário não tem tempo a perder.

Ainda, diante de todo escândalo envolvendo a cúpula do executivo em invasões de hackers, como se pode dizer que esse sistema de IA também não pode estar suscetível a um desses ataques?

Hoje os filmes de ficção científica se tornaram realidade diante da fragilidade que muitas das vezes um sistema (que é desenvolvido pelo homem e que pode ser modificado pelo mesmo) pode apresentar.

Portanto, o mundo está ficando cada vez mais interconectado e se até mesmo o celular do Procurador da República Federativa do Brasil e do Ministro da Justiça foram hackeados, ao envolver a administração do judiciário, devemos tomar muita cautela, para não colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

Por fim, cabe destacar que hoje o Brasil conta com mais de 12 milhões de desempregados e um sistema que substitui a atuação do homem no trabalho não ajudaria na mudança desses números.

Diante de todos os pontos positivos e negativos apresentados no decorrer do presente artigo, a que preço o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná implantaria o mecanismo de inteligência artificial?



5 CONCLUSÃO

Desde que o homem se constitui como o centro das relações sociais, e usa de artefatos (instrumentos) para promover sua interação com o meio, a quebra de paradigmas se faz necessário.

Tal fato se comprova através da evolução da Revolução Industrial e o marco cronológico, que em pleno século XXI considerada a 4^o Revolução Industrial está molda o futuro da produção no sistema de trabalho.

Isso se deve ao fato do uso das novas tecnologias e suas interações com outras ciências, como a exemplo da A.I, inteligência produzida pelo homem e inserida nas máquinas para que estas tenham habilidades que simulem ou se aproximem mais próximos da inteligência humana.

A referida tecnologia alcança diversos setores, produção, comércio, mobilidade, saúde, educação bem como o sistema judiciário, o que pode se justificar haja vista o número excessivo de demandas em razão do número de servidores atuantes.

Atualmente o sistema jurídico do estado, é abarrotado de demandas judiciais seja em primeira, segunda ou na instância superior, o que traz a necessidade do uso de tecnologias como a I.A devido ao seu caráter acelerador de procedimento.

Assim quando aplicada em determinado sistema organizacional, a I.A tem por objetivo gerar uma atmosfera mais célere para a solução de problemas, mediante a substituição do homem pela máquina.

Portanto ao vislumbrar o cenário considerado caótico do judiciário na demora da solução de suas demandas, e da evolução das tecnologias aceleradoras como I.A, é necessário analisar como esse processo influenciará na relação homem e máquina nos ganhos e nos riscos, a fim de não se perder o processo cognitivo e humanizador ora distante da máquina, mas também de alguns homens.

6 REFERENCIAS

BAZZO, W. A. **Ciência, Tecnologia e Sociedade: e o contexto da educação tecnológica**. 5. ed., Florianópolis: Ed. da UFSC, 2017.

BLINDER, D. **O Trabalho e a Inteligência Artificial**. Entre o Temor e o Otimismo. Velhas e Novas Distopias. Nueva Sociedad. CPAL Social, 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/582649-o-trabalho-e-a-inteligencia-artificial-entre-o-temor-e-o-otimismo>. Acesso em: 24 set.2019.

BIGONHA, C. **Inteligência Artificial em Perspectiva. Panorama setorial da Internet. Inteligência Artificial e ética**. Ano 10. Número 2. Outubro de 2018. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/1/Panorama_outubro_2018_online.pdf. Acesso em: 24 de set. 2019.

BRAGA, A. PDE; LUDEMIR, T. B.; CARVALHO, A. C. P. DE L. F. **Redes Neurais Artificiais – Teoria e aplicações**. Rio de Janeiro – Editora LTC – Livros Técnicos e Científicos - 2000.



COELHO, J. V. A. B. de. **APLICAÇÕES E IMPLICAÇÕES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO**. 61 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, 2017.

CORIAT, B. **El Taller y el Robot: ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era de la electrónica**. México/Espanha: Siglo XXI, 1992.

CRUZ, J. K. L. da.; BELTRÃO FILHO, J.A. **O uso da inteligência artificial na análise de processos no judiciário como instrumento de concretização da eficiência processual**. CPS nos Tribunais. 31/05/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 24 set. 2019.

ESTRADA, M. M.P. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO**. Direito & TI – Porto Alegre. 2015. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/inteligencia-artificial-e-direito/>. Acesso em: 23/09/2019.

FELIPE, B. F. C. F.da. PERROTA, R. P. C. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO – UMA REALIDADE A SER DESBRAVADA**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, e-ISSN: 2526-0049, Salvador, v. 4, n. 1, pág. 01 – 16, Jan/Jun, 2018.

HOFFMANN, Alexandra Felipe. **DIREITO E TECNOLOGIA: A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS NO PROCESSO DECISÓRIO**. 68 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

LEROY, G. C.; CORDEIRO, L. F. F. de. **À INSERÇÃO DAS LAWTECHS, LEGALTECHS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO JURÍDICO: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS ATOS DO MAGISTRADO**. In: Anais de Resumos Expandidos do I Congresso de Ciência, Tecnologia e Inovação: Políticas e Leis. Anais. Belo Horizonte (MG) Faculdade de Direito da UFMG, 2018. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/observalei/131534-a-insercao-das-lawtechs-legaltechs-e-inteligencia-artificial-no-ambito-juridico--primeiras-reflexoes-sobre-o-uso/>. Acesso em: 23 set. 2019.

MARX, K. A mercadoria. In: MARX, Karl. **O Capital: Crítica da economia política**. Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo:Boitempo, 2013.

PIMENTEL, Â. E. P.; OLIVEIRA, J. R.; SILVA, Z. M. da. **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROFISSÃO JURÍDICA**. Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG). Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj84JW_hfvkAhWzH7kGHau5BulQ-FjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F2Fkuryadvogados.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F04%2F2FA-Intelig%25C3%25Ancia-Artificial-E-A-Profiss%25C3%25A3o-Jur%25C3%25ADdica.pdf&usg=AOvVaw1H22T4NrlFJFTfizSWinzK. Acesso em: 23 set. 2019.

PORTO, F. R. **O IMPACTO DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO EXECUTIVO FISCAL. ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, pág. 142-199, 1º sem., 2019.

TACCA, Ad.; ROCHA, L. S. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXOS NO SISTEMA DO DIREITO**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38.2, Jul./Dez., pág. 53 – 68, 2018.

TREDINNICK, A. A inteligência artificial dos juizes: o futuro da Justiça neoliberal? Justificando Mentis Inquietas que pensam Direito. 28/08/19. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/08/28/a-inteligencia-artificial-dos-juizes-o-futuro-da-justica-neoliberal/>. Acesso em: 24 set. 2019.

TURING, A.M., “**Computing machinery and intelligence**”, -,49, pp.433-460, 1950.

WABRLICH, B. M. de S. **Uma análise das teorias de organização**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora da FGV, 1974.



WATERMAN, D. A. **Aguide to ExpertSystems**. Addison-Wesley, 1985.

MENDES, P. L. Situação dos oficiais de Justiça é denunciada no MPT-PR – 30/11/2018 - Disponível em: <http://www.sindijuspr.com.br/noticias/3/noticias/10125/situacao-dos-oficiais-de-justica-e-denunciada-no-mpt-pr>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MELO, J. Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial – 3 de abril de 2019 - Disponível em <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88698-judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 28 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJPR inicia programa de Inteligência Artificial Seg, 25 Fev 2019 13:06:43 – Disponível em: <http://twixar.me/txQ1>. Acesso em: 28 jul. 2019.





DIREITO AUTORAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OPÇÕES LEGISLATIVAS

Carla Frade de Paula Castro¹

RESUMO: Cunhado em 1956, o termo “Inteligência Artificial” designa sistemas de computador que emulam, de forma autônoma, comportamentos humanos considerados inteligentes. Com um desenvolvimento recente expressivo, essa área da ciência da computação está cada vez mais presente em nosso cotidiano. Em uma de suas aplicações, é capaz de gerar obras de arte com diferentes graus de interferência humana. A primeira parte do trabalho discute se obras obtidas autonomamente por processos de inteligência artificial estão protegidas pelo Direito Autoral brasileiro. Ao contrastar suas características com os requisitos elencados na Lei 9.610/1998 e na Convenção de Berna, constata-se que não há proteção, estando as obras em domínio público. Como tais obras podem representar verdadeiros ativos para seus titulares, a segunda parte do trabalho se dedica a analisar a necessidade de se alterar a legislação autoral brasileira. São analisadas, então, três opções legislativas: (i) manter as obras na atual situação de domínio público (com a possibilidade de criação de um direito conexo de distribuição), (ii) atribuir personalidade jurídica a sistemas de Inteligência Artificial, (iii) atribuir autoria, por ficção jurídica, a entes dotados de personalidade jurídica. Conclui-se que a manutenção dessas obras autônomas em domínio público seria a mais adequada para o contexto brasileiro, por ser o que melhor contempla todos os objetivos do direito autoral: retribuição dos esforços do(a) criador(a), preservação de sua personalidade e aumento da oferta de bens culturais. A criação de um direito conexo também se mostra interessante, ao que se sugere a elaboração de outros estudos para definir seus termos.

Palavras-chave: Direito Autoral. Inteligência Artificial. Revisão Legislativa.

1 INTRODUÇÃO

Se até não muito tempo atrás a Inteligência Artificial era algo utópico, digno de ficção científica, hoje ela está presente no nosso cotidiano de diversas formas, muitas vezes imperceptíveis para a maioria das pessoas. No domínio das artes, por exemplo, já é possível encontrar músicas, imagens e textos² criados com cada vez menos interferência humana. Dado que essas obras podem representar verdadeiros ativos para seus titulares, torna-se importante dar-lhes instrumentos que garantam sua exploração.

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (2015). Advogada, atua na área de propriedade intelectual, com foco nos segmentos de entretenimento e tecnologia.

² Apenas para citar alguns exemplos, o sistema Watson Beat é capaz de compor novas músicas a partir de interpretações de apenas vinte segundos de outras obras musicais, enquanto o DeepDream cria imagens originais independentemente de qualquer direção humana, a partir da detecção de ruídos visuais em outras figuras. Finalmente, Automated Insights e Narrative Science são utilizados por plataformas de comunicação conhecidas, como The Associated Press e Forbes, para produção de narrativas textuais acerca de eventos reais. (PALACE, 2018, p. 223-224)

O direito de autor pode ser uma importante ferramenta nesse sentido, uma vez que confere a seu titular, na forma do artigo 28 da Lei nº 9.610/1998 – Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998b), os direitos exclusivos de utilizar, fruir e dispor da obra. Assim, compete-lhe autorizar, ou não, usos como a reprodução, a edição, a adaptação, a tradução e a distribuição da obra, dentre outros. Ao autor, cabem ainda importantes direitos morais, como o de reivindicar a autoria da obra, o de ter seu nome indicado como autor e o de conservar a obra inédita, nos termos do artigo 24 da legislação autoral.

Este trabalho tem dois principais objetivos. O primeiro é identificar se a legislação brasileira de direito autoral protege obras fruto de sistemas de Inteligência Artificial; o segundo é discutir a adequação do atual modelo frente a outros dois cenários de proteção autoral comentados pela doutrina. Faremos isso nas seções 3 e 4, respectivamente. Antes, porém, a seção 2 irá familiarizar o leitor com o conceito de Inteligência Artificial e sua relação com obras artísticas. Na conclusão apontamos qual o modelo que entendemos mais adequado à realidade brasileira.

Tendo em vista o atual momento de atualização da Lei de Direitos Autorais,³ espera-se contribuir para uma reflexão embasada sobre o tema, a partir da revisão bibliográfica da literatura especializada.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS PRODUTOS CRIATIVOS

Cunhado por McCarthy em 1956, o termo “Inteligência Artificial” possui muitas definições, que variam conforme a abordagem de cada autor e sua área de pesquisa (CANTALI, 2018, p. 10). Para aquele autor, trata-se da “teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de realizar tarefas que normalmente requeiram inteligência humana, como percepção visual, reconhecimento de fala, tomada de decisões e tradução entre línguas” (MCCARTHY *apud* GONÇALVES, 2019, p. 32).

Autores mais modernos, porém, destacam que a Inteligência Artificial busca reproduzir o comportamento inteligente humano na computação, de forma a solucionar problemas e sintetizar e automatizar tarefas intelectuais (CANTALI, 2018, p. 10; SCHÜSSLER et al., 2018, p. 1; COPPIN, 2017; SOUZA; JACOSKI, 2018, p. 2).

Independentemente da definição adotada, os autores tradicionalmente apontam dois atributos fundamentais da Inteligência Artificial: inteligência e autonomia. A capacidade de máquinas apresentarem comportamentos inteligentes foi abordada no clássico trabalho de Alan Turing, *Computing Machinery and Intelligence* (1950), em que ele propõe um teste de verificação denominado Jogo da Imitação:

³ O Ministério da Cidadania abriu em 28 de junho de 2019 uma consulta pública sobre a necessidade de se reformar a Lei de Direitos Autorais, a fim de subsidiar a construção de um anteprojeto de lei nesse sentido. Com apenas uma alteração legislativa ao longo de 20 anos, aponta que a legislação autoral precisa ser atualizada para lidar com os novos modelos de negócios e as novas tecnologias que surgiram desde 1998 – dentre as quais se encontra a inteligência artificial. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2019)



O jogo possui três participantes, um homem (A), uma mulher (B), e um interrogador (C) que poderá ser de qualquer sexo. O interrogador fica em um quarto separado dos outros dois. O objetivo do jogo para o interrogador é determinar quais dos outros dois é homem e qual é a mulher. Ele as conhece pelos marcadores X e Y, e ao final do jogo ele diz ou “X é A e Y é B” ou “X é B e Y é A”. O interrogador pode fazer perguntas para A e B [...]. Agora nos perguntamos, “O que acontecerá quando uma máquina tomar o papel de A nesse jogo?” O interrogador decidirá de forma errada com a mesma frequência de quando o jogo é jogado por um homem e uma mulher? Essas questões substituem a original, “Podem as máquinas pensar?” (TURING, 1950, p. 433-434; tradução livre)

A autonomia, por sua vez, está ligada à capacidade da máquina de realizar tarefas sem assistência ou orientação humana (BØHLER, 2017, p. 6). Ela é definida

[...] em termos de escala, de acordo com o grau de envolvimento humano [...]. Na parte inferior do espectro de autonomia, as máquinas são meras ferramentas, enquanto na parte superior elas serão uma Inteligência Artificial capaz de criar obras de forma autônoma, com pouca ou nenhuma contribuição humana. (RAMALHO, 2017, p. 4-5; tradução livre)

Dentro da grande área da Inteligência Artificial, a subárea do *machine learning* (aprendizado de máquina) tem adquirido especial importância, e constitui a base dos produtos artísticos em discussão. Em síntese, ela cuida de desenvolver sistemas capazes de aprender a partir de dados (SCHÜSSLER et al., 2018, p. 2), sem necessidade de programação prévia específica (GUADAMUZ, 2017b, p. 3). Isso é feito por meio de algoritmos⁴ que, ao organizar dados e reconhecer padrões, fazem com que computadores possam aprender com esses modelos e executar tarefas de forma autônoma; ao serem expostos a novos dados, os algoritmos “[...] se adaptam a partir dos cálculos anteriores e os padrões se moldam para oferecer respostas confiáveis” (SALESFORCE, 2018).

O *deep learning* (aprendizado profundo), por sua vez, é uma técnica de *machine learning* em que os dados são processados da mesma maneira como é feito pela rede neural humana. Nessa técnica, os dados são submetidos a várias camadas de processamento, cada uma com um algoritmo simples e uniforme responsável por realizar um tipo de função. Alguns exemplos de suas aplicações práticas incluem o reconhecimento de imagens e de fala, o processamento da linguagem natural e o aprendizado de tarefas extremamente avançadas sem interferência humana (SALESFORCE, 2018).

No que diz respeito a produtos criativos, é importante distinguir entre quatro usos possíveis da Inteligência Artificial, conforme identificados por BØHLER (2017, p. 18-21). No primeiro deles,

⁴ Um algoritmo é um conjunto de fórmulas, regras e parâmetros computáveis que possibilitam a produção de um conjunto específico de informações (output) quando na presença de um conjunto específico de informações (input) (KNUTH apud ZILIO, 2009, p. 210). Em outras palavras, consistem numa sequência lógica, definida e finita de instruções para a execução de uma determinada tarefa (SALESFORCE, 2018).



há uma verdadeira co-produção entre humano e máquina, em que esta tem caráter meramente instrumental – da mesma forma que um editor de texto ou uma câmera de fotos. Em outras palavras, a Inteligência Artificial é utilizada como uma ferramenta para chegar a um resultado previsível ou desejado (HRISTOV, 2017, p. 435), atuando para externalizar a originalidade e a criatividade humanas.

Já o segundo se refere a obras geradas por Inteligência Artificial, mas selecionadas por humanos, que irão usar seu discernimento para distinguir as obras esteticamente adequadas das inadequadas. O terceiro uso, denominado “força bruta”, trata da produção de trabalhos a partir da maior combinação possível de variáveis, sem que o programador determine orientações no projeto.

Por fim, existem os produtos de Inteligência Artificial que foram inteiramente gerados sem nenhuma interferência humana direta, aqui chamados de obras autônomas de Inteligência Artificial. Para essas obras, os programadores ocupam-se apenas de criar o algoritmo, definindo os parâmetros que vão guiar o processo criativo e alimentando-o com dados; a partir daí, as redes neurais do programa vão criar uma série de obras e selecionar aquelas que correspondem aos parâmetros definidos pelo programador (GUADAMUZ, 2017a).

Embora o programador tenha determinado o propósito para a obra, o *machine learning* faz com que o programa atue de forma completamente autônoma, de forma que o resultado final é imprevisível para o programador (WAGNER, 2017, p. 530). É a esta categoria de obras intelectuais que o trabalho se dedica, uma vez que a completa ausência do elemento humano na criação da obra não permite identificar de imediato quem seria seu eventual detentor de direitos autorais (PALACE, 2016, p. 219).

3 PRODUTOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Em breves linhas, o Direito Autoral pode ser entendido como

[...] o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapatrimonial, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado. Distinguem-se nele, duas esferas de atribuições: de um lado, as que pertencem ao denominado direito moral, que consiste no direito ao reconhecimento à paternidade da obra, no direito de inédito, no direito à integridade da sua criação, no de modificar a obra, de acabá-la, de opor-se a que outrem a modifique, etc; de outro, as de natureza patrimonial, que se cifram na prerrogativa exclusiva de retirar da sua produção todos os benefícios que ela possa proporcionar, principalmente pela publicação, reprodução, representação, execução, tradução, recitação, adaptação, arranjos, dramatização, adaptação ao cinema, à radiodifusão, à televisão, etc. (CHAVES, 1995, p. 28)



Para saber se obras autônomas de Inteligência Artificial estão protegidas à luz da legislação autoral brasileira, é necessário analisar o artigo 7º da Lei de Direito Autoral (BRASIL, 1998b), que dispõe que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Em complemento, a Convenção de Berna também determina que a obra deve ser original (BØHLER, 2017, p. 1).

Em uma concepção subjetiva do direito autoral, a Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998b) concebe que a obra deverá ser uma “criação do espírito”, sinalizando que apenas as obras intelectuais de pessoas físicas poderiam ser protegidas (DÍAZ-LIMON, 2016, p. 23). Dado que a Inteligência Artificial não pode ser considerada uma pessoa física e que seu processo criativo é fundamentalmente distinto e autônomo daquele realizado por humanos, entende-se que a legislação autoral não se aplica às obras que geram autonomamente (BØHLER, 2017, p. 23). Trata-se, em verdade, de mera execução de um programa, sem que haja um esforço criador ou sejam exercidas escolhas criativas.

A fixação, por sua vez, está ligada à própria existência da obra. Enquanto ideia, não merece proteção autoral, nos termos do artigo 8º, inciso I, da Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998b). Uma vez exteriorizada, porém, passa a ser protegida pelo direito autoral independentemente de registro, desde que seu suporte seja “suficientemente estável ou permanente para permitir sua percepção, reprodução ou comunicação por um período mais do que transitório” (BUTLER, 1982, p. 724; tradução livre). Aqui, parece-nos que a Inteligência Artificial atende plenamente ao requisito.

Por fim, a obra também precisa ser original. Esse requisito, de natureza subjetiva,

quer dizer apenas que a obra foi criada de forma independente, em vez de copiada, por um autor que possui um grau mínimo de criatividade. Além disso, para ser original a obra deve ser criada pela vontade do autor, que usa suas habilidades, trabalho e julgamento, contribuindo com algo reconhecidamente seu, se comparado com outros trabalhos sobre tema similar (HUSON, 2018, p. 65; tradução livre)

Em outras palavras, originalidade implica saber se a obra nascida tem traços característicos próprios que traduzem a visão de mundo do autor e, assim, diferenciam-na de outra pré-existente (LANGE, 1996, p. 21). Aqui, ante a ausência de uma personalidade dos sistemas de Inteligência Artificial, não se vislumbra a possibilidade destes imprimirem traço próprio à obra, ainda que esta possa ser considerada nova em relação a outras já existentes.

Ainda que se admita a possibilidade de que um sistema de Inteligência Artificial produza obras intelectuais que se amoldem aos requisitos analisados acima, tal fato ainda não seria suficiente para permitir sua tutela pelo direito autoral. Isso porque o artigo 11 da Lei de Direito Autoral (BRASIL, 1998b) estabelece que a autoria é conferida às pessoas físicas como regra e



às pessoas jurídicas apenas nas hipóteses previstas em lei. Comum a ambas está o fato de que possuem personalidade jurídica que lhe permite ser titular de direitos.

Além de não envolverem qualquer contribuição humana na criação de suas obras, a Inteligência Artificial é considerada um programa de computador, que por sua vez não detém personalidade jurídica. Assim, não possui aptidão para deter qualquer direito, quanto mais o autoral. A impossibilidade da proteção de tais obras têm como consequência sua entrada imediata, desde a concepção, em domínio público (HRISTOV, 2017, p. 436-437), situação na qual lhes é dado amplo acesso e em que “[...] qualquer pessoa pode fazer delas o uso que melhor lhe aprouver, mesmo que com fins econômicos, sem que seja necessário pedir autorização a terceiros” (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 60-61).

4 OPÇÕES LEGISLATIVAS

Verificado que a atual legislação brasileira não concede proteção autoral a obras autonomamente geradas por sistemas de Inteligência Artificial, cabe ao país decidir se essa é uma situação desejável ou, não sendo o caso, optar pela forma mais adequada de regulá-la. Atualmente, a doutrina levanta três opções legislativas: (i) manter as obras na atual situação de domínio público (com a possibilidade de criação de um direito conexo de distribuição), (ii) atribuir personalidade jurídica a sistemas de Inteligência Artificial, (iii) atribuir autoria, por ficção jurídica, a entes dotados de personalidade jurídica.

Para que se possa decidir entre um ou outro modelo, porém, é preciso antes refletir sobre o papel que o direito autoral deverá desempenhar na sociedade brasileira. Nesse sentido, RAMALHO (2017, p. 14-15) explica que há duas grandes linhas de pensamento que justificam a concessão de direitos autorais.

A linha dos direitos naturais (*natural rights justification*) parte da premissa de que as leis não criam direitos, mas antes reconhecem sua existência. Subdivide-se nas teorias do trabalho e da personalidade, ambas com foco na relação particular entre o autor e sua obra.

Pela teoria do trabalho, fortemente influenciada pela obra do filósofo John Locke, todos têm o direito de se apropriar dos frutos de seu trabalho. Aplicada ao direito autoral, ela sugere que aquele(a) que contribuiu com seu trabalho intelectual para transformar uma ideia ou conceito (considerados bens comuns, também chamados de *commons*) em um bem intelectual deverá ter algum tipo de direito de propriedade sobre a obra resultante. Por esta teoria, busca-se recompensar o esforço intelectual de criação, ainda que sua matéria-prima seja um *common*. Porque se valoriza o esforço intelectual sobre os atos executórios, a teoria considera como autora a mente por trás do processo criativo, e não o executor.

Já a teoria da personalidade, inspirada pelos filósofos Kant e Hegel, uma obra intelectual é uma extensão da vontade ou personalidade de seu criador e, por esse motivo, merece ser protegida. Como a propriedade é uma extensão da personalidade, ela possibilita a autor-



realização e a expressão pessoal. É com base nessa teoria que se justifica, por exemplo, a concessão de direitos morais.

De outra ponta, a linha utilitária (*utilitarian justification*) tem como o foco de sua teoria a relação entre a obra e a sociedade. Aqui, entende-se que a concessão de direitos autorais deve ter como principal objetivo a promoção do bem-estar social, razão pela qual são concedidos incentivos à criação de bens intelectuais e à sua disseminação para o público. Um desses incentivos é justamente o direito autoral, que é visto como um instrumento criado por lei (isto é, um direito não natural) para promoção de objetivos sociais. Além disso, como essa teoria considera que o acesso a obras é socialmente desejado, eventuais limitações aos direitos autorais devem ser cuidadosamente delineadas e o domínio público é visto de forma bastante positiva.

Estabelecidos esses contornos, analisamos agora cada uma das opções legislativas.

4.1 Domínio Público (E Um Direito Conexos)

A primeira opção legislativa é, em realidade, uma não-opção, pois sugere a manutenção do atual sistema de entrada imediata das obras em domínio público. Como visto, se só a pessoa física ou jurídica pode ser considerada autora e titular de direitos autorais, não haveria razão para conceder proteção às obras autonomamente concebidas por sistemas de Inteligência Artificial, pois ausente o componente humano de criação (PALACE, 2016, p. 238). Na mesma linha, também não há porquê recompensar um esforço criador ou proteger uma personalidade inexistentes (RAMALHO, 2017, p. 19).

Por outro lado, o fato de as obras estarem em domínio público contribui para sua disseminação, em benefício da sociedade (SAMUELSON, 1985, p. 1224-1225). Outras vantagens incluem a liberdade para a criação de novos conhecimentos (que, sendo obras derivadas, fazem jus à proteção autoral), o acesso gratuito ou de baixo custo à informação, a possibilidade de concorrência por imitação e o acesso público ao patrimônio cultural (RAMALHO, 2017, p. 18).

Um argumento comumente levantado contra essa proposta é o de que a ausência de direitos autorais atuaria como um desincentivo ao desenvolvimento e aprimoramento da Inteligência Artificial, pois gera incertezas quanto à possibilidade de sua exploração econômica, já que terceiros poderão utilizá-la sem que seja devida compensação a quem a desenvolveu ou lhe seja requisitada autorização prévia. São dois os contra-argumentos.

Em primeiro lugar, não se pode dizer que o desenvolvedor do algoritmo se encontra desamparado, na medida em que seu programa de computador⁵ é protegível por direito autoral,

⁵ O artigo 1º da Lei nº 9.609/1998 define programa de computador como “[...] 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).



nos termos da Lei nº 9.609/1998⁶ (BRASIL, 1998a). Assim, o programador (ou a empresa a que está subordinado) será devidamente remunerado por sua criação, de forma que a concessão de direitos autorais também sobre os frutos autônomos desta, para o qual não contribuiu diretamente (HUSON, 2018, p. 77), caracterizaria uma recompensa excessiva. Além disso, o programador recebe outros incentivos não monetários, como o aumento de sua reputação e de seu apelo profissional (PALACE, 2016, p. 236-239).

Em segundo lugar, não é razoável supor que haverá um desestímulo ao desenvolvimento da Inteligência Artificial, uma vez que a indústria do *software* possui outros incentivos à inovação que lhe são próprios e que independem do *status* autoral das obras:

[...] a inovação na indústria de software é “com frequência incremental, rapidamente ultrapassada, e menos custosa para se desenvolver, e os inovadores têm uma vantagem associada ao pioneirismo.” Assim, a indústria da inteligência artificial provavelmente continuará a prosperar independentemente do direito autoral – como tem acontecido até o momento por conta dos incentivos inerentes à indústria da inteligência artificial. Finalmente, e talvez o mais importante, há uma corrida internacional feroz pelo posto de país que liderará a humanidade à era da inteligência artificial. [...] Essa corrida significa que a pesquisa em inteligência artificial provavelmente continuará a ocorrer, com ou sem direitos autorais, por uma questão de orgulho e política nacionais. Em suma, há pouca razão para acreditar que a entrada imediata em domínio público levaria a uma perda significativa de incentivos para programadores e empresas de inteligência artificial. (PALACE, 2016, p. 238-239; tradução livre)

Em complemento à proposta de manutenção das obras em domínio público, RAMALHO (2017, p. 16-17) sugere a criação de um novo direito conexo, de natureza comercial, a fim de proteger os investimentos em Inteligência Artificial. Segundo a autora, tal “direito do disseminador” visa a incentivar que as obras atinjam um público maior, ao mesmo tempo em que preserva sua natureza de domínio público e evita os altos impactos de uma alteração legislativa mais profunda. É o mesmo caso, por exemplo, do direito conexo concedido às editoras pela distribuição de livros que estão em domínio público.

4.2 Inteligência Artificial como titular de direitos

A segunda proposição legislativa defende a outorga do *status* de autor à Inteligência Artificial, dado que foi ela quem criou a obra (RAMALHO, 2017, p. 13). Para tanto, defende uma alteração legislativa generalizada que atribua personalidade jurídica aos programas de computador, numa ruptura radical com a tradição antropocentrista do próprio Direito.

⁶ Algumas especificidades da proteção ao programa de computador incluem um rol reduzido de direitos morais (apenas paternidade e integridade), o prazo de proteção de 50 anos (contados da data de publicação) e a previsão de que programas desenvolvidos sob relação trabalhista pertencerão exclusivamente ao empregador. A lei é silente quanto à proteção de obras intelectuais produzidas por programas de computador.

Muito embora já haja países caminhando nessa direção⁷ e o próprio Direito admita a atribuição de personalidade jurídica a entes não humanos (por exemplo, empresas), essa é uma opção que ainda traz mais perguntas que respostas (HRISTOV, 2017, p. 441).

Num primeiro plano, mais filosófico, questiona-se a utilidade de se recompensar um ente que não precisa de estímulo ou faz esforço para criar, ou mesmo de se atribuir direitos morais a quem não tem conexão emocional íntima com os produtos criativos que concebe (BØHLER, 2017, p. 25; RAMALHO, 2017, p. 15).

Num plano mais prático, pergunta-se: como fica o requisito de que a obra seja uma “criação do espírito”? E o prazo de duração dos direitos, normalmente atrelados à data de morte do autor? Qual seria o novo marco temporal e qual prazo de duração seria justo? Como um autor virtual poderá licenciar, ceder, arrecadar e questionar judicialmente seus direitos autorais? Representado por quem?

4.3 Autoria para entes dotados de personalidade jurídica

Por fim, a terceira opção legislativa atualmente existente é a de se atribuir, por meio de uma ficção jurídica, a autoria de obras autonomamente geradas pela Inteligência Artificial a um ente dotado de personalidade jurídica. Com um arranjo menos arrojado e que preserva a estrutura tradicional do direito autoral, consegue satisfazer os critérios de autoria e originalidade, além de viabilizar os aspectos filosóficos e práticos levantados no ponto anterior (BUTLER, 1982, p. 745-746).

Os possíveis candidatos normalmente apontados pela doutrina são o programador, a instituição que patrocinou o desenvolvimento da Inteligência Artificial e os usuários finais – todos, de alguma forma, contribuem à criação da obra intelectual. SCHAFER (2016, p. 284), no entanto, aponta que qualquer das opções gera incentivos excessivamente desproporcionais.

Em primeiro lugar, porque recompensa pessoas que não contribuíram com esforço para a concepção do trabalho e cuja personalidade não se encontra refletida na obra. Em segundo lugar, porque a velocidade com que a Inteligência Artificial trabalha permite gerar uma quantidade ilimitada de obras, todas as quais estarão sob proteção autoral de uma única pessoa. Quanto a esse último aspecto, há também um risco de desigualdades no acesso à tecnologia:

[...] seduzidas pela oportunidade altamente lucrativa de obter direitos autorais a uma taxa sem precedentes, empresas de inteligência artificial podem decidir acumular o acesso à inteligência artificial autônoma, de forma a permanecer eternamente como [...] as detentoras dos direitos. Isso significaria que apenas uma porção de gigantes do *software*, em apenas uma porção de países, teria acesso a essa tecnologia. (PALACE, 2016, p. 237; tradução livre)

⁷ A Arábia Saudita foi o primeiro país a conceder cidadania a um robô, em 2017 (VEJA, 2017). A União Europeia, por sua vez, “considera criar um status jurídico específico para robôs, de forma que ao menos os robôs autônomos mais sofisticados possam ter um status de pessoas eletrônicas com direitos e obrigações específicas” (BØHLER, 2017, p. 25-26; tradução livre).



Diante desse panorama geral, a escolha daquele que irá receber os direitos autorais deve considerar os benefícios que cada um poderá potencialmente entregar à sociedade (HRISTOV, 2017, p. 443). Apresentamos a seguir os principais pontos a serem ponderados.

4.3.1 O programador (ou sua empresa)

Em princípio, o programador (ou sua empresa, se a criação se der em função de uma relação trabalhista) poderia ser considerado um co-autor do programa de Inteligência Artificial na medida em que insere as habilidades e a capacidade de discernimento na programação inicial do programa (WAGNER, 2018, p. 532). No entanto, dado que ele não contribui para o resultado final da obra, questiona-se se seria razoável atribuir-lhe os direitos autorais (BØHLER, 2017, p. 30).

Favorável à escolha do programador, SAMUELSON (1986, p. 1205-1206) explica que, não fosse seu esforço, tempo, dinheiro e criatividade para construir o programa, a obra nunca viria a existir. Assim, sua contribuição, na forma de instruções intrincadas e precisas, é ao mesmo tempo substancial e significativa, razão pela qual deve ser incentivada. De outra parte, também se considera como justo que o programador seja recompensado pelos frutos de seu trabalho intelectual.

Além disso, a atribuição de direitos autorais contribui para o crescimento e o desenvolvimento sustentáveis do ramo da Inteligência Artificial. E, na hipótese de a proteção autoral não se mostrar viável ou interessante, ela poderá ser facilmente transferida aos usuários finais por meio de Contratos de Licença do Usuário Final (*End User License Agreements*) (HRISTOV, 2017, p. 445).

Outros, porém, negam direitos autorais ao programador justamente por entender que ele não contribuiu criativamente para a obra – afinal, ele sequer poderia imaginar como ela resultaria. Além disso, ele não é responsável por dar origem à obra em si, mas apenas gera o potencial de sua criação (BØHLER, 2017, p. 30). Também não custa lembrar que o programador (ou sua empresa) já detém direitos autorais sobre o *software* que criou, de forma que conceder-lhe direitos autorais sobre as obras resultantes seria uma dupla (e indevida) recompensa (RAMALHO, 2017, p. 15-16).

Por fim, aponta-se ainda a dificuldade de fazer valer (*enforce*) os direitos do programador, pois a obra provavelmente estará em poder de terceiros (normalmente o usuário final que adquiriu os direitos do programa) que não têm incentivos para informar ao programador que estão de posse de obra de sua autoria (SAMUELSON, 1985, p. 1208).

4.3.2 O usuário

A aptidão do usuário para ser autor de obras autonomamente geradas por Inteligência Artificial não é a princípio evidente, pois muitas vezes sua contribuição se limita ao simples apertar de um botão. No entanto, aponta-se que essa é uma opção que poderia fazer sentido em vista da lógica do direito autoral, que



[...] tradicionalmente⁸ considera que a pessoa que “fixou” uma obra em um meio tangível como sua “autora”. Dado que o usuário de um programa criador é quem mais imediata e diretamente faz com que a música ou a história sejam geradas, o usuário teria o argumento mais forte para reivindicar os frutos de sua instrução. (SAMUELSON, 1985, p. 1202)

Além disso, a proteção autoral concedida aos usuários finais pode incentivá-los a colocarem a obra em circulação pública já que, na prática, eles estão tão bem equipados quanto os autores tradicionais para tomar os primeiros passos rumo à comercialização da obra (SAMUELSON, 1985, p. 1227).

Em outra perspectiva, porém, questiona-se a legitimidade do vínculo do usuário com a obra: quem garante que a mesma imagem não teria sido gerada por qualquer outro usuário? (SAMUELSON, 1986, p. 1205-1207). Além disso, alerta-se que essa atribuição de direitos autorais ao usuário final poderia prejudicar o crescimento do setor de Inteligência Artificial:

Em verdade, atribuir autoria aos usuários [...] pode ser prejudicial para o crescimento do setor de Inteligência Artificial. Ao perder demandas judiciais para os usuários, proprietários e programadores podem restringir o uso da Inteligência Artificial por terceiros [...] também limitariam as aplicações da Inteligência Artificial e os numerosos benefícios a elas associados. Como resultado, a sociedade provavelmente presenciaria um declínio significativo no número de obras geradas por Inteligência Artificial e um declínio no desenvolvimento geral da indústria da Inteligência Artificial. (HRISTOV, 2017, p. 444-445)

4.3.3 Os britânicos

Por fim, vale destacar a experiência do Reino Unido, cujo regime especial para obras geradas por computador, descrito no *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA), concede flexibilidade para indicar quem será considerado o autor em cada caso ao dispor que, “no caso de obra literária, dramática, musical ou artística geradas por computador, o autor deverá ser considerado a pessoa que fez os arranjos necessários à criação da obra” (*apud* ZATARAIN, 2017, p. 97; tradução livre). Em complemento, esclarece que “são consideradas obras criadas por computadores, aquelas criadas em circunstâncias em que não há um autor humano” (GUADAMUZ, 2017b, p. 7; tradução livre).

Dentre as especificidades deste direito autoral inclui-se um prazo de proteção de apenas 50 anos, contados da data da criação da obra (RAMALHO, 2017, p. 10), e a não atribuição de direitos morais⁹. Outro aspecto muito interessante é o fato de ser um regime relativamente antigo e que foi

⁸ SAMUELSON (1986, p. 1202-1203) traz o exemplo de uma gravação de um concerto ao vivo de jazz, em que aquele que aperta o botão “gravar” é tido como o autor da obra. Se aqui há originalidade suficiente para justificar a proteção autoral, o usuário do programa de Inteligência Artificial também poderia ser considerado autor das obras intelectuais desta.

⁹ Segundo GUADAMUZ (2017b, p. 9), a opção por não conceder direitos morais justifica-se pelo fato de que eles se relacionam com a natureza pessoal do esforço criativo, o que estaria ausente no caso das obras geradas por computador.



“exportado” para Hong Kong, África do Sul, Índia, Irlanda e Nova Zelândia (SOUZA; JACOSKI, 2018, p. 3), sendo possível, portanto, identificar com mais precisão suas vantagens e desvantagens.

Dentre as vantagens, mencionam-se a recompensa a usuários, programadores e empresas de Inteligência Artificial pelos frutos de seu trabalho e o estímulo ao desenvolvimento e aperfeiçoamento da tecnologia (PALACE, 2016, p. 235). Com relação às desvantagens, além da já mencionada proteção excessiva das obras, citou-se a dificuldade em se estabelecer quem é a pessoa¹⁰ responsável pelos arranjos que permitiram a criação da obra, e que o fato de sua identificação ser feita de forma casuística e sem parâmetros claros¹¹ não contribui para dar segurança jurídica às partes envolvidas (RAMALHO, 2017, p. 11-12).

5 CONCLUSÃO

Se a humanidade tradicionalmente utilizou a tecnologia como uma ferramenta para criar obras intelectuais, o impressionante desenvolvimento experimentado no campo da Inteligência Artificial nas décadas recentes tornou possível o surgimento de uma outra categoria de obras, criadas por “um computador aprendendo por conta própria com base em um conjunto de parâmetros pré-determinados pelos programadores” (GUADAMUZ, 2017b, p. 1; tradução livre).

Dada a importância econômica que tais produtos podem vir a assumir, coube-nos analisar se é possível protegê-los por meio do direito autoral. No entanto, viu-se que “o arcabouço legal internacional, e principalmente nacional, não está preparado para lidar com situações relacionadas a [...] inteligência artificial” (CANTALI, 2018, p15). Em particular, a Inteligência Artificial apresenta desafios insuperáveis aos conceitos de obra e autoria, além de não possuir personalidade jurídica que lhe habilite a ser titular de direitos autorais.

Diante desse impasse, as criações autônomas a que por ventura der origem nascerão automaticamente em domínio público, podendo ser livremente explorada por todos. Ante esse cenário, e considerando as justificativas para a outorga de direitos autorais, foram apresentados três caminhos possíveis para o legislador brasileiro: não conceder proteção autoral (com a possibilidade de se lhe acrescentar um direito conexo de distribuição), concedê-la à máquina (outorgando-lhe, antes, personalidade jurídica) ou concedê-la a um outro ser humano que de alguma forma colaborou para a criação da obra.

Com relação à segunda alternativa, concordamos com a unânime doutrina em rejeitá-la. Além de implicar uma profunda alteração em todo o sistema jurídico, com reflexos em todas

Tal fato implica um reconhecimento, pela lei, de que não há criatividade em tais obras, e abre uma importante exceção aos requisitos da criatividade e originalidade – uma característica única deste regime britânico.

¹⁰ Essa pessoa pode incluir personagens tão diferentes quanto “o usuário, o programador, a pessoa que vende ou produz o *software*, um investidor, a pessoa instruindo ou treinando o programa, a pessoa que personaliza o *software*, ou mesmo a combinação deles, dependendo do trabalho específico em questão” (SOUZA; JACOSKI, 2018, p. 3-4).

¹¹ Deve-se considerar a iniciativa de criar o produto? A proximidade com o ato final de criação? A medida com que estes arranjos contribuíram para a criação do produto? Todos estes são aspectos relevantes e, no entanto, ignorados pelo legislador britânico.



as áreas do Direito, não nos parece fazer sentido conceder incentivos a quem não faz esforço criativo ou que não detém uma conexão moral com sua obra a ser preservada – o resultado mais provável seria a criação de barreiras para o acesso às obras (BØHLER, 2017, p. 29). Tampouco se mostra razoável de um ponto de vista prático, visto que as máquinas provavelmente precisarão ser representadas por um humano para poder praticar atos como a transferência de direitos e o ajuizamento de ações. Simplesmente não é uma boa solução.

Já a terceira opção tem o mérito de se compatibilizar com a exigência de que o autor seja pessoa física, o que traz grandes vantagens de ordem prática. No entanto, ela também padece do mal da sobre-recompensa aos autores, qualquer que se escolha, pois estes muito pouco ou nada contribuíram para a confecção da obra. Enquanto a escolha prévia de quem será o autor humano se mostra particularmente difícil, com pontos relevantes a serem ponderados em ambos os casos, por outro lado o modelo flexível adotado pelos britânicos traz pouca segurança jurídica.

Por fim, a manutenção das obras em domínio público tem o mérito de ser de fácil (ou melhor, inexistente) implementação, proporcionar incentivos adequados e permitir um maior acesso às obras e evitar litígios e insegurança jurídica. O argumento de que traria um desestímulo à atividade tecnológica, por sua vez, é afastado em vista dos direitos autorais já detidos pelo titular do *software* e dos incentivos específicos à indústria de Inteligência Artificial. Assim, é a que melhor parece atender aos três objetivos do direito autoral. A opção por um direito conexo também se mostra particularmente interessante, posto que prescindiria dos conceitos de autoria, pode ser aplicada a obras em domínio público e seu titular necessariamente deterá personalidade jurídica própria. Sugere-se a elaboração de outras pesquisas para estudar quais exatamente seriam seus termos.

REFERÊNCIAS

BØHLER, Helene Margrethe. **EU copyright protection of works created by artificial intelligence systems**. 2017. 37 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, University of Bergen, Bergen, 2017. Disponível em <http://bora.uib.no/handle/1956/16479>. Acesso em: 11 jun. 2019

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019

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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 fev 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 fev 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.



MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais**. 2 jul. 2019. Disponível em: <http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 19 jul. 2019

BUTLER, Timothy L. Can a Computer be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence. **Comm/Ent**, v. 4, n. 4, p. 707-747, 1982. Disponível em https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=hastings_comm_ent_law_journal. Acesso em: 19 jul. 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência Artificial e Direito de Autor: Tecnologia Disruptiva Exigindo Reconfiguração de Categorias Jurídicas. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 1-21, jun/dez 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330972277_INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_DE_AUTOR_TECNOLOGIA_DISRUPTIVA_EXIGINDO_RECONFIGURACAO_DE_CATEGORIAS_JURIDICAS. Acesso em: 10 jun. 2019.

CHAVES, Antonio. **Criador da Obra Intelectual, Direito de Autor: natureza, importância e evolução**. São Paulo: LTR, 1995.

COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-216-2936-8/cfi/6/24/4/22/2/4@0:0>. Acesso em: 22 jul. 2019

DE SOUZA, Cezar Junior; JACOSKI, Claudio Alcides. Propriedade Intelectual para Criações de Inteligência Artificial. In: **Congresso Sul Brasileiro de Computação**, 9, Criciúma. Anais.... Criciúma: UNESC, 2018. p. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/sulcomp/article/download/4794/4384>. Acesso em: 29 jun. 2019

DÍAZ-LIMON, Jaime Alberto. Daddy's car: La inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derecho de autor. **Revista La Propiedad Inmaterial**, México, n. 22, p.83-100, jul/dez 2016.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. **A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil**. 2019, 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

GUADAMUZ, Andres. Artificial Intelligence and Copyright. **WIPO Magazine**. Genebra, v. 5, p. 14-19, out. 2017. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html. Acesso em: 10 jun. 2019.

GUADAMUZ, Andrés. Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works. **Intellectual Property Quarterly**, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2981304>. Acesso em: 19 jul. 2019

HRISTOV, Kalin. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. **IDEA**, v. 57, n. 3, p. 431-454, 2017

LANGE, Deise Fabiana. **O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

PALACE, Victor M. What if artificial intelligence wrote this? Artificial Intelligence and Copyright Law. **Florida Law Review**, Florida, v. 71, p. 217-242, 2018.

RAMALHO, Ana. Will Robots Rule the Artistic World? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. **Journal of Internet Law**, jul. 2017.

SALESFORCE. **Machine Learning e Deep Learning: aprenda as diferenças**. 30 abr. 2018. Disponível em: <https://www.salesforce.com/br/blog/2018/4/Machine-Learning-e-Deep-Learning-aprenda-as-diferencas.html>. Acesso em: 10 jun. 2019.



SCHAFER, Burkhard. Editorial: the future of IP Law in an Age of Artificial Intelligence. **Scripted**, v. 13, n. 3, p. 283-288, dez. 2016

SCHÜSSLER, Paulo Junior; BASTIANI, Ederson; BUSSLER, Nairana Radtke Caneppele. Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina: Utilizando o Entendimento da Inteligência Humana para Reprodução na Computação. In: **Seminário de Iniciação Científica. Salão do Conhecimento UNIJUÍ**, 26 ljuí. Anais... ljuí: 2018. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/9828>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SAMUELSON, Pamela. Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 47, p. 1185-1228, 1985.

TURING, Allan M. Computing Machinery and Intelligence. **Mind**, v. 59, n. 236, p. 433-460, out. 1950. Disponível em: <https://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

VEJA. Arábia Saudita é primeiro país do mundo a dar cidadania a robô. **Revista Veja**, 26 out. 2017. Disponível em <https://veja.abril.com.br/mundo/arabia-saudita-e-primeiro-pais-do-mundo-a-dar-cidadania-a-robô/>. Acesso em: 19 jul. 2019

WAGNER, James. Rise of the Artificial Intelligence Author. **The Advocate**, v. 5, n. 4, p. 527-533, jul. 2017.

ZATARAIN, Jesus Manuel Niebla Zatarain. The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 31, n. 1, p. 91-104, 2017

ZILIO, Diego. Inteligência artificial e pensamento: redefinindo os parâmetros da questão primordial de Turing. **Ciências & Cognição**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 208-218, mar. 2009. Disponível em: <http://www.cien-ciasecognicao.org/revista/index.php/cec/article/download/33/38>. Acesso em: 29 jun. 2019





INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS AUTORAIS NA UNIÃO EUROPEIA: OBRAS CRIADAS DE FORMA AUTÔNOMA POR COMPUTADORES PODEM SER PROTEGIDAS?

Eduarda Sordi Pinheiro Machado¹

Kelly Lissandra Bruch²

RESUMO: Computadores estão cada vez mais rápidos e autônomos, cumprindo diferentes funções, inclusive criativas. Sistemas de inteligência artificial já são capazes de gerar obras artísticas e literárias de forma altamente autônoma. Em face disso, clara a necessidade de que o direito acompanhe essa evolução tecnológica para prover regras para os novos cenários digitais, principalmente em relação aos direitos autorais decorrentes dessas obras. O presente artigo trata da disciplina de direitos autorais na União Europeia aplicada às obras criadas por computadores sem a interferência de humanos, por meio de técnicas tais como *machine learning* e derivados. Nesse sentido, objetiva-se analisar se e como os trabalhos criativos desenvolvidos por sistemas de inteligência artificial podem ser protegidos pela lei de direitos autorais na UE, levando em consideração os conceitos legais de autoria e criatividade. Além disso, busca-se verificar quem deve ser o titular dessa proteção, especificamente em relação aos direitos patrimoniais: programadores, usuários, algoritmos de inteligência artificial. Dessa forma, realizada uma análise da legislação europeia atual, conclui-se que ainda que as obras criadas por sistemas de computador cumpram os requisitos de originalidade, não poderiam cumprir os requisitos de autoria, pois nesta há um foco na expressão criativa do autor ser humano. Ainda assim, caso houvesse uma interpretação menos restritiva do conceito jurisprudencial de autoria, seria possível atribuir direitos patrimoniais sobre essas obras a diferentes figuras, o que deve ser feito caso a caso, conforme uma análise do ser humano que tiver maior contribuição e controle sobre o resultado final da obra.

Palavras-chave: Copyright; inteligência artificial; direitos patrimoniais; autoria; originalidade; obra.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano tem desenvolvido a tecnologia de forma cada vez mais célere, criando possibilidades antes nunca imaginadas. Computadores estão cada vez mais rápidos e autôno-

¹ Graduanda em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, membro do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual – GIPPI/UFRGS.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS/Université Rennes I, Professora da Faculdade de Direito e do PPGAgronegócios/CEPAN da UFRGS, e do PROFNIT/IFRS, Coordenadora do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual – GIPPI/UFRGS.

mos, cumprindo diferentes funções, inclusive criativas. Nesse sentido, algoritmos já possuem, atualmente, a habilidade de gerar obras artísticas sem a interferência de humanos, uma tendência que está crescendo e se espalhando cada vez mais. Já existem pinturas, composições, poemas, histórias e músicas que foram criadas por computadores de forma autônoma, obras essas que inclusive foram objeto de grandes transações financeiras. Dessa forma, mostra-se evidente a necessidade de o direito acompanhar essa evolução tecnológica, para trazer previsibilidade jurídica sobre esses novos cenários digitais, principalmente para a delimitação dos direitos autorais dessas obras.

Os algoritmos estão se tornando cada vez mais autônomos, podendo criar trabalhos cada vez mais independentes de seus programadores. Isso é possível devido à sua capacidade de coletar, reter e analisar grande quantidade de informações, melhorando constantemente e automaticamente seu desempenho à medida que mais informações são fornecidas.³ Nesse sentido, é possível dizer que, com a tecnologia atual, os programas de computadores estão sendo capazes de aprender sozinhos e até criar novas informações com base nessas informações analisadas e nesses conhecimentos adquiridos, usando técnicas como o “*machine learning*”.⁴

O *machine learning* consiste em uma forma de inteligência artificial que permite a um sistema aprender pela análise de dados, sem necessidade de uma programação explícita com cada comando.⁵ Esse sistema utiliza uma variedade de algoritmos que aprendem de forma interativa com os dados ali inseridos para desenvolver e descrever esses dados, e prever resultados de suas interações.

Existem vários exemplos de uso do *machine learning* para criar trabalhos artísticos. Um famoso caso é o projeto *The Next Rembrandt*, desenvolvido em uma parceria entre uma instituição financeira e uma instituição de software, com o apoio de universidades e especialistas artísticos. Eles desenvolveram um sistema que analisou 346 das pinturas de Rembrandt van Rijn, a fim de reproduzir suas técnicas em uma nova pintura.⁶ O projeto resultou em uma pintura em 3D de um retrato que segue as técnicas do famoso pintor holandês do século XVII, no entanto, sem copiar nenhum dos trabalhos existentes.⁷

Tal tendência está se espalhando, de forma que mais e mais empresas estão investido no uso de tecnologia de inteligência artificial para criações artísticas, gerando não só um mercado de milhares de dólares, mas inclusive um movimento artístico. A empresa francesa *Obvious*, de forma similar ao projeto *The Next Rembrandt*, desenvolveu um software que utiliza *Generative Adversarial Networks* (“GAN”), uma espécie de *machine learning* que analisa e gera imagens, para criar obras

³ ROTHKEGEL Tobias, TAYLOR Mark “What characterizes artificial intelligence and how does it work?” (Computer and Telecommunications Law Review, 2016) p. 2

⁴ ZATARAIN Jesus Manuel Niebla “The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence” (International Review of Law, Computers & Technology, 2017). p. 96

⁵ HURWITZ, Judith e KIRSCH, Daniel “Machine Learning For Dummies, IBM Limited Edition”, página 4, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2018.

⁶ Disponível em: <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>. Acesso em: 28 out.2018

⁷ Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>. Acesso em: 28 out.2018

similares a pinturas do século XVIII.⁸ Seus retratos de uma família real fictícia foram expostos em grandes museus de artes e vendidos por centenas de milhares de dólares, dando início ao movimento artístico que denominam “GANismo”⁹. Tal movimento se refere justamente à utilização da aparência específica e sensação de imagens geradas pela técnica GAN na criação de obras artísticas.¹⁰

O sistema jurídico europeu ainda não enfrentou de forma clara as discussões acerca dos direitos autorais geradas pelo desenvolvimento tecnológico atual. Até então, o sistema de direitos autorais da União Europeia só lidou com situações em que os computadores estão sendo usados como ferramentas para os autores expressarem suas próprias criações. Situações como câmeras digitais usadas como ferramentas por fotógrafos para criar suas obras foram analisadas no Tribunal de Justiça da União Europeia para esclarecer como o uso da tecnologia se enquadra nos critérios existentes de proteção de direitos autorais.¹¹ Nesse sentido, o sistema de direitos autorais europeu criou regras claras para obras auxiliadas por computador (ou seja, criações feitas com o auxílio de tecnologias de computador). Tais regras concentram-se principalmente na análise do grau de controle que os autores detêm sobre a tecnologia, a fim de gerar trabalhos únicos compostos por suas próprias escolhas criativas. Contudo, não se pode presumir que as mesmas regras se aplicam a trabalhos gerados por computador de forma autônoma, que são resultados de escolhas feitas por programas complexos e com alto grau de autonomia, como as inteligências artificiais.

Considerando as diferenças conceituais e práticas sobre os dois tipos de obras (auxiliadas por computador e criadas de forma autônoma por computadores), a análise a seguir focará nos aspectos de direito autoral das obras criadas de forma autônoma por computadores.

2 DA AUTORIA E ORIGINALIDADE NO DIREITO EUROPEU E COMPARADO:

A União Europeia (UE) reconhece a importância de proteger obras originais, possuindo, portanto, vários instrumentos legais para definir a proteção de direitos autorais. Dentre estes, encontram-se diretivas e regulamentações. Suas regras são baseadas na Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, Tratado Internacional do qual a UE é signatária.

A Convenção de Berna, em seu artigo 2, define quais tipos de trabalho são protegidos por direitos autorais, escolhendo uma definição ampla que inclui “toda produção no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de sua expressão”. Esse conceito foi implementado no Tratado de Direitos Autorais da OMPI, esclarecendo em seus artigos 4 e 5 que programas de computador e compilações de dados e outros materiais também

⁸ Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/a-naive-yet-educated-perspective-on-art-and-artificial-intelligence-9e16783e73da>. Acesso em: 11 set. 2019

⁹ Manifesto da empresa Obvious: Artificial Intelligence for Art - Disponível em: <http://www.obvious-art.com/>. Acesso em: 23 set. 2019

¹⁰ Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/ai-the-rise-of-a-new-art-movement-f6efe0a51f2e>. Acesso em: 11 set. 2019

¹¹ CJEU Caso C-145/10, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH e Outros 2011



devem ser protegidos como obras literárias, sendo eles objetos de proteção. No entanto, não há nenhuma menção nesse Tratado sobre a possibilidade de computadores serem considerados autores de obras protegidas, sendo tratados apenas como objeto de proteção, mas não sujeitos.

No entanto, atualmente não há disposições harmonizadas sobre a Lei de direitos Autorais da União Europeia para a proteção de obras geradas por computador de forma autônoma. Mais do que isso, a Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, centraliza a possibilidade de proteger obras protegidas por direitos autorais sobre a figura do autor e sua consciência, levando a uma interpretação restritiva que apenas considera seres humanos como autores.¹² A diretiva estabelece ainda que as obras que “constituírem a criação intelectual do próprio autor devem ser protegidas como tal por direitos autorais” e que “nenhum outro critério deve ser aplicado para determinar sua elegibilidade para essa proteção”¹³.

No *processo Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, o Tribunal de Justiça Europeu enfatizou a importância desse conceito, discutindo ao longo de seu raciocínio se os trabalhos em disputa eram resultado da criação intelectual do próprio autor. Nessa oportunidade o Tribunal decidiu que a reprodução total ou parcial de uma obra não poderia ser feita se os elementos reproduzidos fossem considerados expressão da criação intelectual do autor original. Firmado esse critério, o Tribunal enfatizou que caberia às cortes nacionais de cada país europeu determinar quando ocorre tal expressão¹⁴:

“An act occurring during a data capture process, which consists of storing an extract of a protected work comprising 11 words and printing out that extract, is such as to come within the concept of reproduction in part within the meaning of Article 2 of Directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, if the elements thus reproduced are the expression of the intellectual creation of their author; it is for the national court to make this determination.

Copyright within the meaning of Article 2(a) of Directive 2001/29 is liable to apply only in relation to a subject-matter which is original in the sense that it is its author’s own intellectual creation. As regards the parts of a work, they are protected by copyright since, as such, they share the originality of the whole work. The various parts of a work thus enjoy protection under that provision, provided that they contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work.

Desde esse julgamento, ficou claro que os critérios europeus básicos para verificar a originalidade se tornaram a expressão da criação intelectual pessoal. Embora o Tribunal Europeu nunca tenha negado explicitamente a possibilidade de autores não humanos, o critério de resultado da

¹² DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, “Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications” (European Intellectual Property Review, 2017) p. 4

¹³ Tradução livre da Diretiva 2009/24/Ce Do Parlamento Europeu E Do Conselho

¹⁴ CJCE C-5/08, Infopaq International A.S v. Danske Dagblades Forening [2009] – disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-5/08>. Acesso em: 20 set. 2019



criação intelectual pessoal é estritamente ligado à ideia de que os trabalhos criativos são uma forma de expressão da personalidade do autor, um recurso que somente os humanos podem expressar. No entanto, ainda que esse critério seja útil para resolver problemas relacionados a trabalhos criados por humanos usando computadores como ferramentas, é mais difícil aplicá-lo a programas mais complexos, nos quais o ser humano tem muito pouco controle sobre a obra final.¹⁵

Nos programas mais complexos hoje existentes, o humano é responsável apenas por iniciar o processo criativo, programando a máquina para aprender e alimentando-a com as informações necessárias. No entanto, o trabalho final é elaborado inteiramente pelo sistema, que faz escolhas criativas com base nas informações aprendidas. Ainda assim, não é possível, contudo, afirmar que o trabalho resulta da criação intelectual da própria máquina, uma vez que existe apenas uma análise codificada das informações coletadas, mas não um reflexo de sua própria consciência.¹⁶

Portanto, aplicando as regras de direitos autorais da UE como são hoje, seria muito difícil fornecer proteção para trabalhos gerados por computador, mas não impossível.¹⁷ Nesse caso, a principal questão a ser analisada seria o grau de controle que o ser humano tem sobre a obra e quanto esse controle contribui para a obra finalizada.¹⁸ É possível que os tribunais da União Europeia, por exemplo, optem por um amplo escopo de aplicabilidade, considerando que os programadores têm uma ampla contribuição no resultado das criações, desenvolvendo o programa para construir tipos específicos de obras e alimentando-as com as informações que consideram necessárias relevantes para a criação. Com isso, seria possível reconhecer uma autoria que respeite as leis comunitárias, atribuindo-a ao ser humano que tiver maior grau de controle sobre a obra finalizada, seja o programador seja o usuário ou inclusive o proprietário do sistema.

No entanto, esse ainda é apenas um cenário hipotético e os tribunais ainda não tiveram a possibilidade de abordar essas questões e estabelecer regras claras. Devido a essas dificuldades na aplicação das atuais regras harmonizadas de direitos autorais a obras geradas por computador, verifica-se a necessidade e importância de que a UE considere revisar seus critérios para ter clareza sobre tais criações. A inteligência artificial é um campo em crescimento exponencial, capaz de criar obras únicas e destacadas, com alto valor comercial.¹⁹ Assim, é de interesse público que o arcabouço legal que abarque tais produções seja claro. Desta forma, não apenas os programadores e investidores na área podem ser retribuídos por seus esforços, mas também a sociedade em geral pode explorar adequadamente todo o potencial envolvido em tais criações.²⁰

¹⁵ DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, "Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications" (European Intellectual Property Review, 2017)

¹⁶ WAGNER James "Rise of the Artificial Intelligence Author", (Vancouver ,The Advocate, 2017) page 529

¹⁷ GUADEMUZ, Andres "Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works" (Intellectual Property Quarterly, 2017) p. 6

¹⁸ ZATARAIN Jesus Manuel Niebla "The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence" (International Review of Law, Computers & Technology, 2017) p. 96

¹⁹ LAMBERT Paul "Computer-generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning" (European Intellectual Property Review, 2017) p. 6

²⁰ LAMBERT Paul "Computer-generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning" (European Intellectual Property Review, 2017) p. 6



Para aprofundar essa discussão, é útil examinar as soluções legais propostas por diferentes países e verificar se ideias semelhantes podem ser compatíveis com o sistema de direitos autorais da União Europeia.

Uma das jurisdições que buscou uma solução mais clara para esse problema é o Reino Unido, que incluiu em sua lei de direitos autorais uma provisão legal específica sobre obras literárias, dramáticas, musicais e artísticas geradas por programas computador. Tal disposição normativa esclarece que o computador em si não pode ser considerado o autor das obras (o que, portanto, não necessariamente contradiz a jurisprudência europeia). No entanto, isso não significa que as obras não possam ser protegidas por direitos autorais.²¹ A legislação procura identificar o humano por trás da máquina, definindo o autor como “a pessoa por quem os arranjos necessários para a criação da obra são realizados”.²² Nesse sentido, o sistema do Reino Unido está focado em determinar o autor humano que dedicou seus esforços para tornar a criação final possível. No entanto, é importante notar que isso não significa que o autor deva ter algum esforço pessoal ou criativo envolvido no processo do trabalho final²³, mas qualquer tipo de participação necessária para a viabilidade da criação.

Não obstante o reconhecimento da possibilidade de proteger tais obras sob a lei de direitos autorais, a legislação do Reino Unido ainda não é suficientemente clara sobre como essa proteção funciona na prática, ou seja, quem é efetivamente o autor em questão.²⁴ Assim, não fica claro na prática se seria o programador, o usuário ou até mesmo o investidor que der o suporte financeiro ao desenvolvimento do sistema de computador. Isso ocorre porque conforme os diferentes tipos programas de computador, diferentes pessoas serão responsáveis por tomar as providências necessárias para a criação da obra, inclusive podendo haver contribuições de diversos sujeitos. Se tomarmos o *The Next Rembrandt* como exemplo, havia uma enorme equipe de pessoas envolvidas na criação da pintura: programadores que criaram o algoritmo responsável pelo processamento da informação, instituições financeiras que forneceram a renda necessária para o projeto e especialistas em arte que forneceram todas as informações sobre as pinturas reais de Rembrandt.²⁵ Todas essas pessoas envolvidas tiveram contribuições fundamentais para a viabilidade e a qualidade do resultado final. Portanto, os critérios apresentados pela legislação do Reino Unido ainda são muito vagos e incompatíveis com a atual realidade tecnológica, sendo também incapazes de fornecer uma regra suficientemente clara.

Outra jurisdição que decidiu abordar as questões de obras criadas por máquinas é os Estados Unidos. Diferentemente da solução do Reino Unido, os EUA optaram por uma

²¹ DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, “Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications” (European Intellectual Property Review, 2017) page 4

²² UK Copyright Act Section 9(3)

²³ DOROTHEOU Emily “Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?” (Computer and Telecommunications Law Review, 2015) p. 3

²⁴ GUADEMUZ, Andres “Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works” (Intellectual Property Quarterly, 2017)

²⁵ ZATARAIN Jesus Manuel Niebla “The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence” (International Review of Law, Computers & Technology, 2017) p. 96

estrutura legal mais clara e restritiva: não permitir a proteção de tais obras sob a lei de direitos autorais.²⁶

A questão foi discutida no julgamento de *Naruto et al. V. David Slater*²⁷, um processo em que os direitos das *selfies* tiradas por um macaco foram disputadas entre o proprietário do fotógrafo da câmera e o próprio macaco, representado por uma organização de direitos dos animais. No caso, o tribunal especificou que apenas obras criadas por seres humanos podem ser protegidas. Esse entendimento foi incorporado pelo *US Copyright Office*, que expressamente inseriu em suas diretrizes de interpretação da Lei de Direitos Autorais americana o entendimento de que obras criadas por animais ou máquinas não podiam ser registradas para proteção. Assim, somente são lá registráveis “obra original de autoria, desde que a obra seja criada por um ser humano”²⁸. De maneira semelhante à perspectiva europeia, os tribunais americanos expressaram que o foco da proteção de direitos autorais se baseia no “trabalho intelectual” do autor, como resultado dos “poderes criativos da mente”.²⁹

É notável aqui que o sistema americano, ainda que originário de uma tradição diferente de direitos autorais focada em aspectos patrimoniais, visa sua proteção autoral com foco na criatividade como expressão humana, tal como o direito europeu.³⁰ Essa semelhança poderia ser um argumento para a União Europeia se adaptar a uma posição restritiva semelhante.

Ainda assim, embora a posição dos EUA pareça muito clara à primeira vista, ela também se mostra não completamente adequada para abordar a questão. Em primeiro lugar, essa abordagem, assim como a do Reino Unido, não considera o nível de envolvimento dos seres humanos por trás das máquinas. Entretanto, nesse caso, a linha entre trabalhos gerados por computador e trabalhos criados com a assistência de um computador se torna mais incerta, levando a um risco de que os trabalhos que devem ser protegidos acabem sendo excluídos do escopo de proteção.³¹ Em segundo lugar, a escolha de excluir completamente a proteção das obras criadas por máquinas diminui os incentivos para investir em inteligências artificiais, investimentos esses que poderiam beneficiar fortemente a sociedade como um todo.

Se a União Europeia escolherá seguir caminhos semelhantes a qualquer uma das jurisdições apresentadas anteriormente, será principalmente o resultado de discussões sobre estratégias e questões de políticas públicas. Cabe à Comissão Europeia e ao Parlamento Europeu discutir os interesses em proteger e, portanto, incentivar o investimento em criações computadorizadas ou em manter essas obras em domínio público para maior exploração. No entanto,

²⁶ ZATARAIN Jesus Manuel Niebla “The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence” (International Review of Law, Computers & Technology, 2017) p. 96

²⁷ *Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018) – US Court of Appeals

²⁸ The Compendium of U.S. Copyright Office Practices: Chapter 306, Third edition

²⁹ ZATARAIN Jesus Manuel Niebla “The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence” (International Review of Law, Computers & Technology, 2017) p. 96

³⁰ GUADEMUZ, Andres “Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works” (Intellectual Property Quarterly, 2017) p. 12

³¹ BUTLER Timothy L. “Can a Computer be an Author - Copyright Aspects of Artificial Intelligence”, (Comm/Ent L.S., 1981) p. 733



caso optem por regular uma proteção para essas obras, existem alternativas diferentes para a propriedade de tal proteção. O tópico a seguir apresentará e analisará diferentes soluções doutrinárias propostas para estabelecer a propriedade de tal proteção em relação aos direitos patrimoniais dessas obras.

3 ATRIBUIÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS PATRIMONIAIS:

Após avaliar se as obras geradas por computador atendem aos requisitos de originalidade necessários para receber a proteção de direitos autorais, outra questão é levantada: quem deve ser o proprietário dessa proteção? As obras artísticas e literárias possuem relevante valor econômico e, ao estabelecer o proprietário dos direitos autorais, a lei definirá quem é a pessoa com direito a perceber os benefícios econômicos gerados por essas obras. Os direitos patrimoniais não estão necessariamente vinculados ao autor principal, podendo este os transferir para outras pessoas. Diferentemente, os direitos morais estão mais estritamente conectados à personalidade humana do autor, um recurso que as máquinas não possuem, levando a uma discussão legal completamente diferente que não será abordada no presente texto. Portanto, os tópicos a seguir discutirão diferentes proposições para distribuir os direitos patrimoniais associados às obras criadas por sistemas de computador.

3.1 Ao programador:

A primeira solução que foi amplamente discutida por especialistas jurídicos é a atribuição dos direitos patrimoniais ao programador, que é quem geralmente faz mais esforços e mais contribuições para preparar os programas de computador para as criações. Eles desenvolveram os algoritmos que são em si os sistemas de inteligência artificial, projetam as funções que esses programas devem cumprir e as ferramentas (pelo menos no nível primário) para que as funções sejam cumpridas, e fazem a curadoria e alimentação dos dados necessários para esses sistemas desenvolverem suas criações.³² Por isso, eles fazem escolhas criativas não apenas projetando como o programa funciona e os possíveis resultados que podem alcançar, mas eles também modelam esses resultados escolhendo o tipo de informação que é fornecida aos sistemas.³³

O principal problema dessa solução é que, quanto mais automatizado o programa, os programadores têm cada vez menos controle sobre o resultado final da obra. Embora tenham desenvolvido a tecnologia por trás das criações, eles não contribuem para o trabalho final com suas próprias escolhas criativas. No final, é o próprio programa que faz as escolhas criativas que compõem o trabalho final, não os programadores, de forma que o trabalho final é geralmente imprevisível pelo programador. No entanto, isso não significa que o programador não será retri-

³² ROTHKEGEL Tobias, TAYLOR Mark "What characterizes artificial intelligence and how does it work?" (Computer and Telecommunications Law Review, 2016) página 2

³³ AGNER James "Rise of the Artificial Intelligence Author", (Vancouver ,The Advocate, 2017) p. 530



buído por seus esforços. Eles ainda possuem todos os direitos autorais relacionados à máquina, impedindo que outros usem suas criações sem autorização. Ainda assim, a proteção do programa não deve necessariamente ser estendida automaticamente a todos os trabalhos criados pelos computadores, quando o controle do programador é diminuído.³⁴

3.2 Atribuição ao Usuário Final:

Dependendo do tipo de programa, às vezes o usuário é o responsável por gerar o trabalho final em sua forma tangível.³⁵ Isso acontece em programas preenchidos com bancos de dados que podem gerar resultados diferentes, dependendo dos comandos dados pelo usuário. Nesse sentido, quando os programadores licenciam os programas de computadores para os usuários, a opção de gerar novas criações ou não depende dos usuários. Portanto, dar-lhes a propriedade dos direitos seria um incentivo para o usuário continuar produzindo mais trabalhos com máquinas.³⁶

O problema com esta solução é que o usuário é a pessoa que geralmente contribui menos para os trabalhos, geralmente apenas pressionando botões ou dando comandos. Embora o usuário contribua para a fixação final dos trabalhos, ele tem pouca contribuição no processo criativo como um todo. Além disso, nessas máquinas altamente autônomas, o usuário não terá investido tanto esforço quanto o programador no resultado final.³⁷ Portanto, o usuário estaria recebendo mais vantagens sem aplicar o mesmo nível de esforço que os programadores. No final, mesmo que os usuários sejam incentivados a compor mais trabalhos, os programadores provavelmente ficarão desencorajados a desenvolver novos programas de computador.³⁸

3.3 Atribuição à própria Inteligência Artificial:

Outra solução que foi discutida é conceder os direitos às próprias máquinas. Embora essa solução possa parecer simples e clara a princípio, lida com conceitos jurídicos mais complexos, que podem levar a um resultado mais controverso.

O principal argumento a favor dessa posição é o fato de que os programas de computador são, no final das contas, os principais responsáveis pelas criações, obras essas originais que inclusive poderiam parecer criadas por seres humanos. Eles analisam informações diferentes, como trabalhos anteriores (assim como os artistas podem ser inspirados por autores anteriores) e fazem suas próprias escolhas criativas ao montar o trabalho final. Além disso, eles criam traba-

³⁴ AGNER James “Rise of the Artificial Intelligence Author”, (Vancouver ,The Advocate, 2017) p. 531

³⁵ DOROTHEOU Emily “Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?” (Computer and Telecommunications Law Review, 2015) page 3

³⁶ DOROTHEOU Emily “Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?” (Computer and Telecommunications Law Review, 2015) p. 7

³⁷ DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, “Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications” (European Intellectual Property Review, 2017)

³⁸ HRISTOV Kalin “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma” (IDEA 431, 2017) p. 443



lhos finais originais, embora inspirados em trabalhos anteriores, mas que não são simplesmente cópias de seus elementos. Eles analisam como esses elementos foram aplicados, criando sua própria forma única de aplicá-los. À medida que a tecnologia por trás dessas inteligências artificiais for desenvolvida, as máquinas se tornarão progressivamente mais autônomas e terão ainda mais liberdade para criar por conta própria.³⁹

Mesmo que pareça uma abordagem simples, provavelmente não é a abordagem mais prática. Antes de tudo, para que essa abordagem funcione, pode ser necessário reconhecer a personalidade jurídica das inteligências artificiais, porque, na maioria dos casos, apenas indivíduos com personalidade jurídica podem ter direitos e obrigações nos termos da lei.⁴⁰ Portanto, essa abordagem deveria ser testada com diferentes áreas do direito que vão além dos direitos autorais. Em segundo lugar, seria impossível em termos práticos a inteligência artificial exercer seus direitos sem a assistência da pessoa humana ou de alguma entidade legal. Em terceiro lugar e mais importante, a propriedade de uma máquina não é consistente com os princípios nos quais os direitos autorais se baseiam. Atualmente, a proteção de direitos autorais é concedida como uma forma de incentivar a pessoa a criar e receber algo em troca de suas criações. No entanto, as máquinas não precisam de incentivos para criar. Eles fazem isso simplesmente porque (e enquanto) são programados para fazê-lo, sem necessidade de mais incentivos legais.⁴¹

3.4 Atribuição conforme a teoria do humano fictício:

Essa teoria é semelhante a abordagens que procuram os humanos por trás das máquinas. Exige que, quando um trabalho é criado por uma inteligência artificial, os tribunais devem presumir a existência de um autor humano fictício e atribuir os direitos autorais ao proprietário dos direitos autorais da inteligência artificial. Isso consiste em uma abordagem mais prática, uma vez que se baseia na presunção de que o dono da inteligência artificial geralmente é quem pode decidir se o programa deve fazer trabalhos futuros ou não.⁴²

Uma das principais vantagens dessa teoria é que ela evita discussões filosóficas sobre a possibilidade de máquinas serem consideradas sujeitos de direitos, uma vez que a máquina nunca será a proprietária dos direitos autorais.⁴³ Além disso, fornece uma regra clara sobre quem é a pessoa que possui direitos e obrigações relacionadas à inteligência artificial. A mesma solução pode ser aplicada automaticamente a qualquer caso. O mesmo raciocínio também pode ser apli-

³⁹ YANISKY-RAVID Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", (Mich. St. L. Rev., 2017) p. 676

⁴⁰ YANISKY-RAVID Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", (Mich. St. L. Rev., 2017) p. 676

⁴¹ DOROTHEOU Emily "Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?" (Computer and Telecommunications Law Review, 2015) p. 8

⁴² WU Andrew J. "From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs" (AIPLA Quarterly Journal 1997) p. 176

⁴³ WU Andrew J. "From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs" (AIPLA Quarterly Journal 1997) p. 160



cado a questões de responsabilidade por danos causados por inteligências artificiais, criando um sistema jurídico coerente, mesmo que esse assunto não seja o foco do presente artigo. Resolve as dificuldades práticas em atribuir os direitos à própria inteligência artificial, embora reconheça que é o computador (ou o humano ficcional por trás) o responsável pela criação da obra. Além disso, essa solução provavelmente aumentará os incentivos ao investimento em inteligência artificial, pois aumenta ainda mais o valor agregado a essas máquinas.⁴⁴

Os problemas com esta solução são, entretanto, semelhantes aos percebidos pela solução do programador. De fato, pode-se imaginar que o titular dos direitos autorais da inteligência artificial será, na maioria dos casos, o próprio programador, uma vez que os programas de computador são sua criação. Mas, mesmo que seja uma pessoa diferente, a pessoa que possui os direitos não tem controle e previsibilidade sobre o trabalho final e, nesse caso, tem ainda menos contribuição criativa para o resultado. Portanto, de acordo com o quadro jurídico europeu existente, não é possível estender automaticamente a proteção do programa de computador a todas as obras por ele criadas. Primeiramente, porque o algoritmo de um programa de computador seria uma obra completamente diferente da obra artística que esse programa criar, com conteúdo e formas distintas, sendo necessário verificar separadamente todos os requisitos de originalidade e autoria aplicáveis. Segundo, porque é necessário avaliar se a obra artística final gerada é resultado de uma expressão criativa ou não. Seria, portanto, necessário criar uma lei específica que estabelecesse expressamente essa assunção direta dos direitos patrimoniais das obras criadas ao proprietário dos direitos do sistema de inteligência artificial que as criaram.⁴⁵

4 CONCLUSÃO

Os seres humanos sempre criaram com a ajuda de ferramentas tecnológicas, que os ajudaram a expandir ainda mais sua criatividade e habilidades. Enquanto a tecnologia está se desenvolvendo, a sociedade está atingindo um estado em que agora as máquinas estão começando a criar com a ajuda dos seres humanos. Com o desenvolvimento da inteligência artificial, os computadores agora são capazes de produzir trabalhos artísticos com base em dados e algoritmos fornecidos pelos humanos. No entanto, este é um cenário que a maioria das legislações de direitos autorais não poderia prever, sendo agora necessário discutir como o Direito pode refletir essas mudanças tecnológicas.

O atual quadro jurídico na União Europeia dificulta a verificação da autoria, (um dos requisitos básicos para proteção de direitos autorais) em obras criadas por máquinas altamente automatizadas. Mas é interessante verificar que as obras artísticas e literárias, geradas por

⁴⁴ WU Andrew J. "From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs" (AIPLA Quarterly Journal 1997) p. 160

⁴⁵ WU Andrew J. "From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs" (AIPLA Quarterly Journal 1997) p. 161



esses sistemas de inteligência artificial, poderiam atender facilmente aos requisitos de autoria e originalidade se a mesma e exata obra fosse criada por um humano. Atualmente, o arcabouço de direitos autorais europeu se concentra principalmente na proteção do autor como pessoa e nas obras como expressão de sua personalidade. Nesse sentido, torna-se impossível para as inteligências artificiais cumprir esse requisito, mesmo que faça escolhas autônomas (não conscientemente, mas tecnicamente) e crie algo novo sem o controle dos seres humanos por trás dele. Nesse sentido, torna-se notável a necessidade de adaptar a interpretação da legislação para criar uma solução clara e inclusiva para trabalhos gerados por computador. A lei deve refletir a realidade e, na realidade atual, os computadores são capazes de criar trabalhos tão valiosos quanto os humanos, com cada vez menos intervenções humanas por trás disso.

No entanto, reconhecer o valor legal de tais obras não significa necessariamente que a lei deve igualar máquinas e autores humanos e seus direitos. Existem várias opções mais práticas para tratar da propriedade dos direitos sem entrar em uma discussão mais profunda sobre a pessoa jurídica ou trair o objetivo de o direito autoral incentivar a criação – se é que isso efetivamente se confirma. Tais opções buscarão o humano que está mais intimamente relacionado ao trabalho final. Esse ser humano pode variar entre o programador e o usuário final, considerando os diferentes tipos de programa de computador e os diferentes níveis de automação que eles possuem.

Portanto, seria necessária uma análise caso a caso para definir quem possui os direitos autorais da obra. A vantagem desta solução é sua flexibilidade, podendo também combinar propriedade compartilhada e seu respeito à individualidade de cada sistema. No entanto, essa solução está longe de ser prática, pois não define previamente quem possui os direitos, necessitando de uma interpretação judicial em todos os casos. Assim sendo, a solução mais prática e clara seria atribuir os direitos ao proprietário dos direitos autorais dos programas de computador. Eles são os únicos que podem decidir se o computador deve continuar gerando obras ou não, e geralmente são os que mais investiram para montar os sistemas. Consequentemente, essa solução incentivaria ainda mais os investimentos no setor.

REFERÊNCIAS

Fontes legais:

Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm acessado em 02 de outubro de 2019

Trato de Direitos Autorais da OMPI (WIPO Copyright Treaty), de 20 de dezembro de 1996. WIPO TRT/WCT/001 – disponível em <https://wipolex.wipo.int/en/text/295166>, acessado em 02 de outubro de 2019

Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 – disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:PT:PDF>



Lei de Direitos Autorais Desenhos e Patentes do Reino Unido de 1988 (UK Copyright, Designs and Patents Act 1988) disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> acessado em 03 de outubro de 2019

Compêndio de Práticas de Copyright Office dos EUA: Capítulo 300 - disponível em <https://copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf> acessado em 02 de outubro de 2019

Fontes jurisprudenciais:

CJEU C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH* [2011] – disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-145/10>. Acesso em: 20 set. 2019.

CJCE C-5/08, *Infopaq International A.S v. Danske Dagblades Forening* [2009] – disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-5/08>. Acesso em: 20 set. 2019.

Naruto v. Slater, n.º 16-15469 (9a Cir. 2018), Tribunal de Apelações dos EUA – disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html>. Acesso em: 20 set. 2019.

Fontes doutrinárias:

DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, “Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications” *European Intellectual Property Review*, 39(8), 457-460 (2017)

DEVARAPALLI Pratap “Machine learning to machine owning: redefining the copyright ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU law” *European Intellectual Property Review*. 40(11), 722-728 (2018)

GUADEMUZ, Andres “Artificial intelligence and copyright” (*WIPO Magazine*, 2017) - http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html accessed in October 09, 2018

YANISKY-RAVID Shlomit, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model”, 2017 *Mich. St. L. Rev.* 659 (2017)

LEVENDOWSKI Amanda “How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence’s Implicit Bias Problem”, 93 *Wash. L. Rev.* 579 (2018)

HRISTOV Kalin “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma” 57 *IDEA* 431 (2017)

SURDEN Harry “Machine Learning and Law”, 89 *Washington Law Review* 87 (2014)

GOLDBERG Morton David, CARSON David O. “Copyright Protection for Artificial Intelligence Systems” 39 *Journal, Copyright Society of the U.S.A.* 57 (1991)

BUTLER Timothy L. “Can a Computer be an Author - Copyright Aspects of Artificial Intelligence”, 4 *Comm/Ent L.S.* 707 (1981)

MASSARO Toni M., NORTON Helen “Siri-Ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence” 110 *Northwestern University Law Review*. 1169 (2016)

WAGNER James “Rise of the Artificial Intelligence Author”, 75 *The Advocate (Vancouver)* 527 (2017)



DOROTHEOU Emily “Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?” *Computer and Telecommunications Law Review*, 21(4), 85-93 (2015)

BLOK Peter “The inventor’s new tool: artificial intelligence - how does it fit in the European patent system?” *European Intellectual Property Review*, 39(2), 69-73 (2017)

GUADEMUZ Andres “Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works” *Intellectual Property Quarterly* 2, 169-186 (2017)

ROTHKEGEL Tobias, TAYLOR Mark “What characterizes artificial intelligence and how does it work?” *Computer and Telecommunications Law Review* 22(4), 98-99 (2016)

GINSBURG Jane C. “People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49(2), 131-135 (2018)

LAMBERT Paul “Computer-generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning” *European Intellectual Property Review* 39(1), 12-20 (2017)

WU Andrew J. “From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs” *25 AIPLA Quarterly Journal* 131 (1997)

ZATARAIN Jesus Manuel Niebla “The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence” *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 31, NO. 1, 91–104 (2017)

BENJAMIN L. W. Sobel “Artificial Intelligence’s Fair Use Crisis” 41 *colum. j.l. & arts* 45 (2017)

DÍAZ-LIMÓN Jaime Alberto “Daddy’s car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor”, *Revista de la Propiedad Inmaterial* nº 22 – julio/diciembre 83-100 (2016)

ZIBNER Jan “Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn” *12 Masaryk University Journal of Law and Technology* 81 (2018)

YANISKY-RAVID Shlomit, LIU Xiaoqiong “When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at the 3A Era”, *39 Cardozo Law Review*. 2215 (2018)

WIPO *Technology Trends 2019 Artificial Intelligence*

HURWITZ, Judith e KIRSCH, Daniel “Machine Learning For Dummies, IBM Limited Edition”, página 4, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2018.

ROTHKEGEL Tobias, TAYLOR Mark “What characterizes artificial intelligence and how does it work?” (*Computer and Telecommunications Law Review*, 2016) página 2

Outras fontes:

SHAW, Keith “Legal and Safety Issues Are Looming Around Ethics, AI, and Robots” - Disponível em: <https://www.roboticsbusinessreview.com/events/legal-and-safety-issues-are-looming-around-ethics-ai-and-robots/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PRAKASH, Abishur “Robot Rights Debate Could Shape Automation’s Future in Europe and Beyond” - disponível em: <https://www.roboticsbusinessreview.com/events/robot-rights-debate-automation-future/>. Acesso em: 12 ago. 2019.



Press Release do Parlamento Europeu “Robots and artificial intelligence: MEPs call for EU-wide liability rules” - disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170210IPR61808/robots-and-artificial-intelligence-meps-call-for-eu-wide-liability-rules>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Site oficial do projeto The Nexr Rembrandt - disponível em: <https://www.nextrembrandt.com>. Acesso em: 28 ago. 2019.9

Microsoft reporter: “Blurring The Lines Between Art, Technology And Emotion: The Next Rembrandt” - disponível em: <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

OLEWIRZ, Chloe “A Japanese A.I. 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-national-literary-prize/>. Acesso em: 18 ago. 2019.

COLDEWEY, Devin “Google’s WaveNet uses neural nets to generate eerily convincing speech and music” - disponível em: <https://techcrunch.com/2016/09/09/googles-wavenet-uses-neural-nets-to-generate-eerily-convincing-speech-and-music/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BROWN, Mark “World’s first computer-generated musical to debut in London” - disponível em: <https://www.theguardian.com/stage/2015/dec/01/beyond-the-fence-computer-generated-musical-greenham-common>. Acesso em: 28 ago. 2019.

European Alliance for Reserarch Excellence: “Japan amends its copyright legislation to meet future demands in ai and big data” - disponível em: <http://eare.eu/japan-amends-tdm-exception-copyright/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

Site oficial do projeto Flow Machines: AI Assiste Music – disponível em: <https://www.flow-machines.com/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

OBVIOUS “A naive yet educated perspective on Art and Artificial Intelligence” disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/a-naive-yet-educated-perspective-on-art-and-artificial-intelligence-9e16783e73da>. Acesso em: 11 set. 2019.

Manifesto da empresa Obvious: Artificial Intelligence for Art - - disponível em: <http://www.obvious-art.com/>. Acesso em: 23 set. 2019.

OBVIOUS “Obvious, explained” - disponível em <https://medium.com/@hello.obvious/ai-the-rise-of-a-new-art-movement-f6efe0a51f2e>. Acesso em: 11 set. 2019.





ROYAL SOCIETY E OS DESAFIOS POSTOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL¹

Allan Rocha de Souza²

Leon Queiroz Ramos³

Luís Henrique Dutra Mageste⁴

RESUMO: São muitas as implicações sociais dos sistemas de inteligência artificial, que nesta segunda década do século XXI alcançaram um novo patamar de aplicabilidade, atingindo e prometendo revolucionar inúmeras áreas da experiência humana. Ao mesmo tempo em que as implicações sociais são sérias e multidimensional, identifica-se uma ausência de debate público informado sobre seus significados e circunstâncias. E uma das preocupações é com a participação da sociedade no processo decisório sobre a evolução e usos apropriados destes sistemas e, como consequência imediata, a regulação desta atividade tanto pelo Poder Público como pelas próprias organizações que desenvolvem e utilizam estes sistemas, inclusive com alocação de responsabilidades. Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo, por meio de uma análise descritiva da série de sete vídeos intitulada “YOU and AI” produzida pela *The Royal Society*, identificar a trajetória, perspectivas futuras e aspectos controversos dos sistemas de inteligência artificial (IA), para posterior aprofundamento. Esta exposição, cuja finalidade é mais educativa que analítica, foca em quatro dimensões da IA: (i) desenvolvimento e desafios; (ii) aplicações; (iii) impactos no emprego; e (iv) aspectos éticos.

Palavras-chave: Inteligência Artificial - Sociedade; Inteligência Artificial - aplicações; Inteligência Artificial - aspectos éticos; Inteligência Artificial – emprego; Inteligência Artificial - Direito

INTRODUÇÃO

Há, em âmbito mundial, uma crescente preocupação com o advento do novo momento tecnológico, no qual os sistemas de inteligência artificial assumem um papel central. As possibi-

¹ Trabalho desenvolvido como parte do projeto de iniciação científica *Inteligência Artificial e Direito*, vinculada à linha de pesquisa *Políticas Públicas, Inovação e Direitos Intelectuais: modelos de apropriação e direito de acesso*, do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP dgp.cnpq.br/dgp/espelhogru-po/3462805150382122), e ao Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT) *Proprietas* (www.proprietas.com.br).

² Professor e pesquisador no Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e no Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas Estratégia e Desenvolvimento (PPED) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: allan@rochadesouza.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>.

³ Acadêmico de Direito no Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador de Iniciação Científica do NUREP e INCT *PROPRIETAS*. E-mail: leonqueiroz98@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4231211941356811>.

⁴ Acadêmico de Direito no Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador de Iniciação Científica do NUREP e INCT *PROPRIETAS*. E-mail: luis.dmageste@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7624012880051655>.

lidades e efeitos de suas aplicações e usos, embora já presentes em diversos aspectos da vida cotidiana, ainda não são satisfatoriamente compreendidos, inclusive, em algumas situações, nem mesmo pelos próprios cientistas que desenvolvem ou interagem com o sistema.

A partir da percepção sobre o baixo nível de conhecimento da população britânica com relação ao conteúdo e impacto de “machine learning”⁵, imbuída da preocupação de ampliar o debate sobre o tema, com o pressuposto de que tais discussões não devem ficar restritas a grupos de cientistas, mas sim ter uma ampla participação social, a Royal Society of London⁶, ao longo do ano de 2018, promoveu um conjunto de encontros públicos com especialistas diversos para debater o tema. Estas reuniões foram transmitidas e são disponibilizados online, em uma série de sete vídeos intitulada “You and AI”⁷.

O presente artigo tem, assim, por objetivo específico fazer uma análise panorâmica e descritiva do conjunto de discussões capitaneadas pela Royal Society por meio da série “You and AI”. Este trabalho é o marco inicial deste projeto de iniciação científica, no âmbito do NUREP⁸ e INCT Proprietas⁹, junto ao Curso de Direito do Instituto Três Rios (ITR) da UFRRJ¹⁰.

O trabalho está dividido em quatro partes, para além das considerações finais e desta introdução. Primeiramente será abordada a questão do desenvolvimento e desafios atuais para a evolução da IA. Em seguida, são indicadas as principais aplicações dos sistemas de inteligência artificial e suas interações com o cotidiano. O terceiro tópico concentra as discussões havidas quanto aos potenciais efeitos sobre os empregos e empregabilidade, e, antes das considerações finais, são discutidos os efeitos potencialmente discriminatórios destes sistemas.

⁵ IPSOS MORIS SOCIAL RESEARCH INSTITUTE. *Public View of Machine Learning: findings from public research and engagement conducted on behalf of the Royal Society*. Royal Society, 2017, p. 53: “Awareness of machine learning among the public is low. Just 9% of people have heard of the term ‘machine learning’, and only 3% feel they know either a great deal or fair amount about it. The public are more familiar with machine learning’s applications – a majority have heard of at least one of the eight examples given (89%). People are most likely to have heard of computers that can recognise speech and answer questions (76%). They are less likely to have heard of computers which can make investments in the stock market by adapting to the financial market (30%).” Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/machine-learning/>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁶ A “The Royal Society of London for Improving Natural Knowledge” é uma associação científica que se descreve como “a Fellowship of many of the world’s most eminent scientists and is the oldest scientific academy in continuous existence.” Disponível em: <https://royalsociety.org/about-us>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁷ THE ROYAL SOCIETY OF LONDON. You and AI Series. Vídeo 06. “Throughout 2018, The Royal Society supported by DeepMind brought you the world’s leading thinkers in AI, in order to help build a greater understanding of what machine learning and AI are, how the technology works, and the ways it may affect our lives. The launch of You and AI followed the Royal Society’s in-depth assessment of public views of machine learning which found that just one in ten members of the UK public recognised the term “machine learning”, even though the technology – a form of artificial intelligence (AI) – is already part of our everyday lives.” Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/machine-learning/you-and-ai/>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁸ Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, **Relações Privadas e Políticas Públicas**. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/320928>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁹ Disponível em: <http://proprietas.com.br>. Acesso em: 17 set. 2019.

¹⁰ Disponível em: <https://itr.ufrj.br/portal/cursos/direito/grade-e-disciplinas-direito/>. Acesso em: 21 set. 2019.

1 “YOU AND AI”: Abrindo o Debate

O primeiro vídeo da série, intitulado “*The history, capabilities and frontiers of AI*”¹¹, busca apresentar panoramicamente o desenvolvimento e estágio atual da IA. Central à introdução é a participação do cientista Demis Hassabis¹², do DeepMind, que descreve a IA como um mecanismo que irá criar máquinas cada vez mais inteligentes e eficientes, com aplicação e de esperado auxílio em todas as áreas, também evidencia a importância da aproximação e debate entre público em geral, gestores, pesquisadores e empresas da área, pois essa inovação afetará e demandará uma substancial adaptação ao e do meio social.

A empresa DeepMind¹³ estuda a IA como uma invenção de ampla utilidade para a humanidade. No plano mais abstrato, Demis Hassabis destaca dois aspectos cruciais para atingir o objetivo primordial de criar máquinas e sistemas cada vez mais inteligentes e eficientes: primeiro a tentativa de resolver a questão do que é e como acontece a inteligência; e, na sequência e como consequência do anterior, criar um sistema artificial de inteligência de aplicação geral na solução de diversos tipos de problemas. A DeepMind almeja também participar da discussão de como essa ciência que está sendo construída e usada, tanto na área da ciência da informação como na área ética, através de um compromisso responsável e ativamente intrinsecamente vinculado ao interesse público, social, coletivo. E HASSABIS, falando pela DeepMind, afirma igualmente se preocupar com o desenvolvimento de sistemas inteligentes que não repliquem vieses discriminatórios e aprofundem as injustiças presentes no meio social.

O desenvolvimento da IA perpassa várias décadas, desde o momento em que pesquisadores e desenvolvedores deram início a uma busca para resolver problemas de forma rápida e prática recorrendo a sistemas computacionais, pois, “há 60 - 70 anos, Alan Turing iniciou o processo que hoje resulta na IA, por meio de um sistema tradicional, executado manualmente” (HASSABIS, Demis. 2018)¹⁴. Daí em diante, a IA passa a ser um mecanismo revolucionário para a sociedade, e logo acontece a primeira “conferência para tratar da IA, em Dartmouth em 1956” (CRAWFORD, Kate. 2018)¹⁵.

¹¹ ROYAL SOCIETY. You and Ai series. **The history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zYfzux7JKHE>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹² Demis Hassabis é um pesquisador britânico de Inteligência Artificial, neurocientista, designer de videogames, empreendedor, cinco vezes vencedor do campeonato de jogos de tabuleiro Pentaminid e co-fundador do DeepMind. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Demis_Hassabis. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹³ “*We’re a team of scientists, engineers, machine learning experts and more, working together to advance the state of the art in artificial intelligence. We use our technologies for widespread public benefit and scientific discovery, and collaborate with others on critical challenges, ensuring safety and ethics are the highest priority*”. Disponível em: <https://deepmind.com>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴ HASSABIS, Demis. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, abril, 2018. You and AI – **the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Minutos: 11:14 à 11:44 Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁵ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul, 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 11:13 à 15:06. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.



Com o objetivo de desenvolver sistemas cada vez mais autossuficientes, “as abordagens da IA foram alteradas de forma drástica com o transcorrer do tempo, saindo de uma lógica puramente simbólica para o chamado aprendizado por máquina que se almeja atualmente” (CRAWFORD, Kate. 2018)¹⁶ ou, em outras palavras, “a fim de que a máquina passe de ser mera executora e resolva por si só qualquer obstáculo que for apresentado” (HASSABIS, Demis. 2018)¹⁷.

Atualmente, por meio de notícias¹⁸, percebe-se que a utilização da IA vem ganhando espaço nas áreas que necessitam um grau elevado de padronização, sendo uma ferramenta ideal para tarefas repetitivas, rotineiras, de alta precisão e concentração. Ainda assim, a IA é, fundamentalmente, uma ferramenta inflexível, não sendo hábeis da forma esperada em casos que fujam do orquestrado pelo programador. Então, como nos informa Kate Crawford, “[...] podemos pensar no atual estado da arte da IA como um saco de técnicas de estatística e algoritmos de otimização baseados em gradações.”¹⁹. Este tipo de “inteligência artificial” é apto e efetivo na execução de tarefas específicas, sem ampliação de seu espectro de aplicação. .

Contudo, esforços substanciais têm sido feitos no sentido de desenvolver um sistema artificial de inteligência que consiga enfrentar e resolver um conjunto amplo de desafios, e os sistemas com este perfil são conhecidos como inteligência Artificial Geral (IAG ou AGI - Artificial General Intelligence), se aproximando do ideal da capacidade intelectual humana que resolve uma multitude de questões e executa uma série de atividades distintas, ao mesmo tempo, e, muito frequentemente, díspares entre si. Indo além, projeta-se ainda a possibilidade do desenvolvimento de sistemas de IA que sejam substancialmente superiores aos humanos na solução de problemas, conhecidos como *super inteligência artificial* (SIA ou ASI - Artificial Super Intelligence).

Sabendo disto, a DeepMind, por exemplo, utiliza algoritmos direcionados a aprender, sem auxílio externo e sem conhecimento da resposta, e solucionar o problema com base em tentativas e erros. Aplica-se, no caso, uma das diversas técnicas de ‘aprendizado de máquina’ (ou machine learning), conhecida como ‘aprendizado não supervisionado (unsupervised learning), em oposição ao ‘aprendizado supervisionado’ (supervised learning), e que consiste em oferecer o mínimo de auxílio humano possível para o aprendizado do sistema de IA e, com isso, explorar outras áreas que um algoritmo de aprendizado supervisionado não faria²⁰.

¹⁶ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul, 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 11:13 à 15:06. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

¹⁷ HASSABIS, Demis. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, abril, 2018. You and AI – **the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Minutos: 11:14 à 11:44. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁸ GRANATO, Luísa. **Universidade cria o 1º curso superior de inteligência artificial do Brasil**. On-line, 19 set. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/universidade-vai-oferecer-o-1o-curso-de-inteligencia-artificial-do-brasil/>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁹ No original: “[...] we can think of the current state of the art of AI as a grab bag of techniques from statistics and gradient-based optimisation algorithms.” CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul, 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 11:13 - 15:06. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁰ Alguns exemplos da sua aplicação são os programas: (i) Deep Blue é um supercomputador e um software criados pela IBM especialmente para jogar xadrez; com 256 co-processadores capazes de analisar aproximadamente 200



A IA, como ferramenta revolucionária, tem a capacidade de representar para a sociedade, ao mesmo tempo, um risco e um ganho, ao realizar atividades com mais precisão e rapidez. Assim, é possível projetar o potencial transformador da IA em diversas áreas, como na “descoberta de exoplanetas, controlar o plasma em reatores nucleares, problemas da física quântica” (HASSABIS, Demis. 2018)²¹. Nestas áreas, por exemplo, a IA auxiliará na realização de estudos mais detalhados e aprofundados, seja por meio de sistemas que sejam específicos em determinadas tarefas (task-specific) e/ou capazes de realizar atividades variadas (AGI), nas quais superarão a performance humana em diversos aspectos, como tratamos a seguir.

2 APLICAÇÕES DE IA

Para Demis Hassabis “a sociedade está chegando no cerne do que é inteligência”²², isto é, a IA está atingindo um alto grau de evolução, possibilitando a projeção e a criação de máquinas inteligentes que executem tarefas de forma melhor que os seres humanos. Assim, observa-se atualmente a consolidação da era robótica dentro da IA, em os robôs atuam para otimizar tempo e agilizar tarefas rotineiras. Desse modo, com o aprimoramento dessas máquinas de IA, sua aplicabilidade começa a atingir as diversas áreas da sociedade, de várias formas.

Tome-se, por exemplo, os assistentes pessoais, que permitem um tipo de conversação, como a Siri, Alexia. Porém, com essa amplificação da IA, há uma perspectiva de sistemas muito além dos existentes, ou seja, assistentes futuros, de nova geração tecnológica, para realização atividades do dia-a-dia, tais quais agendar horários e organizar agenda, e ainda mais corriqueiras como abrir o portão de casa quando o morador estiver chegando, realizar compras no supermercado. É o avanço da ‘internet das coisas’. Dessa forma, esses assistentes agem de acordo com a vontade do representado, de uma maneira que seja personalizado individualmente, com uso de uma linguagem acessível e natural, com mais precisão e eficiência, permitindo a realização de múltiplas tarefas, sem necessidade de continuada supervisão²³. Sua massificação é talvez a prova mais concreta do advento da IA em nossas vidas cotidianas.

milhões de posições por segundo. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue. Acesso em: 21 de ago. 2019; (ii) AlphaGo é um programa de computador: “that plays the board game Go. It was developed by DeepMind Technologies which was later acquired by Google.”. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/AlphaGo>. Acesso em: 22 ago. 2019; (iii) AlphaZero: “is a computer program developed by artificial intelligence research company DeepMind to master the games of chess, shogi and go. This algorithm uses an approach similar to AlphaGo Zero.”. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/AlphaZero>. Acesso em: 22 ago. 2019.

²¹ HASSABIS, Demis. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, abril, 2018. You and AI – **the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Minutos: 45:25 à 46:41. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²² HASSABIS, Demis. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, abril, 2018. You and AI – **the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Minutos: 40:52 à 41:10. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²³ YOUNG, Steve. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, maio, 2018. You and AI – **the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 02. Minutos: 03:35 à 16:11. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7L7bywQSTig>. Acesso em: 20 jul. 2019.



As aplicabilidades da IA abrangem, também, o estudo do espaço e da atmosfera, em que os sistemas de IA possibilitam a identificação de novos corpos celestes e uma visualização mais clara e com maior nitidez do espaço, pela análise computacional do grande volume de dados obtidos a partir de telescópios altamente precisos. Com isso, consegue-se obter um sem número de fotografias que permitem um estudo mais detalhado do universo, possibilitando a descoberta de exoplanetas no intuito de exploração futura. Ademais, projeta-se um maior quantidade e qualidade de informações sobre estes planetas e corpos celestes, a fim buscar aspectos presentes no seu interior que possam ser trazidos e utilizados na Terra²⁴.

Outra área em a IA está proporcionando um avanço revolucionário é a médica, em que se constroem máquinas para serem utilizadas no acompanhamento do quadro clínico dos pacientes e gerar um tratamento mais rápido e preciso, com a possibilidade de estudar os casos a partir de um maior e mais preciso conjunto de informações e projetar tratamentos menos invasivos. Em outro tipo de utilização, imagens radiológicas por exemplo, como tomografias e ressonâncias, são apresentadas com maiores detalhes e interpretadas com melhor exatidão, e permite que isso seja realizada em velocidade mais alta, a um custo mais baixo e permitindo uma análise mais profunda. Então, nas situações de tumores, seja de avançado ou regresso, com o uso destas ferramentas inteligentes, há uma maior facilidade em mapeá-los e direcioná-los a um tratamento mais eficaz, aumentando as chances de cura, devido a facilidade de compreender mais a fundo a dimensão da doença e melhor orientar possíveis tratamentos a fim de obter o maior êxito possível²⁵. Além disso, com forte impacto nas políticas públicas, a tecnologia da IA está permitindo o mapeamento de doenças na Uganda, a fim de encontrar as melhores soluções para a falta de medicamento em certas áreas do país, levando tratamento médico eficiente a pessoas que de outra forma não teriam acesso a esse tipo de serviço²⁶.

Exemplo de outro campo que está sendo impactado pelo desenvolvimento da IA é o estudo dos fatores climáticos. A IA está possibilitando simulações climáticas para projetar eventuais consequências de variações climáticas, de forma localizada, seja de um bairro ou cidade, e, com isso, trazer melhores formas de organização dos sistemas urbanos em situações de possíveis desastres. Nesse aspecto, essa análise dos fenômenos climáticos locais não só auxiliam na prevenção desses possíveis desastres, mas podem erradicar problemas consequentes de fatores climáticos que são recorrentes em uma área específica. Isso se torna possível por conta de um mapeamento com sistemas de IA mais desenvolvidos²⁷.

²⁴ AIGRAIN, Suzzane. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, maio, 2018. You and AI – **the practical applications of AI**. Vídeo 02. Minutos: 17:00 à 29:44. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7L7bywQSTig>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁵ CRIMINISI, Antônio. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, maio, 2018. You and AI – **the practical applications of AI**. Vídeo 02. Minutos: 30:00 à 42:06. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7L7bywQSTig>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁶ LUGER, Ewa. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, out, 2018. You and AI - **with Jim Al-Khalili at the Manchester Science Festival**. Vídeo 06. Minutos: 09:26. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/10/you-and-ai/>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁷ SLINGO, Dame Julia. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, maio, 2018. You and AI – **the practical applications of AI**. Vídeo 02. Minutos: 43:14 à 01:01:59. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7L7bywQSTig>. Acesso em: 20 jul. 2019.



3 FUTURO DO EMPREGO

O quinto vídeo, intitulado “*The future of work*”²⁸, resgata a capacidade de criação de máquinas cada vez mais sofisticadas recorrendo a sistemas preparados para executar tarefas específicas. Todavia, a utilização de IA poderá trazer severas consequências para o campo social caso não seja administrada adequadamente. A esse respeito, observa-se a discussão em torno dos empregos, que sofrerão impactos imediatos deste avanço tecnológico, alterando as formas de trabalho e a vida profissional das pessoas. Além disso, aborda seus efeitos sobre a desigualdade e busca indicar caminhos para que toda sociedade possa usufruir dos benefícios da IA, de maneira que os empregos possam, ao máximo possível, ser preservados por meio da adaptação e requalificação continuada da força de trabalho.

Costumávamos pensar que, até por conta de filmes Hollywoodianos como *Matrix*²⁹, a sociedade como um todo e as suas profissões seriam engolidas pelos robôs e entraríamos em uma crise existencial de âmbito global. Entretanto, com estudos³⁰ feitos em Universidades de renome mostram uma dualidade representada na oposição entre “máquinas de substituição humana versus máquinas de assistência humana”³¹.

Antes de avançarmos, vale ressaltar que, de início, o custo dessas máquinas será relativamente alto, e, portanto, apenas maiores empresas terão poder aquisitivo para começar a utilizá-las. Cabe aqui uma observação para esclarecer que estas máquinas vão muito além de *chatbots* e serviços de atendimento ao consumidor, até mesmo porque este tipo de aplicação já está sendo amplamente utilizado. Outro ponto, em que muitos ainda acreditam, é que somente os empregos manuais ou intelectualmente menos desafiadores serão afetados, pois as máquinas ainda não detêm suficiente capacidade ‘mental’. Entretanto, é bom informar que, com a evolução desta ciência para novo patamar no entendimento da inteligência artificial, pode-se considerar que basicamente tudo que entendemos como atividade humana será modificada³² de uma forma ou de outra pela IA, e ninguém está imune aos seus efeitos³³.

²⁸ ROYAL SOCIETY. YOU and AI Series - **The future of work**. Vídeo 05. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

²⁹ **The Matrix (Matrix)**, Direção e roteiro: Andy Wachowski e Larry Wachowski, produção Joel Silver, Distribuição: Warner Bros. EUA, 1999.

³⁰ THE GUARDIAN. **Joseph Stiglitz on artificial intelligence**: ‘We’re going towards a more divided society. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/sep/08/joseph-stiglitz-on-artificial-intelligence-were-going-towards-a-more-divided-society>. Acesso em: 17 set. 2019.

³¹ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. **You and AI - the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 15:50 à 17:12. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

³² HASSABIS, Demis. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, abril, 2018. **You and AI – the history, capabilities and frontiers of AI**. Vídeo 01. Minutos: 05:40 à 6:19. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

³³ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. **You and AI - the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 11:43 à 11:58. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.



Máquinas de Substituição Humana seriam, de forma geral, em exemplo³⁴ dado pela Diane Coyle³⁵, como alguém que antigamente trabalhava passando de casa em casa acordando as pessoas para começar o expediente do serviço e foi substituída por um simples despertador, que alcança por completo o objetivo de permitir os trabalhadores não se atrasarem. Com a invenção do relógio despertador, os *knock-uppers* ficaram inúteis, pois a facilidade do alarme era enorme e ninguém mais trabalhou com isto.

Por outro lado, Máquinas de Assistência Humana serão muito mais presentes no futuro dos trabalhos que não forem substituídos pela IA e utilizam o intelecto de maneira diferente³⁶ pois esta é baseada máquinas que surgirão para auxiliar o ser humano na maneira como exercem suas profissões. Com a invenção dos caixas eletrônicos, por exemplo, achavam que os balconistas seriam substituídos e não haveria mais trabalho, mas pode-se observar que não foi o caso. As tarefas de balconistas foram alteradas e o seu modo de trabalhar também, começaram a fazer atividades de maior valor agregado, como um melhor atendimento aos clientes; deixando de lado tarefas manuais como processar cheques para oferecer ajuda com conselhos econômicos e financeiros.

Para ficar mais visível a tamanha relevância do que está sendo discutido, podemos destacar alguns outros exemplos: as máquinas analisam raios-x mais rápido e melhor que radiologistas³⁷, calculam e identificam potenciais acidentes de trânsito mais rápido que um motorista³⁸, analisam contratos e identificam seus erros com mais exatidão que advogados, etc. Este é um tópico bastante debatido e vem mostrando grandes resultados práticos, porque com a assistência da IA, e estudos trazem resultados sólidos neste sentido, há substancial aumento da capacidade produtiva, tanto material quanto intelectual, que resultará num ganho substancial em competitividade³⁹ e a esta cooperação entre humanos e IA⁴⁰ criará a nova forma de exercer e olhar as profissões, já adaptadas a nova onda tecnológica.

³⁴ COYLE, Diane. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 37:00 à 37:47. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

³⁵ "Diane co-directs the Bennett Institute for Public Policy. She was previously Professor of Economics at the University of Manchester. She has held a number of public service roles including Vice Chair of the BBC Trust (2006-2014), member of the Competition Commission (2001-2009), the Migration Advisory Committee (2009-2014), and the Natural Capital Committee (2016-2019). She was awarded a CBE for her contribution to the public understanding of economics in the 2018 New Year Honours." Disponível em: https://www.polis.cam.ac.uk/Staff_and_Students/professor-diane-coyle. Acesso em: 02 set. 2019.

³⁶ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 11:30 à 11:42. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

³⁷ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 10:48 à 11:25. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

³⁸ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 13:10 à 13:26. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

³⁹ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 15:44 à 16:12. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴⁰ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 16:27 à 16:59. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.



Conforme falamos anteriormente, um dos pontos é entender que, com a guinada tecnológica, o aumento do nível de produtividade, velocidade e industrialização será algo próximo ou até maior que a Revolução Industrial. Esta resultou uma enorme de perda de empregos resultante da não adaptação⁴¹ às novas formas de trabalho e profissões. Atualmente, pode-se estimar que cerca de 30% a 40% dos trabalhos no mundo inteiro⁴² estão sob grave ameaça, porém não unicamente sob a ótica de substituição completa, mas também de auxílio.

A professora Diane Coyle, no vídeo, retrata que esta é uma tarefa para os governos, que devem, de forma rápida e prioritária, se organizar normativamente e na forma de políticas públicas para que não ocorra uma crise social profunda tanto no plano nacional como mundial. Sendo esta possível desatenção um dos grandes problemas tratados pela autora, cabe não só a nós como ao governo pensar nos efeitos sociais da tecnologia e como nos proteger das possíveis consequências negativas, pois a inovação é moldada tanto pela sociedade quanto pela tecnologia e, assim, “nem toda inovação é socialmente boa.”⁴³ (COYLE, Diane. 2018).

Um interessante ponto elencado pelo economista Joseph Stiglitz⁴⁴, e abordado também por Coyle, é que com o incrível aumento na produtividade e lucro como resultado da implementação da IA⁴⁵, gerará, por exemplo, uma ampliação na renda nacional⁴⁶. Assim, os palestrantes questionam a forma que se deve repartir o ganho gerado pela IA, através das seguintes dúvidas: como fazer com os que trabalharão menos e terão maior qualidade de vida? Perderão conquistas e renda e apenas os investidores que aumentarão seus lucros? Como será feita a repartição dos benefícios e a atribuição de responsabilidades?

De acordo com o economista, estas perguntas serão indispensáveis, pois caso não haja políticas efetivas públicas e ações efetivas tendo por finalidade o bem social e a população como um todo, a desigualdade aumentará de uma forma exorbitante com consequências insustentá-

⁴¹ COYLE, Diane. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 39:00 à 39:35. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴² STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 15:46 à 15:59. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴³ COYLE, Diane. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 40:12 à 40:15. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴⁴ “Joseph E. Stiglitz is an American economist and a professor at Columbia University. He is also the co-chair of the High-Level Expert Group on the Measurement of Economic Performance and Social Progress at the OECD, and the Chief Economist of the Roosevelt Institute. A recipient of the Nobel Memorial Prize in Economic Sciences (2001) and the John Bates Clark Medal (1979), he is a former senior vice president and chief economist of the World Bank and a former member and chairman of the (US president’s) Council of Economic Advisers.” Para maiores informações, favor consultar: <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/bio>.

⁴⁵ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 17:10 à 17:30. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴⁶ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. You and AI - **the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 17:46 à 17:58. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.



veis⁴⁷, mais intensamente que o ocorrido nas revoluções industriais passadas. Com o aumento da produtividade e renda, essencial será sua redistribuição de forma a promover o desenvolvimento social mais equitativo, e evitar o esgarçamento das relações sociais causado pela desigualdade, que inevitavelmente resultam em convulsões econômicas onde não há vencedores.

A forma com a qual cada país se organizará⁴⁸ para adequar a sociedade às inovações advindas da IA será a chave para o futuro próspero, ou não, do país. Com relação ao cenário brasileiro, a questão se torna ainda mais sensível em razão da já profunda desigualdade de renda e de qualificação, com potenciais efeitos catastróficos para a paz social.

4 ÉTICA

Antes de adentrarmos em alguns dos dilemas éticos relacionados à IA, é interessante entender um pouco os sistemas de classificação, que foram idealizados e criados há tempos, com o intuito científico de separar e categorizar os seres vivos⁴⁹. Acontece que este campo de estudo fomentou, no século XVIII, a idealização de uma pseudociência que classifica seres humanos utilizando os traços do corpo para tirar conclusões acerca de diversos temas. Assim como pontua Kate Crawford, os pseudocientistas começaram a classificar as pessoas por meio de suas características físicas, como o tamanho de sua orelha, formato do nariz, largura da cabeça, etc., para concluir tudo sobre você, desde sua inteligência até sua conduta. Em última instância, com o avançar do tempo, suas conclusões equivocadas serviram para fundamentar prisões, torturas e outros diversos tipos de violências para com pessoas negras e mulheres, até porque tal sistema representava a visão dos detentores de poder, reforçando-os em suas posições.

Já perto do final do século XIX, em meados de 1880, um jovem chamado Herman Hollerith, que trabalhava no Departamento do Censo dos Estados Unidos, reparou em como funcionavam os carimbos nas passagens dos trens e assim pensou em criar um sistema de cartão para processar dados. Com isto, Hollerith criou um instrumento de leitor de cartões perfurados para classificar seres humanos, servindo posteriormente para realizar censos em seu país e aprofundar a qualidade das estatísticas. Ocorre que a Alemanha nazista comprou diversos de seus equipamentos para categorizar e classificar, racialmente e religiosamente, as pessoas que viviam em seu território. O tamanho da dizimação e o grau de perigo que este tipo de uso pode causar nós já sabemos, mas o problema permanece e talvez até aumente na atualidade, com o novo patamar tecnológico.

⁴⁷ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. **You and AI - the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 20:20 à 20:50. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, setembro, 2018. **You and AI - the future of work by Professor Joseph E Stiglitz**. Vídeo 05. Minutos: 21:28 à 22:08. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴⁹ SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **“Classificação biológica”**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/classificacao-biologica.htm>. Acesso em 20 ago. 2019..



Para entender o nível de seriedade, Kate Crawford comenta acerca de uma pesquisa realizada pelo Michal Kosinski⁵⁰ que consiste em, por meio do sistema de reconhecimento facial, descobrir a orientação sexual de qualquer pessoa por uma simples foto⁵¹. Diante da polêmica causada pelo caso e as subsequentes discussões, Michal Kosinski teve que se pronunciar e postar um texto aberto⁵² alegando que sua pesquisa não é um “gaydar” ou algum tipo de estudo sobre orientação sexual, nem se presta a tais fins.

De acordo com Wendy Hall: “Há questões de ética e moralidade com as quais temos de nos preocupar”⁵³, visto que é comum em sistemas de IA, principalmente os mais remotos, a existência de vieses de potencial segregacionista. E a preocupação ética sobre as atitudes, comportamentos e condutas destes sistemas foi abordada e relatada por diversos cientistas na série, como Kate Crawford⁵⁴. A exemplo, tem-se o policiamento remoto para classificar crimes ao envolvimento com gangues, em que 23% das prováveis pessoas identificadas não apresentavam vínculo algum com gangues, revelando os dados distorcidos e repletos de erros⁵⁵, em que mostra o lado da IA que internaliza e multiplica exponencialmente os vieses sociais.

Logo, a necessidade de internalização de padrões éticos dentro dos sistemas de IA é imediata, visto que as minorias já são excluídas da representatividade tanto entre programadores como nos dados usados para treinar as IAs. Assim, a discriminação, o racismo e o sexismo encontram projeção dentro desses sistemas, como é o caso da exclusão de mulheres, homossexuais e pessoas que residem em bairros pobres com relação à oferta de empréstimos por bancos a juros mais altos, sugeridos por algoritmos a partir da base de dados utilizada⁵⁶. Neste sentido, “os algoritmos são projetados por seres humanos que são inerentemente tendenciosos e, portanto, potencialmente algum viés pode vir a ser projetado na maneira como projetamos esses sistemas.”⁵⁷,

⁵⁰ “I am an Associate Professor in Organizational Behavior at Stanford University Graduate School of Business studying humans in a digital environment using cutting-edge computational methods, AI and Big Data.” Disponível em: <https://www.michalkosinski.com/>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁵¹ Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/07/new-artificial-intelligence-can-tell-whether-youre-gay-or-straight-from-a-photograph>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁵² Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/11oGZ1Ke3wK9E3BtOfGfUQuuaSMR8A02WfWH3aVke6U/edit>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁵³ HALL, Dame Wendy. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, out, 2018. You and AI - **with Jim Al-Khalili at the Manchester Science Festival**. Vídeo 06. Minutos: 35:37 à 35:59. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/10/you-and-ai/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

⁵⁴ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul., 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 34:01 à 34:08. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁵⁵ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul., 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 05:54 à 07:27. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁵⁶ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul., 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 15:53 à 16:13. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁵⁷ LUGER, Ewa. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, out, 2018. You and AI - **with Jim Al-Khalili at the Manchester Science Festival**. Vídeo 06. Minutos: 42:37 à 42:44 . Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/10/you-and-ai/>. Acesso em: 23 ago. 2019.



e, para acrescentar, “os conjuntos de dados refletem as nossas hierarquias sociais e nossas estruturas de poder”⁵⁸.

Resta claro, então, que os sistemas de IA refletem os preconceitos, discriminações, exclusões e estruturas de poder presentes nas sociedades, e incorporam os elementos de segregação e desigualdade do campo social. Sendo que, com a ampla gama de atividades e ações sendo assumidas por sistemas artificiais inteligentes, é de se esperar que sua ação seja no sentido mitigar e superar esses preconceitos, e não o contrário. Entretanto, sem uma atuação dos poderes sociais coercitivos, o caminho trilhado não está sendo nesta direção.

Com os algoritmos com potencial de segregação presentes nos sistemas de IA, a emergência de preceitos e comandos éticos deveria acompanhar de forma instantânea e imediata o próprio desenvolvimento destes sistemas. Nesse aspecto, em razão desta imperiosa necessidade, está se tornando um aparato comum entre as principais empresas a elaboração e “liberação de códigos de ética mais completos”⁵⁹, a fim de demonstrarem respeito e responsabilidade frente aos usuários e clientes, transmitindo a sensação de segurança. Logo, com este tipo de ação, projeta-se o sentimento de segurança e respeito à privacidade, considerando a imensidão de dados recebidos e utilizados por essas empresas. Porém, para muitos cientistas e estudiosos do campo da IA, só códigos de ética empresarial não são suficientes para solucionar um problema de nível mundial.

Assim, para que a IA produza os benefícios vislumbrados pela sociedade, “deve haver uma administração cuidadosa dos algoritmos para configurar um ambiente de certezas”⁶⁰, pois, com um tratamento confiável dos dados, a ética poderá se estabelecer como um instrumento eficaz em sistemas de IA, e as consequências negativas dessa ciência poderão ser suavizadas e menos drásticas ao campo social. Afinal, precisamos de IAs que promovam uma representatividade democrática e inclusiva, e não o contrário.

Então, ao se orientar por comandos éticos, claros e acordados, há a perspectiva de que a IA se estabelecerá como uma ciência responsável e promissora, em que os algoritmos proporcionarão segurança e confiabilidade por parte dos usuários, sem o receio de que os dados estejam sendo usados de forma ilícita, prejudicial ou ambos. Desta maneira, percebe-se que a ética é um elemento crucial no desenvolvimento de sistemas de IA.

Realizando um paralelo com Kate Crawford acerca deste tipo de invenção não-benéfica socialmente, Neil Lawrence e Dame Wendy⁶¹ afirmam que as pessoas e a sociedade têm que se

⁵⁸ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul., 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 20:11 à 20:17. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

⁵⁹ CRAWFORD, Kate. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jul., 2018. You and AI – **the politics of AI**. Vídeo 04. Minutos: 39:27 à 39:30. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

⁶⁰ HARKNESS, Timandra. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, jun., 2018. You and AI – **The emerging theory of algorithmic fairness: the challenges to making machines play fair**. Vídeo 03. Minutos: 00:35 à 00:45. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/06/you-and-ai-fairness/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁶¹ HALL, Dame Wendy; LAWRENCE, Neil. Palestra proferida na Royal Society, Reino Unido, out, 2018. You and AI - **with Jim Al-Khalili at the Manchester Science Festival**. Vídeo 06. Minutos: 17:25 à 21:23. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/10/you-and-ai/>. Acesso em: 23 ago. 2019.



beneficiar com o avanço científico em geral e da IA em particular como um todo. Ao contrário de correremos atrás das máquinas, nos adaptando, deveríamos, ao invés, adequarmos a tecnologia aos nossos interesses mais nobres, afinal, o ser humano precisa ser o epicentro dos objetivos.

Em compasso com a necessidade de um “guia ético global”, países estão se reunindo com uma ideia de afinar os interesses e opiniões acerca do tema para concretizar algum tipo de proteção contra possíveis abusos que algumas aplicações da IA possam realizar. Isto dito, vale ressaltar a enorme complexidade da questão, pela própria diversidade conceitual e cultural por trás do estabelecimento de diretrizes éticas universalmente aceitas. Questões como privacidade, solidariedade social, valor social do trabalho, papel do Estado, divisão de riscos, atribuição de responsabilidades, são todos elementos centrais de uma discussão ética que refletem aspectos medulares das sociedades particulares e comunidades culturais, e que deverão ser compatibilizados, se houver esperança de serem construídos padrões éticos humanitários para os sistemas de IA de alcance universal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sétimo vídeo, intitulado “*Concluding debate*”⁶², traz novas referências sobre a aplicabilidade da Inteligência Artificial, como um sistema autônomo disruptivo que traz ao mesmo oportunidades e incertezas, benefícios e riscos intensos. A inevitabilidade e abrangência dos primeiros impactos apenas começam a ser esmiuçados, uma vez que o adensamento de sua presença se deu recentemente, tão próximo como, conforme afirma-se nesta série, a primeira metade desta década que caminha para sua conclusão.

A profundidade das relações entre sociedade e tecnologia, medularmente imbricadas, significa que os usos e mis-usos, aplicações e instrumentalização, apropriação e rejeição da IA são caminhos bem menos que exatos e predeterminados, pois sua penetrabilidade vai depender do seu impacto e papel na edificação, estrutura e dinâmica sociais. Na busca por ‘domar’ e instrumentalizar esta tecnologia em favor da pessoa, em oposição à sua sujeição, depende da participação social no desenvolvimento e destinos das IAs, que por sua vez carece de a ampliação do conhecimento da tecnologia e suas possibilidades, daí o principal objetivo desta série, substancialmente satisfeito.

Como observação final, inafastável a alusão à empregabilidade, que inevitavelmente será impactada, na melhor das hipóteses, com reformulação das tarefas e realinhamento funcional. Os prognósticos de deslocamento ultrapassam as implicações da revolução industrial do século XIX e a possibilidade de aprofundamento das desigualdades das mais diversas e real e potencialmente devastadora. E como não estamos falando mais de automação, mas de sistemas inteligentes, nenhuma área está imune e seus efeitos fatalmente alcançam as profissões e atividades liberais, como medicina, engenharia, advocacia etc.

⁶² ROYAL SOCIETY. **Concluding debate**. Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/machine-i-earning/you-and-ai/>. Acesso em: 28 ago. 2019.



Nesta toada, não só a atividade administrativa do judiciário, mas todo seu objeto, que é a própria sociedade, sofrerá mutações em grande velocidade, que será acompanhada de problemas que exigirão soluções próprias. Além disso, o próprio saber jurídico, desde a sua produção a sua aplicação, pelos diferentes agentes e instâncias, será reorganizado considerando estes novos instrumentos tecnológicos.

Indubitavelmente, nesta era tecnológica que não para de se reinventar, nada será como antes, não há como esperar que o direito pretenda continuar a existir sem um verdadeiro renascimento, que implicará inclusive na revelação e, esperançosamente, o abandono de práticas pouco condizentes com a nobreza sua missão. E um dos primeiros desafios do judiciário tem a ver com como trata e enfrenta a questão da titularidade, transparência, ética e responsabilidade dos sistemas de IA que contrata para si, e particularmente relevante são os contratos de desenvolvimento e aquisição no que tange à propriedade intelectual, tema dos próximos passos desta pesquisa de iniciação científica, cuja primeira etapa conclui-se com este trabalho.

REFERÊNCIAS

DEEPMIND. **About**. Disponível em: <https://deepmind.com/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ROYAL SOCIETY. **About The Royal Society**. Disponível em: <https://royalsociety.org/about-us>. Acesso em: 15 set. 2019.

ROYAL SOCIETY. **Concluding debate**. Vídeo 07. YOU and AI series. Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/machine-learning/you-and-ai/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

ROYAL SOCIETY. **Machine Learning**. Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/machine-learning/>. Acesso em: 14 set. 2019.

ROYAL SOCIETY. **The emerging theory of algorithmic fairness: the challenges to making machines play fair**. YOU and AI series. Vídeo 03. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/06/you-and-ai-fairness/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

ROYAL SOCIETY. **The future of work**. YOU and AI series. Vídeo 05. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/09/you-and-ai/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ROYAL SOCIETY. **The history, capabilities and frontiers of AI**. YOU and AI series. Vídeo 01. Minutos: 11:14 à 11:44. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/04/you-and-ai-history/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ROYAL SOCIETY. **The politics of AI**. YOU and AI series. Vídeo 04. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/07/you-and-ai-equality/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

ROYAL SOCIETY. **The practical applications of AI**. YOU and AI series. Vídeo 02. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7L7bywQSTig>. Acesso em: 20 jul. 2019.

ROYAL SOCIETY. **You and AI with Jim Al-Khalili at the Manchester Science Festival**. YOU and AI series. Vídeo 06. Disponível em: <https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2018/10/you-and-ai/>. Acesso em: 23 ago. 2019.



THE GUARDIAN. *Joseph Stiglitz on artificial intelligence: 'We're going towards a more divided society*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/sep/08/joseph-stiglitz-on-artificial-intelligence-were-going-towards-a-more-divided-society>. Acesso em: 17 set. 2019.

The Matrix (Matrix), Direção e roteiro: Andy Wachowski e Larry Wachowski, produção Joel Silver, Distribuição: Warner Bros. EUA, 1999.

WIKIPEDIA. **AlphaGo**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/AlphaGo>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Ibidem. **AlphaZero**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/AlphaZero>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Ibidem. **DeepBlue**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue. Acesso em: 21 ago. 2019.





INTEROPERABILIDADE E LEGADO: POR QUE NINGUÉM FALA DISSO? ¹

Alexandre Cantini Rezende²

RESUMO: A emergência de tecnologias computacionais de informação e comunicação destinadas à criação, edição, salvaguarda e difusão de bens artísticos e intelectuais convida à reflexão acerca do conceito de autoria e dos alcances dos direitos do originador e da sociedade vis-à-vis o direito à livre iniciativa das sociedades empresárias desenvolvedoras das ferramentas tecnológicas aludidas. Os conceitos de originador, obra intelectual e artística, e de titular do direito de exploração patrimonial das obras intelectuais e artísticas variaram bastante ao longo da história, e mais uma vez são colocados à prova face às tecnologias desenvolvidas a partir do último quarto do século XX, às práticas monopolistas predatórias levadas a cabo pelas sociedades empresárias que as desenvolvem e a complacência do mercado, especialmente das universidades, ante tais práticas. O presente artigo versa sobre o direito do originador sobre sua obra intelectual e artística de natureza imaterial, e as limitações de acesso ao bem assim tutelado, impostas pelas sociedades empresárias de desenvolvimento de *softwares* criativos proprietários que, ao impedirem a interoperabilidade e o legado dos arquivos proprietários de trabalho gerados por seus programas, impõem ao consumidor originador a eterna vinculação – onerosa, vale destacar – sem o que não lhe é possível acessar e alterar suas próprias obras, desta forma configurando abuso dos direitos existenciais e violação do direito do consumidor, na esfera individual, bem como concorrência desleal, na esfera econômica.

Palavras-chave: concorrência desleal, direitos do autor, formatos de arquivo, novas tecnologias

1 INTRODUÇÃO:

Designer, arquiteto e artista apresentam, entre várias características que os aproximam, e uma que indubitavelmente lhes é comum: todos materializam, com auxílio de diferentes e específicas técnicas, as manifestações de seu intelecto, temperadas por seu senso artístico e estético, em bens materiais concretos ou em bens imateriais.

Estas coisas, *res*, originárias no psiquismo sensível de seu criador, externalizadas e corporificadas, são, por isso, entendidas como extensões de sua personalidade, daí porque o respeito e a proteção à autoria, entendida como o reconhecimento da paternidade da obra, à sua divulgação e a proteção contra violações de sua integridade, tanto material quanto conceitual (BARBOSA, 2009).

¹ Baseado no anteprojeto apresentado ao processo de seleção ao programa de doutoramento do Departamento de Artes e Design da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

² Mestre e Bacharel em Design PUC-Rio; Bacharel em Direito PUC-Rio; Advogado OAB-RJ; Professor do Departamento de Artes e Design PUC-Rio.

De fato, desde pelo menos o período helênico em diante, em que pese a ausência de legislação específica à proteção do originador³, têm-se registro do respeito social, e consequente execração pública à contrafação da obra intelectual e artística (ZANINI, 2010).

Fato é que, em pleno 2019, ninguém pode publicar o texto da *Iliada* e alegar ser seu originador, pois desde antes mesmo de sua compilação, no século VI a.C., se reconhece a autoria⁴ de Homero.

Mas a dimensão extrapatrimonial, também chamada dimensão moral, da criação intelectual e artística não é a única. Uma vez que as criações são externalizadas e corporificadas, sejam elas tangíveis ou intangíveis, depositadas em substrato material ou imaterial, surge a possibilidade de sua tradição, que pode se dar, ou não, de forma onerosa.

Os meios pelos quais a difusão das obras ocorrerá, e as diferentes formas como elas poderão ser apreciadas, dependerá de sua natureza material.

2 DA NATUREZA MATERIAL DA OBRA INTELECTUAL: *CORPUS MECHANICUM VS CORPUS MYSTICUM*:

Para entender as diferentes formas de apreciação da obra intelectual e artística, é necessário entender a diferença entre a substância da obra em si e seu suporte físico; entre seu *corpus mysticum* e seu *corpus mechanicum* (PONTES, 2012).

O conteúdo de um livro, a trama elaborada por um escritor, difere do suporte onde é fixado para apreciação por terceiros; o objeto físico que circulará levando o conteúdo literário, podendo ser, inclusive, comercializado (*ibid.*).

O mesmo conteúdo narrativo pode ser impresso em um livro de papel com capa dura, em um livro no formato *pocket*, com miolo em papel jornal, e pode, mesmo, ser distribuído em formato eletrônico, chamado “e-book”, objeto intangível da informática.

O conteúdo, a criação intelectual e artística do originador – nesse exemplo, a trama literária – configura o *corpus mysticum*.

Por outro lado, o suporte físico que será utilizado para circulação, comercialização e

³ Originador, em lugar de autor. Inicialmente chegou-se a cogitar a utilização do termo “criador”, mas como o motivo para a não utilização do termo “autor” é rigorosamente o mesmo pelo qual o insigne doutrinador carioca Denis Borges Barbosa optou por “originador”, faz muito mais sentido andar no ombro deste gigante e, ao mesmo tempo, prestar-lhe a devida deferência:

A expressão “autor” diz mais do que necessário para construir a noção de “criação”; originador é um termo talvez mais preciso para nossos propósitos. Em torno da noção de “autor” o século XIX construiu uma mitologia, da qual ainda é difícil escapar.

“Originador”, assim, é uma função específica em Propriedade Intelectual, definindo-se como a fonte de uma criação intelectual (...). (BARBOSA, 2009)

⁴ A autoria da *Iliada* vem, de fato, sendo questionada por historiadores, tanto quanto a própria existência do indivíduo Homero, seu provável autor. A menção desta obra não tem por objetivo trazer a lume este debate, mas meramente destacar uma obra que, compilada pela primeira vez no século VI a.C., manteve intacta sua paternidade ao longo dos séculos.



apreciação por terceiros, no mesmo exemplo: o livro de capa dura, o *pocket book* ou o *e-book*, é o *corpus mechanicum*.

Diferentes *corpi mystica* requerem distintos *corpi mechanica*, podendo mesmo haver, como demonstrado acima, mais de uma possibilidade de *corpus mechanicum* para um mesmo *corpus mysticum*, e eles resultarão em diferentes demandas no tocante a seu armazenamento e salvaguarda, apreciação, translação e difusão, aqui incluindo-se sua comercialização.

Uma pintura, que tenha como *corpus mechanicum* a tela, é peça única, e o objeto “quadro”, seu suporte físico, pode ser pendurado na parede para apreciação, armazenado em armários e cofres, trasladado por firmas transportadoras e caminhões, barcos e aviões, e comercializado por um *marchand*,

O conteúdo textual de uma história, *corpus mysticum*, pode ser disposto sobre o papel, formando um livro físico, seu *corpus mechanicum*, que pode ser reproduzido em edições de milhares de exemplares para serem vendidos em livrarias. Música, por sua vez, pode ser gravada em discos de vinil ou CDs, que serão vendidos, assim como jogos eletrônicos podem ser comercializados em DVDs ou em arquivos digitais binários.

Importa entender que a propriedade sobre o suporte físico da obra intelectual e artística, seja ela material ou imaterial, não confere a seu proprietário a titularidade sobre o conteúdo nele contido, ainda que possua o direito civil de propriedade sobre a coisa em si, o *corpus mechanicum* adquirido (Lei 9.610/90).

É por isso que o proprietário de um livro pode emprestá-lo, vendê-lo ou presentear-lo a outrem, mas não pode xerocopiar seu conteúdo, alterá-lo ou copiá-lo, no todo ou em parte, e, pior, afirmar ser o originador dos trechos copiados.

No que diz respeito às obras intelectuais e artísticas, materiais ou imateriais, os métodos pretéritos para sua corporificação já vêm sendo razoavelmente bem contemplados pela tutela do Direito: pinturas, esculturas, textos, performances, músicas...

Até o início do século XX, por exemplo, a música, para ser difundida, carecia da partitura e da execução por músicos. A capacidade de disseminação de contrafações por particulares era muito limitada, pois exigia que o contrafator copiasse a partitura a mão.

Mesmo o advento do rádio e do LP, se facilitou o ato de se apreciar música sem a necessidade de se dirigir a salas de concerto, ainda não facilitou a elaboração de cópias pelo contrafator individual.

Foi o advento do mimeógrafo e, especialmente da máquina de fotocópia, em relação às partituras, e da fita k7 e de seus gravadores, em relação à música executada, que permitiram ao particular realizar cópias não autorizadas, forçando a mão do legislador para que contemplasse estas evoluções tecnológicas nos marcos legais. No caso brasileiro, a lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, a última vigente, que substituiu a anterior, lei 5.988, de 1973, já contempla estas, entre outras, evoluções tecnológicas e seus impactos no campo da Propriedade Intelectual.



Não obstante sua longa história evolutiva, a alteração mais recente do marco legal no Brasil, é de 1998, e resulta de um processo legislativo de 20 anos. A conclusão lógica, e que está absolutamente correta, é que, apesar de razoavelmente eficiente e abrangente, a lei vigente não dá conta, ainda, da acelerada evolução tecnológica da informática e da Internet do último quarto de século e primeiras décadas do século XXI, que trouxeram novas ferramentas e novos suportes, tangíveis e intangíveis, para a criação, edição, salvaguarda, preservação e difusão das obras intelectuais e artísticas e dos bens culturais.

3 OS DESAFIOS INTRODUZIDOS PELAS NOVAS TECNOLOGIAS E O RECORTE DA PESQUISA:

Entre os bens passíveis de proteção pelo Direito da Propriedade Intelectual, o recorte da presente pesquisa circunscreve as obras intelectuais e artísticas digitais intangíveis, e os formatos de arquivo que compõe seus corpi mechanica.

O advento da Internet – e posteriormente da World Wide Web – no último quarto do século XX, trouxe inegável impacto, entre outros, à indústria do entretenimento, cujos produtos são tutelados pelo Direito da Propriedade Intelectual, notadamente em razão do aumento da qualidade da contrafação, pois as cópias digitais podem ser idênticas aos originais, e ao alcance e velocidade de sua difusão, o que logicamente aumenta o desafio ao combate ao ilícito, tendo gerado importantes embates jurídicos, como o famoso caso Napster, nos anos 90 (BRANCO JÚNIOR, 2007; GANDELMAN, 1997).

Ocorre que nem a Internet, nem a Web, inauguraram a cópia ilegal de filmes, músicas, fotos e jogos, para citar alguns exemplos. Em que pese ser delituosa, essa prática lhe é anterior. O que o advento desta tecnologia de comunicação trouxe foi uma maior qualidade da cópia e maior eficiência em sua difusão, características que melhoram a medida em que novas ferramentas tecnológicas vão sendo lançadas e a banda passante é aumentada.

Sendo assim, sob uma perspectiva da Propriedade Intelectual, não houve grande novidade ou espanto, e a própria indústria do entretenimento acabou se amoldando à nova realidade, alterando sua lógica de funcionamento, por exemplo, com foco na produção de shows como fonte precípua de renda e, mais recentemente, na tecnologia de *streaming*.

Para o Design, em que pese o impacto da facilitação da contrafação à produção do designer, um tema mais instigante e muitíssimo menos debatido envolve as ferramentas computacionais que começaram a ser desenvolvidas a partir do advento da microcomputação pessoal, em 1976.

Alude-se, aqui, aos programas de computador destinados à criação, manipulação, salvaguarda e difusão⁵ de obras intelectuais e artísticas, programas de desenho vetorial, edição

⁵ Sobre os termos utilizados, segue um pequeno glossário:

Criar: dar início a uma obra intelectual ou artística em um programa computacional.

de imagem fotográfica, modelagem tridimensional, animação, edição de filmes, edição de músicas, desenho arquitetônico, ilustração etc.

Sob a perspectiva da Propriedade Intelectual, um dos eixos temáticos do projeto que ora é apresentado, não cabe repisar as óbvias qualidades de tais programas e sua contribuição para a profissão do designer, qualidades que os elevam ao patamar da quase essencialidade. Antes, pelo contrário, cabe trazer à luz certas características que, sob essa perspectiva, podem provocar relevante reflexão.

Inicialmente, cumpre destacar a referência a duas categorias diferentes de arquivos, comuns a esses programas: o “arquivo de trabalho” e o “arquivo de saída”.

O arquivo de trabalho é um tipo de arquivo gerado pelos programas criativos⁶ que armazena separados todos os componentes e informações utilizados no curso da elaboração da obra artística e intelectual, para que possam ser manipulados até que o originador se dê por satisfeito, momento em que ele gerará o segundo tipo de arquivo, o “arquivo de saída”, que congrega os elementos em separado e os amalgama, para que possa ser utilizado em sua destinação final.

Em uma analogia explicativa, o arquivo de trabalho equivale aos vários elementos de uma colagem em processo de organização sobre uma folha de papel, antes de serem efetivamente colados. Enquanto permanecerem soltos, poderão ser movimentados, colocados acima ou abaixo de outros elementos etc., até que o artista se dê por satisfeito com o arranjo e fixe os componentes. Deste ponto em diante, os elementos já não podem mais ser separados uns dos outros e a colagem, pronta, pode ser enviada para ser utilizada no fim a que se destina.

De modo geral, cada programa possui um arquivo de trabalho correspondente, mas pode exportar seu produto final em vários formatos (tipos de arquivos de saída) diferentes.

Ambos os tipos de arquivo, de trabalho e de saída, são suportes para a criação artística e intelectual, ainda que intangíveis. São, portanto, o *corpus mechanicum* do conteúdo que encerram, seu *corpus mysticum*.

No caso de obra final imaterial e intangível cujo consumo se dá em suporte digital, como músicas, imagens, vídeos, jogos, sítios-web etc., seu *corpus mechanicum* será um arquivo digital, portanto, um suporte intangível, que apenas pode se consumir com o auxílio

Manipular: desenvolver, trabalhar, editar a obra no programa computacional. Esse processo pode durar mais que uma sessão de trabalho, ficando o arquivo digital (*corpus mechanicum*) que contem a obra intelectual e artística (*corpus mysticum*) armazenado em suporte digital perene até que seja invocado pelo programa computacional na próxima seção de manipulação.

Salvaguardar: o ato de congelar o estado da obra ao final de uma sessão de manipulação, para que as alterações sejam preservadas até a próxima sessão de manipulação;

Armazenar: guardar o arquivo digital de trabalho ou finalizado por um período maior que o intervalo entre duas sessões de trabalho, podendo significar, até mesmo, anos de armazenamento. Salvaguardar para a posteridade.

Difundir ou distribuir: levar a conhecimento do público, quando a situação não exigir maior precisão quanto ao método utilizado para tanto. Nestas hipóteses, recorrer-se-á aos termos legais, conforme elencados no artigo 5º da lei 9610/90: publicação, transmissão ou emissão, retransmissão, distribuição, comunicação ao público.

⁶ Por falta de uma nomenclatura suficientemente específica, será provisoriamente utilizado o termo “criativo” para referir ao conjunto de programas utilizados pelos originadores para criar suas obras intelectuais e artísticas, em uma irônica apropriação do nome do conjunto de programas produzidos pela norte-americana Adobe Inc.



de um aparato eletrônico, da mesma forma que um disco de vinil é o *corpus mechanicum* que necessita de uma vitrola para executar a música (*corpus mysticum*) ali impressa.

No entanto, o arquivo digital gerado pelo programa criativo pode ser destinado à materialização em um objeto concreto, tangível, como um arquivo de texto que se materializa em um livro, um arquivo de imagem fotográfica que se materializa em uma fotografia impressa, um arquivo de imagem de ilustração que se materializa em uma ilustração impressa, um arquivo de vídeo digital que se materializa em um filme em película, um arquivo de objeto tridimensional que se materializa em um objeto impresso tridimensionalmente, entre outros.

Uma vez corporificadas, estas obras intelectuais e artísticas passam a compartilhar das características de seus predecessores históricos analogicamente produzidos, tanto na percepção de sua natureza dúplice (*corpus mechanicum* e *corpus mysticum*), quanto à tutela do Direito da Propriedade Intelectual. Neste sentido, não há diferença de tratamento entre uma escultura em mármore de Auguste Rodin e uma escultura impressa em 3D por Josh Harker, sob a ótica do Direito.

Adicionalmente, os arquivos digitais intangíveis que originam estas obras concretas são, por si só, obras artísticas e intelectuais, e gozam das mesmas proteções oferecidas pela legislação às demais. Ocorre, apenas, que seu *corpus mechanicum* é intangível: o arquivo digital que encerra a expressão intelectual e sensível do originador. Não há grande novidade em relação ao que as leis vigentes preveem em relação tanto ao fato de serem intangíveis, quanto ao fato de alguns deles terem surgido após a promulgação das leis pertinentes na década de 90, até porque, sabiamente, o legislador se antecipou às novas tecnologias. Dispõe o *caput* do artigo 7º da 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 (...).

Como se verifica em seu trecho final, a lei se antecipa a qualquer meio que venha a ser inventado.

De fato, a maior preocupação em relação à proteção destes bens intelectuais e artísticos se refere à contrafação, multiplicação e distribuição não autorizada, pois a cópia digital tem o potencial de ser um clone perfeito do original, e a Internet provê um canal eficiente de disseminação deste objeto ilegalmente gerado, dada sua capilaridade (BRANCO JÚNIOR, 2007). Mas essa é uma preocupação que independe do tipo de arquivo ou programa criativo, e já é tratada pelo Direito e por organismos internacionais ligados à Propriedade Internacional, como a OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Discussão mais interessante diz respeito às características dos próprios arquivos de trabalho dos programas criativos, pois suas consequências para os direitos da propriedade intelectual dos originadores são tão graves quanto ignoradas, como será apresentado mais à frente. Por ora, em resumo, basta pontuar que entre os bens passíveis de proteção pelo Direito da Propriedade Intelectual, o recorte da presente pesquisa circunscreve as obras intelectuais e artísticas digitais intangíveis, e os formatos de arquivo que compõe seus *corpi mechanica*.



4 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA:

Sociedades empresárias de desenvolvimento de softwares criativos proprietários⁷, ao manterem secretas as especificações dos arquivos de trabalho nativos de seus programas, impedem a interoperabilidade e o legado das obras intelectuais e artísticas imateriais de origem digital neles depositados, o que fere os direitos dos originadores sobre sua propriedade intelectual, assim como sua liberdade de escolha.

O armazenamento da obra intelectual e artística digital intangível pode ser realizado por seus dois *corpi mechanica* básicos: o arquivo digital dito “de trabalho”, e o arquivo digital dito “de saída”.

A diferença fundamental entre as duas soluções é que, via de regra, a primeira permite que o originador, ao acessar o arquivo de trabalho no programa criativo utilizado para criá-lo e o manipular, tem acesso a todos seus elementos constitutivos, podendo, se assim desejar, usufruir de seu direito, enquanto criador desta obra, de alterá-la a qualquer tempo.

Não que não seja possível alterar o arquivo de saída, apenas que, de um modo geral, não é possível fazê-lo da mesma forma, com a mesma facilidade e quantidade de possibilidades à disposição do originador.

O arquivo digital, em termos jurídicos, é um bem acessório ao programa de computador; o bem principal. As sociedades empresárias detentoras dos direitos sob sua propriedade intelectual podem escolher a forma como a licenciam ao usuário final. Até este ponto, impedir que os indivíduos tenham acesso ao código fonte dos programas que desenvolvem faz parte de sua tática comercial legítima.

O problema é que elas vão além: não só protegem o código fonte de seus programas, como também impedem que os arquivos de trabalho que lhes são nativos tenham suas especificações divulgadas.

O resultado imediato, e objetivo fundamental, desta prática é evitar que programas desenvolvidos por outros programadores consigam manipular os arquivos gerados pelos seus próprios programas, o que obriga quem quiser utilizá-los a adquirir suas licenças de uso.

Tentando olhar a partir do ponto de vista destas sociedades empresárias, trata-se de uma tática brilhante para sequestrar o mercado, pois qualquer pessoa que queira participar de uma cadeia produtiva que envolva seus programas de computador terá que adquirir a licença de uso. Trata-se do *vendor lock-in*, ou “aprisionamento tecnológico”, prática adotada para manter o consumidor preso a um produto em razão do alto custo, pecuniário ou não, de se migrar de um programa para outro.

⁷ *Softwares proprietários, em sentido estrito, são programas de computador cujos detentores da propriedade intelectual acharam por bem licenciar ao usuário final por meio de licenças de uso restritivas. Em resumo, os licenciados são proibidos de fazer cópias do programa e distribuí-las, estudar seu código fonte para descobrir como o programa foi desenvolvido, realizar alterações no código do programa, utilizá-lo para propósitos outros que os indicados na licença de uso etc.*



O aprisionamento tecnológico possui objetivo duplo: prende o consumidor ao programa que já utiliza, e obriga potenciais consumidores a adotá-los. Isso se deve à ausência de interoperabilidade⁸ dos arquivos gerados por esses programas de computador. Isso quer dizer que estes arquivos apenas serão interpretados por programas iguais, na maior parte das vezes, na mesma versão. Com isso, para poder compartilhar os arquivos de trabalho ao longo da cadeia de produção, o originador acaba sendo obrigado a adotar o programa utilizado por sua rede de trabalho, e nele se perpetuar, sob pena de ser segregado.

Mesmo considerando o universo dos originadores de obras intelectuais e artísticas que se sentem confortáveis em utilizar tais programas, é preciso considerar que as obras que eles criam (*corpi mystica*) são integradas aos arquivos deles originários (*corpi mechanica*). Isso quer dizer que, para usufruir de todos os direitos que possuem sobre sua própria obra artística e intelectual, e aqui alude-se, especialmente, o direito de gozar (apreciar) a própria obra e mesmo de modificá-la, gerando tantas versões quantas achar conveniente, o autor deve conseguir acessar o arquivo digital de trabalho e manipulá-lo. Ocorre que, para fazê-lo, é necessário pagar as licenças de uso dos programas.

Como é possível se perceber, está-se diante de um conflito entre o direito à livre iniciativa dos desenvolvedores de programas criativos de computador e o direito do autor à sua propriedade intelectual.

Mas, não só: é importante ter em mente que um arquivo digital possui a inconveniente tendência de possuir vida curta. Isso decorre do fato de que ele depende de um programa de computador que o interprete, e os programas de computador geralmente compartilham de dois possíveis futuros: deixarem de existir, como o sensacional *Ventura Publisher* (descontinuado em 2002) e o *Adobe Page Maker* (descontinuado em 2004), ou persistirem, hipótese em que deverão receber atualizações periódicas, seja para correção de falhas, seja para acompanharem a evolução dos sistemas operacionais nos quais funcionem, mantendo-se compatíveis, ou para introduzirem aprimoramentos, mantendo-se atraentes ao público consumidor e, portanto, competitivos.

Seja qual for o motivo para as atualizações, o fato é que elas tenderão a demandar a atualização das especificações de seus formatos de arquivo digital de trabalho, especialmente se houver a substituição de uma linguagem de computador por outra na construção do *software*, como a recente alteração da *Python 3x* pela família 4x da linguagem pelos desenvolvedores do programa gráfico *GIMP*.

O resultado é que arquivos gerados em uma versão do programa tendem a não ser mais interpretados por versões posteriores do mesmo programa que os gerou, e com o passar do tempo, e das versões do programa, este quadro apenas piora, até que o arquivo armazenado longamente sequer consiga mais ser aberto.

⁸ Interoperabilidade, em informática, é a capacidade de um sistema se comunicar com outro de forma transparente. No caso em tela, trata-se da capacidade de diferentes programas de computador se comunicarem (trocarem arquivos entre si) de forma transparente. Para isso, o arquivo de computador deve ser comum a todos os programas que precisam se comunicar. Isso só é possível se os desenvolvedores dos programas tiverem acesso às suas especificações, o que obviamente não interessa aos desenvolvedores cuja renda se baseie na comercialização de suas licenças de uso.



Isto quer dizer que arquivos de programa que compartilham desta característica impossibilitam o chamado “legado” que, no tocante aos arquivos digitais, se refere à capacidade deles continuarem a ser manuseados mesmo após seus programas originais terem se tornado obsoletos ou mesmo deixado de existir.

Junte-se o *vendor lock-in* ao lançamento de novas versões do programa, e o usuário de programa de computador acaba sendo obrigado a adquirir cada nova versão do *software*, sob pena de perder a capacidade de trocar arquivos com sua rede de trabalho ou de acessá-los no longo prazo.

A união da ausência de interoperabilidade e de legado nos formatos de arquivos gerados pelos programas criativos impõe uma série de desafios, tanto aos originadores de obras intelectuais e artísticas, quanto à sociedade, eis que ofende os direitos ora garantidos pela Constituição, pelas leis ordinárias e pelos tratados internacionais no tocante à tutela das criações intelectuais e artísticas, assim como ofende as leis que regulam o mercado para garantir a competitividade sadia e em pé de igualdade entre os vários atores que nele operam.

5 OS ATORES SOCIAIS OBJETOS DA PESQUISA E SEUS INTERESSES:

5.1 Os originadores de obras intelectuais e artísticas:

O originador da obra intelectual e artística possui dois interesses fundamentais: que seja assegurada a paternidade e a integralidade de sua obra, por um lado, e que lhe seja possível explorá-la comercialmente, de modo a que ele possa viver exclusivamente dela.

O reconhecimento da paternidade da obra intelectual e artística, em que pese tenha demorado até o século XVIII para que surgisse uma lei própria que o garantisse, sempre foi um pressuposto social. De fato, as sociedades pré-capitalistas reconheciam a autoria das obras, muito embora não houvesse instrumentos jurídicos que pudessem ser articulados para evitar o uso social da obra intelectual (BARBOSA, 2009).

O exemplo sempre citado dessa expectativa de atribuição de fonte está no texto do poeta Marcial fustigando outro literato que lhe declamava os versos sem dizer quem os compusera. É o primeiro exemplo consagrado em que se evidencia uma norma de comportamento – social e não jurídica – indicando a relação necessária de nominação da fonte da criação (*Ibid.*).

Outra história, de contornos anedóticos, que se tornou famosa dá conta de que, na Roma Antiga, vários concorrentes em um concurso de poesias foram desclassificados por terem plagiado obras presentes no acervo da Biblioteca de Alexandria (ZANINI, 2010).

Mesmo na Roma Antiga, principal berço do Direito ocidental, havia forte confusão doutrinária acerca da diferença entre o conteúdo da obra (*corpus mysticum*) e seu suporte físico (*corpus mechanicum*). Aliás, persistiu durante muito tempo a discussão acerca da propriedade



da obra executada sobre coisa alheia, por exemplo: um afresco pintado sobre um muro, se a obra era do pintor ou do proprietário do muro. A discussão chegava a minúcia de investigar o proprietário da tinta. Para certa corrente doutrinária, posteriormente vencida, a pintura se subsumia à tinta, caso esta pertencesse a outrem, que por sua vez se subsumia ao muro, caso fosse de uma terceira pessoa (*ibid.*).

O curioso é que tais discussões nem são tão absurdas quanto aparentam, nem parecem ter se perdido no tempo. Recentemente, repercutiu nos EUA um caso interessante de um tatuador que cobrou direitos autorais sobre as tatuagens que houvera realizado sobre a pele do astro do basquetebol LeBron James, uma vez que, tendo tido seu corpo digitalizado para elaborar a textura de seu avatar em um jogo eletrônico do esporte, seu personagem virtual exibia, por fidedignidade ao original, essencial para atrair os fãs, as mesmas tatuagens⁹.

Neste caso recente, a pele do jogador de basquete, como o muro de outrora, não subsumiu a tatuagem nela depositada? Neste sentido, se de fato tal entendimento seja possível, a produtora do jogo deve direitos autorais ao tatuador, e só pode utilizar as tatuagens no avatar de LeBron James caso o tatuador lhas licencie?

A exploração comercial da obra autoral foi, durante séculos, após a queda do Império Romano, matéria de pouco interesse social e, portanto, de fraco poder legiferante. De fato, em uma Europa iletrada e onde livros deveriam ser copiados a mão, nem havia um mercado de nota para a literatura, por um lado, nem havia muito esforço para realizar a contrafação, por outro.

A necessidade de se regular a exploração da obra artística surge com o advento da prensa de Gutemberg, em 1455 pois, a partir de então, os livros passaram a poder ser produzidos em massa (GANDELMAN, 1997). Estudos indicam que, até 1455, a Europa somava aproximadamente 30 mil livros, número que no curto espaço de 45 anos alcançou a marca de 13 milhões de exemplares (ZANINI, 2010).

É de nota que o primeiro documento legal de concessão de direito de exclusiva sobre a impressão de uma obra, as cartas de Cícero, foi outorgado a Johannes von Speyer, pelo prazo de 5 anos, pela República Sereníssima de Veneza, em 1469 (*ibid.*).

Estas cartas de concessão de exclusiva, os chamados “privilégios de impressão”, eram concedidos por governantes, e estabeleciam o direito de impressão em favor de livreiros e impressores por tempo determinado.

Sob uma perspectiva contemporânea, é curioso notar que mesmo textos que se encontravam sob o que é denominado hoje em dia domínio público, como A Ilíada, as epístolas de Paulo ou os mencionados discursos de Cícero, dependiam do mencionado privilégio.

⁹ Sobre o caso, algumas matérias podem ser encontradas nos seguintes *links*:

<https://www.nytimes.com/2018/12/27/style/tattoos-video-games.html>

<https://www.msn.com/en-us/sports/nba/lebron-james-testifies-in-case-involving-use-of-player-tattoos-in-video-games/ar-BBMpfat>

E uma discussão sobre o assunto na revista de Direito Jota: COLLA, Daniela. Tatuagem - Direito autoral à flor da pele? *In...* JOTA Info. Revista jurídica online. São Paulo: s.e., 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/tatuagem-direito-autoral-a-flor-da-pele-03082019>. Consultado em julho de 2019;

É preciso destacar que estes primeiros regulamentos tutelavam a produção de livros para assegurar retorno econômico aos impressores e livreiros pelo alto investimento demandado à produção. O originador não possuía controle sobre sua obra, e a paternidade apenas estava garantida porque atraía o comprador (*ibid.*).

Estes primeiros regulamentos, privilégios de impressão e, na Inglaterra, posteriormente, o *Licensing Order* e o *Licensing Act*, ao limitarem a impressão dos livros, concederem direitos de exclusiva perpétuos às guildas de impressão e imporem censura ao conteúdo, geraram protestos, entre os quais do iluminista John Locke, que argumentava que tais privilégios resultavam em livros caros e de baixa qualidade pela ausência de concorrência, bem como sacrificava a liberdade de imprensa, comércio e cultura (*ibid.*).

A primeira lei a reconhecer os direitos do originador, ainda que de forma incipiente, pois o foco permanecia no controle da impressão para evitar prejuízo à nascente indústria, foi o Estatuto da Rainha Ana, de 1710.

Logicamente, a eficácia das leis, tanto das anteriores, quanto das que sucederam ao Estatuto de 1710, era muito limitada, pois o soberano apenas tinha o poder de fazer valer a determinação legal de exclusiva a um determinado livreiro nos limites do alcance de sua soberania. Como os livros eram facilmente transportáveis, era muito comum sua reprodução ilegal em outras paragens. Assim, um livro escrito por um escritor inglês estaria protegido pelas leis britânicas, mas poderia ser livremente impresso na França ou em Portugal. Para se proteger desta contrafação, o impressor apenas poderia requerer o direito de exclusiva nos demais domínios¹⁰.

Como resultado, a medida em que a indústria dos livros prosperava na Europa, pressões fizeram com que se inaugurasse um esforço pela uniformização das leis nacionais por meio de tratados, dos quais o mais emblemático foi a Convenção da União de Berna, de 1886, que reconheceu o direito do originador entre as nações soberanas signatárias, para obras literárias e artísticas.

Em decorrência da Convenção de Berna, e de suas revisões de 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 e 1979, as leis nacionais dos atuais 168 países-membros que

¹⁰ Este caráter regional do alcance da proteção persiste nos dias de hoje. De fato, para ter sua obra intelectual e artística protegida além de suas fronteiras, o artista deve procurar protegê-la em outros mercados. Num contexto de globalização exacerbada pela capilaridade das Tecnologias de Informação e Comunicação, não é de se espantar a preocupação geral da indústria.

Por ocasião das Olimpíadas de 2016, o Comitê Olímpico Brasileiro escolheu os principais mercados onde registrar a marca tridimensional dos jogos do Rio de Janeiro, em um esforço para conciliar a necessidade de proteção além das fronteiras brasileiras, e a necessidade de contenção dos gastos. Ao final, foram selecionados os mercados norte-americano, europeu e asiático, tendo sido, as marcas, registradas, além do Brasil, nos EUA, na União Europeia, na China e no Japão.

A PUC-Rio, através de sua Agência de Inovação, registrou a marca da linguagem de programação LUA e do sistema interativo para TV digital Ginga em diversas praças internacionais, em um esforço dispendioso para garantir sua propriedade intelectual no mercado internacional.

Existe um esforço internacional para se criar mecanismos de registro e proteção transnacional da propriedade intelectual. Notadamente, o Sistema de Madri, regido pelo Acordo de Madri e pelo Protocolo de Madri, para registro de marcas simultaneamente nos países-membros, e o Acordo de Haia, com os mesmos propósitos, mas para a tutela do Direito do Autor.



tratam da proteção das obras literárias e artísticas apresentam muito mais semelhanças que diferenças.

Em razão da Convenção de Berna, as obras literárias e artísticas originárias em um dos países-membros está protegida nos demais¹¹, segundo as especificidades de cada lei nacional, e seguindo as regras de anterioridade e novidade, independentemente de registro formal, que, no Brasil, se faz na Biblioteca Nacional, não é obrigatório e possui natureza meramente *ad probationem tantum*.

No tocante à exploração comercial da obra artística e intelectual, as leis vigentes no Brasil, Lei do Direito do Autor (9.610/98), Lei da Propriedade Industrial (9.279/96), Lei de Software (9.609/98), garantem ao originador grande poder sobre como determinar a forma como a sua obra será explorada.

É interessante notar que a própria história evolutiva das normas de proteção da propriedade intelectual caminhou a reboque das necessidades econômicas dos agentes de difusão. A própria paternidade da obra foi originalmente assegurada como forma de garantir o interesse do consumidor, portanto, uma estratégia comercial.

De fato, a evolução legislativa que transferiu o poder decisório acerca do tratamento comercial da obra intelectual e artística ao seu originador é de passado bem recente. No caso brasileiro, foi a grande evolução da lei de 1998, ainda vigente.

Cabe ressaltar que, no Brasil, a proteção aos direitos do criador de obras artísticas e intelectuais tem assento constitucional com *status* de cláusula pétreia, sendo-lhe garantidos individualmente ou em criações coletivas, nos incisos XXVII e XXVIII, do artigo 5º, os direitos exclusivos de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

Já a Lei 9.610 de fevereiro de 1998, que regula a matéria, estabelece, em seu artigo 22, o que constitui os direitos do autor, tanto no que se refere à sua natureza existencial, do qual se destaca o direito de assegurar a integridade da obra e o de modificá-la ainda que depois de utilizada (art. 24, IV e V, Lei 9.610/98), quanto ao que diz respeito à sua natureza patrimonial, como o direito exclusivo de escolher a forma como se dará a utilização, fruição e disposição de sua obra (art. 28 da referida Lei).

5.2 A sociedade civil:

A sociedade possui o legítimo direito de acessar as obras artísticas, individuais ou coletivas, que deve se sobrepor aos interesses individuais, tanto do artista, quanto do colecionador, mas que, não obstante, deve com eles ponderar.

Vem sendo historicamente reconhecida a necessidade de que o direito de exclusiva que cabe ao originador da obra intelectual e artística e a seus herdeiros deva decair com o tempo, para que a obra possa ser franqueada a toda a coletividade, ocasião em que se reconhece estar sob domínio público.

¹¹ Para investigar os aspectos de anterioridade e novidade, nos países-membros, foi introduzido, pelo Acordo de Haia, um sistema de registro de direito do autor que automaticamente remete o pedido para os órgãos responsáveis dos países signatários, que então o compara com sua base local.

Para além desta norma cogente, a Lei de Direito do Autor garante, ao originador da obra e a seus herdeiros, o direito de acessar a obra artística sob o domínio de um terceiro para fins de catalogação e produção de compêndios, o que, de todo modo, interessa ao seu proprietário por valorizá-la.

Finalmente, mas não menos importante, deve-se destacar a inclusão, no inciso XXIII do artigo 5º, na Lei Maior, do princípio da função social da propriedade, que introduz como direito fundamental – cláusula pétrea, portanto – a submissão do direito à propriedade privada (art. 5º, XXII, CF) ao interesse coletivo (SOUZA, 2006).

Como se afere, a legislação brasileira, em que pese respeitando o direito à propriedade privada, inclusive à propriedade intelectual, e os direitos a ela inerentes, bem como respeitando o direito à livre iniciativa, reconhece o direito da coletividade de ter acesso às obras artísticas e ao patrimônio cultural, para tanto estabelecendo um prazo para que haja seu aproveitamento econômico para, só após, exigir o livre acesso à coletividade.

É preciso ressaltar que não faria o menor sentido que fosse de modo diferente. Ainda que, por hipótese, seja possível afastar a visão racional francamente iluminista do direito universal de acesso ao bem artístico e cultural, é preciso salientar que nenhum artista ou intelectual cria sua obra de forma exclusivamente individual. É inegável que o indivíduo, ainda que tente se isolar, está exposto às mais diversas influências culturais, artísticas, acadêmicas e intelectuais daqueles que o procederam, mesmo que ele nem se dê conta disso.

Sendo assim, pretender que a obra intelectual e artística permaneça eternamente sujeita ao direito patrimonial de exclusiva é, acima de tudo, um ato de privatização da inteligência coletiva e da cultura antecedente ao originador; trata-se de esbulho de bens públicos imateriais por um agente privado, sem a devida e natural contrapartida.

5.3 Os interesses comuns:

É possível destacar certos interesses comuns a ambos os agentes acima referenciados: no que diz respeito ao originador individual ou coletivo e no que diz respeito à sociedade.

Por um lado, o originador deseja que os direitos que lhe são inerentes sejam protegidos. Isso inclui os direitos extrapatrimoniais da propriedade intelectual: paternidade da obra, sua integralidade e o direito a alterá-la a qualquer tempo, entre outros; e os direitos patrimoniais da propriedade intelectual, especialmente à justa remuneração e à proteção contra a fraude e a contrafação.

Por outro lado, ele necessita que sua obra seja difundida, de modo a despertar o interesse do público o que, em última instância, é requisito ao aproveitamento patrimonial de suas criações. Para que a difusão alcance seus objetivos, é pressuposto que todos tenham a capacidade, em tese, de acessar a informação acerca da existência da obra e de seu originador, senão a própria obra, sem discriminação de natureza técnica ou social¹².

¹² Ambos conceitos serão abordados a seguir, mas adianta-se que discriminação técnica se refere à impossibilidade de se acessar a informação acerca da, ou a própria, obra em razão de ausência de acesso a determinado aparato



Por óbvio, espera-se que a difusão, além de a mais ampla possível, possa ser, também, a mais longeva possível, permitindo que gerações futuras tenham acesso àqueles bens artísticos.

Por fim, é interesse do originador que seja respeitado seu direito à livre associação e ao trabalho, para que possa escolher as ferramentas com que deseja trabalhar livremente, sem ter que se sujeitar a uma ou outra por imposição do mercado.

No que concerne à sociedade civil, o Estado garante, por meio das leis pertinentes, que ela terá livre acesso aos bens artísticos e intelectuais após o decaimento do prazo de exclusiva que, em relação às obras artísticas, é de 70 anos a contar do 1º de janeiro seguinte à morte do originador, momento em que suas obras caem em domínio público. Trata-se do resultado de uma ponderação entre os interesses do originador de explorar patrimonialmente sua obra, e da sociedade de a ela ter acesso livremente.

Mais que isso, no entanto, é dever do Estado garantir que a sociedade possa ter acesso aos bens artísticos e culturais de forma democrática, sem discriminação de ordem tecnológica ou econômico-social, e perpetuamente, o que exige, por óbvio, sua preservação.

Aplicando-se os interesses acima elencados ao recorte da pesquisa que ora se propõe: bens intelectuais e artísticos digitais, é possível apontar a necessidade, para que as leis que garantem os interesses das partes sejam eficazes, de que esses bens artísticos digitais sejam longevos e possam ser abertos por diferentes programas, sem discriminação, e mesmo em um futuro distante¹³.

Assim, os debates acerca dos aspectos acima destacados não podem se limitar à dimensão jurídica, pois sua concretização demanda conhecimentos técnicos da área da Informática.

Em outras palavras, é preciso que sejam tecnicamente garantidos o legado e a interoperabilidade dos arquivos digitais (*corpi mechanica*) que encerram as obras intelectuais e artísticas digitais (*corpi mystica*).

Portanto, é necessário que qualquer regulamentação jurídica que procure proteger o *corpus mysticum* de obras artísticas e culturais imateriais, contemple as especificidades técnicas do *corpus mechanicum* que o contém.

tecnológico, ao passo que a discriminação social diz respeito à incapacidade de se acessar a informação acerca da, ou a própria, obra em razão de hipossuficiência econômica ou alguma outra razão de natureza subjetiva e origem social.

¹³ A carta de Pero Vaz de Caminha, a Bíblia de Gutemberg e os Manuscritos do Mar Morto são alguns documentos históricos que seguem resistindo ao tempo, em seu formato original, até hoje. No entanto, um arquivo de imagem armazenado em um disquete de 3,5", tecnologia de menos de 40 anos de idade, já encontra dificuldades em ser acessado, e em breve não mais poderá sê-lo. No mesmo passo, formatos de arquivo cujas especificações são mantidas obscuras por seus desenvolvedores não poderão mais ser abertos por versões futuras dos programas que os manipulam, ou se o programa deixar de existir. Neste sentido, é essencial que, para garantir a perpetuação dos arquivos digitais, sob o ponto de vista do código, as especificações dos arquivos digitais sejam abertas, permitindo a possibilidade de, a qualquer tempo, se compilar um programa interpretador.



5.4 Os agentes econômicos:

A forma mais comum de um originador mercantilizar sua obra é por meio de uma interposta pessoa que, beneficiária de uma licença ou cessão de uso, moverá seus recursos para fazer com que os bens intelectuais e artísticos sob sua tutela gerem renda. Como esse processo se dará, quem é a interposta pessoa e qual é o mecanismo de alienação vai depender da obra: se for um texto literário, a interposta pessoa poderá ser o editor e a alienação se dar por meio da venda do livro publicado ou, ainda, a interposta pessoa poderá ser o produtor ou o diretor de cinema, por exemplo, e a renda virá de *royalties* sobre os contratos de exibição da obra cinematográfica, um desenho industrial poderá ser cedido onerosamente a um fabricante por preço único ou por participação na venda dos produtos gerados, e assim por diante.

Esses são exemplos em um universo variado, mas servem para apontar o histórico conflito no seio da produção intelectual e artística entre o originador e o agente econômico licenciado ou cessionário, conflito tão antigo que anterior à própria tutela legal da propriedade intelectual, e tão longo que a última atualização das leis brasileiras, na década de noventa, teve entre seus objetivos melhor gerenciar este conflito, fornecendo mais controle e possibilidades ao originador para ceder a exploração patrimonial de sua obra aos agentes econômicos.

Não seria equivocada, portanto, a expectativa pela presença destes atores sociais opondo-se aos interesses daqueles anteriormente apontados: os originadores de obras intelectuais e artísticas e a sociedade civil.

Ao se observar, no entanto, o recorte circunscrito às obras intelectuais e artísticas digitais, cujos *corpi mechanica* são arquivos digitais gerados por programas de computador e, indo além, se detetar um problema que, decorrente da forma como as especificações de tais arquivos são criadas, periclitam os direitos fundamentais dos originadores e da sociedade civil, então, fugindo-se ao costume, os holofotes devem se voltar aos criadores destas especificações, para que eles sejam retirados de suas confortáveis posições na coxa e trazidos para o centro do palco.

Sendo assim, para ocupar o terceiro vértice da relação triangular em comento, indica-se os desenvolvedores dos programas computacionais criativos distribuídos sob licenças restritivas, velhos e venerados conhecidos do meio, cujos principais exemplos são *Adobe Inc.*, *Autodesk, Inc.*, *Apple Inc.*, *Microsoft Corporation*, *Robert McNeel & Associates*, *Dassault Systèmes S.A.* e *Corel Corporation*.

Esta lista, meramente exemplificativa, envolve empresas que utilizam, como anteriormente explanado¹⁴, o obscurantismo¹⁵ como ferramenta para capturar o mercado consumidor, através do cerceamento da interoperabilidade, e, em associação à obsolescência programada, para obrigar a base de consumidores a se manter sempre atualizando seus programas criativos de forma onerosa.

¹⁴ Item 4, Introdução ao problema.

¹⁵ Obscurantismo em relação às especificações de seus formatos de arquivo digital, que impedem que outros desenvolvedores criem interpretadores para que seus próprios programas possam interagir com os arquivos gerados pelos primeiros.



A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 170, que a ordem econômica brasileira se baseia na livre iniciativa, que tem como princípios, entre outros, a propriedade privada – ponderada pela função social da propriedade (art. 170, III, CF) – e a livre concorrência (Souza, 2006).

Logicamente, a atividade econômica é regulamentada por um conjunto de leis que têm como principal objetivo coibir abusos. No que tange a esta pesquisa, são de relevo, além das próprias leis que versam sobre a propriedade intelectual: Lei do Direito do Autor (9.610/98), Lei da Propriedade Industrial (9.279/96), Lei de Software (9.609/98), Convenções de Berna (Direitos Autorais) e de Paris (Propriedade Industrial), as leis que tratam dos abusos na atividade econômica, como o artigo 195, III, Lei 9.279/96, que trata da concorrência desleal, A Lei de Defesa da Concorrência, ou Lei Antitruste, (12.529/11), a Lei de Crimes contra a Economia Popular (1.521/51) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Sem entrar na seara do Direito Comparado, o que se pretende provar é que, no Brasil, estas práticas devem ser consideradas lesivas à livre concorrência, à economia popular, ao direito do consumidor e, obviamente, aos direitos dos originadores de obras criativas e artísticas, entre os quais, os profissionais, os alunos e as instituições de ensino do Design.

6 FORMATOS ABERTOS DE ARQUIVO E A LIVRE INICIATIVA:

A única forma de se garantir a interoperabilidade e o legado de arquivos de computador é garantir que suas especificações sejam abertas e públicas, como ocorre com o formato ODF (*Open Document Format*), padrão aberto para a geração de documentos de escritório: texto (odt), planilhas de cálculo (ods), apresentação de *slides* (odp), banco de dados (odb), desenho vetorial (odg) e equações matemáticas (odf) (O que é ODF?, 2017).

O fato de todas as suas especificações serem abertas e estarem à disposição do público permite que desenvolvedores as implementem em seus programas de escritório, e é exatamente o que fazem em programas como: *OpenOffice*, *LibreOffice*, *StarOffice*, *AbiWord*, *Google Docs*, entre outros, garantindo que documentos criados, manipulados e salvaguardados por qualquer um deles possa ser corretamente manipulado por qualquer dos demais.

Além de possibilitar a interoperabilidade, o fato de possuir especificações abertas garante ao ODF o legado: os arquivos poderão ser acessados e manipulados no futuro, a despeito dos avanços das tecnologias de informação e comunicação, vez que as especificações futuras manterão incorporadas as legadas, ou novos interpretadores poderão ser criados sob demanda.

Foi por garantir a interoperabilidade e o legado que o formato ODF recebeu a homologação da ISO como padrão internacional para a troca de documentos em 2005, sob a identificação ISO 26300, tendo sido aprovado pela ABNT, em 2008, sob a identificação ABNT ISO 26300 (*Ibid.*).

Seria possível afirmar, no entanto, que os formatos abertos de arquivo, em tese, se oporiam, ou feririam, a livre iniciativa (art. 170, CF).



Esta afirmação é controversa. O arquivo de manipulação e armazenamento gerado por um determinado programa de computador é, tão somente, um subproduto, um acessório, que nada interfere na proteção intelectual do principal; o próprio programa.

Assim, por exemplo: um programa criativo proprietário permite a criação, a edição e o armazenamento de trabalhos artísticos em um formato de arquivo nativo que lhe é próprio. Esse formato, proprietário, é binário e, portanto, está protegido de contrafação por segredo digital intransponível, a não ser por árduo trabalho de reprodutibilidade técnica, também chamado de “engenharia reversa”.

Ao manter secretas as especificações deste formato de arquivo, o desenvolvedor do programa, se conseguir certa adesão do mercado, adquire a capacidade de monopolizá-lo, uma vez que, para conseguir trocar arquivos com outros elos da cadeia produtiva criativa, o originador terá que utilizar o mesmo programa que os demais e, para tanto, precisará adquirir sua licença de uso, hoje tipicamente um contrato com adimplimentos mensais.

Por outro lado, a divulgação das especificações técnicas dos arquivos de trabalho gerados por seus programas em nada impactaria o próprio segredo industrial correspondente ao programa principal, apenas permitiria que outros programas corretamente interpretassem aqueles arquivos.

A única consequência prática é que a manutenção de sua posição no mercado não mais dependeria da prática do *vendor lock-in*, mas da própria qualidade de seu produto. Para o agente econômico, seu produto será finalmente, e realmente, posto à prova, algo que talvez ele não deseje, até porque a manutenção de sua posição de dominância provavelmente requererá investimentos mais vultosos do que aqueles aos quais está acostumado.

Para os originadores, por outro lado, a divulgação das especificações técnicas significa que diferentes programas poderão compartilhar o mesmo arquivo de trabalho, o que lhes conferirá o direito de escolher entre diferentes ferramentas de trabalho, independentemente das utilizadas pelos seus pares ou colegas de trabalho. Além do fato de se beneficiarem das evoluções tecnológicas que podem advir da nova competição entre os desenvolvedores de programas criativos, terão garantidos seu direito a revisitar sua obra, e alterá-la, a qualquer tempo, sem que isso signifique pagar valores injustos.

Assim, em que pese o argumento da proteção à propriedade intelectual, a única justificativa à não publicação das especificações do formato proprietário de arquivo de imagem é a manutenção da posição monopolística.

O direito à livre iniciativa, no entanto, não autoriza o açambarcamento do mercado, e é exatamente isso que fazem as sociedades empresárias que possuem as maiores fatias do mercado de produção de obras intelectuais e artísticas em suporte digital, ao manterem secretas as especificações de seus formatos de arquivo.

Para além de ferirem a livre concorrência, e de obstarem o direito dos originadores de livremente escolherem suas ferramentas de trabalho, ao impedirem a interoperabilidade de



seus arquivos, estas titulares de direitos protegidos por propriedade intelectual discriminam o mercado, eis que só aqueles que puderem arcar com as caras licenças de uso poderão nele ingressar.

Mais que isso, no entanto, manter as especificações secretas permite que seja aplicada, em seus programas, por intermédio do formato de arquivo, a obsolescência programada: para abrir arquivos fornecidos por terceiros, gerados em versões posteriores à do programa que possui, o originador é obrigado a atualizar seu próprio programa.

Finalmente, uma decorrência da estratégia da obsolescência programada é a ausência de legado: a vida útil de um arquivo gerado sob o paradigma acima descrito é muito curto, o que impedirá que venha a ser aberto no futuro.

A discussão em torno das características dos formatos de arquivo para armazenamento e difusão do patrimônio cultural imaterial e das obras artísticas protegidas pela Lei Autoral se confundem, e ambos deságuam na mesma necessidade: que se usem formatos de arquivo livres, com especificações técnicas abertas, aos moldes do formato ODF (*Open Document Format*), afinal, os direitos da propriedade privada dos originadores, assim como o direito coletivo de acesso à cultura, ambos de matriz constitucional, devem temperar o direito à livre iniciativa.

7 HIPÓTESE NORTEADORA: A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE FORMATOS ARQUIVO, E DE PROGRAMAS CRIATIVOS, LIVRES:

Até agora, a Propriedade Intelectual foi apresentada com foco nos profissionais formados. No entanto, a origem da maior parte destes criadores é a Universidade. Sendo assim, cabe inquirir se ela está bem cumprindo sua missão formadora e, quiçá, emancipadora do cidadão que nela ingressa, ao ensinar a prática criativa utilizando apenas os programas criativos proprietários, ao argumento de que representam a demanda do mercado.

Ao agir assim, a universidade assume o desconfortável papel de retroalimentadora do sistema fechado de licenças, uma vez que, ao sancionar e divulgar apenas um tipo de programa, treina os alunos para se tornarem seus consumidores quando chegarem ao mercado de trabalho, ocasião em que não mais poderão utilizar cópias contrafeitas impunemente.

Adicionalmente, o uso de apenas um tipo de programa criativo cria, no psiquismo do aluno, a certeza de que sua instituição de ensino sanciona e indica aquele programa para sua vida profissional, exercendo enorme pressão para sua adoção.

Para piorar, se este aluno não possuir os meios para custear as caras licenças de uso, invariavelmente terá que recorrer ao ilícito para se adequar às demandas da universidade.

Mesmo a distribuição de licenças de estudantes de programas, aparentemente uma graciousidade por parte dos desenvolvedores, é, outrossim, meramente postergação de renda, vez que devidamente aclimatados a suas soluções informacionais, ao deixarem a faculdade tais



alunos não terão outra perspectiva senão utilizarem aqueles programas aos quais se habituaram, passando a ser obrigados a pagar por suas licenças de uso.

Curiosamente, os programas utilizados nos *campi* para ensinar os alunos são regamente pagos pelas instituições, que dispendem vultosas somas para contribuir para a formação do mercado de consumo de seus fornecedores, sem qualquer tipo de contrapartida.

Para além do problema das licenças de uso e do *marketing* involuntário, a utilização destes programas pelas universidades constitui abrir mão de excelentes oportunidades de discutir a ferramenta de trabalho em si, de quebra oferecendo ao aluno a possibilidade de contribuir para seu próprio desenvolvimento a partir de estudos de UX e desenho de interface, e de efetivamente ver suas contribuições se materializarem nas versões subseqüentes dos programas, o que seria perfeitamente possível se fossem adotados programas criativos livres, em razão do acesso a seu código fonte e, mesmo, à contribuição de seus desenvolvedores.

8 REFLEXÕES FINAIS:

O direito à liberdade de iniciativa garante aos agentes econômicos que utilizem de meios lícitos para garantir, e mesmo ampliar, sua posição no mercado.

Para além da legalidade, no entanto, os desenvolvedores de programas criativos proprietários têm se valido da obscuridade acerca das especificações técnicas de seus arquivos de trabalho para garantir o *vendor lock-in*.

Se, por um lado, sob a ótica da concorrência, da economia popular e do direito consumerista, esta prática possa ser vista como de legalidade, no mínimo, duvidosa, para o originador de obras artísticas e intelectuais que utilizem esses programas, tal prática atinge diretamente seu direito à livre associação, sua liberdade de expressão artística, seu direito ao trabalho e seus direitos sobre sua propriedade intelectual, estes últimos em razão da obrigatoriedade de pagar as licenças de uso dos programas para ter direito de apreciar e modificar sua obra criativa. É inegável que os direitos da Propriedade Intelectual do originador da obra criativa intangível digital são turbados por estas sociedades empresárias. Por que não proteger sua posição de mercado sem macular os direitos do originador? A resposta, na verdade, é bem simples: porque sai mais caro manter sua base de clientes com base apenas em sua própria competência do que mantê-los em razão das táticas de *vendor lock-in*.

Os formatos livres de arquivos digitais garantem a interoperabilidade e o legado. Ao serem interoperáveis, os arquivos passam a poder ser abertos em qualquer programa do mesmo nicho que os tenham incorporado. Isso liberta o originador das amarras artificiais de qualquer desenvolvedor, garantindo-lhe o pleno exercício de seus direitos, não apenas de Proprietário de obra criativa e intelectual, mas de livremente escolher suas ferramentas de trabalho e de livremente escolher a quem se associar para trabalhar.

Ademais, a interoperabilidade dos formatos digitais de arquivos oriundos de programas criativos impede a segregação do público em relação à esta categoria de obras artísticas e



intelectuais, pelo menos sob o prisma do software, eis que não lhes será necessário pagar por licenças de uso de programas de computador para poderem apreciar as obras artísticas, intelectuais e, nessa linha, os bens culturais imateriais.

No mesmo passo, o legado garante que as obras intelectuais e artísticas, e os bens culturais imateriais mantidos pelo IPHAN, poderão ser acessados no futuro longínquo, mesmo após os programas legados não mais existirem, pois o acesso às suas especificações sempre permitirá que novo programa interpretador seja escrito para tal fim.

Curiosamente, o foco das discussões em Propriedade Intelectual, à luz das novas tecnologias, vem sendo a contrafação e a disseminação internacional da obra contrafeita, mas pouco se fala deste obscuro aspecto, verdadeiro pequeno detalhe, do universo criativo que, não obstante, tem profundo e cotidiano impacto na vida de milhares de artistas, arquitetos e designers em todo o Brasil.

É chegada a hora de lançar luz nesse aparentemente menor problema, proposta da pesquisa de doutorado que este artigo apresenta.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. Do bem incorpóreo à propriedade intelectual. *In.*. **Denis Borges Barbosa**, sítio-web pessoal do doutrinador. Rio de Janeiro: s.e., 2009. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/teoria.pdf>. Consultado em julho de 2019;

BARBOSA, Denis B. **Tratado da Propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013;

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008;

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias. *In.*. DRUMMOND, Victor (coord.). **Coleção Direitos Autorais e Temas Afins**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

BUENO, João. The Open Raster file format: present and future. Vídeo MP4 (44 min): color., som., Port. *In.*. REZENDE, Alexandre C., BUENO, João *et. al.* (orgs.). **Libre Graphics Meeting 2017**. Encontro anual internacional dos desenvolvedores de softwares gráficos livres, realizado na PUC-Rio entre 20 e 23 de abril de 2017. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FA4ij-ucEMY>. Acesso em: maio 2019;

CAMPOS, Augusto. **O que é software livre**. BR-Linux: Florianópolis, março de 2006. Disponível em <http://br-linux.org/linux/faq-softwarelivre>. Acesso em: maio 2017;

CHARTIER, Roger. **Os desafios da escrita**. São Paulo: UNESP, 2002;

COLLA, Daniela. **Tatuagem - Direito autoral à flor da pele?** *In.*. JOTA Info. Revista jurídica online. São Paulo: s.e., 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tatuagem-direito-autoral-a-flor-da-pele-03082019>. Acesso em: jul. 2019;

CREATIVE COMMONS. Sítio-web da fundação Creative Commons. Disponível em <http://creativecommons.org/>. Acesso em: maio 2017;

ECO, Umberto. **From Internet to Gutenberg**. Palestra apresentada na Academia Italiana para Estudos Avançados sobre a América, 12 de Novembro de 1996; *In..* Umberto Eco, sítio-web oficial da obra do pensador italiano. Disponível em: <http://www.umbertoeco.com/en/from-internet-to-gutenberg-1996.html>. Acesso em: ago. 2019.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 1997;

GNU General Public License. *In..* **The GNU Operating System**. Sítio web do projeto GNU - GNU Is Not Unix. Disponível em: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>. Acesso em: maio 2017;

LOPEZ, Fabio. letras, esquilos e injeção na testa: tipografia digital na era pós pirataria. Vídeo MP4 (59 min): color., som., Port. *In..* REZENDE, Alexandre C., FODOVISK, Cadunico et. al. (orgs.). **GnuGraf 2017**. Encontro anual local dos usuários de softwares gráficos livres do Rio de Janeiro, realizado na PUC-Rio nos dias 21 e 22 de abril de 2017. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=b_qZl7qj4i8. Acesso em: maio 2019b;

MOORE, J. T. S. **OS Revolution**. Wonderview Productions: S.I., 2001. DVD. 85 min;

MOREIRA, Eliane (org.) *et al.* **Propriedade Intelectual e patrimônio cultural**: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Anais do seminário Propriedade Intelectual e patrimônio cultural: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais, realizado em Belém, no período de 13 a 15 de outubro de 2004. Belém: CESUPA, 2004;

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: the evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 2011;

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Intelectual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001;

PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012;

RAYMOND, Eric S. **The Cathedral & the Bazaar**: Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary. Sebastopol: O'Reilly Media, 2001;

RIFKIN, Jeremy. **The Zero Marginal Cost Society**: The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2014;

SILVEIRA, Elias. CVsP++ Release 45 Como viver sem o Photoshop. Vídeo MP4 (55 min): color., som., Port. *In..* REZENDE, Alexandre C., BUENO, João et. al. (orgs.). **Libre Graphics Meeting 2017**. Encontro anual internacional dos desenvolvedores de softwares gráficos livres, realizado na PUC-Rio entre 20 e 23 de abril de 2017. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_xhvKuh6mEw. Acesso em: maio 2019;

SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. *In..* **Coleção José do Patrocínio**, vol. 4. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006;

What is free software? *In..* **The GNU Operating System**. Sítio web do projeto GNU - GNU Is Not Unix. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>. Acesso em: maio 2017;

ZANINI, Leonardo Estevam De Assis. **O Estatuto da Rainha Ana**: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. ISSN: 1980-458X. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html. Acesso em: 16 ago. 2019.



The background features a complex pattern of light green circuit lines and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons: a musical note, a thumbs-up, a laptop, and a group of people. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO AUTORAL E NOVAS TECNOLOGIAS

CAPÍTULO 2



REFORMA DA LEI DE DIREITO AUTORAL EM RAZÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS E MODELOS DE NEGÓCIOS NA INTERNET

Marcos Henrique Costa Leroy¹

Aline da Rocha Reis²

RESUMO: Este artigo visa analisar o impacto das novas tecnologias e dos novos modelos de negócios na internet para o direito autoral. No ano de 2019, foi realizada uma Consulta Pública para alteração da Lei de Direito Autoral brasileira promovida pelo Ministério da Cidadania que abordou diversas áreas relativas ao tema digital. Para melhor entender essa discussão, o artigo traz em um primeiro momento uma análise histórica-evolutiva da LDA brasileira, incluindo projetos de leis anteriores e emendas a existente legislação. Posteriormente, encontra-se um estudo comparativo do direito autoral internacional, com ênfase na União Europeia, Estados Unidos e Canadá. Por fim, são examinados os 6 principais eixos temáticos abordados pela Consulta Pública para uma melhor compreensão do panorama atual do direito autoral em relação às novas tecnologias e aos novos modelos de negócios na internet.

Palavras-chave: Direito Autoral. Consulta Pública. Novas Tecnologias.

INTRODUÇÃO

No dia 28 de junho de 2019, o Ministério da Cidadania, por meio da Secretaria Especial da Cultura, abriu uma consulta pública a respeito de mudanças na Lei 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, referente à regulamentação do Direito Autoral no Brasil. A consulta estendeu-se até o dia 15 de setembro deste ano e revelou a necessidade de adequar a legislação vigente às mudanças e aos avanços tecnológicos contemporâneos. Conforme destaca a própria Assessoria de Comunicação da Secretaria Especial da Cultura, foram abordados seis eixos temáticos principais: serviços de *streaming* de música, livros, filmes e seriados; plataformas de disponibilização e compartilhamento de conteúdo por terceiros; tecnologias de inteligência artificial; coleta de dados; impressão em 3-D e realidade virtual.

O Brasil não é o único país que visa adequar sua legislação de Direito Autoral às novas realidades mercadológicas da atualidade, países da União Europeia, Canadá e os Estados Unidos já promoveram e ainda discutem mudanças em suas legislações internas que abarcam esse

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento 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 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Participante do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (GPI) da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: alinedarreis@gmail.com

novo panorama contemporâneo.

Este artigo visa analisar, portanto, os principais eixos abordados pela Consulta Pública de 2019 e como eles relacionam-se com as discussões internacionais acerca das novas tecnologias e modelos de negócios na internet. Em um primeiro momento, é feita uma análise histórica acerca da evolução da Lei de Direito Autoral no Brasil, destacando-se as tentativas de alteração e modernização da Lei Nº 9.610. Em seguida, abordar-se-á as principais discussões internacionais acerca do tema, com ênfase no panorama europeu, estadunidense e canadense. Por fim, tratar-se-á do panorama digital abordado na Consulta Pública e como os 6 principais eixos temáticos relacionam-se com o direito autoral.

1 PANORAMA ENSEJADOR DA CONSULTA PÚBLICA

A Lei de Direito Autoral (LDA Nº 9.610) no Brasil foi criada em 1998, revogando a Lei Nº 5.988 de 1973 que até então regulamentava as questões relativas ao direito do autor no país. A nova lei surgiu como uma tentativa de adequação aos tratados internacionais, como a Convenção da União de Berna de 1886, que por meio do Decreto nº 75.699/75 promulgou a convenção no Brasil. Uma das principais críticas feitas hoje à essa lei refere-se ao fato dela ter sido pensada e criada antes mesmo do “boom da internet”, que mudou completamente as relações sociais e inovou os modelos de negócios.

POLI retrata em seu livro *Direito Autoral sobre a proteção das obras digitais*, lecionando sobre a impossibilidade de afirmação que não há proteção autoral para utilizações digitais de obras, mas também destaca a existência de especificidades que exigem tratamentos diferenciados, considerando a LDA insuficiente para a questão.

Na mesma perspectiva, pode-se observar empiricamente a falta de especificidades de utilizações digitais das obras pela redação do art. 7º da Lei 9.610, por exemplo, no qual a internet não é considerada diretamente:

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: (...)” (grifo nosso) (BRASIL, 1998, art. 7º) .

Percebe-se que as discussões acerca de alterações nas legislações referentes ao direito do autor no Brasil são antigas, existindo antes mesmo da promulgação da atual lei de Direito Autoral, a exemplo do Projeto de Lei do Senado Nº 249 de 1989. Esse projeto objetivou alterar, atualizar e consolidar a antiga Lei Nº 5988. Ele foi vetado parcialmente, por contrariar o interesse público em seu inciso IV do art. 93, mas foi aprovado pelo plenário e a norma gerada foi a Lei nº 9.610, a legislação vigente acerca do direito do autor. A norma gerada foi influenciada, também, pelo Acordo TRIPs, que entrou em vigência no Brasil por meio do decreto Nº 1.355 e que



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 (BRASIL, 1994, p.2)

Ainda assim, após a promulgação desta lei, tentativas de alteração e de discussão da LDA foram feitas em alguns momentos na história legislativa do direito autoral brasileiro.

Em 2007, durante o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, houve a criação do Fórum Nacional do Direito Autoral. Esse fórum promoveu, entre os anos de 2007 e 2010, 9 seminários, 80 encontros setoriais, 70 reuniões e uma consulta pública. Esses eventos debateram, principalmente, a modernização da LDA frente ao contexto atual de convergência tecnológica em um ambiente digital e a necessidade de reforçar a preservação dos direitos do autor, com o objetivo, também, de incentivar a participação e a conscientização popular acerca do tema. Entretanto, o projeto de reforma da lei, baseado na consulta pública de 2010, foi enviado à Casa Civil e não prosseguiu.

Também se destaca o Projeto de Lei 3.133/12 de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI). Esse projeto flexibiliza, principalmente por meio de mudanças no art. 46º da Lei 9.610/1998, o uso de obras protegidas pelo o direito autoral, uma vez que propõe não considerar crime contra o direito autoral a distribuição e reprodução de obras para fins de difusão cultural e multiplicação de público, de reabilitação ou terapia, para fins exclusivamente didáticos e estritamente no interior dos templos religiosos. Diversas outras propostas foram colocadas por esse projeto, que atualmente encontra-se pensado ao Projeto de Lei 6117/2009 que, por sua vez, foi arquivado em 2019.

Por fim, relaciona-se a questão apresentada com a promulgação da Lei 12.965, de 13 de abril de 2014, conhecida também como Marco Civil da Internet, que regula o uso da internet no Brasil. Sobre o tema de infração de direito autoral na internet, a lei escolhe não tratar sobre direito autor ao dispor no art. 19º §2º :

A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2014, art. 19º §2º)

Entretanto, essa legislação específica não chegou a ser promulgada e a LDA vigente também não fala especificamente sobre o direito do autor na internet, evidenciando uma incompletude da LDA, que pode ensejar em uma mudança com o intuito de adequação às novas tendências do contexto digital.

A Lei de Direito Autoral brasileira completou 20 anos no dia 19 de Fevereiro de 2018 e, desde então, apenas duas mudanças legislativas foram efetivamente feitas, uma em 2009, por



meio do sancionamento da Lei Nº12.091, e outra em 2013, por meio do sancionamento da Lei Nº12.853. A primeira emenda alterou a redação do art. 81, acrescentando a obrigatoriedade, também, da menção dos nomes dos dubladores nas cópias de obras audiovisuais. A segunda emenda, por outro lado, promoveu alterações mais profundas na Lei de Direito Autoral, principalmente no que se refere à gestão coletiva desses direitos. A principal mudança refere-se à implementação de uma fiscalização externa e coletiva do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), órgão responsável por arrecadar e distribuir as cobranças feitas pela transmissão pública de obras musicais. Percebe-se, portanto, que as duas leis referidas, apesar de terem promovido avanços, não contribuíram para a adequação da LDA à realidade digital, visto que não consideraram as novas tecnologias e os novos modelos de negócios promovidos pela internet em suas mudanças.

Ainda assim, é bastante discutida a necessidade de se alterar e de modernizar a lei vigente acerca dos direitos do autor no Brasil. Evidência disso é o atual Projeto de Lei 2370/2019 da deputada Jandira Feghali, que visa alterar, atualizar e consolidar diversos artigos da Lei Nº 9.610, e a Consulta Pública promovida pelo Ministério da Cidadania entre os dias 28/06 e 15/09 de 2019. Ambas as iniciativas representam uma resposta às demandas de atualização que a realidade virtual impõe às legislações vigentes. Essa discussão manifesta-se tanto no contexto nacional quanto no contexto internacional, de forma que se torna interessante analisar como outros países se portam diante dessa problemática e como suas legislações internas tratam do assunto, para então melhorar e aprimorar as bases das discussões brasileiras acerca dessa temática.

2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E DISCUSSÕES INTERNACIONAIS

Como já mencionado anteriormente, há também uma preocupação internacional em resolver os conflitos criados pelos atuais avanços tecnológicos e pelos novos modelos de negócios, mais dinâmicos e acessíveis. As principais discussões referem-se a posturas dos países da União Europeia, dos Estados Unidos e do Canadá.

Analisando o contexto europeu, no início do ano de 2019, o Conselho da União Europeia aprovou a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital. Essa diretiva reconhece que

A evolução das tecnologias digitais conduziu ao aparecimento de novos modelos empresariais e reforçou o papel da Internet enquanto principal mercado para a distribuição e o acesso a conteúdos protegidos por direitos do autor. (BRUXELAS, 2016, p.1)

Desse modo, essa lei preocupou-se em preservar os direitos dos autores e dos titulares desses direitos, assegurando, por exemplo, o recebimento de uma parte do valor gerado pela exploração de sua produção em serviços que disponibilizam, de maneira mais ampla, essa produção aos seus utilizadores.



Entretanto, os artigos 13 e 11 da diretiva, objetivando promover uma segurança maior à indústria criativa europeia, geraram polêmica e fomentaram discussões que abrangeram diversas áreas do mercado. O artigo 13 prevê que os prestadores de serviços em linha (como Spotify, YouTube, etc) devem garantir que os produtos protegidos por direito autoral sejam devidamente reconhecidos, por meio da adoção, por exemplo, de tecnologias que reconheçam esses conteúdos protegidos. Argumenta-se, entretanto, que criar um dispositivo que funcionaria como “filtro de upload” é difícil e caro, principalmente, para sites e empresas menores, o que geraria uma redução da diversidade de meios de se espalhar conteúdo. O artigo 11, que ficou conhecido como “imposto de link”, prevê que plataformas de reprodução de reportagem ou notícias possam ser obrigados a pagar uma taxa para editores de publicações de imprensa (veículo original que escreveu em si a reportagem). A polêmica girou em torno da interpretação feita do artigo, de que a Google, por exemplo, teria que pagar a todos os sites de reportagem uma taxa para que ela pudesse, então, disponibilizar links de reportagens em sua plataforma de pesquisa, o que geraria custos muito elevados para a empresa. Entretanto, a redação do artigo foi alterada, de modo que esses pagamentos não se aplicam à hiperlinks e nem a casos de pequenas citações ou menções.

No contexto estadunidense, os direitos autorais são regulamentados pelo “Title 17” do Código dos Estados Unidos. Assim como o Brasil, os EUA também é signatário da Convenção de Berna e, desde então, diversas alterações no Title 17 foram feitas, conforme evidencia o próprio site do órgão governamental sobre direito autoral norte americano. Dentre as mudanças realizadas até hoje, a lista de emendas não possui muitas alterações diretamente relacionadas ao surgimento de novas tecnologias, apenas uma mudança realizada em 2002 que incorporou disposições relativas ao uso de obras protegidas por direitos autorais na educação à distância. Nota-se, assim, que até mesmo os Estados Unidos, referência internacional na regulamentação de Propriedade Intelectual e de Direito do Autor, enfrenta dificuldades em abordar em sua legislação as mudanças promovidas pela evolução tecnológica.

Por fim, no contexto canadense, também se discute o direito do autor frente aos paradigmas postos pela internet. A principal norma de direito autoral canadense é o Copyright Act de 1921, sendo que entre 1924 e 1988 tiveram somente pequenas emendas à legislação. Mas nos anos de 2005 e 2008 ocorreram duas tentativas de emendas relativas ao políticas digitais, sendo elas especificamente, Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Bill C-60: e Bill C-61. Apesar de representarem tentativas de uma evolução referente a relação entre o direito autoral e as novas tecnologias, elas não foram aprovadas para se tornar lei, o que evidencia a comum dificuldade canadense de adequar sua legislação à realidade digital.

Dessa maneira, nota-se que a comunidade internacional também discute e enfrenta dilemas relacionados à adequação das suas legislações internas de direito autoral ao cenário contemporâneo digital. WACHOWICZ, em seu artigo “A revisão da Lei Autoral Principais Alterações: Debates e Motivações”, defende que a atual Lei de Direito Autoral brasileira demonstra a existência de um desequilíbrio entre os interesses privados e públicos, de modo que é necessária uma mudança na Lei para sanar esse desequilíbrio e acrescenta que se deve:



adequá-los no quadro das novas tecnologias da informação, de forma suficiente para que o processo criativo, produção e circulação de bens intelectuais efetivamente contribuam para o florescimentos desta nova Sociedade Informacional (WACHOWICZ, 2015, p. 3)

Nesse contexto de necessidade de mudança, o Ministério da Cidadania, por meio da Secretaria Especial da Cultura, promoveu uma Consulta Pública para alterações na Lei nº 9.610. O principal objetivo da consulta foi coletar sugestões da sociedade frente à atualização da LDA para lidar com as novas tecnologias e os novos modelos de negócios que surgiram ao longo dos 21 anos da promulgação da lei, segundo afirma uma publicação da Assessoria de Comunicação da Secretaria Especial da Cultura.

3 PRINCIPAIS DISCUSSÕES DA CONSULTA PÚBLICA

No formulário da consulta pública para a reforma da lei de direitos autorais, a sociedade civil teve a oportunidade de enviar sugestões de alterações de artigos da LDA, de opinar quais temáticas deveriam ser necessariamente incluídas na reforma da lei e de avaliar se o Brasil deveria ou não aderir aos Tratados da Internet da OMPI (WTC e WPPT) e ao Tratado de Pequim sobre Interpretações e execuções Audiovisuais da OMPI.

No questionário e formulário de comentários e sugestões para a reforma da lei de direitos autorais, a primeira pergunta material possui três possíveis respostas sobre necessidade da reforma: geral - que trate de diversos temas e capítulos da lei; pontual - que trate apenas da atualização da lei em razão das novas tecnológica e modelos de negócios na internet; ou se não é necessária qualquer reforma. Como se pode observar, há uma predileção do tema de novas tecnologias, visto que a consulta o destacou como motivação para uma reforma pontual, exemplificando em rodapé a necessidade da regulação do artigo 19, §2º, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Além disso, na pergunta seguinte do formulário sobre temáticas a serem necessariamente incluídas em uma reforma da LDA, o operador legislativo escolheu indicar nas duas primeiras posições, dentre diversos temas, os pontos relativos a direitos autorais e internet.

Acrescenta-se ainda a veiculação da notícia da consulta pública feita pela assessoria de comunicação da secretaria especial da cultura do ministério da cidadania que indicou a necessidade de alteração da LDA para lidar com novas tecnologias, citando explicitamente 6 (seis) áreas sobre o tema: serviços de *streaming* de música, livros, filmes e seriados; plataformas de disponibilização e compartilhamento de conteúdo por terceiros; tecnologias de inteligência artificial; coleta de dados; impressão em 3D e realidade virtual.

A seguir, serão explicitados alguns dos pontos sensíveis no direito autoral para essas principais áreas priorizadas pelo governo brasileiro para alteração da LDA.

3.1 Serviços de Streaming

Conforme leciona Thomas Y. Lu (2017), *streaming* pode ser dividido em três tipos: agregação, armazenamento e distribuição. Essa formatação permite que produtores de conteúdo transformem produtos, como vídeos, em sinais fragmentados em um servidor ou na nuvem, transmitindo de maneira temporária para propagar ao destino final o material.

Essa nova tecnologia permite um novo modelo de negócio que envolve transmissão e consumo de conteúdos protegidos por direito autoral, como se observa em serviços de música, audiovisual e livro que são prestados por empresas como Netflix, Hulu, Spotify, Deezer, Kindle Unlimited da Amazon. Há um repasse de royalties da disponibilização do conteúdo para os autores, sendo feito de maneira direta entre o produtor do material com a plataforma que o oferta. Essa nova configuração gerou embates com a antiga competência de arrecadação e repasse desses royalties por instituições, em destaque o ECAD (o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) responsável pela execução pública musical no Brasil.

O escritório alega que, por ser competente para cobrança de royalties por exploração econômica de direito autoral, também possui atribuição para plataformas de *streaming* musicais. Por outro lado, as empresas de *streaming* argumentam contrariamente sob a justificativa que o ECAD está limitado à execução pública e que a plataforma não poderia ser caracterizada como promotora direta de execuções não privada, já que estaria ligada a consumidores individuais.

Vejamos a disposição normativa da LDA sobre o assunto:

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.

§2º **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 (BRASIL, 1998)

O STJ no Recurso Especial nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7) já tratou sobre o assunto indicando que “o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública” e que por isso caracteriza o fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Ainda sobre temas correlacionados ao *streaming*, outras jurisdições também lidaram com questões relacionadas a essa nova tecnologia. A Suprema Corte do Canadá em julho de 2012 nos casos de número 33921 e 33800, por exemplo, discorreu sobre a tarifação das músicas baixadas pela internet. Dentre os principais pontos colocados pela corte, destacam-se



três: não são devidos os direitos autorais de preview (pequenos trechos disponibilizados ao consumidor antes da compra de músicas); os sites de rádios online e o music *streaming* estão sujeitos à antiga legislação referente a atividades de transmissão de sons, imagens ou dados e devem pagar direitos autorais; é indevida a exigência de direitos autorais extraordinários frente a downloads de músicas feitos em plataformas como o Itunes, GoogleMusic etc.

3.2 Plataformas de Disponibilização e Compartilhamento de Conteúdo por Terceiros

Com o advento da internet, novas possibilidades de compartilhamento de conteúdo permitiram a facilitação da disponibilização de obras protegidas por direito autoral para acesso por usuários, tanto de maneira legal quanto ilegal. No *download* ilegal diretamente da plataforma, é clara a infração do disponibilizador ao armazenar e transmitir o conteúdo sem licença em sua integralidade para o destinatário final. Contudo, uma nova arquitetura computadorizada de distribuição digital - conhecida como P2P (peer-to-peer ou ponto-a-ponto) - surgiu propiciando a não necessidade de armazenamento de todo o conteúdo em um servidor, com a plataforma somente viabilizando a troca de arquivos entre usuários na tentativa de escapar de responsabilidade do direito autoral.

Um dos principais exemplos de plataforma é o Pirate Bay. A plataforma começou como uma organização anticopyright da Suécia e se separou em 2004, se tornando o maior index de bitorrent no mundo, sendo hoje administrada por uma organização sem intuito lucrativo. Pode-se citar também o Popcorn Time, plataforma de compartilhamento de arquivos por torrent e arquitetura P2P voltada para *streaming* gratuito de filmes e programas de TV.

O Marco Civil da Internet em seu art. 19 §2º declara que provedores de aplicações de internet só poderão ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros se não tomar providências para tornar indisponível o conteúdo (notice and takedown), mas que infrações a direitos de autor e direitos conexos depende de previsão legal específica.

Para FREITAS, PAMPLONA e BATIMARCHI (2015), como as plataformas de disponibilização e compartilhamento de conteúdo por terceiros é um modelo de negócio criado e explorado economicamente, a tecnologia tem como principal atrativo a violação contínua e em larga escala de direitos envolvendo obras protegidas por direitos autorais, e por isso é condenada pelo ordenamento jurídico.

Coaduna-se com essa posição o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em acórdão do processo nº 561551-4 que condenou o software de compartilhamento de dados K-Lite Nitro por violar direitos autorais, em especial, o inciso VII do art. 29 da Lei de Direitos Autorais e, ainda, o §3º do art. 184 do Código Penal.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar

previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário (BRASIL, 1998)

Os Estados Unidos também já discutiu o tema judicialmente em casos como A&M Records v. Napster, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) e MGM v. Grokster, 545 U.S. 913 (2005), condenando empresas por induzir/encorajar os usuários a realizarem a infração de direito autoral. Devido à importância do assunto, o U.S. House of Representatives criou o projeto de lei Secure Federal File Sharing Act (H.R. 4098) com o intuito de proibir que empregados e contratados pelo governo norte americano usassem programas de computador que possuam a tecnologia P2P, mas esse projeto não foi aprovado pelo senado.

3.3 Inteligência Artificial

A inteligência artificial é algo complexo de conceituação por envolver diferentes ferramentas de processamento de dados, com usos muito díspares dependendo do uso aplicado da tecnologia. Sobre a conceituação de IA para estudo do Direito Autoral, GONÇALVES (2019, p. 33) explica:

A Inteligência Artificial, desse modo, abarca uma multiplicidade de definições. (...) 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 (grifo nosso)

Nesse sentido, criações feitas por meio de inteligência artificial já desafiam a atual configuração normativa de direito autoral. The Next Rembrandt é um exemplo que conjugou o uso dessa tecnologia que a partir da coleta da base de dados dos trabalhos do pintor holandês Rembrandt para criar uma nova pintura (impressa por uma impressora 3D - tecnologia que será tratada posteriormente) pelo uso de técnicas utilizadas pelo autor barroco europeu. Pode se citar também o Flow Machine da Sony, sistema de composição de música assistida por IA no qual criadores podem compor melodias em diversos estilos com base em suas próprias regras musicais criadas por várias análises musicais, como utilizado para a criação da música Daddy's Car a partir de dados de álbuns da banda The Beatles.

Como pode se depreender dos exemplos, a produção total ou pelo menos uma colaboração substancial da produção de novas obras artísticas ensejam a discussão sobre atribuição da autoria dessas novas criações. A legislação brasileira é clara quanto a necessidade de ser pessoa física para ser considerado autor de uma obra protegida pelo direito autoral:

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, 1998)



Contudo, observa-se que parágrafo único abre a possibilidade de se considerar IA como sujeito apto a ter direitos autorais já que pessoas jurídicas são conceituadas como sujeitos abstratos. Outros países também exemplificam a importância do tema, como o Reino Unido que na lei Copyright, Designs and Patent Act de 1988 define que *“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”*³ ou na Austrália no seu Copyright Act de 1968 que não restringe a necessidade de ser humano: *“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”*⁴.

3.4 Coleta de Dados

Para além da perspectiva da privacidade, a coleta de dados também impacta no direito autoral. Isso porque a coleta de dados para a formação de banco de dados pode ser passível de proteção da propriedade intelectual em estudo.

De acordo com MILAGRE e SEGUNDO (2015, p. 70) uma compilação não é protegida somente por ser uma compilação, como um simples arranjo alfabético de dados. É necessário que sejam organizados para a constituição de obra de autoria original. *“No Brasil, tal como nos Estados Unidos, o desafio está em identificar se uma compilação é ou não original, ponto que será apreciado em cada caso levado ao judiciário”* (p. 55 e 56).

Isso significa que os Estados Unidos também só protege os bancos de dados se forem compilações por meio um trabalho resultante um esforço autoral, ou seja, a seleção de dados deve conter alguma “atividade criativa” (MILAGRE e SEGUNDO, 2015, p. 62).

Ambos países aplicam a Convenção de Berna e o acordo TRIPS, protegendo bancos de dados somente por direito autoral. Contudo, a União Europeia buscou aumentar a proteção ao classificá-los como propriedade “sui generis” de acordo com a Diretiva 96/9/EC para bancos de dados “não originais”. Uma vez que há um esforço e investimento envolvido, houve o intuito de proteção de bancos de dados formados sem a atividade intelectual do autor, mas de demandaram investimentos consideráveis na sua formação, isso porque buscou-se impedir a extração e reutilização da totalidade ou parte substancial da base de dados (MILAGRE e SEGUNDO, 2015, p. 55)

Por fim, MILAGRE e SEGUNDO excepcionam a proteção dos dados individualmente:

É preciso esclarecer que em ambos os casos, a proteção se aplica apenas ao “arranjo” dos dados, sendo que nenhuma das garantias estende-se aos elementos individuais do banco de dados (MILAGRE e SEGUNDO, 2015, p. 55)

³ Texto original: *“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”*

⁴ Texto original: *“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”*



3.5 Impressão em 3D

De acordo com FREITAS (2016), a impressora 3D é uma tecnologia utilizada desde a década de 80 no qual um design de objeto feito por programa de computador transforma em um objeto físico e tridimensional a partir de diversas matérias primas.

Considerando que uma das principais finalidades da proteção dos direitos de propriedade intelectual é promover a exclusividade de exploração e retornos econômicos para o criador, uma reprodução não-licenciada de um objeto protegido por direito autoral configura infração à legislação brasileira.

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 (BRASIL, 1998)

A discussão se amplia pelo artigo de MALATY e ROSTAMA (2017) que mostra que, em matéria de direito autoral, esses direitos originários da obra podem ser limitados caso não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito (conforme excepciona o TRIPs em seu artigo 13), a discussão também demonstra que alguns países autorizam reprodução de obra para uso privado, direito chamado de “direito à cópia privada”. Por fim, também se discute o fato de alguns países já possuírem mecanismos de proteção compensatória de violação em potencial: “Países geralmente cobram uma taxa em dispositivos de armazenamento para compensar quaisquer perdas incorridas pelo detentor dos direitos; alguns países estão explorando a idéia de cobrar uma taxa para compensar a cópia 3D privada”⁵ (MALATY e ROSTAMA, 2017).

3.6. Realidade Virtual

RUSSO e RISCH (2017, p. 3) discorrem sobre a nova tecnologia ao afirmar que “ambientes de realidade virtual, como salas, cidades ou mundos inteiros, são criados por softwares executados em hardware de alto desempenho”⁶. Ou seja, a partir de óculos e alto-falantes, a realidade virtual substitui o mundo real por completo e coloca as pessoas dentro de um ambiente virtual, permitindo que elas se movam e interagem como se fosse no mundo real (LEMLEY e VOLOKH, 2018, p. 5).

Vislumbram-se duas grandes discussões de direito autoral sobre a realidade virtual: (1) reivindicações de direitos autorais com base em usos de obras protegidas por direitos autorais em um mundo virtual; e (2) se aspectos do design de um mundo virtual são possíveis de proteção de direitos autorais.

⁵ Texto Original: “Countries often then levy a fee on storage devices to compensate any losses incurred by the rights holder; some countries are exploring the idea of levying a fee to offset private 3D copying”.

⁶ Texto Original: “Virtual reality environments, such as rooms, cities, or entire worlds are created by computer software executing on high-performance computer hardware”



Sobre as reivindicações do uso de obras protegidas, LEMLEY e VOLOKH (2018) afirmam a possibilidade de responsabilidade civil por infração pelo uso de obra protegida por direito autoral. No caso de personagens ficcionais, como exemplificado pelos autores, uma cópia de características visuais, traços ou ambos para criação de avatar (a sua expressão da obra, não só a ideia), pode gerar infração de direito autoral. Isso significa, ainda de acordo com LEMLEY e VOLOKH, que a criação de avatares por usuários que violem direitos autorais (e possivelmente também marcas, que não é assunto deste artigo) pode ensejar em uma coautoria infracional dos operadores de realidade virtual.

Além disso, conforme lecionam RUSSO e RISCH (2017), a realidade virtual traz outro desafio para o direito autoral pela existência de argumentos a favor e contra ao aumento da proteção autoral de programas de computador para os aspectos de design da realidade virtual. Sobre o tema, refletem os autores:

*O próximo desafio será distinguir os casos em que a proteção justifica o licenciamento e aqueles em que as políticas favorecem o uso irrestrito para o maior desenvolvimento dessa nova tecnologia*⁷ (RUSSO e RISCH, 2017, p. 41)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto neste artigo, percebe-se que a Consulta Pública para alteração da Lei de Direito Autoral brasileira representou um passo importante do governo federal que, desde antes da promulgação da atual LDA, vem analisando e discutindo possibilidades de alteração e de modernização da lei. A partir da análise histórica da legislação referente ao direito do autor no Brasil, percebe-se que essa legislação mostrou-se defasada em grande parte dos contextos em que ela estava inserida, e a consulta pública de 2019 apresenta-se como uma dentre outras diversas tentativas de adequar a LDA à realidade contemporânea.

Nota-se também, ao analisar as principais discussões internacionais acerca do direito autoral, que a adequação às legislações autorais ao contexto digital é uma preocupação da União Europeia, os Estados Unidos e o Canadá. Assim como no Brasil, o debate acerca de mudanças nas suas leis internas é antigo e posturas estão sendo tomadas para que o objetivo de modernizar as legislações autorais seja alcançado.

⁷ Texto Original: *“Though courts apply copyright protection to virtual worlds and even to virtual objects, more rigorous infringement standards and more expansive interpretations of the idea/expression and fair use doctrines will likely apply— particularly for virtual worlds and virtual objects which purposefully simulate the real world and real information. The coming challenge will be to distinguish those cases in which protection justifies licensing and those where the policies favor unrestricted use for further development of this new technology”*

Por fim, os 6 principais eixos digitais permitiram observar que as novas tecnologias e os novos modelos de negócios impactam diretamente e diferentemente as formas o direito autoral. Com isso, intuito do artigo foi ampliar e tentar enriquecer a discussão sobre o tema em busca de uma melhor reflexão sobre a necessidade da reforma e quais aspectos podem ser aprimorados para tornar a LDA brasileira mais preparada para lidar com as transformações digitais atuais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Ismália. **Consulta termina, diálogo continua**. 2010. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/forum-nacional-de-direito-autoral..> Acesso em: 29 set. 2019.

ARAÚJO, Lucas Barbosa; PINHEIRO, Luciano Andrade. **A polêmica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autora>. Acesso em: 30 set. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA SECRETARIA ESPECIAL DE CULTURA DO MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais**. 2019. Disponível em: <http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Último Acesso em: 30 set. 2019.

AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00180>. Acesso em: 30 set. 2019.

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: 30 set. 2019.

_____. **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: 29 set. 2019.

_____. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 9.610, de 1998, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **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 set. 2019.

_____. **Lei nº 12.091, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta inciso VII ao § 2º do art. 81 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para incluir o nome dos dubladores nos créditos das obras audiovisuais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12091.htm#art2. Acesso em: 29 set. 2019.



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#art3. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** 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: 30 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 249, de 1989.** Altera, atualiza e consolida a Lei 5988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/30259>. Acesso em: 27 set. 2019

_____. **Projeto de Lei nº 6.117 de 2009.** Estabelece que a obra intelectual produzida em cumprimento a dever funcional, contrato de trabalho ou de prestação de serviços pertencerá a ambas as partes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452911>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. **Projeto de Lei nº 3.133 de 2012.** Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>. Acesso em: 27 jul. 2019

_____. **Projeto de Lei nº 2.370 de 2019.** Altera e acrescenta arts. na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198534>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. **Veto Projeto de Lei Nº 249, de 1989.** Veta parcialmente, por contrariar o interesse público o Projeto de Lei Nº 249, de 1989 (nº 5.430/90 na Câmara dos Deputados), que “Alterar, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep9610-98.pdf. Acesso em: 28 set. 19.

BRUXELAS. **Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital.** 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>. Acesso em: 29 set. 2019.

CANADÁ. MAKARENKO, Jay. Copyright Law in Canada: An Introduction to the Canadian Copyright Act. **Mapleleafweb (13 March 2009), Judicial System & Legal Issues.** 2012. Disponível em: <http://www.mapleleafweb.com/features/copyright-law-canada-introduction-canadian-copyright-act#history>. Acesso em: 28 set. 2019.

CANADÁ. **Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34.** 2012. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9994/index.do>. Acesso em: 30 set. 2019.

CANADÁ. **Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2012 SCC 36.** 2012. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9996/index.do>. Acesso em: 30 set. 2019.

CARVALHO, Lucas. **‘Artigo 13’: entenda a lei de direitos autorais da Europa que ameaça a internet.** 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/artigos-13-e-11-entenda-a-lei-europeia-que-ameaca-a-internet/83937> Acesso em: 28 set. 2019.

COPYRIGHT.GOV. **Preface**. 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/92preface.html> Acesso em: 30 set. 2019.

EUROPEAN UNION PUBLICATIONS. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital**. 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/9a1480b9-802c-11e6-b076-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 30 set. 2019.

FREITAS, Bruna Castanheira de. **Imprimindo a Lei: Como a Impressão 3D afeta a Propriedade Intelectual**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bruna_Castanheira_De_Freitas2/publication/321883307_Imprimindo_a_Lei_como_a_impresao_3D_afeta_a_propriedade_intelectual/links/5a37dfc5a6fdccdd41fdc4e8/Imprimindo-a-Lei-como-a-impresao-3D-afeta-a-propriedade-intelectual.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. **Lex Magister**. 2015. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27176001_O_MODELO_ECONOMICO_DO_GRATIS_NA_INTERNET_E_O_DIREITO_DE_AUTOR_O_CASO_K_LITE_NITRO.aspx. Acesso em: 30 set. 2019.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. **A Tutela Jurídica de Trabalhos Criativos feitos por Aplicações de Inteligência Artificial no Brasil**. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.acervo-digital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/60345/R%20-%20D%20-%20LUKAS%20RUTHES%20GONCALVES.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 set. 2019.

ING. **The Next Rembrandt**. Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>. Acesso em: 30/09/2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. **Aberta Consulta Pública sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais**. 2019. Disponível em: <http://www.museus.gov.br/aberta-consulta-publica-sobre-a-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 29 set. 2019.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Decisões do Canadá redesenham os direitos autorais**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/direito-comparado-decisoes-canada-redesenham-direitos-autorais>. Acesso em: 29 set. 2019.

LDSOFT. **Nota Pública – Reforma da Lei de Direitos Autorais**. 2019. Disponível em: <https://www.lsoft.com.br/blogs/nota-publica-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 28 set. 2019.

LEMLEY, Mark A.; VOLOKH, Eugene. Law, virtual reality, and augmented reality. **U. Pa. L. Rev.**, v. 166, p. 1051, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2933867. Acesso em: 29 set. 2019.

LU, Thomas Y. Understanding Streaming and Copyright: A Comparison of the United States and European Regimes. **J. Bus. & Tech. L.**, v. 13, p. 185, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1288&context=jbtl>. Acesso em: 29 set. 2019.

MALATY, E.; ROSTAMA, G. 3D printing and IP law. **World Intellectual Property Organization (WIPO) Magazine**, 2017. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/01/article_0006.html. Acesso em: 29 set. 2019.

MILAGRE, José; SEGUNDO, José Eduardo Santarém. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/viewFile/1518-2924.2015v20n43p47/29945>. Acesso em: 29 set. 2019.



MINISTÉRIO DA CULTURA. **Fórum Nacional de Direito Autoral**. 2007. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautor/2007/12/21/sobre-o-seminario-de-lancamento-do-forum-nacional-de-direito-autoral/>. Acesso em: 28 set. 2019.

PIRATE BAY. **About Pirate Bay**. Disponível em: <https://thepiratebay.org/about>. Acesso em: 29 set. 2019..

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autor: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

POPCORN TIME. **Popcorn Time Website**. Disponível em: https://popcorn.time.sh/pt_BR/. Acesso em: 29 set. 2019.

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 set. 2019.

RUSSO, Jack; RISCH, Michael. Virtual Copyright. **The Law of Virtual and Augmented Reality (Woody Barfield, Marc Blitz eds, 2018 Forthcoming)**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051871. Acesso em: 29 set. 2019.

SECRETARIA ESPECIAL DE CULTURA DO MINISTÉRIO DA CIDADANIA.. **Consulta pública da Lei de Direitos Autorais**. 2019. Disponível em: <http://cultura.gov.br/leidedireitosautorais/>. Acesso em: 28 set. 2019.

SONY CSL. **Flow Machines**. Disponível em: <http://www.flow-machines.com/>. Acesso em: 30/09/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. **Recurso Especial nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do Julgamento: 08/02/2017. Acórdão disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170209-12.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Acórdão Processo nº 561551-4**, Relator Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, 6ª Câmara Cível de Curitiba. Publicação em: 14/09/2009. Acórdão disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1849480/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-561551-4>. Acesso em: 30 set. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **A&M Records v. Napster**, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code**. 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/preface.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Secure Federal File Sharing Act (H.R. 4098)**. U.S. House of Representatives. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4098>. Acesso em: 30 set. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **MGM v. Grokster**, 545 U.S. 913 (2005). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/913/>. Acesso em: 30 set. 2019.

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. **Consulta pública reabre discussão sobre atualização da Lei de Direito Autoral**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310398,91041-Consulta+publica+reabre+discussao+sobre+atualizacao+da+Lei+de+Direito>. Acesso em: 27 set. 2019.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. A. Disponível em: http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo_marcoswachowicz_direitoautor_6-1.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.



O DIREITO DE AUTOR NAS TECNOLOGIAS DIGITAIS

Bibiana Biscaia Virtuoso¹

Heloisa Augusta Vieira Molitor²

RESUMO: O presente artigo traz um breve panorama dos direitos do autor os meios digitais ou virtuais no âmbito da sociedade da informação, como protege-los de eventuais violações. Como contornar os novos desafios na internet? Desta forma, o presente trabalho visa analisar novas questões que surgiram com o avanço da tecnologia e como o direito vem lidando com isto, apresentando alternativas para a proteção do direitos de autor como as licenças de uso *creative commons*. Seriam estas licenças de uso boas ferramentas nesse ambiente virtual? Quanto à metodologia utiliza-se a pesquisa qualitativa, utilizando-se do método de análise de conteúdo.

Palavras-chave: direito do autor, meios digitais, creative commons.

INTRODUÇÃO

A segunda fase da Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação (CMSI) que se realizou em Túnis (16 a 18 de novembro de 2005) é indicadora, como assegura o diretor-geral da UNESCO, que estamos no limiar de uma nova era, a era “das sociedades do conhecimento”, para advertir imediatamente que nos deparamos com cinco obstáculos que se opõem ao advento de uma sociedade de conhecimento compartilhada: a) o abismo digital: ausência de conexão, significa ausência de acesso (há 2 bilhões de pessoas sem energia elétrica e $\frac{3}{4}$ partes da população tem pouco ou não tem acesso às comunicações básicas); b) o abismo cognitivo (um dos maiores problemas dos países em desenvolvimento); c) a concentração do conhecimento em áreas geográficas restritas (o problema norte-sul); d) conhecimento existe para ser compartilhado; o maior problema é seguramente o conhecimento universal e a propriedade intelectual; e) o abismo que separa as sociedades desenvolvidas e as sociedades em desenvolvimento .

Considere-se que, no início do século XXI, o fenômeno da globalização, a formação dos blocos econômicos, a era das transformações tecnológicas e biotecnológicas vertiginosas, a polarização da economia e das rápidas mudanças urbanas, podem e devem afetar as relações internacionais, especialmente as mudanças radicais nas relações de poder em que a dominação chega a seu ápice em forma de hegemonia consolidando ainda mais o abismo

¹ Mestre em Direito pela UFPR. Pesquisadora do GEDAI/UFPR.

² Graduação em direito pela Universidade de Marília (2002). Mestra em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Doutoranda em Direito pela PUC SP. Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pela POLI - USP.

que separa ricos e pobres em matéria de ciência e tecnologia, afetando o desenvolvimento dos investimentos em P&D, as políticas industriais e de inovação, a pauta de exportações, os setores emergentes da propriedade intelectual, biotecnologia, fármacos e medicamentos e informática e, de modo particular, a globalização do direito como novo paradigma desse fenômeno.

Nesse contexto, pertinente ponderar se a escolha dos métodos de intervenção e a formulação das decisões pertencem necessariamente ao Direito e aos juristas quando se trata da proteção da Propriedade Intelectual, do Meio Ambiente que pela sua natureza interdisciplinar exige a intervenção de cientistas, políticos, representantes dos meios econômicos, cidadãos e ONGs, etc. Nesse mesmo sentido parece de bom senso considerar se o Direito será capaz de eliminar o apartheid econômico por impeditivo do desenvolvimento dos pobres ou administrar o acesso à água potável e a energia no planeta.

O sociólogo espanhol Manuel Castells, em seu livro “A Galáxia da Internet”³ - que traz reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade - afirma que a internet é, acima de tudo, uma criação cultural. Ademais, que a Internet não é uma simples tecnologia de comunicação, mas o epicentro de muitas áreas de atividade social, econômica e política, que faz parte do cotidiano da maioria da sociedade moderna.

As novas formas de interação em uma rede de computadores sem fronteiras - das quais se incluem a redes sociais tais como Facebook, Twitter, Youtube, etc. - se interpenetram com questões de ordem jurídicas, econômicas, sociais e morais, quer sejam por conflitos de leis entre os países, tratados internacionais, questões fiscais e tributárias, a defesa do consumidor no âmbito do comércio eletrônico entre outros.

Esse breve estudo não pretende, nem de longe, esgotar a matéria sobre o assunto, mas visa levantar algumas questões relacionadas às ações para regularem a proteção do direito de autor neste ambiente virtual.

1 DIREITO DO AUTOR NO MEIO VIRTUAL

Com o avanço da tecnologia, em especial a internet, não ocorreu mudança quanto ao conceito de direito do autor sob a ótica jurídica, uma vez que o artigo 7º, da Lei de Direitos Autorais nº 9610/98, dispõe que: *São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: ...*

Diante deste conceito, pode-se pensar que a internet seria o suporte intangível. Entretanto, ao contrário, há proteção do direito autoral nesta seara, embora ainda muitos erroneamente digam que é um mundo sem lei.

³ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003. 244 p. (original: La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad. Madrid: Areté. 2001.). Veja também: www.edrev.info/reviews/revp49.pdf: acesso em: 09/10/2018

O que ocorre diariamente é que, no mundo virtual, diversos internautas, muitas vezes por desconhecimento, violam os direitos autorais, ao fazer uso indevido, como copiando, compartilhando direitos exclusivos do autor, acarretando um conflito entre o direito do autor e os frutos da criação e o direito da sociedade em ter acesso à obra.

Nesse diapasão, deve-se pensar se as normas sobre os direitos do autor são tão taxativas a ponto de resguardar somente este direito e não considerar os direitos da sociedade.

Eduardo Lycurgo Leite afirma que tanto o absolutismo quanto o relativismo não podem ser o objetivo do direito autoral, pois o autor deve exercer seus direitos como forma de estimular a continuidade da criação e permitir que a sociedade explore suas obras livremente, desde que não se prejudiquem os interesses do autor⁴.

Diante do conflito existente entre o direito de autor e o direito da informação, da liberdade de expressão, a cultura, entre outros, surgiram duas correntes sustentadas por Liliana Paesani. Uma mais conservadora entende que a obra pertence exclusivamente ao autor e todos os direitos são a ele reservados. Já a oposta afirma que deve haver um abrandamento dos direitos exclusivos do autor, incentivando a livre reprodução e a difusão da obra.⁵

Desta feita, fica evidente o conflito entre o direito patrimonial do autor e a possibilidade oferecida pela internet, difusão do conhecimento cultural, ou seja, o interesse privado do autor e o interesse público da coletividade em ver facilitado o acesso.

A problemática enfrentada pela sociedade é que as limitações da Lei de Direitos Autorais não coadunam com a realidade da internet, pois, de um lado, a internet auxilia no cumprimento da função social do direito do autor, na medida em que facilita a circulação da informação e, por outro lado, essa facilitação vem acompanhada de violação do direito patrimonial do autor da obra. Wachowicz aponta o paradoxo existente no fato de que a sociedade informacional se estrutura, a partir do primado da liberdade de informação, em favor da disseminação do conhecimento e da cultura, pois só pode haver uma sociedade informacional, se existir garantia de liberdade de acesso à informação.⁶

2 A DOCTRINA DO FAIR USE E CULTURA LIVRE

Com a finalidade de balancear o direito do autor e o direito do acesso, utiliza-se a doutrina *fair use* e os projetos colaborativos *copyleft* e o *creative commons*.

Em uma breve explanação sobre a doutrina e os projetos, conclui-se que o *fair use*, para Patrícia Peck Pinheiro, é a permissão de acesso às obras disponíveis, sem a necessidade de

⁴ LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre rigidez autoral e o interesse público relevante. **Revista de Direito Autoral**, Year II, Number IV, February 2006 (Lumen Juris, 2006).

⁵ PAESANI, Liliana Minardi. A flexibilização dos direitos: *software* livre e licença *copyleft*. IN: PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶ WACHOWICZ, Marcos. Estudos para a revisão da Lei de Direito Autoral. In: WACHOWICZ, Marcos (org.) **Por que mudar a lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres**, Florianópolis: Fundação Boitueux, 2011.



adquiri-las. Desta forma, limita-se o direito do autor sob certa circunstância como, por exemplo, o uso para ensino e pesquisa.⁷

Sendo assim, essa doutrina seria a justificativa para o uso de obras intelectuais disponíveis na internet, na qual existe a facilidade de encontrar o conteúdo e a dificuldade muitas vezes em obter a autorização do autor; entretanto, na nossa legislação pátria não há nada correspondente.

Nos Estados Unidos da América, para aplicar esta doutrina, é levado em consideração quatro fatores que devem ser analisados a cada caso concreto; são eles: a) propósito e espécie de utilização; b) natureza da obra intelectual protegida; c) quantidade e proporcionalidade do trabalho copiado em relação ao todo e d) efeito do uso no mercado da obra originária⁸.

Já a licença do *copyleft* autoriza que o terceiro utilize, copie, modifique a obra e compartilhe a versão modificada. Isso faz com que um maior número de pessoas se sintam livres para alterar a obra, em forma de um procedimento continuado.

Vale frisar que o *copyleft* surgiu do movimento do *software* livre, em que seu princípio básico é compartilhar conhecimento conectado à rede de computadores.

O *software* livre apresenta quatro liberdades fundamentais, que são: executar o programa para qualquer propósito; liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades; liberdade de redistribuir cópias; liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar essas melhorias, de modo que toda a comunidade se beneficie.⁹

Urge ressaltar que, no *software* livre, o autor não está abrindo mão de seus direitos, e sim está permitindo que terceiros utilizem sua obra.

O movimento do *Software* livre, portanto, é delimitado pela obediência a determinados critérios. Pela definição de *Open Source*, um software é livre quando sua redistribuição é livre, isto é, incondicionada; o programa acompanhe seu código fonte, permitindo o estudo de como funciona; permita a criação de obras derivadas, se restrinja à modificação do código fonte, permita que seja distribuído um programa que altere a execução de outro, não discrimina pessoa ou grupos, não discrimine a área de aplicação do programa, sua licença seja executada independente de outra; sua licença não é restrita a um produto, sua licença não condicione a distribuição do *software* conjuntamente com outros programas, nem proíba e, por fim, sua licença deve ser tecnologicamente neutra.¹⁰

Em 1985, foi criada a Fundação para o *Software* Livre (FSF), por Richard Stallman, que se posicionava frente às restrições impostas com a introdução dos *softwares* proprietários, através da criação, desenvolvimento e divulgação de diversos *softwares* de uso livre. Com o passar do tempo,

⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ Idem. 5

⁹ BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Apostila do curso de Direitos Autorais da Fundação Getúlio Vargas**. FGV. Rio de Janeiro: 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acessado em 01 nov. 2018.

¹⁰ SANTOS, Samory Pereira. **A interpretação das licenças creative commons de vedação de uso comercial diante do movimento cultura livre**. Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência. Org. CONPEDI. Coord. CUSTÓDIOA, Maraluce Maria. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 580.



o movimento *Software Livre* foi inspirando outros canais de produção cultural, dando origem a um movimento mais geral, o movimento Cultura Livre. Esse movimento possui um caráter muito abrangente, uma vez que engloba produções literárias, artísticas, científicas e jornalísticas.¹¹

Sendo assim, o objetivo do movimento Cultura Livre é construir uma estrutura participativa para a sociedade e para a cultura, de baixo para cima, ao contrário da estrutura proprietária, fechada, de cima para baixo.

Para o movimento Cultura Livre, a lei 9.610/1998 é considerada muito rígida em comparação com a de outros países, o que gera muitas discussões. Devido à severidade das leis, pode prejudicar, por exemplo, o acesso à cultura e à utilização educacional de obras protegidas por direitos autorais, uma vez que não são permitidas cópias físicas ou digitais para uso educacional ou científico.

A ideologia do movimento Cultura Livre deve servir como norte hermenêutico para a interpretação das licenças *Creative Commons*, uma vez que essas licenças possuem como objetivo a viabilização técnico-jurídica do movimento Cultura Livre no seu objetivo de alterar o regime dos direitos autorais.¹²

Outrossim, o *copyleft* consiste em um mecanismo jurídico que visa a garantir aos titulares de direitos de propriedade intelectual que possam licenciar o uso de suas obras, além dos limites da lei, ainda que amparados por ela.¹³

3 LICENÇAS CREATIVE COMMONS

Outro projeto importante é o *creative commons*, também criado nos Estados Unidos com a finalidade de expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre ela, compartilhando-as.

Essa licença visa a possibilitar que obras sejam reproduzidas, usadas e derivadas sem a necessidade particular e casuística de autorização expressa e escrita do autor originário; pretende-se, através dela, dinamizar a circulação, reprodução e derivação de obras, de forma a preservar os interesses dos seus criadores e oportunizar que a comunidade usufrua desta produção cultural.

As licenças permitem que o público tenha acesso às produções culturais com condições flexíveis. Essas licenças são jurídicas e permitem que qualquer pessoa as utilize, de modo que sejam abertas.

O Brasil foi o terceiro país a utilizar esse projeto, após a Finlândia e o Japão. Atualmente, mais de cinquenta países adotam esse sistema e o Brasil oscila entre o terceiro e quarto lugar.¹⁴

¹¹ MEDEIROS, Fernando Henrique Alves. **Análise do conflito entre o movimento Cultura Livre e defensores do direito autorial**. Disponível em: <http://ueadsl.textolivre.pro.br/2012.2/papers/upload/48.pdf>. Acessado em 30 out. 2018.

¹² SANTOS, Samory Pereira. **A interpretação das licenças *creative commons* de vedação de uso comercial diante do movimento cultura livre**. Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência. Org. CONPEDI. Coord. CUSTÓDIOA, Maraluce Maria. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 581.

¹³ SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na era digital**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



Esse projeto é conhecido como colaborativo, pois, a partir do uso do *creative commons*, o autor de qualquer obra intelectual ou qualquer obra de proteção de direito autoral pode licenciar suas obras por meio de licença pública, fazendo com que a coletividade utilize a obra dentro dos limites da licença escolhida pelo autor.

As licenças se apresentam na seguinte forma:

- a) Atribuição – CC BY: Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original. É a licença mais flexível de todas as licenças disponíveis. É recomendada para maximizar a disseminação e uso dos materiais licenciados.

A licença de mera atribuição cuida de preservar o direito moral do autor, a nomeação da obra, bem como a sua paternidade, abrindo-se mão dos seus direitos patrimoniais.¹⁵

- b) Atribuição – Compartilha Igual – CC BY-SA: Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos. Esta licença costuma ser comparada com as licenças de *software* livre e de código aberto “*copyleft*”. Todos os trabalhos novos baseados no seu terão a mesma licença, portanto quaisquer trabalhos derivados também permitirão o uso comercial. Esta é a licença usada pela Wikipédia e é recomendada para materiais que seriam beneficiados com a incorporação de conteúdos da Wikipédia e de outros projetos com licenciamento semelhante.

Essa licença, conhecida também como *copyleft*, obriga o autor da obra derivada a licenciá-la nos mesmos termos que a obra originária.

- c) Atribuição sem Derivações – CC BY-ND: Esta licença permite a redistribuição, comercial e não comercial, desde que o trabalho seja distribuído inalterado e no seu todo, com crédito atribuído a você.

Essa licença impede que os autores construam sobre a obra originária, mesmo que sejam licenciados nos mesmos termos.

- d) Atribuição-Não Comercial – CC BY-NC: Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, e embora os novos trabalhos tenham de lhe atribuir o devido crédito e não possam ser usados para fins comerciais, os usuários não têm de licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos.
- e) Atribuição-Não Comercial Compartilha Igual – CC BY-NC-SA: Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam a você o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.
- f) Atribuição-Sem Derivações – Sem Derivados – CC BY-NC-ND: Esta é a mais restritiva das nossas seis licenças principais, só permitindo que outros façam *download* dos

¹⁵ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 236.

seus trabalhos e os compartilhem, desde que atribuam crédito a você, mas sem que possam alterá-los de nenhuma forma ou utilizá-los para fins comerciais.¹⁶

Dessa forma, o *creative commons* autoriza a sociedade a usar a obra de acordo com os limites da licença escolhida pelo autor.

Fazendo um paralelo a este projeto, o artigo 49 da Lei de Direitos Autorais trata justamente sobre transferência de direitos do autor.¹⁷

Newton Silveira salienta que esse dispositivo trata da transferência de direitos patrimoniais do autor por meio de licença, concessão e cessão. A lei de direitos autorais não trata separadamente da cessão e da licença, como faz a lei de propriedade intelectual.¹⁸

Desta feita, no caso de o autor transferir sua obra a uma editora, ele deixa de deter os direitos patrimoniais e fica impedido de disponibilizar a obra pela licença *creative commons*, ao menos que a editora tenha dado uma autorização.

O *creative commons* trata-se de uma licença de uso e não transfere os direitos. O titular dos direitos continua sendo o mesmo; entretanto, quem viola a licença, viola também os direitos autorais.

4 NOVOS DESAFIOS DO LICENCIAMENTO DE DIREITOS DE AUTOR

Vale lembrar que o Brasil é um dos países em que os direitos de execução pública são geridos através de gestão coletiva de acordo com o artigo 99, da referida lei. O ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – formado pelas associações de titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos, é a sociedade encarregada dessa gestão, os demais direitos patrimoniais são geridos diretamente pelo titular.

Com a evolução tecnológica e o uso da internet mundialmente, se fez necessário buscar novas formas para o controle e a arrecadação dos direitos autorais. Aqui especificamente refere-se sobre a música. Dessa forma, o ECAD passou a reivindicar direitos de execução pública nas modalidades *simulcasting*¹⁹ e *streaming interativo*²⁰ ou *webcasting*²¹.

¹⁶ CREATIVE COMMONS BR. Disponível em: <https://br.creativecommons.org/licencas/>. Acessado em 28 set. 2018.

¹⁷ Lei 9610/98. Artigo 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)

¹⁸ SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis de direitos autorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁹ Abreviação de simultaneous broadcast no inglês, ou “transmissão simultânea”, no português, refere-se aos programas ou eventos de difusão em mais de um meio, ou mais de um serviço ao mesmo tempo. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Simulcast>. Acessado em 09 out. 2017.

²⁰ Vídeo ou áudio transmitido através da internet em que o arquivo fica armazenado na ‘nuvem’ sem a necessidade de realizar *download* para consumir o conteúdo. O termo ‘*streaming interativo*’ é aplicado para definir plataformas como Deezer e Spotify que permite o público escolher quando e qual o conteúdo deseja consumir. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/6820>. Acessado em 09 out. 2018.

²¹ Transmissão de áudio ou vídeo pela internet via *streaming*. Deriva do termo ‘broadcasting’, algo como ‘transmissão de radiodifusão’ na língua portuguesa. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/6820>. Acessado em 09 out. 2018.



Por decisão do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecido que *simulcasting* e *streaming interativo* são modalidades válidas. Essa decisão, que resultou em 08 (oito) votos a 01 (um) para o ECAD, faz com que surjam novas perspectivas para a cobrança de direitos autorais de execução pública no ambiente digital. A decisão concluiu que a transmissão de músicas por ‘webcasting’, ‘simulcasting’, ‘streaming’ e ‘streaming interativo’ encontram-se integradas ao conceito de execução pública, definido pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), sendo devida a cobrança por parte do ECAD. O escritório representa milhares de autores, músicos, intérpretes, produtores e editores.

Transcrevemos parte do acórdão do Resp. 1559264 – RJ (2013/0265464-7)²²:

O ministro lembrou que a decisão do STJ de reconhecer o caráter de execução pública no *streaming* de músicas via internet é condizente com o entendimento adotado em diversos países, tendo em vista o conceito de que a mera disponibilização de acervo musical pelo provedor já é ato suficiente para caracterizar a execução pública das obras protegidas por direito autoral.

Para o ministro Villas Bôas Cueva, a decisão do colegiado “prestigia, incentiva e protege os atores centrais da indústria da música: os autores”. O magistrado destacou que a receita proveniente dos serviços cresce “vertiginosamente” e que o movimento natural é o de buscar equilíbrio entre os interesses dos criadores musicais e das companhias que exploram a música. Decisão essa publicada em 01/06/2017 no DJe.

Outro ponto, que também deve ser analisado, trata de obras literárias e artísticas, pois estas, no mundo virtual, podem ser digitalizadas e disponibilizadas, permitindo assim o acesso por um grande número de internautas, com a possibilidade de exploração econômica e sem a necessidade da materialização.

Por outro lado, as tecnologias digitais permitem as criações de novas obras intelectuais como, por exemplo, a multimídia e ela pode ser formada por diversas obras de diferentes gêneros, como músicas, jogos, fotografias, etc., que interagem com programas de computador para alcançar a interatividade.

Sendo assim, essas obras multimídia se utilizam de obras intelectuais pré-existentes e são submetidas às leis de direitos autorais.

Nesse diapasão, Maria Luiza de Freitas Valle Egea afirma que:

As novas tecnologias e o desenvolvimento dos sistemas de comunicação alteraram de forma muito rápida a prática dos direitos autorais então vigentes, de forma que as legislações se viram obrigadas a adaptar-se para manter os direitos exclusivos dos titulares das obras intelectuais, em relação às novas formas de expressão e exploração de obras intelectuais²³.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73079463&num_registro=201302654647&data=20170601&formato=PDF. Acessado em 09 out. 2018.

²³ EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. **As novas formas de expressão das obras intelectuais nas tecnologias digitais e de comunicação e os direitos autorais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

É inegável que, com o avanço da tecnologia, o direito autoral vem se adaptando com esta evolução. Hoje vivemos a quarta era, como afirma Bobbio, a era das telecomunicações; contudo, da comunicação eletrônica advinda da internet, é importante que o direito caminhe ou ao menos tente caminhar lado a lado com essa evolução.

De acordo com a Lei de Direitos Autorais, o termo “licença” encontra-se no artigo 49, da lei 9610/98, como licenciamento, sendo como um meio de transferir a terceiro o direito de autor:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)

Sendo assim, a licença é vista como um negócio jurídico que visa a regular a forma em que se dá o uso, a distribuição, bem como os direitos patrimoniais do autor, sem cedê-los.

Uma diferença simples entre os contratos de cessão autorais e as licenças públicas, é que o polo passivo dos contratos de cessão pode ser uma ou mais pessoas e a licença trata o polo passivo de maneira genérica, podendo ser qualquer um que queira explorar os direitos autorais da obra tutelada²⁴.

Sendo assim, verifica-se que é necessária uma reforma na Lei de Direitos Autorais para adequá-la à atual sociedade, pois com a crescente digitalização de conteúdos e as atuais práticas sociais, como copiar em *blogs* textos retirados da internet, buscar uma imagem na rede e utilizar a mesma em uma apresentação de *Power Point*, gravar em MP3 *player* um conteúdo de um CD, colocar uma música disponível na rede de compartilhamento *peer-to-peer* (P2P)²⁵, podem parecer atos legais para a sociedade civil; porém, de acordo com a LDA, nenhuma dessas condutas é permitida.

Nesse diapasão, Jorge Renato dos Reis pontua:

(...) por meio de uma interpretação literal do regime atual de direitos autorais, qualquer usuário de internet pode ser transformado em um potencial infrator de direitos ou ainda, de maneira mais drástica, em um potencial criminoso.²⁶

Urge salientar que as redes *peer-to-peer* são o maior exemplo de inovação tecnológica que modifica a forma pela qual o usuário toma contato com a produção autoral, permitindo que

²⁴ SANTOS, Samory Pereira. **A interpretação das licenças *creative commons* de vedação de uso comercial diante do movimento cultura livre**. Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência. Org. CONPEDI. Coord. CUSTÓDIOA, Maraluce Maria. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 586.

²⁵ *Peer-to-peer* é uma arquitetura de redes de computadores em que cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central. As redes P2P podem ser configuradas em casa, em empresas e ainda na internet. Todos os pontos da rede devem usar programas compatíveis para ligar-se um ao outro. Uma rede *peer-to-peer* pode ser usada para compartilhar músicas, vídeos, imagens, dados, enfim qualquer coisa com formato digital. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>. Acessado em 19 nov. 2018.

²⁶ REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. **Direito Autoral e internet: uma análise sob a perspectiva do direito Civil-Constitucional**. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Propriedade intelectual e internet*, V. II. Curitiba: Juruá, 2011, p. 322.



todos os integrantes da rede possam trocar músicas, vídeos e imagens de forma desautorizada com grande facilidade.²⁷

Vale a pena contextualizar uma análise no que tange aos malefícios e benefícios que as novas tecnologias trazem para o direito do autor, tanto nas formas de exercício do direito autoral como nas formas de autorização concedidas a terceiros.

Nesse diapasão, Carlos Affonso Pereira de Souza pondera:

(...) através da DRM (*digital rights management systems*), os autores ou titular de direito autoral se valem da tecnologia para criar formas de controlar o seu direito de exclusividade. O uso de DRMs sobre obras intelectuais tem sido bastante desenvolvido, tanto no Brasil como no exterior, e a polêmica sobre os limites de inserção dessas medidas tecnológicas de controle dos direitos autorais tem obtido grande repercussão quando os referidos sistemas se tornam verdadeiras formas de restringir direitos que, não fosse pela trava tecnológica, poderiam ser legitimamente exercidos pelos usuários. Nesses casos, essas medidas tecnológicas de proteção (chamadas de *technological protection measures*, ou TPMs) têm sido alvo de críticas que buscam enquadrá-las como um ilícito contra o consumidor ou mesmo como um abuso do direito autoral.

E continua,

(...) o desenvolvimento tecnológico transforma a metodologia da exclusividade como fator de estímulo à produção intelectual, proporcionando cenários em que autores renunciam aos benefícios da exclusividade tal qual tradicionalmente concebida e permitem que terceiros tenham a mais ampla liberdade em utilizar suas obras. Nessas hipóteses, comprova-se a ascensão das chamadas obras colaborativas, um fenômeno típico dos últimos anos de desenvolvimento acentuado da Internet. Permitir a colaboração de terceiros, ao invés de exercer de modo restritivo a sua exclusividade, tornou-se uma ferramenta bastante difundida para gerar inovação em muitas comunidades interligadas pela Internet²⁸.

Uma breve explicação de obra colaborativa, de maneira exemplificativa, trata da *Wikipédia*:

A *Wikipédia* é um projeto de enciclopédia colaborativa, universal e multilíngue estabelecido na internet sob o princípio *wiki*. Tem como propósito fornecer um conteúdo livre, objetivo e verificável, que todos possam editar e melhorar. O projeto é definido pelos princípios fundadores. O conteúdo é disponibilizado sob a licença *Creative Commons BY-SA* e pode ser copiado e reutilizado sob a mesma licença – mesmo para fins comerciais – desde que respeitando os termos e condições de uso.

O *Software* colaborativo é de baixo custo e o compartilhamento, quase instantâneo de

²⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. 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, p 465.

²⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. 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, p. 466.

ideias, conhecimento e habilidades, têm feito o trabalho colaborativo drasticamente mais fácil. Não somente um grupo pode de forma barata comunicar-se e compartilhar ideias, mas o grande alcance da Internet permite a tais grupos facilitar a sua própria formação em primeiro lugar. Um exemplo disto é o movimento do *software* livre, que produziu o *Linux*, o *Mozilla Firefox*, o *OpenOffice.org*, entre outros.²⁹

Sendo assim, é possível, com essas hipóteses, que existam outras formas de estímulo à produção intelectual, que não apenas a restrição proprietária da regra constante dos artigos 28 e 29, da lei 9610/98.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com foco no direito de autor nos meios digitais, as licenças utilizadas como forma de divulgação e proteção da obra protegível.

Devido a evolução tecnológica que vem mudando dia após dia, faz com que as formas de proteção dos direitos autorais sejam adaptadas com essa sociedade para que manter protegido os direitos do titular da obra.

Atualmente a Internet sem dúvida é o principal meio de acesso entre o homem e os bens intelectuais, ela serve tanto para divulgar a obra intelectual com maior velocidade, como também fica vulnerável a violação dos direitos autorais, não que seja mais fácil a violação nesta seara, mas a divulgação de uma obra não autorizada pelo meio digital pode alcançar milhares de pessoas em questões de segundos.

As licenças de uso podem ser um das formas para liberar a cópia, comércio, etc. desde que sempre proteja a obra do autor. O *creative commons*, neste aspecto, se apresenta como uma alternativa viável para garantir os direitos autorais das obras colocadas no ambiente digital.

Pode se concluir que o direito autoral vem tentando se adaptar a transformação tecnológica e buscando sempre preservar o direito de autor, moldando as normas para que se adaptem às rápidas mudanças da sociedade.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 950.

²⁹ WIKIPEDIA. Software Colaborativo. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Colabora%C3%A7%C3%A3o_online. Acessado em 23 nov. 2018.



BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. de Carlos Nelson Coutinho, nova Ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, 10ª reimpressão.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação, sociedade e cultura**. Vol. 1. 3ª Ed., São Paulo: Paz e Terra. 2000. (Trad. Roneide Venancio Majer com colaboração de Klaus Brandini Gerhardt).

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.07.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** 2ª Ed. São Paulo: Editora 34. 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5. Ed., São Paulo, atlas, 2012, p.17.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MORATO, Antonio Carlos. **Os Direitos autorais e o marco civil da internet**. In *Direito & Internet*. Vol III.

CAPÍTULOS DE LIVROS

MORATO, Antonio Carlos. Os Direitos autorais e o marco civil da internet. In **Direito & Internet**. Vol III. São Paulo: Atlas. 2013, pp. 175-192.

SQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos dados pessoais e regras de conduta. In. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; FINKELSTEIN, Maria Eugênia (Org.). **Direito & Internet**. Aspectos jurídicos relevantes. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin. 2008, pp. 697-718.

ARTIGOS

LEMONS, Ronaldo; PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso; BRANCO, Sergio. Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. **Revista de Direito das Comunicações**, São Paulo. Vol. 1, N.1, p. 80-98. Jan./Jun. 2010.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulamentação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. **Revista AASP**, ano XXXII, nº 115, abril de 2012, p. 102.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Vol. 1, N. 122, pp. 297-302, Abr./Jun. 1994.

SILVEIRA, Clóvis. Internet e propriedade intelectual, nomes de domínio – conflitos com marcas – a experiência internacional. **Revista da ABPI**, n. 26, jan/fev 1997. P. 42-48.

THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, Razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. Vol. 261, pp. 203-251. Set./Dez. 2012.



DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.o 130/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento: 30/04/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-208 (05-11-2009).

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n.o 726681/RS. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 18/02/2013. DJe-040 (28/02/2013). Requerente Google Brasil Internet Ltda. Requerido Érico Esquerdo Rodrigues.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE n.o 663720/MS. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 13/06/2012. DJe-120 (19/06/2012) Requerente Promídia Comunicações Marketing e Propaganda Ltda-Me Requerido José Carlos da Silva Ceszek.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n.o 742224 ED/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 16/02/2012. DJe-037 (22/02/2012). Embargante Eduardi Banks dos Santos Pinheiro. Embargados Marcia de Almeida Rodrigues e Frase Feita Comunicação e Marketing.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE n.o 1.186.616 - MG (2010/0051226-3). Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23/08/2011. Recorrente Google Brasil Internet Ltda. Recorrido Alexandre Magno Silva Marangon.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE n.º 1.232.754 – RJ (2012/0005748-4). Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 19/07/2012. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida Grasielle Salme Leal.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE n.º 1.316.921 – RJ (2011/0307909-6). Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 26/06/2012. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida Maria da Graça Xuxa Meneguel.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 259482 – MG (2012/0245249-1). Relator Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 16/04/2013. Agravante Google Brasil Internet Ltda. Agravado Sette Informações Educacionais Ltda.

REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division). Davison v. Habeeb & Ors. [2006] EWHC 407 (QB). 25 nov 2011. Disponível em: http://www.bailii.org/ew/cases/E_WHC/QB/2011/3031.html(Acesso em: 17/05/2013)

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 200/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial comércio eletrônico, no mercado interno. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:NOT>(Acesso em: 17/05/2013)

TEXTOS EM MEIOS ELETRÔNICOS

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003. 244 p. (original: La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad. Madrid: Areté. 2001.). Veja também: www.edrev.info/reviews/revp49.pdf. Acesso em: 09/10/2018.

Edemocracia: Marco Civil. Disponível em: <http://edemocracia.camara.gov.br/web/marco-civil-da-internet>



(Acesso em: 17/05/2018).

MOLON, Alessandro. **Relatório do seminário sobre o Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www.a2kbrasil.org.br/wordpress/2013/04/relatorio-do-seminario-sobre-o-marco-civil-da-internet>. Acessado em 20/05/2018.

MINISTÉRIO DA CINÊNCIA E TECNOLOGIA. **Sociedade da Informação do Brasil**: livro verde. TAKAHASHI, Tadao (Org.). Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/18878.html> (Acesso em: 14/05/2018).

THOMPSON, Marcelo. **Privacidade versus direitos autorais no Marco Civil**, por Marcelo Thompson. São Paulo, 12 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/responsabilidade-privacidade-direitos-autorais-marco-civil> (acessado em 06/05/2018).

BRASIL. **Palácio do Planalto**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 04/03/2019.

BRASIL. **Cultura Digital**. Disponível em: www.culturadigital.br. Acesso em: 10/03/2019. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~is/abc/abc/node20.html>, Acesso em: 16 mai. 2019. Disponível em: <http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/TimBeLee.html>, Acesso em: 16 mai. 2019.

Comitê Gestor da Internet no Brasil, disponível in <http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/cod-autoreg-email-marketing.htm>, Acesso em: 16 mai. 2019.





A HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS COM A CONSTITUIÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

Eduardo Miceli Fanti Fajardo¹
Isabella de Souza Polillo Pinto²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar os direitos autorais sob o viés constitucional, suas relações com o momento vigente da metodologia civil-constitucional, abordando a funcionalização dos institutos de tutela dos direitos autorais.. A partir dessa perspectiva, pretende estabelecer os desafios do legislador para equilibrar os interesses individuais e coletivos num contexto de constantes evoluções tecnológicas.

Palavras-chave: 1. Direitos autorais. 2. Função social. 3. Interesse público.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, ápice do ordenamento jurídico pátrio³, alberga a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos⁴, inciso IX do artigo 5º. Este inciso, por si só, assegura ao indivíduo a possibilidade de seu exercício intelectual e o resultante aparecimento de novos bens na sociedade⁵. No mesmo artigo 5º, a Carta Magna garante aos autores, em seu inciso XXVII, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras pelo tempo prescrito em lei⁶. Assim, pela duração definida pelo legislador, observados os requisitos mínimos da Convenção da União de Berna⁷, a *forma de expressão*⁸ da ideia do autor, desde que ultrapasse o filtro da originalidade⁹,

¹ Bacharel e pós-graduando em Direito pela PUC-RJ; advogado inscrito na OAB/RJ

² Bacharelando em Direito pela PUC-RJ

³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 4.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 1

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, 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;”

⁷ A Convenção de Berna, internalizada pelo Decreto nº 75.699 de 6 de maio de 1975, estabelece em seu artigo 7º um prazo mínimo de proteção de cinquenta anos após a morte do autor

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 11-13

⁹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

será protegida e poderá seu criador exercer seu *direito de exclusivo*¹⁰ sobre a criação do espírito.

Destacam-se dois aspectos neste breve introito: i) os incisos IX e XXVII remetem à clássica bipartição dos direitos autorais nos seus aspectos *existenciais* e *patrimoniais*, e; ii) a relevância das criações do espírito e dos direitos autorais, tuteladas como direitos e garantias¹¹ individuais e coletivas. Acerca do primeiro aspecto, a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica encontra similitude com a visão da criação como uma extensão da personalidade de quem a criou – uma maneira de *entregar* sua expressão ao público¹². Aproxima-se dos *valores* da personalidade¹³ por se tratar da forma de expressão do âmago do seu originador, mas não se confunde¹⁴.

O inciso XXVII, por sua vez, diz respeito ao feixe patrimonial dos direitos autorais. Neste âmbito se encontra a *exclusividade* na exploração econômica da criação do espírito, uma forma de proteger e incentivar investimentos não só do autor, mas dos editores e livreiros aos quais o direito de cópia – *copyright* – foi concedido no nascimento dos direitos autorais¹⁵.

Há, portanto, uma hibridez que acompanha toda criação do espírito -- ao mesmo tempo que se aproxima da esfera dos valores da personalidade no seu caráter *existencial*, tramita também ao lado dos direitos reais, quando observamos seus aspectos patrimoniais¹⁶. Funcionam, assim, como verso e reverso de uma mesma moeda.

¹⁰ BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 53.

¹¹ “O artigo 5º da Constituição arrola o que ela denomina de direitos e deveres individuais e coletivos. Não menciona aí as garantias dos direitos individuais, mas estão também lá.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 35ª edição. p. 190)

¹² KANT, Immanuel. **Of the Injustice of Counterfeiting Books**. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 155-156.

¹⁴ “Antes de mais nada, a obra não é uma qualidade do autor. Ela é de fato uma criação do espírito e tem portanto necessariamente uma atividade humana na sua origem. Mas tem de ser exteriorizada, e uma vez exteriorizada já é um elemento estranho ao seu autor. O autor de uma poesia pode recitá-la, mas qualquer outra pessoa a pode recitar também; pode modificá-la, mas com isso não suprime a forma anterior que cada um de nós terá todo o direito até de preferir.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 14).

¹⁵ “O fato de os primeiros titulares de direitos exclusivos sobre obras literárias terem sido principalmente livreiros, em vez de autores, é citado por alguns estudiosos como uma espécie de “pecado original” do instituto jurídico do direito autoral, em especial no sistema *copyright*, denominação comumente associada à escola de pensamento anglo-saxã, em oposição à escola francesa do *droit d’auteur*. Ainda de acordo com essa perspectiva, o *copyright* teria nascido na Inglaterra, durante o reinado de Maria Tudor (1553-1558), em um acordo de conveniência firmado entre a realeza e uma associação de editores, a *Stationers’ Company*. O objetivo seria garantir privilégios econômicos a um determinado grupo de empresários, em troca de apoio político e da possibilidade de censura real sobre textos que de qualquer forma ameaçassem a segurança institucional da Coroa. Em especial entre autores latinos, é comum a opinião de que o sistema *droit d’auteur*, concebido pouco depois na França, teria sido responsável pelo rompimento do paradigma da titularidade originária do investidor (editor), transferindo ao autor os direitos sobre suas obras, na esteira humanista da Revolução de 1789. A partir dessa nova premissa, o autor – e não mais o investidor – assumiria o papel central, tanto no sistema *droit d’auteur* como no sistema *copyright*, embora diferenças “filosóficas” originais ainda se façam presentes nas particularidades de cada um.” (VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 29-31)

¹⁶ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

1.1 Os direitos autorais como direitos e garantias individuais e coletivas

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular do ordenamento jurídico. Elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é o “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹⁷. No atual momento da metodologia civil-constitucional, a proteção de tais direitos demanda que a interpretação das fontes normativas se submeta à tábua axiológica da Constituição¹⁸. Assim, o intérprete deve, em esforço constante, encontrar a harmonia das plúrimas fontes do Direito com os valores e conteúdos presentes no texto constitucional¹⁹, tratando o *estudo do Direito por problemas*²⁰ e sustentando um ordenamento jurídico complexo e unitário²¹.

Nesta atividade do intérprete, ganha proeminência o conceito de *função* dos institutos do Direito. Tal noção evoca uma visão finalística dos institutos; seus efeitos, utilidades, objetivos²². A função, ao mesmo tempo que escapa da noção de *estrutura*, ao lado dela caminha; a visão estrutural diz respeito à morfologia, ao seu esqueleto dentro do ordenamento jurídico. Conforme ensina Perlingieri, “o ‘como é’ evidencia a estrutura; o ‘pra que serve’ evidencia a função.”²³ Apenas para exemplificar de forma bastante elementar: a *estrutura* de uma cadeira é composta por pés, um assento e um encosto; a *função* de tal cadeira pode ser de assento, apoio de objetos, para usá-la para alcançar algo numa prateleira alta, ou, ainda, empregá-la em alguma criação autoral.

A *funcionalização* afasta os vetustos estudos do Direito como neutro, focado apenas no seu aspecto estrutural; ao analisar apenas a dogmática, ao se restringir ao direito positivo, ao invés de alcançar a desejada pureza metodológica e autonomia científica ao Direito, este se afasta das repercussões sociais e se torna hermético²⁴. É essencial conceber o *Direito em sociedade*, intimamente ligado aos diversos contextos – históricos, valorativos, sociais, religiosos – “com os quais e nos quais”²⁵ atua.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 35ª edição. p. 105.

¹⁸ OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Vol. 16, abr./jun. 2018, pp. 15-33. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 10.

²⁰ “O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes como, por exemplo, à saúde, etc.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 55-56)

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**, Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 11.

²² KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

²³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 94.

²⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

²⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2005. p. 35.



Não escapa da funcionalização os direitos intelectuais. O que for objeto proprietário e “todos objetos de exclusivas sobre bens incorpóreos – inclusive o direito autoral – está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum.”²⁶ Dentro do vasto estudo da função social da propriedade – que foge do escopo do presente ensaio – há um aspecto valioso a ser observado: a funcionalização da propriedade (e de demais institutos já há muito consolidados) não é uma violação, uma investida contra a propriedade, mas “uma forma de defendê-la.”²⁷ O exercício do direito proprietário precisa contemplar interesses que escapam da esfera individual do proprietário, superando a visão de direito absoluto, capaz de excluir terceiros com a prevalência *erga omnes* dos direitos reais²⁸. Hoje, sob a ótica de um solidarismo constitucional²⁹, a propriedade deve contemplar interesses de terceiros, e estes não necessariamente são de natureza patrimonial.

Como dito acima, os direitos autorais foram albergados no rol de direitos e garantias individuais e coletivas. Considerando o reconhecimento da função e da funcionalização dos institutos do Direito e da necessária recondução do intérprete à axiologia constitucional, é necessário ponderar de que forma os ditames da Carta Magna podem ser concretizados no âmbito dos direitos autorais. Para tal, é fundamental considerar o que segue: i) a dificuldade do equilíbrio do interesse particular do titular dos direitos patrimoniais do autor e o interesse público – e o embaçamento das fronteiras entre direito público e privado; ii) o direito autoral como política pública e as consequências das opções do legislador, em especial no contexto tecnológico vigente.

2 O DELICADO EQUILÍBRIO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO

A separação entre o direito público e o direito privado concebida na mocidade da Idade Contemporânea não resistiu à ação do tempo³⁰. No surgimento do Estado liberal, com objetivo de restringir o próprio exercício do poder público e garantir as liberdades individuais frente à potencial coerção estatal, o direito administrativo nasce como *oposição ao direito privado*³¹. Com o desenrolar dos acontecimentos históricos – em especial a percepção de que um abandono absoluto do indivíduo à mercê dos abastados gerava distorções na “autonomia”³² e as barbáries cometidas em nome da ordem jurídica durante a Segunda Guerra Mundial³³ –, a dignidade da

²⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual** - Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 250.

²⁷ KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principlização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdrcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

²⁸ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 36.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2014. p. 3.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem. p. 34-36.

³² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2014. p. 3-4.

³³ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 147-148.

pessoa humana e o indivíduo se tornam o cerne do ordenamento jurídico, com “a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana”³⁴. Assim, a imprescindibilidade do Estado intervir de forma a tutelar as vulnerabilidades inerentes à pessoa humana, de forma a defender os valores da personalidade e permitir o pleno desenvolvimento do indivíduo³⁵, por si só, rompe com a dicotomia do direito público e direito privado.

Agrava-se o embaçamento de tais fronteiras com o desenvolvimento tecnológico – com o *boom* de redes sociais, há a constante possibilidade de a esfera privada individual se tornar significativamente pública; o mesmo fenômeno se dá com uma replicação em massa de *reality shows*³⁶. Há uma “conquista do real pela sua ficcionalização”³⁷, na qual a pessoa “banal” ocupa espaços que antes eram de atores, e se tornam focos do interesse coletivo e fontes matriciais de entretenimento. Mais do que isso, há uma facilidade na troca *online* de dados, informações e conteúdos artísticos, científicos e literários, que dão publicidade a conteúdos e criações privadas que, antes do advento da *internet*, eram demasiado difíceis de acessar³⁸.

Nesse contexto estão inseridos os direitos autorais. Por excelência, a concessão de direitos de exclusividade finita³⁹ para exploração econômica da obra – o viés *patrimonial* do direito autoral – simboliza uma troca entre o titular e o público. Do lado do criador, lhe é facultado excluir terceiros da exploração do produto da sua atividade intelectual; do lado do público, há o acesso às criações artísticas, científicas e literárias, essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Nota-se, ainda, um equilíbrio entre os *direitos individuais e coletivos*: são individuais os direitos do autor, tanto no seu aspecto existencial quanto patrimonial; são coletivos o “conjunto de prerrogativas da sociedade, reservadas a todos os indivíduos, em conjunto, como, por exemplo, os direitos à educação, cultura, informação, liberdade de expressão e comunicação.”⁴⁰

Perceptível, portanto, que há um fino equilíbrio a ser observado e considerado no estudo e na aplicação dos direitos autorais. É um considerável desafio equilibrar os multitenários direitos patrimoniais do autor com os interesses da coletividade, sendo crucial avaliar “a conveniência do instituto”⁴¹ em face ao interesse público na informação, comunicação, pesquisa, ensino, difusão e cultura, como elencou José de Oliveira Ascensão. Ao consagrar no

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade**. In.: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Coord.: José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 373.

³⁵ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). Da dogmática à efetividade do Direito Civil - **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional** (IV Congresso do IBDCCVIL). Belo Horizonte: Editora Fórum, 1ª edição, 2017. p. 37-50.

³⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 8.

³⁷ MENDES, João Maria. **Culturas narrativas dominantes: o caso do cinema**. Universidade Autónoma de Lisboa. p. 19.

³⁸ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 7.

³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, XXVII – “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros **pele tempo que a lei fixar**.”

⁴⁰ SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 14.

⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamentos do Direito Autoral como direito exclusivo. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 50.



texto constitucional o direito à liberdade de expressão e a exclusividade da exploração da obra ao autor, era sabido, desde então, que tais direitos estariam sujeitos às limitações decorrentes do interesse público, da mesma forma que o oceano do domínio público ficaria restrito às ilhas de exclusividade⁴² por um prazo determinado⁴³.

2.1 As consequências das opções do legislador – o direito autoral como política pública

Destaca-se, entre os desafios da metodologia civil-constitucional, aquele de ampliar seu alcance e seus fundamentos para o campo legislativo, com “uma maior conscientização do Poder Legislativo (em suas três esferas) acerca do papel do direito civil na realização efetiva dos valores constitucionais nas relações privadas.”⁴⁴ Esta visão passa, necessariamente, pela compreensão de que a interpretação das fontes normativas exige a ponderação pelo filtro constitucional e pelas particularidades do caso concreto⁴⁵.

A Lei nº 9.610 de 1998, legislação específica que versa sobre direitos autorais e conexos, no seu texto, equilibra, inevitavelmente, os interesses individuais e coletivos, conforme discutido acima. Todavia, é crucial ponderar se a balança está calibrada ou se as opções normativas pesam mais de um lado em detrimento de outro. Há de se notar que, na aurora da proteção aos direitos autorais, em especial com o *Statute of Anne* editado em 1710 na Inglaterra, a tutela concedida é bastante limitada em termos de alcance – trata da mera possibilidade de negociação dos direitos de reprodução e edição da obra⁴⁶. Com o surgimento de novas mídias e novas tecnologias, há uma mudança de escopo em relação à extensão da faculdade de excluir terceiros: com o advento da *internet*, todos são capazes de fazer cópias⁴⁷. Torna-se uma tarefa hercúlea o simples encaixe dos modelos de proteção históricos – por ser justamente a forma pela qual “sempre foi feita”⁴⁸ – no hodierno contexto social e tecnológico.

Opta o legislador por replicar a proteção aos direitos patrimoniais (e, naturalmente, aos existenciais) sem a necessidade de registro⁴⁹; escolhe o prazo de setenta anos a contar do primeiro dia do ano subsequente à morte do autor para que findem os direitos de exclusivo

⁴² BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual** - Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 316.

⁴³ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. As limitações aos direitos autorais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 61.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos Nelson. O futuro do direito civil constitucional. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (Coords.), **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 225.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 55-56.

⁴⁶ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 36.

⁴⁷ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 139-141.

⁴⁸ LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property**. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

⁴⁹ Lei nº 9.610/98. Art. 18. “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.”



sobre a exploração econômica da obra⁵⁰; e; não exigem qualquer renovação periódica para a continuidade do exercício de direito de exclusivo, como se exige, por exemplo, no direito das marcas⁵¹. Tais escolhas protegem, evidentemente, os interesses particulares dos titulares dos direitos patrimoniais de determinada obra.

Em contrapartida, visando à preservação dos interesses da coletividade, estabelece o legislador *limites* aos direitos autorais no Capítulo IV, descaracterizando como ofensa, por exemplo, a reprodução de pequenos trechos feito pelo próprio copista, sem intuito de lucro; ou, ainda, a representação teatral e execução musical para fins didáticos ou em estabelecimentos de ensino, sem intuito lucrativo⁵². As hipóteses previstas nos artigos 46, 47 e 48 prestigiam a difusão de conteúdos artísticos, científicos e literários, contribuindo com o acesso à cultura, educação, informação e entretenimento, direitos e garantias individuais previstas no texto constitucional⁵³ -- devendo estes dispositivos serem interpretados de maneira extensiva⁵⁵.

Destarte, há uma evidente *função social* dos direitos autorais, e, portanto, seus titulares estão sujeitos às limitações impostas no seu exercício e fruição. Segundo Allan Rocha, “a efetivação da função social tem como objetivo principal a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade.”⁵⁴ Supera-se o patrimonialismo e o individualismo, e surge a preocupação com o interesse de terceiros na utilização de obras já estabelecidas para a consagração dos seus valores da personalidade, em harmonia com os ditames constitucionais.

Nota-se, portanto, que a *forma* pela qual o legislador opta por equilibrar os interesses individuais e coletivos acerca dos direitos autorais tem impactos significativos na sociedade. Ao eleger prazos, maneiras de exercício dos direitos concedidos pelo texto constitucional, limitações, é estabelecida uma *política pública* – as opções do Estado acerca de determinada matéria e seus impactos nos indivíduos. É fundamental, todavia, questionar se a vigente política pública

⁵⁰ Lei nº 9.610/98, 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. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.”

⁵¹ Lei nº 9.279/96. Art. 133. “O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.”

⁵² Lei nº 9.610/98. Art. 46. “Não constitui ofensa aos direitos autorais: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; 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;”

⁵³ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁵⁵ Enunciado 115 da III Jornada de Direito Comercial de 2019: “As limitações de direitos autorais estabelecidas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88.”

⁵⁴ SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.



de exclusividades e os direitos que lhe acompanha sobrevive ao presente momento histórico ou se é a mera reprodução de institutos há séculos estabelecido e consolidado⁵⁶.

2.2 As dificuldades da harmonização constitucional e a vigente estruturação dos direitos autorais

Qualquer criação é um reflexo do contexto na qual a sociedade está inserida⁵⁷. De forma a atingir seu pleno desenvolvimento e consagrar a dignidade da pessoa humana que ancora toda a ordem jurídica, o indivíduo emprega sua atividade intelectual para a criação de novos bens, que foram embebidos da construção histórico-social até o momento de sua concepção⁵⁸. Inevitavelmente, ideias já difundidas e percebidas servirão de insumo nas novas criações, que, com um mínimo de originalidade⁵⁹, serão dignas da proteção autoral.

Complica-se a questão quando um criador utiliza duas (ou mais) criações do espírito para gerar um novo bem intelectual – como o caso dos *mash-ups*, nos quais um artista une diferentes elementos musicais de diversas fontes para criar uma nova faixa, distinta, perpassando o quesito da originalidade. Indubitavelmente este originador teve uma expressão artística digna de tutela, exercendo sua liberdade de expressão constitucionalmente estabelecida e participando da cultura e do entretenimento naquela sociedade, modificando matérias-primas e atingindo um resultado distinto. Agora, quando o titular de um dos direitos das obras-fonte de tal *mash-up* consegue restringir e embarreirar tais criações, sem que haja necessariamente um prejuízo patrimonial⁶⁰, se torna virtualmente impossível que o indivíduo se expresse livremente. Quando paira a ameaça de um possível litígio patrocinado pelos titulares de direitos patrimoniais valiosíssimos, hiperssuficientes economicamente, em face de um criador individual, sem os “bolsos fundos” para sustentar um longo imbróglio judicial⁶¹, é perceptível o descompasso com os ditames constitucionais.

Percebe-se este desequilíbrio, também, na adoção irrestrita dos mesmos prazos de duração dos direitos patrimoniais sem qualquer análise de circunstâncias. Um *hit* cultural goza do mesmíssimos prazos de exploração econômica exclusiva que uma obra malsucedida e que rapidamente sai do circuito comercial: o máximo⁶². Há de perguntar de que maneira o interesse público está contemplado quando é necessário esperar, no Brasil, setenta anos da morte do autor para que se empregue uma transformação criativa mais significativa do que

⁵⁶ LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property**. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

⁵⁷ BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 56.

⁵⁸ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 23.

⁵⁹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

⁶⁰ RIP! Um Manifesto do Remix. Direção: Brett Gaylor, Produção: Daniel Cross, Mila Aung Thwin, Ravida Din, Sally Bochner. Canadá, 2008. 80 min.

⁶¹ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press. 2004. p. 186-188.

⁶² LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 134.

as previstas na letra da lei – isso, claro, sem o receio de estar à sua margem. Encurtam-se os espaços do exercício da liberdade de expressão e a conseqüente difusão da cultura, informação e entretenimento. É possível arguir, indubitavelmente, que a exclusão apriorística segue a ultrapassada subsunção à norma, a um “esquema formal vazio”⁶³; a possibilidade de notificar e “derrubar” conteúdos *online* sem qualquer espécie de análise do caso concreto⁶⁴ é uma afronta à liberdade de expressão.

O mesmo pode ser dito das discussões relativas ao polémico artigo 13 da *European Union Directive on Copyright in the Digital Single Market*, que visa um *filtro prévio* pelas plataformas que albergam mídias criadas por usuários para, em tese, combater o uso de conteúdos protegidos por direitos exclusivos⁶⁵. Não só tal decisão onera as plataformas que potencializam a expressão e consagram o desenvolvimento da pessoa humana, como uma *automação* da aplicação, de maneira prévia, não se coaduna com os valores constitucionais – muito pelo contrário.

As dificuldades de harmonização entre os valores constitucionais e a vigente estrutura de direitos autorais passa também pela ainda amplamente aceita noção de *proteção do investimento e contraprestação pecuniária* como fundamento da exclusividade⁶⁶: seria um *estímulo* aos criadores. Quando a *internet* permite que indivíduos empreguem sua atividade intelectual de forma colaborativa e sem intenção de qualquer lucro – como no caso da Wikipédia – o viés utilitarista entra em xeque⁶⁷. Da mesma maneira, a mera justificativa econômica não leva em consideração o valor imaterial que determinadas obras ganham quando consumidas pelo público; como mensurar o aspecto extrapatrimonial de uma gama de leitores que, em contato com certa criação do espírito, consegue dar um passo do seu projeto próprio de desenvolvimento da pessoa humana. Como coloca Mark A. Lemley, qualquer que seja o valor patrimonial que J.K. Rowling ganhe como titular dos direitos exclusivo de sua criação, certamente ele é superado pelo valor *coletivo* que seus leitores e criadores de *fan fiction* recebem da criação autoral⁶⁸.

Muito embora o aspecto extrapatrimonial esteja consolidado e consagrado no feixe *existencial* do autor, permitindo ao criador de reivindicação da paternidade da obra, de se opor à deformação, mutilação ou dano à sua criação e se resguardar de danos à sua honra ou repu-

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 60-63.

⁶⁴ Termos de serviço do YouTube. 25 de maio de 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>

⁶⁵ FOX, Chris. **What is Article 13? The EU's copyright directive explained**. Disponível em <https://www.bbc.com/news/technology-47239600>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

⁶⁶ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 29.

⁶⁷ BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006. p. 5-7.

⁶⁸ LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property**. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 13 de junho de 2019.



tação⁶⁹, este âmbito ainda é eminentemente *individual*. Compreender o valor extrapatrimonial de determinada criação do espírito e seus impactos dessa natureza na *coletividade* é de vital importância para que o instituto dos direitos autorais se adapte ao atual momento tecnológico e, simultaneamente, se alinhe às diretrizes e valores da Constituição Federal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura vigente dos direitos autorais ainda reflete a lógica tecnológica da sua concepção, uma resposta à Revolução Industrial. Os institutos não evoluíram a ponto de abarcar as novas formas de produção de conteúdo, de compartilhamento e criação de criações do espírito, ou, ainda, das particularidades técnicas das novas tecnologias⁷⁰. É uma tarefa hercúlea reproduzir os fundamentos de uma proteção ao direito de cópia (*copyright*), por exemplo, quando o paradigma vigente é justamente uma tecnologia na qual a cópia é uma condição *sine qua non* para o seu funcionamento⁷¹.

Os direitos autorais devem, também, aderir aos valores adotados pela Constituição Federal. Abarcar, no seu conteúdo, a dignidade da pessoa humana como pedra angular do ordenamento jurídico e compreender que a interpretação das fontes normativas pelo filtro constitucional é uma forma de *potencialização* destas⁷². É tarefa do legislador infraconstitucional, na sua atividade, colocar o desenvolvimento da pessoa humana como objetivo do ordenamento jurídico⁷³, e permitir que a aplicação das fontes normativas se adapte ao caso concreto e escape da subsunção à norma; não há mais como aplicar o vetusto brocardo *in claris non fit interpretatio* – pelo contrário, a clareza da lei não pode jamais surgir *a priori*, mas sim como um *resultado* da interpretação⁷⁴.

A adaptação à lógica tecnológica vigente e à metodologia civil-constitucional atendem ao mesmo propósito: permitem a criação de novas obras artísticas, científicas e literárias que cumprem não só o papel da concretização interna do indivíduo e sua liberdade de expressão, mas movimentam e avançam a cultura, a informação, a educação, o entretenimento. A compre-

⁶⁹ Convenção da União de Paris, Artigo 6, *bis*, internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 75.699 de 6 de maio de 1975.

⁷⁰ WACHOWICZ, Marcos. **Direito autoral, recursos educacionais e licenciamentos criativos**: acesso à cultura, ao conhecimento e à educação. Em Aberto, Brasília, v. 28, n. 94. Jul/Dez 2015

⁷¹ BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 53, December 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=470883>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**, Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 11.

⁷³ SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos Nelson. O futuro do direito civil constitucional. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (Coords.), **Direito Civil Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016, p. 225.

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 72.

ensão das particularidades das novas mídias e novas formas de autoria⁷⁵ consagram a missão constitucional de permitir o pleno desenvolvimento do indivíduo e consagram os valores da sua personalidade.

Assim, é fundamental que as formas de tutela dos direitos autorais – em especial no seu feixe patrimonial – sejam rediscutidas de maneira franca, submetendo-a aos valores constitucionais, sem ignorar as particularidades das novas formas de produção e compartilhamento das criações do espírito. A manutenção sem questionamento das mesmas práticas de proteção dos direitos patrimoniais do autor, da mesma forma que tem sido feita desde sua concepção, é um dos grandes empecilhos para que criadores consigam, livremente, gerar novos bens para a sociedade e atingir seus pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

Bibliografia tradicional

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980.
- _____. *Fundamentos do Direito Autoral como direito exclusivo*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual** - Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). Da dogmática à efetividade do Direito Civil - **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional** (IV Congresso do IBDCIVIL). Belo Horizonte: Editora Fórum, 1ª edição, 2017. p. 37-50.
- BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006.
- BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2005.
- HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2003

⁷⁵ CARBONI, Guilherme. Direitos autorais e novas formas de autoria: processos interativos, meta-autoria e criação colaborativa. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**, Ano I, Vol. I. Coordenação de Fábio de Sá Cesnik e José Carlos Magalhães Teixeira Filho. jan./jun., 2015 Disponível em https://www.academia.edu/20018505/Direitos_Autorais_e_Novas_Formas_de_Autoria_Processos_Interativos_Meta-Autoria_e_Cria%C3%A7%C3%A3o_Colaborativa. Acesso em: 22 set. 2019.



LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004.

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, João Maria. **Culturas narrativas dominantes: o caso do cinema**. Universidade Autónoma de Lisboa.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In.: **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional**. Coord.: José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. As limitações aos direitos autorais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2014.

SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos Nelson. O futuro do direito civil constitucional. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (Coords.), **Direito Civil Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 35ª edição.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**, Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito autoral, recursos educacionais e licenciamentos criativos: acesso à cultura, ao conhecimento e à educação**. Em Aberto, Brasília, v. 28, n. 94. Jul/Dez 2015

Referências extraídas da internet

BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 53, December 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=470883>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

CARBONI, Guilherme. Direitos autorais e novas formas de autoria: processos interativos, meta-autoria e criação colaborativa. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**, Ano I, Vol. I. Coordenação de Fábio de Sá Cesnik e José Carlos Magalhães Teixeira Filho. jan./jun., 2015 Disponível em https://www.academia.edu/20018505/Direitos_Autorais_e_Novas_Formas_de_Autoria_Processos_Interativos_Meta-Autoria_e_Cria%C3%A7%C3%A3o_Colaborativa. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

FOX, Chris. **What is Article 13? The EU's copyright directive explained**. Disponível em <https://www.bbc.com/news/technology-47239600>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.



KANT, Immanuel. **Of the Injustice of Counterfeiting Books**. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property**. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Vol. 16, abr./jun. 2018, pp. 15-33. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

RIP! Um Manifesto do Remix. Direção: Brett Gaylor, Produção: Daniel Cross, Mila Aung Thwin, Ravida Din, Sally Bochner. Canadá, 2008. 80 min. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=quO_Dzm4rnk. Acesso em: 25 set. 2019.

Referências legislativas

BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988.

_____. **Lei de Direitos Autorais**, Lei nº 9.610/98.

_____. **Lei de Propriedade Industrial**, Lei nº 9.279/96.

_____. **Convenção da União de Berna**, Decreto nº 75.699.





DIREITO AUTORAL DE SOFTWARES DESENVOLVIDOS EM CROWDSOURCING: CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE SUA PROTEÇÃO ATRAVÉS DE SMART CONTRACT

Samyr Béliche Vale¹

Carlos Anderson dos Santos Ferreira²

RESUMO: A Internet tem sido palco para o surgimento de novas profissões e novos modelos de negócios. Um dos destaques é o *crowdsourcing*, modelo largamente utilizado por empresas e profissionais da indústria de softwares, caracterizado pelo fato de diversos especialistas interagirem remotamente entre si, por meio de um sistema *Web*, na produção colaborativa do software. Em razão da especificidade desse modelo de trabalho, a proteção do direito autoral do código fonte desenvolvido por cada participante do *crowdsourcing* é um grande desafio o direito. Em razão disso, o presente artigo tem como objetivo discutir as condições e possibilidades de proteção do direito autoral através da utilização de *smart contracts*. Para tanto, far-se-á um breve panorama do *crowdsourcing* na atualidade, destacando seu propósito de ser uma alternativa eficaz da matriz de metodologias ágeis para o desenvolvimento de softwares em metodologia colaborativa. Em seguida, serão abordadas as principais características da tecnologia *blockchain* e dos *smart contracts*; e no final, pretende-se demonstrar como os *smart contracts* constituem instrumento adequado para a proteção do direito autoral de criações colaborativas, garantindo segurança jurídica para o desenvolvimento tecnológico brasileiro. Para esta análise, serão utilizados os métodos hipotético-dedutivo e bibliográfico a partir das teorias tecnológicas e jurídicas acerca dos temas abordados.

Palavras-chave: *Crowdsourcing*; Direito Autoral; *Smart Contract*; *Software*

INTRODUÇÃO

A Internet não só se consolidou como meio de comunicação universal e plataforma de acesso a uma plêiade de serviços digitais disponíveis nas mais variadas áreas do conhecimento humano – nas esferas pública e privada –, como também criou novos modelos de negócios.

Castells (2018) aduz que a revolução tecnológica induziu um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura. Para o renomado sociólogo, vivencia-se

¹ Doutorado em Ciência da Computação (Informatique) pela Université d'Angers - França (2009), mestrado em Engenharia de Eletricidade com área de concentração em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Maranhão (2004) e graduação em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Maranhão (2001).

² Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça na Universidade Federal do Maranhão. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Docente no Centro Universitário Dom Bosco (UNDB), em São Luís/MA. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

um paradigma da tecnologia da informação, onde não só os processos são reversíveis, como as empresas podem ser modificadas e reprogramadas. Essas empresas se aliam, por meio de softwares e de redes de comunicação, integrando-se em projetos de cooperação para criar uma nova economia que o autor denomina de Sociedade Informacional (CASTELLS, 2018).

A convergência de todas as tecnologias disponíveis, através de interações físicas, digitais e biológicas caracteriza os dias da Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016). Bloem *et al.* (2014) identificam que esta revolução se deu pela presença dos sistemas ciber-físicos, onde máquinas inteligentes e seres humanos trabalharão, em conjunto, no desenvolvimento das tarefas do futuro³. Para os autores, os novos negócios estão sendo desenvolvidos à medida que a capacidade de estabelecer *links* virtuais aumentam.

Dentre os inúmeros modelos de desenvolvimento de negócios construídos a partir da revolução tecnológica, o *Crowdsourcing* destaca-se em virtude de que se sustenta na interatividade digital entre diversos parceiros espalhados pelo globo. Esse modelo tem sido usado como uma plataforma promissora para o desenvolvimento de software colaborativo.

Em virtude da amplitude de áreas de conhecimento atingidas pela possibilidade de automatização de serviços e processos, por meio de programas de computador, a Engenharia de Software se torna cada vez mais transdisciplinar.

Para se desenvolver um software é necessário, para além dos aspectos do próprio sistema, o conhecimento do domínio do negócio. Como o software é um instrumento tecnológico abstrato, aplicado a qualquer área do conhecimento humano, o desenvolvimento da sua lógica computacional – que automatizará processos no nicho pretendido – envolve a atuação de diferentes atores, dentre eles: os especialistas do próprio negócio e os especialistas em desenvolvimento de sistemas. Para codificar a lógica de negócios de um sistema, é necessário que o programador compreenda os processos reais, *i.e.* a atividade humana que deseja incumbir ao computador a sua execução.

Conhecer um domínio para propor soluções computacionais não se constitui em uma tarefa trivial, portanto, muitas empresas de desenvolvimento de softwares especializam-se em nichos específicos. Um desenvolve para área de recursos humanos, outras para o comércio, educação, telecomunicações, jogos, transporte, saúde, finanças, dentre outros.

Para além disso, mesmo circunscrito a um determinado nicho de conhecimento específico, ainda há uma série de competências adicionais à lógica de negócios, que precisam ser fornecidas pelos programas atuais. Trata-se de recursos de segurança, aprendizagem, adaptabilidade, interfaces, animação, gestão de consumo de energia, recursos de acessibilidade, suporte a rede, tolerância a falhas, dentre outros. Hodiernamente, as *software houses* e programadores se especializam no

³ Para Medeiros (2017, p. 76), “a automatização ou mecanização, isto é, o uso de máquinas para executar atividades, foi um dos fenômenos particulares à sociedade industrial. Se outrora utilizada para substituir o trabalho físico realizado pelo homem, a automatização passa a ocorrer também em relação à informação. A automatização da informação ou informática, realizada pelo uso de computadores, é exemplar da sociedade informacional. O computador e seus programas tornaram a manipulação da informação mais veloz e precisa, expandindo as possibilidades de uso desta pelo homem.



desenvolvimento de soluções, para que atendam individualmente a cada um desses aspectos.

Portanto, o desenvolvimento de um software – que permita o acesso aos mais variados recursos tecnológicos disponíveis e necessários – envolve a agregação de várias partes (módulos, componentes, estruturas, bibliotecas) que atendam aos requisitos da modernidade.

A complexidade do processo de desenvolvimento de software tornou-se, com o passar dos anos, cada vez mais intrincada e experimentou aumento considerável de custos para o investimento em pessoas com qualificação especializada.

Assim é que com o avanço dos recursos de interação promovidos pela Internet e seus novos paradigmas de negócio, surge o modelo de gestão de pessoas/conhecimentos na arte de desenvolver sistemas, o *crowdsourcing*. O *crowdsourcing* amplifica a terceirização para o ambiente global da Internet. Os serviços de terceiros podem ser contratados na nuvem e a colaboração para o desenvolvimento de sistemas dá-se em escala mundial, por meio de plataformas de desenvolvimento colaborativo.

Como bem lembra Medeiros (2017, p. 76), “as novas tecnologias proporcionam o surgimento de novos tipos, formas de armazenamento, transferência e produção de informação”, daí porque se fala que atualmente a informação é essencialmente imaterial, “ubíqua ou desterritorializada, e encontra-se em todo e qualquer lugar e objeto. Dessa forma, tem como corolário básico a liberdade, que é acentuada pelas novas tecnologias de informação e comunicação” (MEDEIROS, 2017, p. 77).

Para desenvolver um jogo, por exemplo, a empresa de desenvolvimento pode codificar a lógica de negócios (regras do jogo), e pode recrutar – na plataforma do *crowdsourcing* – um parceiro de negócios que codifique a interface do jogo (cenas), assim como outro para programar os recursos de segurança ou os de comunicação em rede. Assim, no desenvolvimento colaborativo todos os integrantes da equipe inserem, no código fonte da aplicação, sua parte do código desenvolvida.

Vários programadores podem, ademais, compartilhar as atividades de codificação de um mesmo trecho de código fonte. É o que pregam, por exemplo, as Metodologias Ágeis de Desenvolvimento de Software (e.g. Programação Extrema, Scrum) que definem – em suas abordagens – o desenvolvimento colaborativo e o reuso de código.

Empresas de segurança da informação tem utilizado o ambiente de *crowdsourcing* para desafiar programadores – espalhados pela Internet – a quebrar seus sistemas de segurança ou a propor modelos mais avançados para seus sistemas, com vultosas premiações para os novos talentos que apresentarem avanços.

Importante salientar que, um dos principais problemas enfrentados no desenvolvimento colaborativo versa sobre o direito autoral do código fonte desenvolvido por cada colaborador, haja vista que em ambiente compartilhado de desenvolvimento, todos manipulam o código para inserir as rotinas computacionais do seu âmbito de competência.



Questiona-se como em um ambiente de *crowdsourcing*, que permite o desenvolvimento de um software com a interação de uma gama de profissionais atuando nos diferentes elementos constituintes da aplicação, podem ser resguardados os direitos autorais do produto intelectual de cada especialista?

O presente trabalho pretende discutir sobre o uso de *smart contracts* para registro de código de softwares desenvolvidos em *crowdsourcing*. O registro dos contratos em cadeias de blocos de consenso, bem como a estipulação contratual de cada tarefa a ser executada tornar-se-ão instrumentos importantes para preservar a criação de cada um dos envolvidos.

Propõe-se, portanto, uma análise sobre a utilização de *smart contracts* para o registro do código desenvolvido por cada programador no modelo de *crowdsourcing*, garantindo-se proteção de seu patrimônio intelectual.

O presente artigo está organizado como se segue. Na primeira parte serão discutidos os principais conceitos de *crowdsourcing*, bem como sua utilização para o desenvolvimento colaborativo de software. Ademais, esta seção também relatará os desafios da proteção do direito do autor, do código fonte desenvolvido por cada colaborador do modelo.

Na sequência, será analisada a tecnologia dos *smart contracts*, bem como das redes de cadeias de consenso (*blockchain*), utilizadas para proteção de registros e garantia de autenticação.

Por sua vez, a aplicação dos *smart contracts* como instrumento de garantia do direito autoral do código fonte desenvolvido por cada programador em *crowd* será discutida na última parte do trabalho. E, ao final, serão apresentadas as conclusões do presente artigo.

1 CROWDSOURCING

Na década passada, um dos modelos mais utilizados para resolver o desafio do trabalho colaborativo no desenvolvimento de produtos ou serviços era o *outsourcing*. Com este modelo de desenvolvimento, partes do sistema a ser desenvolvido era terceirizada. Empresas e profissionais compunham uma grande equipe de desenvolvimento.

Os anos 90 foram caracterizados pela difusão da Internet, enquanto rede mundial de comunicação aberta e interoperável, e pela popularização dos microcomputadores ou *personal computers* (PC). Essas mudanças, no cenário tecnológico, culminaram – igualmente – na necessidade de propagação do uso de softwares para áreas até então não atingidas, haja vista que em décadas anteriores, o software era utilizado em nichos bem específicos, sobretudo no meio acadêmico.

Hodiernamente, o software⁴ tem sido instrumento de uma verdadeira transformação

⁴ Utiliza-se aqui o conceito defendido por Medeiros (2017, p. 209), segundo o qual software consiste “num conjunto de instruções orientadas em linguagem específica para um computador de forma que ele execute uma determinada função ou alcance de um resultado esperado”. Segundo a autora, portanto, esse conceito possui três aspectos fundamentais: a) conjunto de instruções; b) linguagem; e c) execução de uma função ou alcance de um resultado.

tecnológica, assim como as redes sem fio e os novos dispositivos computacionais portáteis, utilizados para automatizar atividades em todas as áreas do conhecimento humano. Ser humano e tecnologia se misturam e se confundem em uma 4ª Revolução Industrial, na qual a tecnologia da informação é para esta revolução o que as fontes de energia foram para a sociedade industrial (CASTELLS, 2018).

No âmbito da indústria de desenvolvimento de sistemas houve também a necessidade de grandes mudanças. Sommerville (2016) aduz que o software desempenha um papel central para o avanço tecnológico e que é necessário desenvolver a Engenharia de Software⁵ para atender a demanda de novos programas. Como o software é abstrato (não se prende a limitações físicas do hardware), pode se tornar, rapidamente, extremamente complexo.

Para o referido autor, não há métodos ou técnicas de desenvolvimento universal para esta disciplina da Computação, pois diferentes tipos de software requerem diferentes abordagens de desenvolvimento (SOMMERVILLE, 2016, p. 18). Nada obstante, a Engenharia de Software visa o desenvolvimento profissional de programas de computador⁶, e não o seu desenvolvimento individual.

No início da década passada, como resposta aos novos modelos de negócios que surgiam – sobretudo impulsionados pelos inúmeros recursos disponibilizados pela Internet –, um conjunto de notáveis programadores e engenheiros de software⁷ criou uma nova abordagem para o desenvolvimento de software. Essa abordagem, denominada de Metodologias Ágeis de Desenvolvimento, nasce com o propósito de atender às novas demandas para a construção de sistemas, quais sejam: concepção ágil, foco na produção de código (em detrimento à produção de documentos), rápida manutenção e evolução (em resposta ao dinamismo das mudanças na própria lógica dos negócios das empresas).

As Metodologias Ágeis (e.g. *Extreme Programming*, *SCRUM*, *Test Driven Development*, *Behavior Driven Development*, dentre outros) ganharam relevância ao longo dos anos, e – hodiernamente – tem sido utilizadas para desenvolver a maioria dos softwares existentes, nas mais diversas áreas de domínio.

Um dos pilares dessas metodologias é o desenvolvimento colaborativo, onde uma equipe de programadores compartilha o ambiente de desenvolvimento para, conjuntamente, digitar o código fonte da aplicação de maneira interativa. O software nasce dessa colaboração – baseado nas experiências profissionais de cada programador –, uma vez que as fases que antecedem a codificação, como a de captura de requisitos e a de projeto são mitigadas nessas abordagens, com documentação quase inexistente.

⁵ A Engenharia de Software, envolve metodologias, técnicas e processos para auxiliar o desenvolvimento de um programa de computador (com documentação associada), cobrindo todos os aspectos de sua produção, desde sua concepção inicial, até sua operação e manutenção (SOMMERVILLE, 2016, pp.19, 20).

⁶ Os termos software, sistema e programa de computador, são utilizados na literatura como sinônimos (adotar-se-á esse padrão no presente artigo). Nada obstante, tecnicamente, software é constituído de um programa de computador, sua documentação associada, bibliotecas, site de suporte e seus dados de configuração (SOMMERVILLE, 2016, p. 19).

⁷ Em 2001, um grupo de 17 especialistas, dentre os quais Kent Beck e Robert Martin, elaboraram o Manifesto Ágil, com o intuito de aplicar melhores e mais adaptadas práticas ao desenvolvimento de softwares. O Manifesto Ágil pode ser acessado em: <https://www.agilealliance.org/agile101/the-agile-manifesto/>.



Essa breve digressão histórica, na concepção de sistemas computacionais se faz profícua para a contextualização do objeto do presente estudo, conforme se passa a discorrer a seguir.

O desenvolvimento colaborativo apregoou que no desenvolvimento compartilhado (característica das Metodologias Ágeis), a propriedade do software é coletiva (*Collective Ownership*)⁸. Robert Martin (2003), no entanto, não nega a existência de especialistas na equipe de desenvolvimento, acrescentando sua produção individual.

Nesse interregno, surge um novo modelo de negócios aplicado ao desenvolvimento de software, o *Crowdsourcing*.

Brabham (2013) assevera que a coisa mais notável da Web 2.0, não foram as tecnologias, mas a maneira como elas estão redesenhando as relações entre as pessoas e as organizações. Para ele, o *Crowdsourcing*⁹ une dois conceitos interessantes, quais sejam: o *outsourcing* (terceirização) e o *crowd* (multidão).

No modelo de negócios do *crowdsourcing*, parceiros de negócios ou empresas, podem desenvolver softwares em um ambiente de desenvolvimento colaborativo, no qual especialistas espalhados pelo mundo, interagem entre si, via Web, na codificação de novos sistemas computacionais.

Apesar da enorme possibilidade de interação e trocas de experiências neste novo modelo de negócios, aplicados também à indústria de desenvolvimento de software, importante questão se poussa. Como garantir o direito autoral da lógica de programação implementada, por cada um dos participantes, no código fonte desenvolvido em um cenário colaborativo? Faz-se necessário, nesse cenário, que a propriedade, ou melhor o direito autoral – à luz da legislação pátria – seja necessariamente coletivo?

Tal obrigatoriedade culminaria em grande obstáculo ao desenvolvimento em *crowdsourcing*, haja vista que a complexidade¹⁰ existente nos atuais softwares desenvolvidos envolve o conhecimento de múltiplos profissionais que atuam e desenvolvem soluções para múltiplas facetas dos sistemas computacionais. Em um mesmo software tem-se recursos de distribuição, mobilidade, interface, segurança, tolerância a falhas, técnicas de inteligência artificial, aprendizagem de máquina, dentre outros. Cada parte ou componente do programa resume o conhecimento de um ou de uma equipe de profissionais, que registram suas lógicas computacionais em trechos de códigos fonte compartilhados.

⁸ Na Propriedade Coletiva, ninguém é autor de um módulo do sistema, todos devem ter a capacidade de colaborar em todas as camadas do software. “Ninguém tem mais autoridade sobre um módulo ou tecnologia que qualquer outro” (MARTIN, 2003, p.14).

⁹ Brabham (2013, p. XIX), definiu *Crowdsourcing* como “um modelo de produção e de solução de problemas distribuído e online, que potencializa a inteligência coletiva das comunidades em rede, para alcançar objetivos organizacionais específicos” (tradução nossa).

¹⁰ De acordo com Medeiros (2017, p. 90), “um sistema complexo é definido com um grande número de partes ou unidades que interagem vigorosamente entre si formando um todo, que nenhuma das partes separadas possui sozinha. Ele surge justamente dos fluxos e conexões entre tais partes, o que resulta na impossibilidade de estudos elementos de forma isolada”.



Por exemplo, no desenvolvimento de um jogo eletrônico há o especialista que desenvolve as regras do jogo, outro que desenvolve o cenário (recursos de animação), outro os recursos de segurança (proteção contra cópias não autorizadas), outro os recursos de distribuição e comunicação em rede (jogadores distribuídos na Internet), e assim por diante.

Elias (2017) adverte que a combinação de algoritmos cada vez mais avançados, tornará os seus benefícios mais amplamente distribuídos, atingindo todas as áreas das vidas das pessoas. O referido autor relata que muitas empresas, que operam no setor de finanças, possuem algoritmos secretos para pontuação de créditos ou aprovação de empréstimos, o que os posicionam em uma vantagem competitiva.

Segundo os renomados Pressman e Maxim (2015), equipes de especialistas de software, cada um com foco em uma parte da tecnologia do software, desenvolvem uma aplicação complexa, em substituição ao programador solitário da era anterior.

De acordo com Sommerville (2016, p. 18), o *software* é um bem abstrato e intangível, não sendo limitado pelas propriedades físicas dos materiais nem controlados por processos de manufatura. Por ser uma atividade intelectual, a atividade profissional do Engenheiro de Software, para este autor, deve assumir diferentes áreas de responsabilidade, quais sejam: confidencialidade, competência, direitos de propriedade intelectual, uso inapropriado do computador (SOMMERVILLE, 2016, pp. 28 e 29).

Destaca, ainda, Sommerville (2016), que organizações como ACM (*Association for Computing Machinery*), IEEE (*Institute of Electrical and Electronic Engineers*) e a Sociedade de Computação Britânica publicaram um código de conduta profissional, além de um código de ética.

Garrigos-Simon *et al.* (2015, p. 113) enumeram uma série de valores éticos a serem aplicados nas atividades que envolvem a relação entre humanos dentro das práticas realizadas em *crowdsourcing*, de modo a preservar as respectivas liberdades individuais de cada participante da multidão (*crowd*). Os referidos autores classificam um conjunto de princípios e valores. No quesito Conhecimento, apresentam como valor de Justiça o conhecimento dos guias de conduta de negócios da organização. Dentro do mesmo quesito, apresentam como valor de Cautela, o respeito às propriedades intelectuais e o uso correto das leis nas interações extra-organizacionais.

No Brasil, o *software* é classificado como obra literária e sua proteção é definida pela Convenção de Berna, regulamentada pelo Decreto n. 75.699/1975, cujo art. 2º determina, *in verbis*:

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 (DECRETO n. 75.699/1975, art. 2º)

A doutrina tem entendimento no sentido de o *software* estar protegido pelo direito autoral, ainda que não especificado taxativamente no dispositivo supratranscrito¹¹.

A Lei n. 9.609/1998, de seu turno, dispõe sobre a propriedade intelectual dos programas de computadores, no que tange à sua proteção e comercialização. O art. 2º da Lei n. 9.609/98, prevê que “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”¹².

Outro fator importante, destacado por Pressman e Maxim (2015), é que a atual geração de desenvolvedores pode estar desenvolvendo novas aplicações ou adaptando (melhorando) softwares legados, deixados pela geração anterior. Nesse cenário, como preservar o direito autoral do código fonte original desenvolvido pelo antecessor e como proteger as novas funcionalidades ou adaptações inseridas pelo novo?

Propõe-se nesse artigo a utilização dos *smart contracts* para registro do código desenvolvido por cada programador, em um cenário colaborativo, como o do *crowdsourcing*, com vistas a proteção do seu conhecimento exarado no código fonte desenvolvido.

2 SMART CONTRACTS E A BLOCKCHAIN 2.0

Smart contract é um contrato digital inteligente, registrado em uma rede de cadeia de blocos de consenso (*blockchain*), que permite a negociação e execução de seus termos sem a necessidade de uma entidade centralizadora. Apesar do termo contrato, trata-se de um programa de computador que, ao identificar o cumprimento de cláusulas definidas na avença celebrada entre as partes, realiza – mediante um sistema seguro – a transferência da contrapartida econômica, realizada automaticamente e digitalmente, por meio de criptomoedas.

Seus registros são armazenados nos computadores que fazem parte dessa cadeia de blocos de consenso, são invioláveis e possuem garantia de autenticidade e de integridade realizada por complexos algoritmos de criptografia.

¹¹ Como bem alerta Medeiros (2017, p. 205), “destaca-se que, historicamente, o desenvolvimento da indústria de software tem início em 1945, mas apenas em meados da década de 1970 o software emergiu como um produto distinto do hardware e passou a ser concebido como algoritmo matemático. A partir de então, questionou-se sobre a sua proteção por meio de direitos de propriedade intelectual: o hardware como componente físico protegível pela propriedade industrial, em especial, a patente de invenção e de modelo de utilidade, e o software que, a princípio, como algoritmo matemático, não pode ser objeto de patente”.

¹² A aplicação dessa regra legal, no entanto, não é realizada automaticamente como uma leitura apressada pode dar a entender, pois como anota Medeiros (2017, p. 223), “a propriedade intelectual, a princípio aplicável a toda espécie de tecnologia que preencha os requisitos de proteção, encontra no software o dilema da natureza dual dos híbridos: como tutelar um bem intelectual que apresenta aspectos literários no código e, ao mesmo tempo, uma função utilitária na execução desse código ao realizar uma tarefa ou resolução de um problema técnico”.



O contrato digital inteligente é uma tecnologia disruptiva, e tem sido apontada por especialistas como revolucionária, diante das inúmeras possibilidades de transações que disponibiliza. Funciona como um livro de atas (ou como um livro-razão), registrado eletronicamente e compartilhado por inúmeros nós (computadores ou dispositivos móveis) confiáveis integrantes da rede. Novos registros não sobrescrevem registros anteriores, e estes não podem ser apagados. Em caso de novos termos ou condições contratuais, ou mesmo diante de uma rescisão, um novo registro deve ser inserido na cadeia.

Outra característica importante dos *smart contracts*, é que eles são autoexecutáveis, ou seja, desde que o contrato (software) identifique o cumprimento de uma das cláusulas nele elencada, realiza – automaticamente – o pagamento acordado.

A Internet é o meio de comunicação utilizado entre os nós (computadores ou dispositivos móveis), nada obstante os recursos de segurança, confiabilidade, autenticação, armazenamento e distribuição são próprios da *blockchain*.

Cada nó integrante da rede replica, com os demais, seus registros – em um sistema de confiança que elimina o ser humano do seu processo de estabelecimento. Esse sistema de confiança, que dispensa intermediários (advogados, cartórios, bancos) eleva exponencialmente o potencial de transformação dos atuais paradigmas econômicos, sociais e políticos, permitindo novos modelos de organização social (MARTINS, 2018, p.15).

O conceito de *smart contract* foi apresentado por Nick Szabo (1996) e tem sido largamente implementado sobre a Segunda Geração da Rede *Blockchain* (*Blockchain 2.0*) (MARTINS, 2018). Segundo Martins (2018), a eficácia de um contrato inteligente depende da qualidade da informação de contexto que o contrato tem ao seu dispor para verificar a existência das condições acordadas.

O papel da rede *blockchain* é o de eliminar a necessidade de um terceiro confiável para resolver qualquer disputa legal que possa surgir entre os participantes do contrato (ASHARAF e ADARSH, 2017, p. 46).

A autenticidade é fornecida por uma assinatura digital produzida por função *hash*¹³ e técnicas de criptografia assimétricas. As funções de *hash* funcionam como uma impressão digital de uma mensagem. Cada computador da cadeia, ao receber uma mensagem, verifica sua validade e autoria (MARTINS, 2018, p. 27).

A primeira versão da *Blockchain* foi criada para servir de sistema de pagamentos de Bitcoins¹⁴. Nesta versão, a *Blockchain* funcionava como uma base de dados de registros de todas as transações realizadas em Bitcoins. Esta base de dados é sincronizada com todos os participantes da rede *blockchain* através de um mecanismo de consenso.

¹³ A função *hash* é uma função capaz de representar um dado de entrada de uma forma condensada e com comprimento fixo. Esta função assegura que o conteúdo de uma mensagem não é alterado durante a transmissão (MARTINS, 2018, p. 26).

¹⁴ Bitcoin é uma moeda digital ou criptomoeda e uma rede de pagamentos, desenvolvidas por Satoshi Nakamoto, em 2008.



Do ano de 2008 a 2011, a *Blockchain* possuiu uma única implementação, qual seja, o sistema de pagamentos Bitcoin. A criação dos *smart contracts* só foi possível com a Segunda Geração da *Blockchain*, onde destaca-se a rede *Ethereum*¹⁵, dentre outras que estão surgindo. A rede *Ethereum* permite o registro de contratos inteligentes, mediante o pagamento de uma certa quantia na moeda virtual de uma rede denominada *ether* (ETH). Há uma série de redes, da mesma natureza da *Ethereum*, que permitem o registro de *smart contracts*, por meio de um mecanismo de cadeia de blocos de consenso semelhante ao da *Blockchain* 1.0. A estas redes aptas ao registro de contratos inteligentes, denominou-se *Blockchain* 2.0 (MARTINS, 2018, p. 109).

A utilização do *smart contract* pode e deve ir além na experiência tecnológica e jurídica brasileira, pois sua tecnologia permite, por exemplo, o registro autêntico das etapas de trabalho de um projeto desenvolvido a várias mãos, como, aliás, já vem sendo reconhecido pela jurisprudência dos tribunais brasileiros¹⁶.

Em razão disso, é necessário discorrer acerca das condições e possibilidades de utilização do *smart contract* como instrumento adequado para a proteção do direito autoral de softwares desenvolvidos sob o método *crowdsourcing*.

3 O SMART CONTRACT E O REGISTRO DO DIREITO AUTURAL DO SOFTWARE DESENVOLVIDO EM CROWDSOURCING

Brabham (2013) assevera que propriedade intelectual e direitos autorais são preocupações frequentes em modelos de negócios no ambiente de *crowdsourcing*, sobretudo porque sua infraestrutura de trabalho colaborativo (compartilhado) dificulta o estabelecimento de fronteiras entre as atividades realizadas pelos profissionais locais e pelos diversos parceiros de negócios que interagem entre si. Relata, ainda, que as organizações em modelo de *crowdsourcing* devem se manter vigilantes frente às potenciais violações de propriedades intelectuais de conteúdos de terceiros submetidos às colaborações (inclusive em competições) nesse modelo. As empresas precisam procurar uma solução para garantir que qualquer ideia ou produto posto em produção na *crowd* seja uma criação original de um indivíduo (BRABHAM, 2013, p. 83).

Stol e Fitzgerald (2014) relatam que no ambiente de *crowdsourcing*, não há a possibilidade do trabalho individual, como no modelo de *outsourcing*. Qualquer propriedade intelectual relativa ao conhecimento de produtos e serviços está largamente exposta, simplesmente pelo fato de estar na *crowd*. Ademais, para que se aumente a chance de potenciais participantes para um determinado projeto, faz-se necessário que seja disponibilizado no ambiente a maior quantidade de informações possíveis sobre um determinado projeto, o que inclui – em muitos casos – detalhes importantes sobre o componente do software a ser desenvolvido, bem como, trechos de códigos

¹⁵ *Ethereum* é uma rede *blockchain* programável, de plataforma aberta, onde desenvolvedores podem construir novos tipos de softwares (<https://www.ethereum.org>).

¹⁶ Em 2019 a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a autenticidade do registro de documentos e provas em rede *blockchain* no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000.



já existentes. Para os mencionados autores, este detalhamento de informações sobre o produto a ser desenvolvido é o elemento que garante o sucesso e a eficácia desse modelo de negócio.

No desenvolvimento colaborativo de software, em um ambiente de *crowdsourcing*, diversos programadores, não só tem acesso ao código fonte desenvolvido pelos demais, como – em determinados casos – podem editá-los para que possam integrar-se aos novos componentes do sistema desenvolvidos.

Difícil se torna identificar quem codificou tal funcionalidade ou trecho de código fonte do software, diante de um cenário de desenvolvimento colaborativo. Mesmo em situações onde os recursos computacionais desenvolvidos externamente perpassam a lógica de negócios da aplicação desenvolvida, *i.e.*, implementam funcionalidades adicionais ao software (*e.g.* componentes de autenticação ou segurança, comunicação em rede, tolerância a falhas, etc), e que teoricamente seriam independentes das demais, necessitam a manipulação de estruturas da lógica principal da aplicação para que possam ser adaptados.

Diante desse cenário, o direito autoral do código fonte desenvolvido por cada profissional – que normalmente implementa rotinas específicas à sua especialidade –, fica vulnerável a cópias ou a reutilização sem a devida autorização.

Outro fator importante a ser analisado, e que se impõe, é o fato de o desenvolvimento ser realizado por pessoas que estão conectadas remotamente via Internet, inclusive de diferentes países.

Nick Szabo (1997) apresentou há cerca de vinte anos uma nova tecnologia denominada de *smart contracts*, que são programas de computador que congregam protocolos e interfaces, aptos a registrar – dentre outros – gestão de direitos de conteúdo e sistemas de pagamento. Apesar de serem implementados em redes públicas (Internet), esses protocolos asseguram as relações estabelecidas nesse ambiente.

Os contratos digitais inteligentes são constituídos de etapas de pesquisa, negociação, compromisso, execução e adjudicação (SZABO, 1997, p. 2). Uma das áreas onde são empregados os contratos inteligentes é a gestão de documentos e digitalização.

Segundo Asharaf e Adarsh (2017), *blockchain* é a plataforma perfeita para desenvolver contratos inteligentes em modelos de negócios digitais.

Os *smart contracts* são codificados utilizando uma linguagem de programação e depois executados em qualquer nó da rede *Ethereum*. A linguagem de programação mais utilizada para codificar os contratos é a linguagem *Solidity*¹⁷. As pesquisas científicas e soluções tecnológicas relacionadas a *smart contracts* tem apontado para o surgimento de outros *ledgers* e linguagens que expandam as possibilidades de usos dos contratos inteligentes, incluindo novas formas de automatização de processos e criação de novos modelos de negócios (MARTINS, 2018, p. 111).

De acordo com Martins (2018) um *smart contract* pode interagir com outro, via troca de mensagens, além de poder receber informação proveniente de entidades externas a rede

¹⁷ *Solidity* é uma linguagem de programação, de domínio específico, utilizada para a programação de *smart contracts* (<https://solidity.readthedocs.io/en/v0.5.11/>).



Blockchain. O recurso que permite a comunicação entre um *smart contract* e uma informação externa é denominado *Oracle*. O mesmo autor cita exemplos de dados externos que podem ser consultados pelos *smart contracts*: preços, dados atmosféricos, notícias ou qualquer outra informação disponível na Internet.

No caso do desenvolvimento colaborativo em *crowdsourcing*, o código fonte construído por cada participante pode ser registrado em um *ledger* privado do requisitante do serviço, externamente aos registros públicos da rede *blockchain*. Os requisitos da aplicação a ser desenvolvida pode ser registrado sobre a forma de um contrato inteligente e o trecho de código de cada programador pode ser armazenado no ambiente do *framework* do *blockchain* corporativo. Por intermédio do *Oracle*, o trecho de código pode ser – caso autorizado pelo *smart contract* – acessado pelo *smart contract*.

À medida que partes do software forem sendo codificados, pagamentos em *ether* são automaticamente liberados. A atividade de codificação de cada participante é registrada, em um ambiente seguro, com garantia de autenticidade, garantindo, assim, a proteção do direito autoral de cada código fonte dos programadores e proporcionando maior fluidez ao modelo de negócios em *crowd*.

CONCLUSÕES

A literatura acadêmica tem apontado que a proteção da propriedade intelectual do código fonte de softwares desenvolvidos em *crowdsourcing* é um grande desafio. A própria configuração deste modelo de negócio impõe que o desenvolvimento seja compartilhado e colaborativo. Todos os programadores que fazem parte da comunidade (*crowd*) tem acesso ao código fonte implementado pelos demais e todos trabalham na construção do programa.

Os softwares atuais envolvem a integração de múltiplos conhecimentos e de diferentes especialidades. Para além, da parte principal da aplicação (lógica de negócios), o programa deve fornecer uma série de serviços adicionais, *v.g* segurança, suporte à rede, adaptabilidade ao hardware, dentro outros.

Neste trabalho analisou-se a aplicabilidade do *smart contract* como instrumento de garantia de autenticidade e proteção do direito autoral da atividade intelectual de cada participante deste modelo de negócio.

O *smart contract* tem uma dupla função no cenário do *crowdsourcing*, quais sejam: (i) registrar um documento externo associado ao contrato inteligente com o código fonte desenvolvido, garantindo registro e autenticidade de autoria, (ii) realizar, automaticamente, o pagamento de cada tarefa completada.

Desse modo, seja pelo aspecto de registro da criação do código fonte, seja pela autenticidade das informações constantes de um *smart contract*, tem-se que a utilização dessa



tecnologia configura-se plenamente possível para dar suporte ao desenvolvimento de *software* sob o modelo do *crowdsourcing*.

REFERÊNCIAS

ASHARAF, S.; ADARSH, S. **Decentralized Computing Using Blockchain Technologies and Smart Contracts: emerging research and opportunities**. Hershey, PA-EUA: IGI Global, 2017. eISSN: 1948-9749.

BLOEM, Japp; DOORN, Menno Van; DUIVESTEIN, Sander; EXCOFFIER, David; MASS, René; OMMEREN, Erik Van. **The Fourth Industrial Revolution: things to tighten the link between IT and OT**. VINT research report. SOGETI VINT, 2014. Disponível em: <https://www.sogeti.com/globalassets/global/special/sogeti-things3en.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

BRABHAM, Daren C. **Crowdsourcing**. The MIT Press essential knowledge series. Cambridge, Massachusetts, 2013. ISBN 978-0-262-51847-5.

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: 28 de setembro de 2019.

_____. **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. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. 19ª Edição, Revista e Atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito**. Direito da Informática, 2017. Disponível em: <http://www.direitodainformatica.com.br/?p=1969>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

GARRIGOS-SIMON, Fernando J.; GIL-PÉCHUAN, Ignacio; ESTELLES-MIGUEL, Sofia. **Advances in Crowdsourcing**. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. Ebook ISBN 978-3-319-18341-1.

MARTIN, Robert C. **Agile Software Development: principles, patterns, and practices**. New Jersey-EUA: Prentice Hall/Pearson Education, Inc., 2003. ISBN 0-13-597444-5.

MARTINS, Pedro. **Introdução à Blockchain: Bitcoin, criptomoedas, smart contracts, conceitos, tecnologia, implicações**. Lisboa-Portugal: FCA Editora de Informática Lda., 2018. ISBN 978-972-722-887-4.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

PRESSMAN, Roger S.; MAXIM, Bruce R. **Software Engineering: a practitioner's approach**. Eight Edition. New York-EUA: McGraw-Hill Education, 2015. ISBN 978-0-07-802212-8.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. First Edition. Editora Crown Business. New York, 2017. Ebook ISBN 9781524758875.

SOMMERVILLE, Ian. **Software Engineering**. Tenth Edition. England: Pearson Education Limited, 2016. ISBN



10: 1-292-09613-6.

STOL, Klaas-Jan; FITZGERALD, Brian. **Two's Company, Three's a Crowd: A Case Study of Crowdsourcing Software Development**. In: Proceedings of the 36th International Conference on Software Engineering – ICSE'14, Hyderabad, India: ACM, 2014. ISBN 978-1-4503-2756-5. Disponível em: <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=2568249>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

SZABO, Nick. **Smart Contracts: Formalizing and Securing Relationships on Public Networks**. Vol. 2, N. 9, First Monday: Peer-reviewed Journal on the Internet, 01 de setembro de 1997. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>. DOI:<http://dx.doi.org/10.5210/fm.v2i9.548#Dimensions>. Acesso em: 17 de setembro de 2019





A TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS NAS PLATAFORMAS DE *STREAMING*

Flávia Holz Angst¹
Salette Oro Boff².

RESUMO: A plataforma de *streaming* é uma tecnologia por meio da qual ocorre a transmissão de informações, áudios e vídeos na rede. Nessa diversidade de conteúdos transmitidos pela plataforma podem estar incluídas obras protegidas pelo direito de autor. O presente estudo busca analisar a disponibilização de obras nas plataformas de *streaming*, com enfoque na discussão referente ao precedente que considera o *streaming* como execução pública, ensejando arrecadação de direitos autorais por parte do ECAD. Para discussão do tema, abordou-se, num primeiro momento, o conceito de direito autoral, para após, expor o sobre a sociedade da informação e a Internet e o debate sobre a utilização de obras protegidas pelo direito autoral na rede, bem como a dificuldade da legislação regulamentar todos os impasses atuais. O estudo traz ainda a abordagem sobre as plataformas de *streaming*, a gestão coletiva dos direitos autorais e o serviço de *streaming* como execução pública. A pesquisa permite concluir que a tecnologia de *streaming* e a gestão dos direitos de autor deve ser pensada em nível global para uma justa remuneração aos autores. O estudo utilizou método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de Autor – *Streaming* – Execução Pública

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica modificou a forma como a sociedade passou a disseminar o conhecimento e a troca de informações. As novas tecnologias, em especial a internet, têm possibilitado a expansão no acesso e na reprodução de obras literárias, musicais e audiovisuais. Do mesmo modo, as inovações tecnológicas permitiram que houvesse a desmaterialização das obras literárias, artísticas e científicas, com a criação de novas formas de armazenamento e de circulação do acervo intelectual, não mais unidos somente ao meio físico, mas sim ao meio virtual, ou seja, a internet.

Diante disso, verifica-se que as inovações promovem mudanças de realidade aos direitos autorais, as quais podem beneficiar os autores ou criar situações negativas. Como benefício ao autor, pode-se considerar a facilidade na disseminação das informações e o aumento no alcance do acesso à cultura pela sociedade. E, ao considerar o contexto gerado pela sociedade da informação, com a grande facilidade na difusão de conteúdos, surge também a dificuldade

¹ Graduada em Direito na Faculdade CNEC Santo Ângelo. E-mail: flavia_angst@hotmail.com

² Orientadora do trabalho. Pós-Doutora em Direito-UFSC. Doutora em Direito-UNISINOS. Bolsista Pq - CNPq Professora e pesquisadora do IESA, UFFS e IMED. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

da legislação autoral adaptar-se ao novo ambiente e regulamentar todas as questões atinentes. As inovações tecnológicas passam por constantes mudanças que ocorrem e fazem com que o Direito tenha que renovar-se progressivamente.

No âmbito dessas transações está uma nova forma de utilização de áudios e vídeos, conhecido como *streaming*, que apresenta a proposta do usuário ter à sua disposição grande acervo de obras que são transmitidas de forma instantânea, sem a necessidade de *download*. Como essas situações não estão previstas expressamente na legislação autoral, surgiram discussões que levaram à abertura de um precedente sobre a configuração das modalidades ofertadas nas plataformas de *streaming* em execução pública e a consequente necessidade de arrecadação dos direitos autorais por parte do ECAD, conforme será analisado a seguir.

1 DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS AUTORAIS

A criação intelectual desde os primórdios faz parte do ser humano e está presente na constante busca de transformar pensamentos em melodias e palavras inspiradoras, também, tentando tornar menos árdua as atividades do cotidiano, até chegar à exploração econômica do que se consegue extrair do intelecto humano (COELHO, 2013, p. 168).

Especificamente, os direitos de autor são um ramo da propriedade intelectual que regula as relações jurídicas provenientes da criação e utilização econômica de obras intelectuais, abarcadas na literatura, nas artes e nas ciências (BITTAR, 2003, p. 8). Sua história no Brasil tem início com primeira disposição legal, a Lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os cursos jurídicos no Brasil. A referida legislação estabelecia que os mestres nomeados deveriam encaminhar às Assembleias Gerais as suas lições das matérias que lecionavam para gozar do privilégio de sua publicação por 10 anos, porém, não alcançava os demais autores brasileiros (MANSO, 1987, p. 16-18).

A primeira lei a tratar sobre o direito de autor no Brasil foi a nº 496 de 1º de agosto de 1898, que em meados de 1912 foi alterada, ampliando sua proteção também para os estrangeiros. O Código Civil de 1916 regulamentou o direito de autor como um bem móvel e agregou dentro do capítulo referente ao Direito das Coisas e das Obrigações, porém, com a Lei nº 5.988 de 1973, houve a desvinculação do direito de autor do Código Civil, passando a ser uma legislação específica sobre o assunto. A respectiva lei foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que incluiu entre os direitos e garantias fundamentais a proteção aos autores. A Lei nº 5.988/73 foi substituída em 1988 pela Lei nº 9.610, a qual segue em vigor.

Salienta-se que a legislação nacional está de acordo com os tratados internacionais, aos quais o Brasil faz parte. Os tratados e acordos internacionais buscam garantir uma proteção uniforme concedida pelos países membros, ao mesmo tempo que ampliam a proteção dos autores nacionais aos autores estrangeiros.

A Convenção de Berna é o instrumento internacional mais antigo e um dos mais importantes no domínio do direito de autor, estando em vigor desde 20 de abril de 1975 no Brasil, por meio do decreto nº 75.699/1975, até os dias atuais. Após a Segunda Guerra Mundial

houve a criação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) com o propósito de promover a proteção dos direitos de autor e conexos, bem como os direitos dos inventores, que passou a administrar a Convenção de Berna. Posteriormente, baseado nos convênios internacionais, surge o Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-ADPIC), que “constitui-se fundamentalmente de parâmetros mínimos de proteção; embora presente, a regra de tratamento nacional é subsidiária em face do patamar uniforme de proteção” (BARBOSA, 2010, p. 177).

Dentre as concepções de direitos autorais, destaca-se a de Barbosa, que o concebe como “um direito exclusivo, patrimonial, um monopólio de reprodução, utilização e publicação sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais” (2010, p. 125). São aqueles que objetivam proteger o criador de uma obra intelectual, garantindo a este “a exposição, disposição e exploração econômica dessa obra, permitindo, ainda, que impeça o uso não autorizado de sua obra por terceiros” (PINHEIRO, 2012, p. 13).

Além dos direitos autorais, são reconhecidos os direitos conexos, “a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual”, sendo denominados de “direitos “análogos” aos de autor, “afins”, “vizinhos”, ou, ainda “parautorais”, também consagrados universalmente” (BITTAR, 2003, p. 152). Os titulares dos direitos conexos vem previstos na Lei nº 9.610/98, dos artigos 89 a 96 e são os direitos dos artistas, intérpretes ou executantes, os dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. A Convenção de Roma de 1961 é o tratado internacional que trouxe a proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão e, o Brasil, ao aderir à Convenção, inseriu a disciplina dos direitos conexos à atual legislação autoral.

O Direito de Autor, enquanto pressupostos legislativos possui ampla proteção na Constituição Federal de 1988, sendo um direito oponível *erga omnes* e estando devidamente inserido e posicionado no sistema jurídico, junto aos direitos fundamentais, sendo considerado um direito de natureza autônoma, de modo que se faz necessário dimensioná-lo no sistema jurídico brasileiro. Portanto, “os direitos autorais são objeto dos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição, onde o fundamento jurídico constitucional destes direitos baseia-se no interesse de proteger a obra intelectual, como forma de respeito ao autor” (PIMENTA, 2004, p. 226).

A Lei dos Direitos Autorais, nº 9.610/98, é a legislação vigente sobre os direitos autorais e os que lhe são conexos no Brasil. O legislador teve as seguintes preocupações na legislação autoral: “(i) enfatizar a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada e (ii) minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa” (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 43).

No entanto a legislação autoral não abarca todos os possíveis usos das obras, especialmente diante da expansão da Internet, que trouxe uma nova forma de utilização e disponibilização das obras intelectuais.



2 O DIREITO AUTURAL NO CONTEXTO DA REDE

O período pós-industrial, em meados do século XX, mais especificadamente a partir da década de 1980, é denominado como o início da era digital, ou da sociedade da informação, em que ocorreram importantes transições que modificaram a sociedade, surgindo uma cultura voltada ao acesso da informação. Esse novo modo informacional de desenvolvimento encontra origem na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação, onde o conhecimento e informação são elementos essenciais nos modos de desenvolvimento, já que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Outrossim, cada modo de desenvolvimento tem um princípio de desempenho estruturalmente definido que serve de base para a organização dos processos tecnológicos, em que o informacionismo busca o desenvolvimento tecnológico, trazendo a acumulação de conhecimentos e níveis superiores de complexidade do processamento da informação (CASTELLS, 1999, p. 53-54).

A tecnologia da informação e comunicação (TICs) fornece o suporte à era da informação. Em torno disso, os processos dominantes estão cada vez mais organizados em torno das estruturas de rede, as quais “podem, ao mesmo tempo, ser flexíveis e adaptáveis graças à sua capacidade de descentralizar a sua performance ao longo de uma rede de componentes autônomos”, isso, “enquanto se mantêm capazes de coordenar toda esta atividade descentralizada com a possibilidade de partilhar a tomada de decisões” (CASTELLS, 2005, p. 18). Assim, a sociedade em rede revela-se como um ambiente que promove interações por meio de conexões, que não possuem fronteiras limítrofes, pela interconexão de valores e interesses comuns e pela compressão do espaço-tempo (CASTELLS, 1999).

As novas tecnologias permitiram a expansão da comunicação e o acesso à informação global, possibilitando a grande parte da população global conectar-se por meio da comunicação sem fio. Uma simples conexão na rede mundial de computadores oferece facilidades na realização de pesquisas, registro de acontecimentos, comunicação, entre outros, o que alterou significativamente o padrão de vida da sociedade (BOFF et al., 2018). Isso porque a Internet é “um conjunto de redes interligadas, de abrangência mundial (...) consiste em um conjunto de tecnologias para acesso, distribuição e disseminação de informações em rede de computadores”. Ainda, que através dela “estão disponíveis serviços como correio eletrônico, transferência de arquivos, acesso remoto a computadores, acesso a base de dados e diversos tipos de serviços de informação”, cobrindo várias áreas de interesse da sociedade (GUERRA, 2004, p. 25).

A ligação à rede possui diversas utilidades, não apenas para comunicação, mas também para diversos segmentos, como propaganda, transporte, planejamento, faturamento e, em locais como escolas e faculdades. É possível verificar que independentemente do nível escolar, as pessoas estão cada vez mais se apropriando das ferramentas que a rede proporciona (COMER, 2007).

O advento da Internet não alterou o direito autoral do ponto de vista jurídico, continuando o autor a gozar das prerrogativas morais e patrimoniais sobre sua obra. No entanto, a Internet



permitiu novas formas de uso, de reprodução e de circulação de forma rápida das obras, surgindo a facilidade na violação dos direitos autorais (SANTOS, 2008, p. 123).

A Lei nº 9.610/1998, que disciplina a proteção conferida aos autores, não previu expressamente questões envolvendo a proteção de obras disponíveis na Internet e nem a Lei do Software (Lei nº 9.609/1998). Um dos motivos da falta de regulamentação da Internet na legislação brasileira foi por conta de seu caráter internacional e da falta de adequação e eficácia dos mecanismos tradicionais de regulamentação em frente as peculiaridades da rede, que teve origem no pensamento jurídico norte-americano, em especial no manifesto pela independência do ciberespaço escrito por John Perry Barlow no ano de 1996. No manifesto, o autor faz um pedido para que os governos deixem a Internet em paz, por ser um espaço livre e aponta a ineficácia de qualquer tentativa reguladora por conta de suas características voláteis (LEMOS, 2005, p. 94).

A expansão da rede no Brasil trouxe a carência de regulamentação para esse meio de comunicação, a fim de trazer limites, direitos e obrigações para os usuários e provedores da Internet. Por conta disso, foi sancionada no ano de 2014 a Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Cível da Internet, regulamentando o uso da Internet no Brasil e estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários da rede.

O Marco Cível, apesar de ser uma legislação muito esperada e ter sido um avanço para a regulamentação do uso da Internet, deixou pontos obscuros, não abarcando normas para todos os problemas encontrados, entre eles os direitos de autor.

Assim, até o presente, essas e outras questões carecem de regulamentação jurídica, “dificultando o surgimento de projetos inovadores, em razão do cenário de incerteza jurídica, originado pela ausência de definição legal, para atribuição de responsabilidades e risco” (LEMOS, 2005, p. 97).

Conforme o exposto aplica-se a Lei nº 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais) que dispõe em seu art. 7º as obras intelectuais que a legislação confere proteção, conforme o texto: “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”, sendo expressa em referir “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte”.

Assim, deve ser aplicada a legislação autoral também para a proteção e regulamentação das obras disponíveis em ambiente digital, não apenas no meio físico, uma vez que não importa para fins de proteção o meio em que a obra esteja disponibilizada e a falta de outra legislação específica sobre o tema. A partir do referido artigo, que são protegidas apenas obras que tenham sido exteriorizadas, independente do meio, uma vez que não se exige exteriorização da obra em determinado meio específico (BRANCO, 2007, p. 44).

Eduardo L. Leite (2005) assevera que o “destino do Direito de Autor é caminhar sempre lado a lado com a tecnologia, e evoluir na medida em que esta evolui, adaptando-se às alterações e superando contradições, sem, porém, eliminar estas últimas” (p. 109). Dessa forma, é necessário considerar a realidade virtual, na qual as criações intelectuais estão inseridas para



avaliar a aplicação da legislação atual e se é preciso promover alterações ao texto legal para que compreenda as questões atinentes.

3 A PROTEÇÃO AUTURAL DAS OBRAS DISPONIBILIZADAS NO *STREAMING*: CONTROVÉRSIAS ENTRE A GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS E A EXECUÇÃO PÚBLICA DE FONOGRAMAS

A terminologia *streaming*, originária do inglês, tem por significado “fluido” ou “transmitido”, definição que se aproxima de sua característica objetiva, que é “uma forma de execução em que o usuário pode assistir ou ouvir um produto através de pacotes de dados que são recebidos em fluxo constante pela rede, de forma online” (AMARAL, 2018, p.27).

O *streaming* como recurso tecnológico iniciou seu desenvolvimento no ano 2000, vindo a ganhar popularidade pelo seu uso em plataformas para ouvir música, como a Pandora Radio, apenas disponível nos Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia (AMARAL, 2018).

Segundo o entendimento de Coutinho, a tecnologia *streaming* é definida como “uma forma de transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo através de redes”, sendo que “por meio do serviço, é possível assistir filmes ou escutar música sem a necessidade de fazer download” tornando o acesso aos conteúdos mais rápido (2013, s.p). Dessa forma, o *streaming* se caracteriza como uma tecnologia por meio da qual são transmitidos dados e informações, através da internet, de forma contínua, em uma plataforma digital, de modo que se passa a falar em acesso ao conteúdo pelo usuário, e não em posse, já que basta que possua um login para conectar-se a plataforma. O *streaming* não necessita a realização de *download* pelos seus usuários, não utilizando a memória física, e sim, a conexão à internet para realizar a transmissão dos dados necessários para execução, o que acaba protegendo os interesses dos possuidores dos direitos de autor, visto que impedem a violação através da pirataria.

Entre as plataformas de *streaming* mais populares podemos citar a Netflix, voltada para a disponibilização de conteúdos em vídeo, como filmes e seriados, necessitando o usuário ser assinante e pagar uma mensalidade fixa para acesso, e o *Spotify*, que consiste em um sistema de veiculação de música.

O serviço diferencia-se da rádio e da televisão, em que o usuário recebe através ondas eletromagnéticas a transmissão de produtos. Isso pelo fato das plataformas de *streaming* serem interativas e possuírem um destinatário específico, sendo possíveis de acesso em qualquer mecanismo capaz de transmitir e receber dados, como computadores e smartphones, permitindo que o usuário tenha acesso a uma quantidade ilimitada de material que pode ser acessado em qualquer hora e local.

O *streaming* se subdivide em duas modalidades principais, dentre as quais estão: o *streaming* interativo, também chamado de *webcast on-demand* e o *streaming* não interativo, também conhecido como *simulcasting*. A modalidade *simulcasting* é a “transmissão de pro-



grama musical em tempo real, simultaneamente, isto é, em que o momento da execução e da recepção pelo consumidor é o mesmo tanto pela rádio convencional (ou apresentação musical ao vivo) quanto pela internet” (PEGORER, 2016, p.1).

No tocante à gestão coletiva das obras, de acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), é exercício dos direitos de autor e de direitos conexos, por intermédio de organizações que operam no interesse e em nome dos proprietários dos titulares das obras (WIPO, 2019). A gestão coletiva funciona como um grande intermediador entre os usuários e artistas, reduzindo custos e redistribuindo os valores arrecadados entre os titulares de direitos autorais, de modo que possibilita a fruição dos direitos patrimoniais dos autores (BASTOS, p. 117, 2016).

O sistema de gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil possui duas características específicas. A primeira é que possui o formato de um monopólio geral, ou seja, a legislação estabelece um escritório único de arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública, que no caso, refere-se ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). A segunda característica, diz respeito a existência de uma “dupla camada” de operação, que consiste em um único escritório que é responsável pela arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos autorais, além das outras nove associações integrantes, que são encarregadas pelo repasse dos valores aos associados (VALENTE; FRANCISCO; IGNÁCIO, 2016, p. 171).

O ECAD é “o único órgão legitimamente instituído capaz de realizar a cobrança quando alguém explora economicamente obras protegidas pelos direitos autorais, sendo também responsável pela transmissão dos valores arrecadados aos titulares” (ARENHART, p. 4, 2014). O ECAD é responsável por arrecadar os direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais de fonogramas, inclusive por intermédio da radiodifusão e a transmissão por qualquer modalidade, conforme previsão do art. 99 da Lei nº 9.610/98.

O conceito de execução pública é definido no §2º do art. 68 da Lei nº 9.610/98 e possui uma grande amplitude, *in verbis*:

§ 2º 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.

Por sua vez, os locais de frequência coletiva elencados no §3º do art. 68 da Lei nº 9.610/98 são os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, entre outros, que executem ou realizem a transmissão de obras literárias, artísticas ou científicas (BRASIL, 1998).

Não há distinção sobre a finalidade da execução musical, se é necessário que o evento onde seja executada tenha finalidades lucrativas ou não, sendo sempre devido o recolhimento de



valores relativos à execução musical. Os únicos casos em que se entende não ser necessário o pagamento são em ocasiões privadas e na própria residência (BASTOS, 2016, p. 112).

Por conta da indefinição sobre a caracterização do *streaming* como execução pública, na seara jurídica a proteção ao autor se revela vulnerável e surge a dificuldade em se descobrir a forma de pagamento e recolhimento dos direitos autorais. A partir disso, se manifesta a discussão sobre a possibilidade do ECAD cobrar dos serviços de *streaming*, referente à execução pública de obras musicais. Uma das dúvidas existentes em relação ao *streaming* é verificar se é considerado execução pública ou disponibilização da obra.

Sobre a questão, há três casos na jurisprudência que merecem destaque envolvendo o ECAD e que discutem sobre a legitimidade por meio do escritório. Os casos serão apresentados, a fim de compreender o entendimento firmado.

3.1 Caso ECAD versus YouTube

No ano de 2008 dirigentes da União Brasileira de Editoras de Música (Ubem) e da União Brasileira de Compositores (UBC) apresentaram manifesto ao Google, com relação à plataforma *YouTube*, em busca do recebimento dos direitos autorais das obras produzidas pelos autores e que eram disponibilizadas na plataforma (BRASIL, 2016)

Assim, o Google, proprietário do *YouTube*, firmou com o ECAD, no ano de 2008, uma Carta de Intenções, que vigorou até o dia 15/12/2012, dispondo acerca da apuração e pagamento de valores devidos a título de direitos autorais, com relação ao *streaming*. No entanto, ao término do contrato, ambos não conseguiram chegar a um consenso sobre o licenciamento de direitos autorais (BRASIL, 2016).

Após, o Google Inc. ajuizou ação contra o ECAD e a UBEM, em busca de viabilizar o pagamento de valores relativos a direitos autorais pela reprodução de conteúdo exibidos no sítio eletrônico. Em reconvenção apresentada pelo ECAD, questiona a restrição aos direitos de execução pública do ECAD e a receitas oriundas de transmissão ao vivo.

A sentença assim decidiu:

Trata-se de ação ajuizada por Google Inc, buscando viabilizar o pagamento de valores relativos a direitos Autorais pela reprodução de conteúdo exibido no sítio eletrônico YouTube à União Brasileira de Editoras de Música - UBEM e Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, ambas associações privadas com sede em território nacional, que tem por escopo o exercício e defesa de direitos autorais de seus associados.

[...]

Por todo o acima exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL, na forma do art. 487, I CPC/15, para:

a) FIXAR os percentuais relativos aos direitos autorais devidos pelo Autor aos Réus na seguinte proporção: (i) em favor da UBEM: 3,775% (três inteiros e setecentos e setenta e

cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no serviço de streaming no site YouTube; (ii) em favor do ECAD: 1,075% (um inteiro e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios em relação às obras executadas em execução pública, qual seja, em livestreaming no sítio eletrônico do YouTube; b) CONDENAR os Réus a FORNECER ao Autor as obras que compõem os seus acervos, enviando-lhe a informação em formato eletrônico usual de mercado, a cada três meses e até o 5º dia útil de cada trimestre. Com estes dados, deverá o Autor efetuar o cruzamento de informações até o 10º dia útil de cada trimestre, pagando, então, os percentuais acima fixados (alínea a, supra) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no quer serviço de streaming **quer no serviço livestreaming**. (BRASIL, Ação Cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 22/11/2016) (grifei).

A sentença teve parecer favorável para a Google, pois o entendimento adotado foi no sentido de que não se trata de execução pública, mas de execução individual, sendo devidos apenas valores referentes à execução pública em casos de transmissão ao vivo na plataforma, em *livestreaming*.

3.2 Caso ECAD versus MySpace

O *MySpace* foi uma rede social que possuía o recurso de transmissão por *streaming* na modalidade de *webcasting*. O ECAD, no ano de 2014, ingressou com ação em face da Fox Interactive Media, responsável pelo *MySpace*, visando à cobrança da arrecadação de direitos autorais referentes às transmissões da rede.

A decisão proferida em primeira instância entendeu que a modalidade *webcasting* configura execução pública, de modo que a empresa teria que suspender as transmissões enquanto não realizasse o pagamento, de forma retroativa, dos valores da arrecadação.

Já em sede recursal (Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001 TJ-RJ), a decisão foi no sentido de que o *streaming* na modalidade *webcasting* não configura execução pública, não sendo devida a arrecadação pelo ECAD:

Direitos autorais. ECAD. Obras da indústria fonográfica. Transmissão de conteúdo pela internet (streaming) na modalidade webcasting. Hipótese de reprodução individual. Execução pública não caracterizada. Conceito de local de frequência coletiva que deve ser interpretado sistematicamente (artigo 68, §2º e §3º da Lei Federal 9610). Ausência de atribuições daquela entidade para cobrança, in casu, dos direitos autorais. Incidência do art. 99, caput, da LDA. Sentença reformada. Sucumbência invertida. Apelação do provedor de internet procedente. Prejudicado o recurso do ECAD (BRASIL, 2015, Apelação Cível. N.º 0386089-33.2009.8.19.0001 TJ-RJ).



O relator Bernardo Moreira Garcez Neto em seu voto sustenta que os locais de frequência coletiva são onde comportam e se evidenciam grupos de pessoas, conforme a previsão do art. 68, §3º da LDA, de modo que a norma exige que muitas pessoas compareçam reiteradamente no mesmo local (BRASIL, 2015).

Levando em conta esse conceito, afirma o relator que “a prática de transmitir música por meio da Internet, através do sistema de *webcasting* não configura uma performance pública do conteúdo, na medida em que a transmissão é cedida individualmente ao usuário”. Sustenta ainda que dizer que outras “possam estar próximas ao computador ou à volta de um aparelho telefônico (*smartphone*) para enquadrar o *streaming* como execução pública é forçar demais aquilo que normalmente ocorre” (BRASIL, 2015).

3.3 O Caso ECAD versus Oi: uma análise sobre o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O caso que mais repercutiu e que colocou um ponto final, pelo menos em parte, à discussão do enquadramento do serviço de *streaming* como execução pública, foi à demanda intentada pelo ECAD, na qual solicitava que a extinta Rádio Oi fizesse o pagamento pela retransmissão, ou seja, a transmissão simultânea do conteúdo do serviço de *streaming* na programação de sua rádio *online*.

Assim, em fevereiro de 2017, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por maioria (8x1) no Recurso Especial nº 1559264/RJ, que é devida a cobrança de direitos autorais pelo serviço de *streaming* independentemente da modalidade (*webcasting* ou *simulcasting*), sustentando que por conta das obras musicais e fonogramas serem transmitidos pela internet, que é um local de frequência coletiva, caracteriza-se como execução pública. Esse entendimento afasta o posicionamento anterior que havia sobre a matéria. No juízo de primeiro grau, o referido pedido havia sido julgado improcedente sob o fundamento de que as modalidades de *simulcasting* e *webcasting* apenas reproduziam a programação da rádio Oi na Internet, onde já realizava a cobrança de direitos autorais pela sua programação, não sendo devidos em duplicidade.

Em recurso de apelação da referida decisão, interposto perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Cível, processo nº 0174958-45.2009.8.19.0001), a decisão foi pelo parcial provimento, se posicionando que a modalidade *webcasting* em razão de seu caráter interativo ensejaria um novo fato gerador da cobrança de direitos autorais, em razão de seu caráter interativo (BRASIL, 2011).

Porém, em embargos infringentes, julgados no ano de 2012 (nº 0174958-45.2009.8.19.0001 TJ/RJ), restou decidido que o *streaming* na modalidade *webcasting* não configuraria execução pública e ficaria afastada a cobrança de direitos autorais adicionais, pois já havia o pagamento pela radiodifusão, e o serviço disponibilizaria o mesmo conteúdo, de modo a configurar *bis in idem*.

Assim, verifica-se que o entendimento atual, conforme voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial nº 1559264/RJ, é de que ambas as modalidades de *streaming* (*webcasting* e *simulcasting*) configuram execução pública, por conta da internet ser considerada um local de frequência coletiva, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas a partir da sua transmissão, passando ambas as modalidades a ser fato gerador de arrecadação do ECAD.

O entendimento adotado pelo STJ é diverso do posicionamento manifestado por José Oliveira Ascensão (1999). Segundo o autor, a disponibilização de obras na rede, possíveis de serem acessadas pelo público, não integram no direito de comunicação ao público, aduzindo que “tudo se cifra na consagração do direito de colocar à disposição, sem a qualificação forçada como direito de comunicar ao público, e, portanto sem arrastar consigo qualquer dos efeitos que dessa qualificação pudessem resultar” (1999, p. 27).

Pedro Barbosa entende que a decisão é equivocada, pois estabeleceu uma generalização de cunho utilitarista ao afirmar que “em qualquer lugar que se transmita uma obra, considerar-se-ia frequência coletiva, e, logo, execução pública”. Afirma que não nega a dificuldade de aferir os vilipêndios aos direitos autorais na rede, mas que não “se pode presumir que qualquer ato na rede perpassaria por fatos geradores arrecadatários” (2017, s.p.). Para Barbosa, o voto minoritário da decisão é mais prudente, pois “evita a hermenêutica extensiva de regra que estabelece uma presunção racionalmente questionável”. Ainda, é possível perceber que a decisão proferida pelo STJ não se baseou em nenhuma doutrina para lastrear os fundamentos quando o debate já existia tanto na doutrina nacional como na estrangeira (2017, s.p.).

CONCLUSÃO

O advento da sociedade da informação e da Internet trouxe rapidez e facilidade na difusão de conteúdos, inclusive obras intelectuais, surgindo também a preocupação aos titulares dos direitos da propriedade imaterial em terem suas obras violadas na rede, onde parte disso se deve à fragilidade da tutela autoral prever as questões atinentes à nova realidade virtual, por conta da inadequação da legislação ao panorama atual.

Os serviços de *streaming* surgiram dentro do contexto das tecnologias propiciadas pela internet, trazendo plataformas de acesso a grande acervo de vídeos e músicas, de forma instantânea e, os arquivos deixam de ser uma posse, tornando-se apenas um acesso por parte dos usuários, que podem acessá-los em qualquer lugar e sem ocupar a memória de seus dispositivos de acesso.

Porém, mesmo que o *streaming* se apresente como uma plataforma que combate a pirataria há carência de legislação específica, que regulamente a gestão coletiva e a execução pública na rede, bem como quanto ao pagamento de direitos autorais aos titulares das obras por meio do ECAD.



A partir do julgamento do RE nº 1.559.264/RJ foi possível chegar a uma conclusão a respeito das modalidades de *streaming* de música, tanto o *simulcasting* como o *webcasting*, considerando-os como execução pública de obra e, dessa forma, resultar no dever do pagamento de direitos autorais ao ECAD. Entretanto, não há que se pensar em solução definitiva, pois ainda persistem controvérsias sobre a questão, especialmente em razão da ausência de regulamentação legislativa sobre a gestão das plataformas de *streaming* e das obras transmitidas na rede.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jordana Siteneski do. **Do “like” ao “strike”**: o uso de fonogramas protegidos pelo direito de autor nos vlogs do youtube no ambiente das novas tecnologias. 194p. Dissertação (Mestrado em Direito), Escola de Direito, Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, 2018.

ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. GEDAI. Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial. Universidade Federal do Paraná. 2014. Disponível em: http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/gestao_coletiva-supervisao_estata-l-1.pdf. Acesso em: 22 set 2019.

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

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **O STJ e o streaming, maio 2017**. Disponível em: <https://jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>. Acesso em: 24 set 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. 2010. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BASTOS, Antônio Augusto I.F. A estrutura legal da gestão coletiva dos direitos autorais. In: FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira; VALENTE, Mariana Giorgetti (orgs). **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autorial e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **Proteção de dados e privacidade**: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BRASIL (2011). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível**. Processo Nº 0174958-45.2009.8.19.0001. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 12 de abril de 2011.

BRASIL (2012). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes**. Processo 0174958-45.2009.8.19.0001. Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 31 de Janeiro de 2012.

BRASIL (2015). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível**. MySpace vs Ecad. Processo nº 0386089-33.2009.8.19.0001. Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2015.



BRASIL (2016). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Ação cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001**, Rio de Janeiro, RJ, 22 de novembro de 2016.

BRASIL (2017). Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1559264 / RJ (2013/0265464-7)** autuado em 19/08/2013. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais**: Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 22 set 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Casa da Moeda, Imprensa Nacional: 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: direito das coisas, direito autoral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMER, Douglas Earl. **Redes de computadores e a internet**. 4 ed. Porto Alegre. Bookmann, 2007.

COUTINHO, Mariana. Saiba mais sobre streaming, a tecnologia que se popularizou na web 2.0. **Techtudo**. 2013. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/conheca-o-streaming-tecnologia-que-se-popularizou-na-web.html>. Acesso em: 30 ago 2019.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. **Revista de Direito Autoral**. São Paulo, Ano I, n. 2, fevereiro de 2005.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Fundação Getúlio Vargas. 2005. Disponível em: http://www.overmundo.com.br/download_banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos. Acesso em: 03 nov. 2018.

MANSO, Edurado J. Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

PEGORER, Luciana. **Streaming é execução pública?** Associação Brasileira de Música Independente, 2016.

PIMENTA, Eduardo Sá. **Princípios de Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.). **Manual de propriedade intelectual**. Núcleo de educação à distância. Universidade Estadual Paulista. São Paulo: versão 2012-2013. Disponível em http://www.foar.unesp.br/Home/Biblioteca/unesp_nead_manual_propriedade_intelectual.pdf. Acesso em: 28 maio 2019.

SANTOS, Manuella da Silva. **Direito autoral na era digital**: impactos controvérsias e possíveis soluções. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; IGNÁCIO, Elizete. A estrutura do ECAD e a gestão dos direitos de execução pública. In: FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira; VALENTE, Mariana Giorgetti (orgs). **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

WIPO. World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. 2019. Disponível em: <https://www.wipo.int/copyright/en/management>. Acesso em: 20 set 2019.



The background features a complex network of light green lines and dots, resembling a circuit board or a data network. In the upper right corner, there is a cluster of circular icons connected by lines, including symbols for a book, a thumbs-up, a musical note, and a laptop. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO AUTORAL E *BLOCKCHAIN*

CAPÍTULO 3



OPORTUNIDADES E DESAFIOS NO USO DO BLOCKCHAIN PARA PROTEÇÃO DE DIREITO AUTORAL NAS PLATAFORMAS DE STREAMING

Mary Pilly Durán Canedo Gomes¹;
Bruna Rabelo Tomeix²

RESUMO: A alteração do modelo de negócios da indústria fonográfica nas duas últimas décadas, com a desmaterialização da música em mídia física para a digital, não somente estabeleceu novas estratégias de distribuição, reprodução e consumo, como trouxe questões a serem resolvidas pelo Direito, sendo uma delas, atualmente, o *streaming*, sua regulação e a proteção das criações intelectuais. Todavia, devido a imaterialidade de seu conteúdo, nenhuma iniciativa mostrou até o momento solução quanto a atribuição e monetização dos direitos autorais na esfera digital. Desse modo, o presente artigo tem por objeto o exame sobre o funcionamento, aplicação e os desafios associados a tecnologia de contabilidade distribuída, também conhecida como “*blockchain*”, como alternativa na distribuição de trabalhos protegidos por direitos autorais no ambiente digital. Considerando a temática proposta, realizou-se por uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Verifica-se, à vista do exposto, que ainda é precoce afirmar se os mecanismos de aplicação descritos para essas plataformas terão desempenho real na prática, embora as perspectivas permaneçam animadoras. Todavia, tem-se que se os desafios existentes nesta tecnologia inovadora e disruptiva alcançarem um consenso mínimo em termos de conteúdo, aplicação e efetividade, o *blockchain* terá o condão de revolucionar como a indústria de direitos autorais funciona e o conteúdo digital é distribuído.

Palavras-chave: *Streaming*. *Blockchain*. Direitos Autorais.

1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica conduzida pelas mídias digitais nas duas últimas décadas alterou o modelo de negócio da indústria fonográfica, com novas estratégias de distribuição, reprodução e consumo. Com preço convidativo e planos mensais (ou gratuitos, para usuários que aceitam receber publicidade), serviços de *streaming* como *Spotify*, *Apple Music*, *Deezer*, *Google Play Music* e *TIDAL* proporcionam ao usuário um acervo de milhões de músicas, com gravações de qualidade, de forma independente, personalizada e interativa.

¹ Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela UEM. Pós-graduada em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela UEM. Advogada.

² Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela UEM. Pós-graduada em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela UEM. Advogada.

Em decorrência desse serviço, as músicas não precisam ser baixadas para um dispositivo para serem executadas, podendo ser acessadas com qualquer celular ou computador conectado à internet. No entanto, à medida em que houve a transferência do suporte físico para o digital e, conseqüentemente, a substituição pelo intangível, uma infinidade de novas questões a serem resolvidas pelo Direito também surgiram, como a proteção das criações intelectuais entre os detentores destes conteúdos e as plataformas de *streaming*.

Não por acaso, Miranda (2017) destaca que o desafio do direito autoral em conseguir manter os titulares de direitos protegidos diante desta nova lógica comercial de fonogramas aumentou significativamente, tendo em vista que, em função da imaterialidade de seus conteúdos, a reprodução, distribuição e alteração de obras e fonogramas foi indubitavelmente facilitada, sem que em qualquer das hipóteses, a devida autorização, retribuição e crédito aos autores e intérpretes fossem realizados.

Tem-se, então, que em um mundo globalizado, com desenvolvimento tecnológico dinâmico e imprevisível, o vínculo entre a normatização dos direitos autorais tecnicamente neutros e a regulamentação da internet é tarefa difícil. De fato, são necessárias alterações na lei de direitos autorais, mas até o presente momento as iniciativas não mostraram alcançar um consenso mínimo em termos de conteúdo, aplicação e efetividade no licenciamento de obras musicais e justa remuneração de autores e intérpretes nas plataformas de *streaming*.

Na contramão, entretanto, o *blockchain* apresenta uma tecnologia de distribuição de informação com base no princípio da descentralização. Trata-se, basicamente, de uma espécie de “livro razão”, que contabiliza e registra quaisquer que sejam os dados, só que de forma pública, universal e na confiança compartilhada entre duas partes, consoante adiante será demonstrado. Atualmente, o exemplo de implementação mais bem-sucedido da tecnologia *blockchain* é o *bitcoin*, mas seu potencial excede em muito a esfera de pagamentos.

De acordo com Diniz (2017), o *blockchain* tem o potencial de revolucionar não apenas as finanças, mas toda a troca de informações em comunidades de negócios e grupos sociais. Quanto ao âmbito autoral, Odair (2016) relata que o *blockchain* tem o condão de permitir que autores reivindiquem a atribuição de autoria, utilizem metadados para facilitar o licenciamento, transferir ativos e rastrear a procedência, gerando, assim, uma cadeia de valor mais transparente, com velocidade de pagamento de royalties e aumento considerável no controle artístico.

Nesse contexto, tem-se que o estudo do tema do *blockchain* à luz do direito autoral se mostra recomendável diante do impacto das plataformas de *streaming*, que desafiam não somente o mercado fonográfico em termos de receita e alcance, como também o direito autoral e a sua capacidade de proteção sobre as criações intelectuais nesta nova realidade. Ademais, a questão é verificar se a tecnologia do *blockchain* pode alterar o *status quo* e, assim, auxiliar autores e intérpretes a superar os desafios inerentes aos direitos autorais na esfera digital.

Dado o objetivo apresentado, optou-se por uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Deste modo, realizou-se um levantamento bibliográfico a partir de periódicos da CAPES sobre o tema de direitos autorais, plataformas de *streaming* e *blockchain*, além da consulta de



dados, relatórios e pesquisas disponibilizadas na internet quanto ao mercado fonográfico digital. Da análise inicial da literatura, foram localizadas novas referências de interesse e, uma vez demonstrado os resultados, descreveu-se a complexidade do problema de pesquisa e a interação de suas variáveis.

Posto isto, o objetivo do presente artigo é examinar o funcionamento, aplicação e os desafios associados a tecnologia de contabilidade distribuída, também conhecida como “*blockchain*”, como alternativa à proteção das criações intelectuais no cenário digital. Para tanto, aborda-se inicialmente o impacto do *streaming* na indústria fonográfica, bem como os problemas de direitos autorais associados entre os novos intermediários e os detentores de conteúdo. Por conseguinte, analisa-se a tecnologia do *blockchain*, como conceito, características e desafios para a sua implementação. Por fim, tendo em vista a problemática da pesquisa, averigua-se a viabilidade do *blockchain* como mecanismo resolutor no licenciamento de obras musicais e justa remuneração de autores e intérpretes nas plataformas de *streaming*.

2 IMPACTO DO *STREAMING* NA INDÚSTRIA MUSICAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS AUTORAIS

A Federação Internacional da Indústria Fonográfica (IPFI, siga em inglês) publicou seu relatório anual sobre o desempenho da indústria fonográfica mundial. O *Global Music Report* de 2019 revelou que em 2018, o mercado global de música gravada cresceu pelo quarto ano consecutivo, com acréscimo de 9,7% e receita de US\$ 19,1 bilhões. O principal impulsionador para este crescimento fora o *streaming*. Suas receitas cresceram 34% em 2018, representando quase 47% do total de receitas de música gravada. No final de 2018 haviam 225 milhões de contas de assinaturas pagas no mundo todo (IPFI, 2019).

O impacto do *streaming* no mercado fonográfico é tão significativo, que o *Spotify*, serviço de *streaming* de música mais popular do planeta, atingiu 100 milhões de assinantes *premium* no primeiro trimestre de 2019. O número de usuários pagantes pelo aplicativo cresceu 32% em relação ao ano anterior. A Europa contribuiu com 40%, seguida pela América do Norte com 30% do total de assinaturas. Os usuários ativos mensais, que incluem sua versão gratuita com anúncios, atingiram a marca de 217 milhões de usuários (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019).

No mesmo sentido, a receita de assinantes *premium*, que representam quase 90% de sua receita total, subiu 33%, com valor de 1,5 bilhão de euros no segundo trimestre, superando as estimativas dos analistas de 1,47 bilhão de euros, segundo dados do IBES da Refinitiv. Outrossim, embora os analistas tenham calculado uma receita total de 1,62 bilhão de euros no segundo trimestre de 2019, o *Spotify* estimou um rendimento global de 1,51 bilhão a 1,71 bilhão de euros para o referido período (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019).

Não obstante o impacto financeiro e expansivo do *streaming* no mercado fonográfico e a desmaterialização da música em mídia física para a digital tenha facilitado o acesso e reprodução



dessas obras, devido aos avanços na tecnologia, globalização, e no acesso e incentivo à cultura, a atuação e controle dos direitos autorais tornou-se cada vez mais difícil (GALVEAS; LAGASSI, 2018). Os pagamentos de royalties na era da transmissão são lentos, ineficientes e extremamente complexos (ODAIR, 2016).

De antemão, verifica-se que a lei de direitos autorais tornou-se cada vez mais ultrapassada na “economia intangível” (MORINGIELLO, 2007). A maioria dos regulamentos nacionais e internacionais de direitos autorais relacionados a indústria fonográfica foram criados para a era do vinil. Esses regulamentos não acompanharam a evolução da Internet que ultrapassa as barreiras territoriais, embora algumas medidas importantes já tenham sido adotadas, como por exemplo, a exigência de que *Pandora* e *Spotify* obtenham autorização das principais gravadoras para tocar suas músicas (DE LEÓN; GUPTA, 2017).

A internet adicionou um novo tipo de entidade à cadeia (plataformas de *streaming*). Todavia, a estrutura geral da indústria permaneceu em grande parte prejudicada pelas mesmas assimetrias que favoreciam os antigos intermediários (gravadoras). Desse modo, o novo modelo não melhorou o poder de barganha dos artistas ou proporcionou aos autores e intérpretes maior controle sobre o gerenciamento de suas receitas, que, por sua vez, permanecem sob o controle oligopolista dos quatro serviços de *streaming* (*YouTube*, *Spotify*, *Apple Music* e *Amazon*) (DE LEÓN; GUPTA, 2017).

Quando uma música é reproduzida no *streaming*, os detentores de direitos autorais recebem *royalties* pela sua execução. A remuneração do serviço se baseia na parcela paga de usuários que possuem a assinatura, não obstante exista a opção gratuita, mas com a presença constante de propagandas entre uma faixa e outra. As assinaturas e as inserções publicitárias visam cobrir o licenciamento das músicas e o custeamento de suas despesas. Contudo, os produtores de conteúdo discordam desta forma de remuneração, exigindo valores fixos, independentemente do número de usuários (WACHOWICZ; VIRTUOSO, 2018).

O *streaming*, em particular, trouxe um grande desafio aos dados. Os proprietários de direitos, que antes precisavam rastrear apenas as vendas, agora se veem obrigados a saber cada vez que uma faixa é ouvida e acompanhar o fluxo de receita em frações de centavos (COOKE, 2015). O desafio é agravado pelo fato de não haver um banco de dados único que documente a propriedade de todos os direitos autorais da música e da gravação. Em vez disso, existem vários bancos de dados, nenhum totalmente abrangente, com informações que podem variar entre um banco e outro, sem autoridade central para resolver conflitos (ODAIR, 2016).

O Mundo da Música (2019), com base no cenário do *streaming* musical global em 2019 e também nas pesquisas e relatórios apresentados pela *Digital Music News* e o site *The Trichordist*, que se dedica sobre o tema que invadiu a indústria fonográfica desde 2014, trouxe dados mais recentes sobre os recursos transferidos pelas principais plataformas de *streaming* aos titulares de direitos de autor. A título ilustrativo, seguem algumas relações.

TIDAL de Jay-z e *Apple Music* oferecem taxas substancialmente mais altas do que seu concorrente *Spotify*. *TIDAL* repassou aos titulares de direitos de autor US\$ 0,01284 por fluxo no



início de 2018, sendo necessário o total de 117.760 execuções para receberem US\$ 1.472,00, valor do salário mínimo dos Estados Unidos. Por sua vez, a *Apple Music* pagou US\$ 0,0064 em 2017, seguido de US\$ 0,00783 em 2018 e, atualmente, US\$ 0,00735 por fluxo. Ademais, exige-se cerca de 200.272 execuções para alcançarem o valor do salário mínimo mencionado (MUNDO DA MÚSICA, 2019).

Criticada como um dos piores rendimentos digitais, o *Spotify* vem aumentando constantemente sua taxa por fluxo. Em 2017, a plataforma de *streaming* pagou US\$ 0,0038, seguido de US\$ 0,00397 no início de 2018 e US\$ 0,00437 em 2019 por fluxo. De acordo com a premiada violoncelista e compositora Zoe Keating, ela recebeu US\$ 0,00543 por faixa, em média, este ano. Outrossim, demanda-se um total de 336.842 execuções para os artistas obterem os proventos de US\$ 1.472,00 (MUNDO DA MÚSICA, 2019).

Ainda assim, considera-se pouco transparente a publicidade das plataformas de *streaming* no que tange aos rendimentos digitais. Transparência não é apenas disponibilizar dados, mas fazê-lo em linguagem clara e acessível a toda a comunidade interessada. Informações quanto ao repasse dos valores de direitos autorais ao artista é um tanto quanto complexa, difíceis de serem encontradas e raramente chegam aos usuários e artistas. São valores determinados pelas gravadoras, com pouca participação de quem produziu a obra.

Além disso, são levadas em consideração algumas variáveis que tendem a confundir os mais desinformados, quais sejam: as receitas no país onde são tocadas as músicas; dentre os usuários que consumiram determinada obra de um artista, verificam-se quais os percentuais são optantes pela assinatura (quanto maior esse percentual, maior será a remuneração desse artista); o valor cobrado ao usuário pelo serviço pago e a cotação da moeda do país e o índice de *royalt* de um artista (FERNANDES, 2016).

Nesse sentido, o *Spotify* buscando esclarecer algumas questões sobre a relação entre o serviço de *streaming* e os produtores artísticos, criou o site *Spotify for Artist*, trazendo ao público e aos titulares dos direitos de autor, os maiores interessados, dentre tantas informações, algumas a respeito do método de distribuição de pagamentos. De acordo com a plataforma, quando uma música é reproduzida, os detentores de direitos autorais recebem *royalties*, seja ela reproduzida por um cliente *premium* ou com suporte a anúncios.

Nesse caso, distribui-se a receita líquida das taxas de assinatura *premium* e anúncios aos detentores dos direitos. Para calcular a receita líquida, subtrai-se o valor coletado, deduzido de pagamentos de impostos, taxas de processamento de cartão de crédito e cobrança, comissões de vendas, etc. Por conseguinte, a participação da receita líquida do detentor de direitos é determinada pelo compartilhamento de fluxo. (SPOTIFY FOR ARTIST, 2019).

Calcula-se o compartilhamento de fluxos através da operação do número total de fluxos em um determinado mês, estabelecendo-se qual proporção desses fluxos eram ouvintes de música pertencentes ou controladas por um detentor de direitos específico. Contestavelmente, o *Spotify* alega que não paga *royalties* de acordo com uma taxa por reprodução ou por fluxo, já que os pagamentos de *royalties* variam com as diferenças na forma como a música



é transmitida ou nos acordos pactuados com gravadoras ou distribuidores (SPOTIFY FOR ARTIST, 2019).

Ademais, os pagamentos ocorrem uma vez por mês, mas quando e quanto os artistas são pagos depende dos contratos entre estes com suas respectivas gravadoras ou distribuidor, que, por sua vez, remuneram os detentores de conteúdo conforme seus contratos individuais (SPOTIFY FOR ARTIST, 2019). Especialmente para usos internacionais, não raro os *royalties* levem anos para chegar às contas bancárias dos detentores de direitos, momento em que mais de uma associação de gestão coletiva deduz as taxas administrativas (ODAIR, 2016).

Dado que as faixas podem ser transmitidas em qualquer lugar do mundo com o clique de um mouse, o modelo atual de licenciamento de obras musicais nas plataformas de *streaming* e a remuneração dos autores e intérpretes parece um tanto arcaica. Sendo assim, imperativo que a indústria fonográfica trabalhe para a resolução dessas lacunas, estabelecendo bases certas para o desenvolvimento sustentável e de longo prazo dos direitos autorais. A tecnologia do *blockchain* tem potencial para a resolver esses conflitos.

3 DEFINIÇÃO DE *BLOCKCHAIN*

As inúmeras implementações tecnológicas, notadamente a tecnologia *blockchain*, podem representar um forte aliado à proteção de direitos autorais.

Tem-se que *blockchain* “é uma infraestrutura que possibilita uma série de inovações” (GARROTE; PAZOS, 2018, p. 54). Trata-se de uma base de dados descentralizada, em que as informações armazenadas não podem ser modificadas ou excluídas.

Garrote e Pazos (2018, p. 55) elucidam como a tecnologia funciona.

Para certificar suas informações, a *blockchain* usa um mecanismo de prova de trabalho (“*proof of work*”) no qual um protocolo criptográfico valida a transação por meio da solução de um problema matemático.

Em linhas gerais, um *software* analisa todas as informações e aplica uma fórmula matemática sobre o conjunto de dados (denominados “blocos”), criando um código *hash* para o resultado desse cálculo.

Esse código *hash*, que funciona como uma assinatura digital única de quem valida a transação, impede que uma informação seja alterada sem que se perca as assinaturas digitais originais. Ou seja, para que haja a validação da transação, as assinaturas originais não podem ter sido alteradas. Se, porventura, tivessem sido, seria possível verificar que não se trata de uma transação legítima e a própria rede não validaria a transação.

Como cada bloco é único, sempre que essa fórmula for aplicada ao bloco, o código *hash* será o mesmo. Caso haja qualquer modificação no bloco, o código *hash* criado será completamente diferente e a transação, portanto, não será realizada e tampouco registrada na *blockchain*.



Qualquer mínima adulteração na cadeia de informações gera resultados matemáticos diferentes do esperado, o que impede o processamento da transação e, obviamente, seu registro.

Tendo em vista funcionar como certificadora seria como dizer que a *blockchain* emite um selo para comprovar a existência de um arquivo, à semelhança da prática de registro ou autenticação de documentos pelo Cartório de Títulos e Documentos. Trata-se de uma forte prova em caso de disputa judicial, haja vista a impossibilidade de violação.

Ademais, o uso de *blockchain* encontra o devido respaldo pela lei, conforme já exposto por Alexandre Morais da Rosa e Felipe Navas Próspero, os quais ressaltam que “(...) as ferramentas que promovem a utilização da *blockchain* como base de dados para autenticação de documentos, (...) um “livro razão” descentralizado, transparente, público e totalmente auditável, (...) entendemos pela plena viabilidade jurídica e validade das provas (...)” (ROSA; PRÓSPERO, 2019).

A Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, foi o ponto de partida a respeito da validade jurídica de documentos eletrônicos, aplicações de suporte e aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras, garantindo sua autenticidade e integridade.

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§1º. As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.

§2º. O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

No mesmo sentido, o Código Civil estabelece que não havendo manifestação prescrita em lei, a definição da vontade comum das partes terá validade, desde que a lei não seja contrária à utilização de meios eletrônicos ou defina a forma legal para tal ação.

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

Relativamente às informações contidas nesta tecnologia, via de regra, são públicas, de modo que, “quando uma atualização legítima é feita no sistema e devidamente minerada, todas as cópias contidas nos computadores dos usuários são sincronizadas quase em tempo real” (GARROTE; PAZOS, 2018, p. 56). Contudo, prosseguem Garrote e Pazos (2018), apesar da natu-



reza majoritariamente pública, pode o desenvolvedor escolher quem terá acesso às informações, transformando-as em privadas.

O modelo de *blockchain* inicialmente proposto assim o foi por Satoshi Nakamoto e adveio com o surgimento das criptomoedas.

Segundo ressalta Mougayar (2017, p. 27) “(...) o *blockchain* é uma tecnologia que grava transações permanentemente de uma maneira que não podem ser apagadas depois, somente podem ser atualizadas sequencialmente, mantendo um rastro de histórico sem fim”.

A vantagem de uso da rede é destacada por Bruno Doneda e Henrique Flôres (2019, p. 191-192) “a partir da programação de regras neste ambiente, permitindo-se assim a construção de um protocolo seguro para realização de transações, ou seja, troca de ativos/dados em tempo real, cuja validação de autenticidade é dada (...) sem intermediários”.

O uso de *blockchain* pode ocorrer em diversas atividades, sendo sua maior utilidade, atualmente, na 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. Todavia, trata-se apenas de algumas das aplicações, pois por seu conceito “se pode armazenar 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).

A aplicação do *blockchain* se dá em diversos outros segmentos, sendo o do caso em análise na indústria da música, verificando-se sua possibilidade e se trará todas as vantagens prometidas, visto que as plataformas que utilizam o *blockchain* ainda estão em uma fase mais embrionária. No entanto, os estudos acerca das aplicações práticas do *blockchain* na Propriedade Intelectual devem se ampliar, visto se tratar de uma tecnologia que pode criar um ecossistema capaz de redefinir toda a indústria.

4. PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS POR MEIO DA APLICABILIDADE DO *BLOCKCHAIN* NA INDÚSTRIA MUSICAL E DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

A Lei de Direitos Autorais, nº 9.610/98, assegura proteção aos direitos de autor e os que lhe são conexos, independentemente de registro, visto que o direito nasce com a obra, compreendendo tanto direitos morais quanto patrimoniais sobre a obra criada.

Nos termos do art. 28, da citada lei, “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

Diante disso, independente da modalidade empregada, a exploração da criação por terceiros depende de autorização prévia e expressa de seu titular. Aquele que reproduz obra de outrem deve manter os registros que permitam a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração ao autor.



Destaca-se, aqui, o uso das novas tecnologias como aliado para a gestão de direitos autorais, notadamente no que se refere à plataformas de *streaming*.

Neste sentido, a tecnologia *blockchain* vem se destacando devido à possibilidade de documentar e verificar atributos de conteúdo digital. Conforme já exposto, há a possibilidade de se gerar identificadores para verificar dia e hora de criação do conteúdo ou arquivo, produção de cópias e modificações, por meio do sistema de *hash*.

A ausência de obrigatoriedade de registro dos direitos autorais no Brasil faz com que, muitas vezes, os titulares não procedam com tal registro no órgão competente, o que pode dificultar a prova de autoria e anterioridade.

A efetividade do uso de *blockchain* na proteção de direitos autorais é destacada por GARROTE e PAZOS (2018, p. 58), quando expõem que:

(...) a *blockchain* pode ser importante aliada no universo da proteção dos bens tutelados pela Propriedade Intelectual. Ao registrar suas obras em plataformas via *blockchain*, os autores poderão obter de forma clara, legítima, inviolável e imutável, a tão desejada prova de sua anterioridade de forma rápida, segura e eficaz. Ao mesmo passo, terceiros interessados podem passar a usar a cadeia de blocos para ter acesso a informações como: propriedade, licenças, e outras informações relevantes sobre a obra/direito.

O uso desse tipo de tecnologia pode servir para certificar a existência de um arquivo fonográfico de um modo mais simples, bastando a inclusão do arquivo em alguma plataforma que ofereça o serviço.

A consequência do uso de *blockchain* para proteção de direitos autorais relativos a fonogramas é que se outra pessoa tentar registrar essa música, gerar-se-á um registro com horário e data posteriores, não sendo possível a comprovação judicial de autoria originária da obra.

De acordo com Cunha (2018, p. 252), “no caso da música, são incorporados na faixa de música data bases que podem ser incluídos detalhes do criador da obra, dados para localização do titular dos direitos de autor e informações sobre licença”.

Brito descreve (2018, p.4-5) o modo como essas plataformas influenciam no sistema de pagamento a artistas.

Novas plataformas buscam utilizar a tecnologia para fornecer um sistema de pagamento justo aos artistas, tarefa inalcançada pelo *download* digital e o *streaming*. O primeiro experimento com o *blockchain* na música foi realizado por Tatiana Moroz. A artista desenvolveu uma criptomoeda em cima do código do Bitcoin em 2014. O projeto foi desenvolvido a fim de receber mais pelo seu trabalho na Internet e para aproximar a artista de seus fãs. Utilizando a sua moeda para fazer *download* de seus álbuns e outros itens, os fãs podem futuramente utilizar seus dados para ganharem bônus como acesso aos bastidores dos shows de Tatiana, merchandising, conversar diretamente com a artista e vários outros benefícios. Com a tecnologia, Tatiana consegue ter total controle de suas transações, além de observar o que seus fãs fizeram com seu conteúdo e quais são aqueles mais contribuíram.



Além da maior segurança aos produtores, outra tendência do *blockchain* no mercado fonográfico é a diminuição de intermediários nas negociações, sendo possível criar contratos diretos que determinam quem deve receber qual parte após a produção da obra.

Algumas startups tem investido na tecnologia de *blockchain* para a indústria da música, como a Ujo, a Opus, empresas consolidadas como a Sony e Universal, a fim de buscarem maior eficiência na distribuição dos direitos autorais.

De acordo com Heap (2017), inúmeros músicos e bandas estão empurrando para a transparência e justiça de sua própria maneira, como o processo de Paul McCartney com a Sony, de Duran Duran com a Sony/ATV e de Taylor Swift no Spotify.

A tecnologia *blockchain* tem o potencial de alterar o modo pelo qual o conteúdo protegido por direitos autorais é distribuído no ambiente digital, com a atribuição e reivindicação de direitos autorais, transparência e rastreabilidade de modificações subsequentes, transferências de pagamentos sem atritos e quase instantâneos e, assim, a propriedade soberana sobre o conteúdo digital disponível em rede. No entanto, essa emergente tecnologia ainda enfrenta uma série de desafios para atestar a sua viabilidade.

Na projeção de uma solução pelo *blockchain* questiona-se, inicialmente, onde os trabalhos protegidos por direitos autorais seriam armazenados. O estado atual da tecnologia impõe restrições substanciais para o armazenamento de conteúdo criativo diretamente em uma *blockchain*. O tamanho da *blockchain bitcoin*, que consiste em metadados apenas sobre transações, atingiu quase 130Gb em setembro de 2017. Desde janeiro de 2013, o tamanho da cadeia de blocos tem sido exponencial, dobrando de tamanho a cada ano. (SAVELYEV, 2017).

Devido à restrição original do tamanho do bloco e o intervalo de tempo utilizado para a geração de um novo bloco, o *blockchain do bitcoin* pode processar somente cerca de 7 transações por segundo, o que não atenderia ao processamento de milhões de transações em tempo real. O tamanho de um bloco grande desaceleraria a velocidade de propagação e poderia levar a eventuais ramificações do *blockchain*. Deste modo, considerando que a capacidade dos blocos é muito pequena, transações com baixos valores poderiam ser adiadas, visto que as mineradoras preferem transações com alta taxa de transação. Portanto, o problema de escalabilidade é bastante difícil. (ZHENG; DAI; XIE, 2018).

Logo, no caso de obras protegidas por direitos autorais no universo digital e com uma grande rede de usuários, força-se uma decisão sobre manter ou não esses fonogramas no *blockchain*. O armazenamento de conteúdo digital “fora da cadeia” cria questões de acessibilidade desse conteúdo e desafia a eficácia de solução geral do *blockchain*. Ademais, embora pareça ser apenas uma questão técnica, as escolhas arquitetônicas relacionadas ao armazenamento de dados dentro ou fora do *blockchain* também terão implicações legais.

Se houver um mecanismo centralizado para armazenar o conteúdo digital vinculado ao banco de dados de gerenciamento de direitos de *blockchain*, o administrador daquele poderá usar trabalhos protegidos por direitos autorais como uma reprodução. Sendo assim, esse administrador atenderá aos critérios do intermediário semelhante a hospedagem de plataformas



online, cujo estado concede certas isenções de responsabilidade por violação de direitos autorais. No entanto, a natureza imutável das informações na *blockchain* cria alguns problemas para a aplicação de tais isenções (SAVELYEV, 2017).

Se o conteúdo não estiver armazenado numa *blockchain*, seria tecnicamente possível remover ou bloquear o acesso a esse conteúdo, mas nesse caso os metadados armazenados ficariam desatualizados e dependentes das ações de terceiros, o que é incompatível com os ideais da tecnologia. Por outro lado, se o conteúdo for armazenado na *blockchain*, pode ser problemático excluir ou remover o acesso a este, já que contrário aos princípios da operação do *blockchain*. Nesse caso, o administrador da plataforma não poderá se beneficiar da isenção de responsabilidade para um intermediário online (SAVELYEV, 2017).

Outra questão desafiadora refere-se sobre as disputas de direitos autorais, que podem ser alteradas e sancionadas por uma decisão judicial e a imutabilidade do *blockchain*. Se o *blockchain* for aplicado ao gerenciamento de direitos autorais, o princípio da lei de direitos autorais baseado na soberania nacional deve ser considerado. Como as leis de direitos autorais são mutáveis, o *blockchain* precisa se adaptar, o que não é fácil porque os dados em uma *blockchain* são imutáveis e permanecem constantes (VEHBI, 2018).

A imutabilidade dos registros de *blockchain* é uma das notas características dessa tecnologia, facilitando, por conseguinte, a sua confiabilidade. Encontrar o equilíbrio certo entre essas considerações não será uma tarefa fácil e os resultados terão impacto na atratividade desse sistema, tanto para os proprietários de direitos autorais quanto para os usuários. Portanto, a presença suficiente de ambos os grupos é fundamental para o progresso do gerenciamento de direitos autorais no cenário digital.

Contudo, é provável que o processo de desintermediação que a tecnologia *blockchain* possibilite seja resistido pelos próprios intermediários, em posição de controle e dentro de uma hierarquia (GODSIFF, 2016). Ao lado dessas considerações tem-se, então, que embora a transparência em toda a cadeia de valor possa ser dos interesses dos artistas, é fato incontestável que os intermediários se beneficiam da opacidade dos dados atualmente fornecidos aos detentores de direitos autorais (ODAIR, 2016 *apud* RETHINK MUSIC, 2015).

Assim, para resolver a questão de uma maneira aceitável para todas as partes interessadas e sem diminuir as vantagens da tecnologia *blockchain*, surgem duas hipóteses de soluções, embora nenhuma destas pareçam ser boas o suficiente. A primeira seria a criação de contas de “superusuários” para autoridades governamentais, que teriam o direito de modificar o conteúdo de bancos de dados de *blockchain* de acordo com um procedimento específico, a fim de refletir as decisões das autoridades locais. A segunda opção seria buscar usuários específicos, forçando-os a incluir alterações na própria *blockchain* (SAVELYEV, 2017).

No entanto, o problema com a primeira solução é que esta leva a uma mutação substancial da tecnologia *blockchain* e retira a característica de imutabilidade dos dados. Assim, se superusuários tiverem o poder de influenciar os dados, estes se tornarão menos atraentes do que os bancos de dados e registros tradicionais já mantidos pelas autoridades estaduais. Quanto



a segunda solução, o problema está associado a infraestrutura e instrumentos antigos, que consomem tempo, são ineficientes em casos transfronteiriços, bem como não acompanharam o ritmo das novas tecnologias (SAVELYEV, 2017).

Outra matéria que necessita ser resolvida para que algum tipo de sistema de gerenciamento de direitos autorais em massa baseado na tecnologia *blockchain* seja construído está relacionado ao efeito de rede. O sistema depende da rede, o que significa que a presença de um grande número de detentores de direitos e usuários seria necessário para cobrir um número suficiente de trabalhos protegidos por direitos autorais. Os usuários e seus trabalhos criam uma rede, na qual o produto depende do número de usos. O volume de uso determina a atratividade da rede e a torna mais valiosa e vice-versa (VEHBI, 2018).

Observa-se que os detentores de conteúdo atualmente preparados para a *blockchain* são uma pequena minoria. Por tais razões, ainda não está claro qual o número mínimo necessário de usuários para romper o estado letárgico existente. Nesse contexto, indaga-se se o *blockchain* sendo baseado em um sistema de gerenciamento de direitos autorais, traria pessoas suficientes para este sistema. Esse é um dos desafios para a sua implementação (VEHBI, 2018).

Pelo exposto, verifica-se que armazenamento de metadados, disputas sobre direitos autorais, imutabilidade da tecnologia e problemas de efeito de rede são apenas algumas questões que precisam ser respondidas quanto a promessa da *blockchain* na esfera de direitos autorais. Além desses obstáculos, questões legais relacionadas à segurança da informação, identificação de usuários, criptomoeda, *smart contracts*, ajustes nas leis de direitos autorais em nível regional e internacional também precisam ser abordadas para o amplo desenvolvimento da tecnologia.

CONCLUSÃO

As inúmeras implementações tecnológicas, notadamente a tecnologia *blockchain*, conforme exposto, representam um forte aliado à proteção de direitos autorais. Vive-se em uma sociedade digital, em que mudanças significativas têm sido provocadas na forma de acessar, usar e comercializar a música, notadamente por meio de plataformas de *streaming*, o que promove ampla discussão quanto aos aspectos jurídicos envolvidos, bem como econômicos e tecnológicos.

A música, protegida por direito autoral, possui significativa importância na economia mundial. Contudo, o sistema pelo qual ocorre sua remuneração atualmente, no que se refere às plataformas de *streaming*, não é o mais adequado.

Levando-se em consideração a discussão apresentada e os respectivos resultados, conclui-se pela viabilidade do *blockchain* como mecanismo resolutor no licenciamento de obras musicais e justa remuneração de autores e intérpretes nas plataformas de *streaming*.

O uso de *blockchain* pode representar a solução mais adequada para a o recolhimento de royalties, distribuição e controle relativo à trajetória da obra no meio digital. Isso porque se



trata de um sistema que se caracteriza pela transparência das transações, da impossibilidade de mudança das informações inseridas em sua plataforma e a auditoria por todos os operadores da cadeia, de modo que a segurança conferida às transações é inquestionável.

Ademais, o uso de *blockchain* pode representar economia, haja vista serem eliminados os intermediários do processo de elaboração e execução, pois os contratos são em sua maioria automáticos e executam os acordos sem nenhum intermediário.

Desse modo, inegável a aplicabilidade e eficiência no uso de *blockchain* para proteção de direitos autorais relativos às obras musicais disponibilizados em plataformas de *streaming*, principalmente no que se refere ao recebimento e distribuição de royalties.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 27 ago. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRITO, Lucas Alves de; SILVA, Dayane Costa Oliveira da. O consumo da música digital após o *blockchain*: as propostas de mudança da tecnologia na indústria fonográfica. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE ARTE E TECNOLOGIA (#17.ART): a dimensão política da arte, 17, 2018, Goiás. **Anais...**, Goiás: UFG, 2018. Disponível em: http://art.medialab.ufg.br/up/779/o/27_-_Lucas_Alves_de_Brito.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

CLARK, Birgit; MCKENZIE, Baker. **Blockchain and IP Law: A Match Made In Crypto Heaven?** 2018. Disponível em: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html. Acesso em: 20 set. 2019.

COOKE, Chris. **Dissecting the digital dollar part one**: how streaming services are licensed and the challenges artist now face. Music Managers Forum Report, 2015. Disponível em: https://themmf.net/site/wp-content/uploads/2015/09/digitaldollar_fullreport.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

CUNHA, Rose Marie Rocha da. Uma análise histórica da proteção do direito de autor e os novos mecanismos de proteção de obras musicais na era digital. **Revista da ESMAM**, São Luís, v.12, n.13, p. 241-255, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/48/37>. Acesso em: 10 set. 2019.

DE LEÓN, Ignacio; GUPTA, Ravi. 2017. **The Impact of Digital Innovation and Blockchain on the Music Industry**. Discussion Paper, Inter-American Development Bank (IDB). Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17327/el-impacto-de-la-innovacion-digital-y-de-la-tecnologia-blockchain-en-la-industria>. Acesso em: 11 set. 2019.



DINIZ, Eduardo Henrique. Emerge uma nova tecnologia disruptiva. **GV-executivo**, v. 16, n. 2, p. 46-50, 2017.

DONEDA, Bruno Nunes; FLÔRES, Henrique Pinhatti. Contrato inteligentes na *blockchain*: o futuro dos negócios jurídicos celebrados em códigos de programação. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 189-206.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Receita do Spotify supera estimativas com alta de assinantes pagos**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/04/epoca-negocios-receita-do-spotify-supe-ra-estimativas-com-alta-de-assinantes-pagos.html>. Acesso em: 28 ago. 2019.

FERNANDES, Maurício Gondran. **A tutela dos direitos autorais no consumo de produtos culturais nas plataformas de streaming**. 2016. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande. 2016.

FIGURELLI, Rogério. **BLOCKCHAIN**: Uma análise estratégica para humanos e robôs. Trajecta. Edição do Kindle, 2017.

GALVEAS, Vitor Sabbá; LAGASSI, Veronica. Serviços de streaming sob a ótica dos direitos autorais: tensões e perspectivas. In: **Revista da ABPI**, n. 154, p. 30-48, mai/jun de 2018.

GARROTE, Camila Garcindo Dayrell; PAZOS, Julia. O que é *blockchain*? Como podemos aplica-la na propriedade intelectual?. In: **Revista da ABPI**, n. 152, p. 52-62, jan/fev de 2018.

GODSIFF, Phil. Disruptive potential. In **Distributive Ledger Technology: beyond blockchain**. Waplor M (ed). WordLink: London, 2016. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gd-16-1-distributed-ledger-technology.pdf. Acesso em: 01 set. 2019.

HEAP, Imogen. Blockchain Could Help Musicians Make Money Again. **Harvard Business Review**. Disponível em: [://hbr.org/2017/06/blockchain-could-help-musicians-make-money-again](http://hbr.org/2017/06/blockchain-could-help-musicians-make-money-again). Acesso em: 20 set. 2019.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY (IFPI). **Global Music Report 2019: Annual state of industry**. Disponível em: <https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>. Acesso em: 05 set. 2019.

MORINGIELLO, Juliet. False categories in commercial law: The (Ir)relevance of (In)tangibility. **Florida State University Law Review**, v. 35, p. 1-50, 2007. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1153&context=lr>. Acesso em: 02 set. 2019.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios**: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

MUNDO DA MÚSICA. **Bastidores do Streaming**: saiba o valor que as plataformas como YouTube, Spotify, Deezer e Apple Music pagam aos artistas. 07/05/2019. Disponível em: <https://mundodamusica.com.br/index.php/digital/item/267-bastidores-do-streaming-saiba-o-valor-que-as-plataformas-como-youtube-spotify-deezer-e-apple-music-pagam-aos-artistas.html>. Acesso em: 11 set. 2019.

O'DAIR, Marcus. **Music on the Blockchain**. Blockchain For Creative Industries Research Cluster. London, v. 1, n. 1, p. 1-29, jul. 2016. Disponível em: https://www.mdx.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0026/230696/Music-On-The-Blockchain.pdf. Acesso em: 05 set. 2019.

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.



RETHINK MUSIC. **Fair music:** transparency and payment flows in the music industry. Berklee Institute of Creative Entrepreneurship, 2015. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/552c0535e4b0afcbcd88dc53/t/55d0da1ae4b06bd4bea8c86c/1439750682446/rethink_music_fairness_transparency_final.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da; PRÓSPERO, Felipe Navas. Qual a validade jurídica dos documentos pela rede *blockchain*? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/limite-penal-qual-validade-juridica-documentos-rede-blockchain>. Acesso em: 18 set. 2019.

SAVELYEV, Alexander Ivanovitch. **Copyright in the Blockchain Era:** Promises and Challenges. National Research University Higher School of Economics. Rússia, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075246. Acesso em: 28 ago. 2019.

VEHBI, Asim. Core Issues of Copyright Law in the Digital Environment: The Promise of Blockchain. **International Journal of Applied Engineering Research**, v. 13, n. 20, p. 14510-14516, 2018. Disponível em: https://www.ripublication.com/ijaer18/ijaerv13n20_07.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

WACHOWICZ, Marcos; VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. A gestão coletiva dos direitos autorais e o streaming. **P2P & INOVAÇÃO**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 4-17, set./fev. 2018.

ZHENG, Zibin; DAI, Hong-Ning; XIE, Shaoan; CHEN, Xiangping. Blockchain challenges and opportunities: A survey. **International Journal of Web and Grid Services**, v. 14, n. 4, pp. 352-375, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328338366_Blockchain_challenges_and_opportunities_A_survey. Acesso em: 24 ago. 2019.





O USO DA TECNOLOGIA **BLOCKCHAIN** COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS

Laís Adriele Todescatto Kerller¹

Vitória Maria Furtado dos Santo²

RESUMO: O presente artigo, através de análise doutrinária e legal, apresentará a respeito do uso da tecnologia *blockchain* como proteção aos direitos autorais. O surgimento da sociedade informacional e o célere avanço tecnológico ocasionou um contexto virtual e jurídico de instabilidade no que se refere aos direitos e garantias do autor. Em outras palavras, as obras autorais, de maneira instantânea, são plagiadas, alteradas e divulgadas sem que o autor, por exemplo, tenha o controle de como a sua obra está sendo utilizada. Diante disso, a presente pesquisa pretende compreender, no ponto de vista crítico, a viabilidade e a possibilidade perante ao ordenamento jurídico pátrio o uso de uma nova tecnologia, denominada de *blockchain* como meio mais seguro e transparente de investigar onde encontra e como está a obra autoral. Com efeito, a metodologia será dedutiva e descritiva, pois o estudo se baseia na premissa afirmativa de que através do *blockchain* haveria a possibilidade de resguardar os direitos autorais na atual conjuntura. No que se refere aos resultados, identificará que a apesar do surgimento da nova tecnologia tenha sido baseado, inicialmente, com o objetivo de transacionar bitcoins, observou que a sua utilidade é expansionista, na medida em que, através do *hash* – código específico construído por letras e números – representa todas as informações e transações ocorridas de forma organizada e cronologia. Sendo assim, será possível que o autor permita ou não que os usuários possam utilizar a obra, logo, conseguirá rastrear o conteúdo e mais que isso, a facilidade de comprovará a autoria.

Palavras-chave: *Blockchain*. Direito Autoral. Sociedade informacional.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-industrial ou informacional se define pela presença da informação como um dos seus recursos centrais que, quando em âmbito da tecnologia digital, facilita o acesso, uso e compartilhamento de dados. O uso de computadores tem papel central nas modificações que ocorrem em âmbito da comunicação, economia e gestão. Dessa forma, aqueles que obtiveram acesso a dados no meio digital são livres para usar e compartilhar tais informações de forma simples, ainda que sem prévia autorização de quem efetivamente produziu o conteúdo transacionado, violando os direitos autorais.

¹ Graduanda em direito pelo Centro Universitário UNDB. Membro do grupo de Estudos em Propriedade Intelectual UNDB/MA.

² Graduanda do décimo período do Centro Acadêmico UNDB, membro do grupo de estudo de propriedade intelectual e inovação.

Os estudos a respeito das possíveis soluções para o déficit normativo dos direitos autorais não são conclusivos. Tais incertezas são extremamente justificáveis quando se analisa que as transformações ainda não cessaram, as modificações não são apenas na forma de compartilhar dados, mas também na compreensão da sociedade *per si*.

As produções de obras estão cada vez menos individuais e mais coletivas, o entendimento de que o conhecimento existente precisa ser compartilhado, socializado, para que se crie efetivamente um novo conhecimento é notório nas novas interações sociais que se formam. Entretanto, não significa que não possam existir limites ao compartilhamento e distribuição de conteúdo. Os instrumentos normativos que serão desenvolvidos têm uma difícil missão de estabelecer um equilíbrio entre a liberdade do usuário e o estímulo à produção de obras, de forma a promover o desenvolvimento e a diversidade cultural.

Em razão disso, a presente pesquisa se faz necessária para analisar os entraves enfrentados pela proteção dos direitos autorais. Haja vista o paralelo existente na atual conjuntura, isto é, de um lado a sociedade civil tendo acesso de modo mais célere, em contrapartida, o ordenamento jurídico pátrio pleiteando o resguardo dos direitos autorais com o intuito de fomentar a produção intelectual.

É sabido que a ciência é dinâmica, sendo assim compreender o surgimento do *blockchain* é uma forma de acompanhar as transformações sócios-digitais. Sendo assim, é necessário que os estudos científicos acompanhem as modificações para que o conhecimento não seja defasado. Desse modo, a importância social, justifica-se, devido a forma de como a sociedade utiliza o mundo virtual ocasionando impactos aos direitos autorais

Com efeito, o presente artigo aduz que estudar o ramo da propriedade intelectual, em especial, o direito autoral e como o surgimento da tecnologia *blockchain* interfere e ressignificou o tratamento jurídico.

Sucede que, o surgimento da tecnologia *Blockchain* oferece uma forma de validação de informações por meio de blocos que são repassadas de uma ponta a outra (*peer to peer*) criando uma espécie de impressão digital garantindo a integridade e veracidade do conteúdo protegido. Perante o exposto, indaga-se: é possível assegurar a proteção dos direitos autorais através da tecnologia do *blockchain*?

Como resposta prévia, compreende-se que a tecnologia *blockchain* promove a gravação de uma *hash* imutável que documenta a data e hora de sua criação, o conteúdo dela e a sua autenticidade, além de possibilitar o rastreamento do material e bloquear ou permitir o uso da obra. Tais requisitos transformam a tecnologia em um potencial instrumento de coibição de violações aos direitos autorais. Por este motivo,

O método utilizado no presente artigo é dedutivo, pois, conforme Lakatos e Marcone (2003) baseiam-se na ideia de que haja uma premissa com o intuito de a conclusão ratifique-a. Assim sendo, o trabalho se baseia na premissa afirmativa de que através do *blockchain* haveria a possibilidade de resguardar os direitos autorais na atual conjuntura.



Enquanto que, o objetivo da pesquisa é caracterizado como descritiva, tendo em vista que a pretensão é desenvolver o aperfeiçoamento do estudo acerca da propriedade intelectual, em especial, aos direitos autorais e sobre a tecnologia do *blockchain*. (GIL, 2002). Em razão disso, a fonte de pesquisa utilizada é bibliográfica com base em livros específicos a respeito da temática; dissertações; teses; a Lei de Direitos Autorais, nº 9.610/1998 e artigos científicos. (GIL, 2002).

Nesse sentido, é cristalino depreender que o problema do presente estudo parte de um pressuposto teórico, o qual seja o enfrentamento da violação ao direito autoral musical perante a sociedade pós-industrial ou informacional e de que modo o *blockchain* seria uma via para que ocorresse o resguardo da obra criada pelo autor.

Ante o exposto, o objetivo geral da pesquisa é compreender sob ótica crítica acerca do uso da tecnologia *blockchain* como proteção aos direitos autorais. Na mesma linha, são objetivos específicos da presente pesquisa: conceituar os principais pilares dos direitos autorais, desenvolver o estudo da tecnologia do *blockchain* na atual conjuntura e analisar sobre a viabilidade do *blockchain* como meio de resguardo aos direitos autorais.

Portanto, o desenvolvimento da vertente pesquisa consistirá em abordar os principais pilares mencionados anteriormente com o intuito de seja alcançado a conclusão lógica sobre a premissa principal.

2 O DIREITO AUTORAL.

O instituto da propriedade intelectual, em seu viés contemporâneo, começou a ser difundido no final do século XIX, em meio a um extenso processo de modificação em âmbito da tecnologia existente a época. Dentre essas reformulações tecnológicas, surgiu o livro impresso e a possibilidade de propagação da informação por meio dele, trazendo uma valorização dos autores responsáveis pela criação do conteúdo difundido proveniente das universidades, em detrimento dos copistas medievais responsáveis pela reprodução de livros de mosteiros (WACHOWICZ, 2012).

Nesse contexto, o direito autoral, espécie da propriedade intelectual, surge no intuito de proteger bens incorpóreos e permitir que o autor possa tutelar suas realizações, inclusive para exploração em viés econômico da obra. Sendo assim, o direito autoral é ferramenta cedida pelo Estado com uma espécie de título de exclusividade sobre determinada criação intelectual e todos os direitos que dela decorrem, de modo a fomentar e incentivar a produção de novas obras, possibilitando a difusão de culturas e do conhecimento (MORETIL; CABRERA, 2018).

A propriedade intelectual, de modo geral, é hoje uma importante peça no sistema capitalista, haja vista ser responsável por uma elevada parcela do Produto Interno Bruto dos países. Sendo assim, para que o sistema funcione e ocorra a garantia do equilíbrio entre os direitos autorais e o interesse público, é necessário amplo respeito às exceções e limitações impostas pelos direitos autorais, devido uso dos regimes de “*fair use*” e “*fair dealing*” (VIEIRA, 2018).



Portanto, a propriedade intelectual como um todo possui como fito a promoção e o incentivo a criação intelectual. É uma forma de contraprestação pecuniária pelo conhecimento criado e difundido. Para tanto, diversas tentativas de normatização da proteção aos direitos do autor foram efetuadas ao longo dos anos, os institutos mais relevantes em âmbito internacional são as Convenções de Berna e Paris, que se tornaram basilares para a proteção dos direitos autorais e fundamento para os atos normativos interno dos países signatários.

Entretanto, a sociedade hodierna utiliza-se de artifícios tecnológicos em todos os aspectos da vida cotidiana, assim modificou-se por completo o contexto e o modo de utilização dos conteúdos produzidos. A produção, acesso e distribuição de bens intelectuais acontecem a qualquer hora e em qualquer tempo por meio do compartilhamento de dados pela rede de computadores, sem a dependência de prévia autorização do autor (RIBEIRO; FREITAS; NEVES., 2018).

Ocorre que, os mecanismos tradicionais de controle da distribuição das criações protegidas pelos direitos autorais previstos nos textos normativos nacionais e internacionais mostra-se ineficazes frente as necessidades atuais. Dessa forma, o arcabouço normativo existente não tutela as novas dinâmicas de uso e compartilhamento de dados e, portanto, padecem de efetiva proteção à propriedade intelectual.

Em outra linha, as modificações na sociedade não estão atreladas tão somente ao uso e compartilhamento de dados. As produções de obras estão cada vez menos individuais e mais coletivas, o entendimento de que o conhecimento existente precisa ser compartilhado, socializado, para que se crie efetivamente um novo conhecimento é notório nas novas interações sociais que se formam.

Na verdade, a doutrina compreende que o sistema de direitos autorais em si vive em crise. Fala-se, ainda, em um aglomerado de crises que se manifestam de maneira conjunta, crise de eficácia do modelo de proteção dos direitos, crise de legitimidade, crise conceitual e crise dos modelos de negócio (VIEIRA, 2018). Para melhor compreensão, veja-se:

O sistema atual de direito autoral está em crise, entretanto tal crise é um fenômeno complexo e multifacetado, sendo que alguns autores falam na existência de crises, no plural, consistentes em: uma crise conceitual; uma crise de modelos de negócios; uma crise de eficácia; e uma crise de legitimidade. Contudo essas crises não se manifestam de forma isolada: encontram-se interconectadas e atuam umas sobre as outras, criando uma trama complexa de problemas jurídicos e políticos. O fato é que a sociedade em geral está violando, em larga escala, normas positivadas de direitos autorais, violações essas que necessariamente levam ao questionamento de tais normas (VIEIRA, 2018).

As mudanças ocorridas na sociedade alteram de forma significativa o mercado de uma parcela de empresas que precisam se atualizar para acompanhar tais modificações, sob pena de seu modelo de negócio ser inviabilizado pelo próprio sistema mercantil. É o caso clássico das locadoras de vídeos cassetes e DVDs que restaram sucumbidas em meio aos provedores de filmes via *streaming*.



Nesse sentido, Vieira (2018) aduz que a indústria cultural, extremamente rica e apegada ao viés legalista de proteção aos direitos autorais, tenta reduzir de todas as formas as violações aos direitos do autor e, assim, proteger seus modelos de negócio. As tentativas da indústria perpassam por lobby em âmbito legislativo, utilização de soluções tecnológicas, propagandas contra a “pirataria” e demandas judiciais ingressadas em desfavor de violadores.

De outra ponta, parte da doutrina compreende que a solução para a problemática no que tange a extensão dos direitos autorais, pelo menos do ponto de vista legal, restaria resolvida na utilização do instituto já existente. O titular do direito possui, como faculdade legal, agir de modo a requerer maior ou menor proteção à sua obra. O autor poderá reproduzir sua criação de modo oneroso ou gratuito, na forma, local e hora que quiser, desde que haja o controle da distribuição para fiscalização do proveito econômico (LIMA, 2011).

De fato, tal faculdade soluciona a parte do desejo de conceder material produzido de forma não onerosa. Entretanto, ainda que devidamente aplicada, tal solução não protege os direitos autorais visto que carece de mecanismos de controle da distribuição da obra. A mera utilização da escolha da abrangência da proteção não é suficiente para saber a extensão da distribuição e para inibir o compartilhamento das obras as quais se deseja proteção integral.

3 O ESTUDO DA TECNOLOGIA DO BLOCKCHAIN NA ATUAL CONJUNTURA.

Em 2008, foi publicado determinado artigo cujo título era “bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system”, o qual o autor se utilizou de pseudônimo, chamado de Satoshi Nakamoto. O conteúdo material abordado pelo escritor se baseava na análise de como um sistema de criptografia que iria garantir a autenticidade de pagamento através de uma moeda digital, denominada de “bitcoin”, mediante ao modelo descentralizado. (FORMIGONI et al, 2017).

De acordo com Aquino, a criptografia é composta por “códigos especiais que mantêm as informações seguras.” (2019, p.20). Assim sendo, todas as transações de dados estariam sendo registradas em data e horário chamado de “*timestamp*” e com o surgimento de novas transações, as informações contidas anteriormente ficariam armazenadas, ocasionando o ‘nascimento de uma cadeia de blocos. (DINIZ, 2017).

Em razão da cadeia de blocos, surge o denominado *blockchain* sendo “(...) considerada uma tecnologia disruptiva, pois cria digitalmente uma entidade de confiança descentralizada, eliminando a necessidade de uma terceira parte de confiança.” (GREVE et al, 2018, p. 3). Em outras palavras, o *blockchain* não é formado por um modelo centralizado com a figura do Estado ou do Banco, por exemplo, mas através de uma rede *peer-to-peer* composta por vários participantes, os quais validam as transações ocorridas.

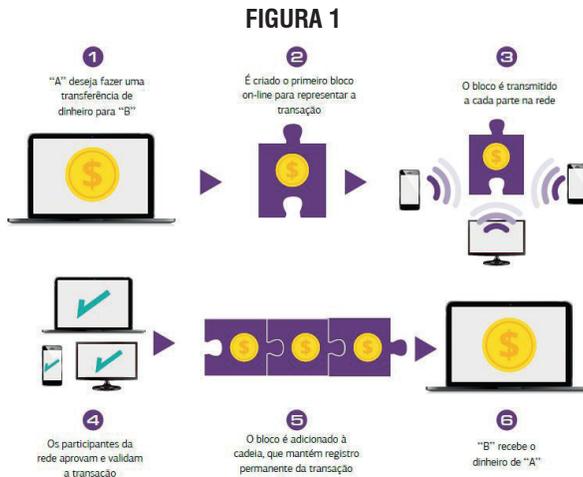
Cada bloco é formado por um código específico – *hash* – que representa as transações ocorridas e, todas as informações contidas são organizadas de forma cronológica. Os indivíduos que validam e autenticam as transações são chamados de mineradores, os quais recebem em contrapartida bitcoin.



Nesse sentido, Greve et al afirmam que o consenso entre os integrantes é um elemento substancial para que haja a perpetuação da nova tecnologia sendo exercida de modo seguro e confiável. Associado a isso, os autores mencionam que o uso da criptografia assegura “autoridade, autenticidade, não-repúdio, integridade das transações, bem como os requisitos de segurança de todo o sistema.”. (2018, p. 2).

Vale mencionar que a “plataforma digital”, denominada de *blockchain*, ocasionou o surgimento de diversas criptomoedas, como, por exemplo, o bitcoin (FORMIGONI et al, 2017). À vista disso, pode-se concluir que “se a internet foi o primeiro formato digital nativo da informação, então o *blockchain* é o primeiro formato digital nativo do valor – o novo meio para o dinheiro”. (TAPSCOTT e TAPSCOTT, 2017, p. 21, grifo nosso).

Perante o arcabouço apresentado e com o intuito de obter compressão mais simplificada acerca da temática do vertente *paper*, é importante ilustrativa a o modo do funcionamento do *blockchain*:



Fonte: @PDForrest

Tendo em vista diversas vantagens – economia de tempo; diminuição de custos; redução de riscos; aumento de confiança (JERONYMO, 2016) e segurança; resiliência; inviolabilidade e imutabilidade (FORMIGONI et al, 2017) – encontradas nessa nova tecnologia, no ano de 2013 ocasionou o surgimento do “*blockchain 2.0*”, o qual desencadeou o nascimento dos contratos inteligentes (*smart contracts*) e *startups* (FORMIGONI et al, 2017).

Os exemplos no cenário brasileiro são o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), em prol da transparência aos eleitores, formulou uma plataforma virtual, denominada de voto legal, o qual utiliza a nova tecnologia *blockchain* com a finalidade de “(...) permite que todas as transações realizadas sejam rastreadas de ponta a ponta e fiquem disponíveis para consulta por qualquer cidadão.” (APPCÍVICO, s/ data).

Além disso, a Federal Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) utiliza a tecnologia *blockchain* como meio de segurança a partir do momento em que as informações contidas nos celulares podem ser rastreadas pelos Bancos. O exemplo utilizado é nos casos de roubos, onde o indivíduo (...) comunicar ao banco e, por meio do *blockchain*, rapidamente a informação do roubo será espalhada para que as outras instituições tenham conhecimento do fato e o dispositivo não seja utilizado maliciosamente.”. (ÉPOCA DE NEGÓCIOS, 2018).

Por fim, a presente seção demonstrou, de maneira, sistemática acerca do funcionamento, características e de que forma a nova tecnologia vem sendo utilizada na atual conjuntura. Seja por estes motivos – segurança, transparência, capacidade de rastrear e, entre outras – a importância da utilidade do *blockchain* nas transações monetárias; realização de contratos; e quiçá, a possibilidade do autor registrar a sua obra, enquanto a este último ponto, será abordado a seguir.

4 A VIABILIDADE DO BLOCKCHAIN COMO MEIO DE RESGUARDO AOS DIREITOS AUTORAIS

A denominada “desmaterialização do suporte físico” ocasionou o surgimento do dilema entre o amplo e célere acesso aos conteúdos contidos no mundo virtual em face do resguardo dos diversos direitos autorais consagrados no ordenamento jurídico pátrio (ARAÚJO, 2017). Em outras palavras, a internet ressignificou a forma de divulgação das obras artísticas, científicas e intelectuais que outrora eram por meios físicos e, agora, em plataforma digital.

Dessa forma, a intangibilidade das obras propiciou um “(...) comportamento coletivo segundo o qual o que se divulga na Internet é material público e não objeto da propriedade intelectual de quem quer que seja.” (ARAÚJO, 2017, p. 27). Tal realidade ocorreu devido ao surgimento de diversos atalhos virtuais com o objetivo de ter acesso às obras protegidas de forma ilegal, como, por exemplo, downloads de música ou livro em determinados *sites* de modo gratuito, ocasionando o nascimento do fenômeno “enxuga gelo”. (ARAÚJO, 2017).

Em razão disso, Wachowicz (2012) apresenta que a dinamicidade do mundo virtual ocasiona a falta de domínio e gerência do titular da obra, uma vez que os bens incorpóreos são compartilhados livremente e, conseqüentemente, fomentam as alterações nos conteúdos das obras. O autor ainda menciona que as disposições normativas não alcançam o avanço do ciberespaço – “território virtual sem fronteiras” – resultando, cada vez mais, em violações aos direitos autorais.

Nesse diapasão, vale mencionar que, o direito autoral é resguardado pelo ordenamento jurídico pátrio com a finalidade de proteger o direito individual do autor no aspecto extrapatrimonial e patrimonial, conforme artigos 24 e 28, respectivamente, da Lei 9.610/98. Do mesmo modo, incentivar o interesse público em obter o conhecimento das obras artísticas, intelectuais e científicas. (ARAÚJO, 2017).



Consoante aos dizeres de Araújo (2017), a proteção do direito autoral não significa uma ruptura do compartilhamento das obras via internet, mas que disponibilização dos conteúdos não seja meio de violar os direitos autorais. Por este motivo, o autor menciona que o objetivo do resguardo é *fair use*, o qual significa dizer o “uso justo”, ou seja, deve haver uma harmonia de interesses entre a sociedade – requerendo o acesso às informações – e o próprio autor da obra. É como se observa a transcrição abaixo:

De um lado, há que se reconhecer que o Direito Digital é um direito comunitário, multicultural, com dinamismo próprio, aberto e colaborativo, onde a transmissão contínua de dados, em escala mundial, é uma de suas características. Mas, por outro lado, tais singularidades têm que ser balanceadas com a proteção jurídica da criação humana, que urge igualmente ser valorizada, não apenas pelo interesse individual, mas também público, preservando-se, sobretudo, a autenticidade da obra, que é um direito moral do autor, independente da tecnologia utilizada para a sua divulgação. (ARAÚJO, 2017, p. 29).

No mesmo sentido, Wachowicz (2012) descreve que a relação entre o autor e sua obra não é caracterizada como “ato hermético”, ou seja, a criação intelectual serve como uma forma de interligação entre o artista e o público. Sendo um processo dinâmico, Wachowicz (2012) explica que há duas dimensões da formação da obra artística, intelectual e científica, as quais são: (i) privada, pois decorre da criação idealizada pelo autor da obra e (ii) pública, a qual está relacionada com os indivíduos que terão acesso a obra.

Em outras palavras, o autor afirma que o bem intelectual deve ser observado através dos “elementos extrínsecos” (quando a obra é comercializada) bem como os “elementos intrínsecos” (inerentes a criação da obra). Com efeito, Wachowicz (2012) problematiza a necessidade de analisar o novo direito autoral a partir de um viés constitucional – avaliar como o direito à informação, à cultura, ao conhecimento em face do surgimento do cenário ciberespaço.

Por este motivo, é necessário o equilíbrio do uso das obras para que não ocorra o desrespeito aos direitos autorais (WACHOWICZ, 2012). No entanto, embora o autor discorra sobre isso, menciona também o dilema de que: “(...) é axiomático: somente haverá uma sociedade informacional se existir garantia de liberdade de acesso à informação. De igual modo, somente se justifica o sistema de tutela jurídica do bem intelectual se houver um direito exclusivo do autor.” (2012, p.11).

Desse modo, a tecnologia *blockchain* possibilita a gravação de uma *hash* imutável a qual documenta importantes aspectos da obra ali arquivada, como sua data e hora de criação, o conteúdo arquivado, e o rastreio do material, sendo possível também efetuar permitir ou bloquear o efetivo uso da obra.

Ante o exposto, a tecnologia torna-se um importante meio de proteção as frequentes violações aos direitos do autor (MORETIL; CABRERA, 2018). É através das características do *hash* que é possível a comprovação de autoria das obras artística, científica e intelectuais. (CREDITS BRASIL, 2018).

No que se refere especificamente sobre os direitos autores, há dois sistemas que utilizam a tecnologia *blockchain*, são o Ascribe que é um “banco de dados”, onde os autores podem transacionar questões relativas à propriedade intelectual, bem como, há o Binded, o qual é mais voltando aos fotógrafos, ou seja, “(...) ao fazer o upload de uma foto, um fotógrafo recebe um certificado com os dados do arquivo enviado.” (CREDITS BRASIL, 2018, p. 01).

Em especial ao aspecto transacional do Ascribe significa dizer que, é através dele que os autores podem transferir a propriedade intelectual via e-mail e também limitar o uso do *blockchain*, bem como “também inclui um mercado e auxilia na compra e venda de arte através de seu site, eliminando a necessidade de caução.” (BLOCKCHAINMEETING. S/ DATA). Para melhor compressão, segue abaixo a transcrição de como a plataforma Ascribe se define e caracteriza:

A Ascribe é para todos os criadores que quiser proteger e gerenciar seu trabalho criativo. A Ascribe permite que você compartilhe seu trabalho sabendo que sua reivindicação de autoria é protegida e permite que compradores colecionem e realmente possuam seu trabalho digital. Com a Ascribe, a venda de propriedade digital é tão fácil quanto a venda de propriedade física. A Ascribe permite a você transferir propriedade intelectual (PI) a alguém em qualquer lugar do mundo por e-mail. Temos por objetivo a democratização da PI pela facilitação de seu acesso às pessoas.” (Tradução do site blockchainMeeting. s/ data)

Diversas plataformas nacionais e internacionais foram geradas no sentido de permitir a inserção de documentos na tecnologia *Blockchain* com o fito de proteção do conteúdo ali disposto. Ademais, boa parte dessas plataformas possibilita o rastreo da hash utilizada inclusive em outros sites diversos do utilizado para armazenamento (MORETIL; CABRERA, 2018).

A proteção da tecnologia *blockchain* é explicada, na medida em que há uma maximização do gerenciamento das obras autorais. Em suma, significa dizer que:

A tecnologia *blockchain* pode ajudar muito porque ela traz transparência, agilidade, precisão, em relação à esses dados, além de permitir o rastreo desse ativo digital ao longo de toda a cadeia de fornecimento. E tudo isso sem possibilidade de fraude, porque a gente sabe que uma vez que os registros sejam lançados e armazenados em *blockchain*, eles não podem mais ser alterados. Então a gente estaria falando aqui de um sistema pretensamente incorruptível. (THAMILLA TALARICO, 2019)

Apesar dos diversos benefícios que o *blockchain* pode fornecer ao autor, como já mencionado ao longo do presente artigo, o *hash* é imutável, então, caso algum indivíduo queira copiar, de modo integral, uma obra não será permitido, uma vez que o *hash* já foi registrado por outro sujeito. Contudo, isso não inibe que alguém faça alterações na obra originária e a tecnologia *blockchain* reconheça um novo *hash*, ocasionando o plágio. (CREDITS BRASIL, 2018).



Como dito anteriormente, a indústria cultural se utiliza também de meios tecnológicos para tentar coibir as violações aos direitos do autor. Sendo assim, o sistema *blockchain* não é a primeira tentativa de proteção por meio de soluções ligadas a tecnologia.

De forma conjunta com o lobby legislativo, a indústria investe nas chamadas TPMs (Technical Protection Measures) medidas de proteção técnicas de proteção aos direitos autorais que tem como objetivo controlar o acesso e o uso de conteúdo na rede mundial de computadores e fora dela. Existem inúmeras TPMs criadas, poucas – ou nenhuma – conseguem cumprir com o seu fim (VIEIRA, 2018).

Talvez a mais polêmica TPM seja a DRM (Digital Rights Management), gestão de Direitos Digitais, que consiste em um complexo mecanismo que reúne diversas tecnologias com o objetivo de vincular o conteúdo protegido a um grupo específico que permitem o uso e o acesso do material, reunindo soluções de monitoramento cumulados com registros de uso. Assim, o “DRM Social” foi criado como forma de proteção que insere dados do comprador na própria compra, de forma a identificar quem adquiriu a obra (VIEIRA, 2018).

A DRM Social não tem como objetivo final impedir que hackers obtenham as obras que utilizam esse tipo de proteção, o fito dessa sistemática de proteção é que seja feita uma espécie de controle social que parte da premissa básica de que o usuário que legalmente adquiriu um produto não gostaria de distribuir a obra com os seus dados anexados, seja por receio da utilização de suas informações, seja por não desejar ser visto como um violador de direitos autorais (VIEIRA, 2018).

Dessa forma, ainda que o compartilhamento sem contraprestações ocorresse, o comprador não gostaria que o material fosse repassado para qualquer pessoa, reduzindo a incidência de violação dos direitos autorais. Importa ressaltar que os dados anexados à obra por meio da sistemática do DRM Social permitem a identificação do comprador da obra, logo se trata de divulgação de dados sensíveis do usuário. Sendo assim, a utilização de tal mecanismo merece ser feita com extrema cautela, sob pena de causar uma superexposição do consumidor. Rapidamente descobriu-se como burlar o sistema e quebrar a DRM Social, tão logo o sistema caiu em desuso (VIEIRA, 2018).

Como sobredito, a DRM Social se diferencia da tecnologia *blockchain* ao passo tão somente evidencia o comprador da obra por meio do sistema de inserção de dados do usuário, permite limitar o acesso em si do conteúdo protegido de duas formas, tanto por quantidade de acessos quanto por dispositivo.

De outra ponta, no sistema *blockchain*, o rastreo está no próprio produto, haja vista estar vinculado a sua *hash* imutável. Não há limitadores de quantidade de acessos ou ao número de dispositivos, já que cada usuário da cadeia *blockchain* possui sua carteira e pode acessar de forma ilimitada. Dessa forma, a sistemática do *blockchain* torna-se mais efetiva que a DRM Social.

Por fim, a inovação promete revolucionar o instituto dos direitos autorais possibilitando maior confiabilidade e transparência para o pagamento dos direitos provenientes da autoria de

obras. Ademais, não haverá a necessidade de intermédio de terceiros para o pagamento de royalties como editoras e produtoras, visto que o consumidor poderá efetuar o pagamento diretamente ao criador da obra (MORETIL; CABRERA, 2018).

5 CONCLUSÃO

Em virtude de todo aparato doutrinário e legalista, o objetivo geral e específicos foram alcançados, na medida em que o presente estudo identificou – com ressalvas – a possibilidade da tecnologia *blockchain* como proteção aos direitos autorais. Isso significa dizer que, apesar do uso do *blockchain* ser um meio de comprovação da autenticidade e rastreamento do conteúdo compartilhado, como forma de proteção e controle das obras veiculadas. Tal realidade não inibe que seja feita sutis alterações no material autoral e que forme outro *hash*, surgimento o plágio.

Por este motivo, é essencial que o estudo acerca da tecnologia *blockchain* como meio de proteção aos direitos autorais seja mais debatido na literatura pátria e internacional com o intuito de verificar a longo prazo como o *blockchain* vem se comportando em face de outras possibilidades, as quais não foram idealizadas inicialmente com o seu surgimento.

Desse modo, não requer a proibição ou a possível dificuldade de os indivíduos estarem conectados com as produções autorais e, por consequência, violando o direito de liberdade do usuário. Mas pretende que os autores sejam, cada vez mais, estimulados a promover o desenvolvimento e sobretudo, a diversidade cultural. Logo, é evidente que tal resultado só será atingido quando os autores estiverem com a devida proteção e tutela jurisdicional.

O paralelo e os conflitos entre a proteção dos direitos autorais perante o direito à informação, cultura e educação na internet são constantes, contudo, o presente estudo demonstrou que a nova tecnologia protege de algumas violações autorais – a cópia integral, a alteração parcial ou total do conteúdo, a divulgação instantânea – podem ser resolvidas pelo *blockchain*.

Portanto, embora haja outras plataformas que pretendem proteger, de forma mais eficaz e ativa, os direitos autorais, o presente artigo demonstrou que o *blockchain* – apesar das ressalvas – é a via mais segura e transparente para o autor ter acesso e controle de como a sua obra está sendo utilizada pelos usuários.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital** / Marcelo Barreto de Araújo. – Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

APP VÍCIO. **Aproximando Política, Cidadania e Sociedade**. Disponível em: <https://votolegal.com.br/>. Sem data. Acesso em: 26 de set. de 2019



AQUINO, Magali. **Adoção de blockchain na gestão de cadeias de suprimentos do Brasil** / Magali Aquino. - 2019. 86 f.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

BLOCKCHAINMEETING. **Dez empresas usando o Blockchain para inovações não financeiras**. S/ data. Disponível em: <http://blockchainmeeting.com.br/2017/index.php/news/dez-empresas-usando-o-blockchain-para-inovacoes-nao-financeiras/>. Acesso em: 30 de set. 2019

CARVALHO, Leonardo Rodrigues. **Tecnologia Blockchain e as suas possíveis aplicações no processo de comunicação científica** / Leonardo Rodrigues Carvalho. -- Brasília, 2018. 95 f.

CREDITS BRASIL. **A blockchain apresenta um ponto negro para a pirataria**. 2018. Disponível em: <https://medium.com/@creditsbrasil/a-blockchain-apresenta-um-ponto-negro-para-a-pirataria-2bed21ac7537>. Acesso em: 26 de set 2019

DINIZ, Eduardo. Henrique. Emerge uma nova tecnologia disruptiva. **Revista GV-Executivo**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 46-50, mar/abr. 2017.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Febraban cria solução em blockchain para verificar segurança de dispositivos móveis**. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/06/febraban-cria-solucao-em-blockchain-para-verificar-seguranca-de-dispositivos-movveis.html>. Acesso em: 26 de set. 2019.

FORMIGONI FILHO, José Reynaldo; BRAGA, Alexandre Mello; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Tecnologia Blockchain: uma visão geral**. 2017.

GIL, Antônio Carlos, 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa** / Antônio Carlos Gil. – 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

GREVE, Fabíola ; SAMPAIO, Leobino ; ABIJAUDE, J. W. ; COUTINHO, A. A. ; VALCY, I. ; QUEIROZ, Sílvio. Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda. In: Fábio Verdi, Jo Ueyama, Silvana Rosseto. (Org.). **Livro de Minicursos do SBRC 2018**. 1ed. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2018, v. 1.

JERONYMO, Luiz F. **Blockchain: uma realidade para o mundo dos negócios**. IBM. 2016.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 142-157.

MORETIL, Mariana Piovezani; CABRERA, Paula Baragatti. O uso da tecnologia *blockchain* para proteção e gestão de direitos autorais. **XII Congresso de Direito Autor e Interesse Público**, 05 e 06 de novembro de 2018.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**/ Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas 2003

LIMA, João Ademar. **Novos Olhares Sobre o Direito Autoral na Era da Música Digital**. Editora Simplíssimo. Edição do Kindle, 2011.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; SANTOS, Fernanda Oliveira. Direito Autoral Na Cibercultura: Uma Análise Do Acesso Aos Bens Imateriais A Partir Das Licenças Creative Commons 4.0. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p.539-558, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4954>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4954>. Acesso em: 24 ago. 2019

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos Autorais e Música: Tecnologia, Direito e Regulação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p.512-539, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4799>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4799>. Acesso em: 24 ago. 2019.

TALARICO, THAMILLA. **Indústria Criativa e o Blockchain** - LegalTalk #5 com Thamilla Talarico. 2019. Disponível em: https://originalmy.com/blog/1640/blockchain-industria-criativa?utm_source=blog&utm_medium=social_blog&utm_campaign=postblog_blockchain-direitos-autorais-nancy-thamilla. Acesso em: 30 set. 2019

TAPSCOTT, D.; TAPSCOTT, A. A revolução do blockchain: transformando os alicerces dos serviços financeiros. **Resenha B3**, São Paulo, n. 6, p. 20-24, ago. 2017.

VIEIRA, Alexandre Pires. **Direito Autoral na Sociedade Digital**. 2ª ed. São Paulo, SP: Montecristo Editora, 2018.

WACHOWICZ, Marcos. O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. In: **Os “novos” direitos no Brasil** : natureza e perspectivas : uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. pg. 358-359





BLOCKCHAIN COMO INSTRUMENTAL ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Fernando Almeida Struecker¹

RESUMO: A tecnologia *blockchain* tem sido conhecida como uma das inovações responsáveis por proporcionar um maior controle e armazenamento de dados, eliminando intermediários e descentralizando as informações. Por consequência de suas características da imutabilidade e irreversibilidade (condicionantes para a “auditabilidade”), o *blockchain* vem sendo aplicado tanto em soluções empresariais, quanto em iniciativas governamentais. Neste contexto, propôs-se investigar se esta tecnologia pode ser utilizada como ferramenta para conferir maior proteção aos direitos de propriedade intelectual – incentivando a inovação e o desenvolvimento econômico –, e, se sim, quais são os desafios atualmente existentes na sua implementação. O estudo adotou: (i) um método dedutivo, implementado a partir de uma revisão bibliográfica multidisciplinar de livros e artigos com natureza essencialmente teórica; e (ii) uma abordagem analítica, pautada nos pressupostos da Análise Econômica do Direito, para fins de explicar os estímulos e desestímulos na adoção da tecnologia *blockchain* em soluções de gestão de políticas públicas de proteção à Propriedade Intelectual. Ao final, concluiu-se que o uso do *blockchain*: (i) viabiliza uma maior proteção aos direitos de Propriedade Intelectual; (ii) não necessariamente elimina intermediários institucionais; e (iii) para que uma gestão pública da Propriedade Intelectual com o uso do *blockchain* seja efetivamente viável e benéfica, ainda é necessária uma maturação legislativa ou jurisprudencial a respeito do tema, bem como um maior desenvolvimento da tecnologia em si.

Palavras-chave: *Blockchain*; propriedade intelectual; desenvolvimento econômico.

INTRODUÇÃO

Em 2008, o protocolo *bitcoin* teve seu surgimento, acompanhado do artigo “*A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”², de autoria de Satoshi Nakamoto. Um novo sistema de pagamentos e transações financeiras foi inaugurado. Uma das inovações foi o sistema *peer-to-peer*, cujo resultado foi a possibilidade de eliminação de intermediários (instituições financeiras, governamentais etc.). Com o *bitcoin*, tornou-se possível transacionar diretamente de uma pessoa a outra.

A novidade tecnológica subjacente ao *bitcoin*, que permitiu o surgimento dessas diversas outras inovações, foi o *blockchain*. Transparência, privacidade, imutabilidade, confiança, rastrea-

¹ Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado).

² Em tradução livre, “Bitcoin: Um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto”. NAKAMOTO, S.. **Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 01/09/2108.

bilidade, transnacionalidade e a descentralização do registro das informações são algumas das características que mais lhes são imputadas. Não é de se surpreender, portanto, que a atração por esta tecnologia pelos mais diversos setores econômicos da sociedade foi tão grande.

As criptomoedas (como o *bitcoin*), portanto, são somente parte desta realidade. Diversas outras soluções empresariais e governamentais *tokenizadas* têm surgido neste meio (tais como as *Initial Coin Offerings*, ICOs, *Security Token Offerings*, STOs, e os *smart contracts*). Busca-se, essencialmente, a redução de custos de transação, o aumento da confiabilidade e a inalterabilidade do registro de dados. Além do fenômeno da descentralização (redes *peer-to-peer*), há também o da automação das decisões (*smart contracts*) por meio de algoritmos.

O impacto desta corrente de inovação tem abalado os ordenamentos jurídicos de diversas nações (senão todas). Setores tradicionais e basilares da economia (instituições financeiras, corretoras, bolsas de valores, cartórios etc.) também têm sentido os efeitos desta que é tida como uma verdadeira revolução tecnológica. Entidades governamentais ao redor de todo o globo têm mobilizado equipes de profissionais para estudar a aplicação do *blockchain* internamente e externamente às suas atuações institucionais.

Esse contexto de dismantelamento e de transição forçada aos *players* tradicionais pode ser lido pelo prisma dos ensinamentos de CASTELLS, segundo o qual:

Para que as novas fontes de produtividade dinamizem a economia, é necessário, porém, garantir a difusão de formas de organização e administração em rede por toda a economia – e as redes estão, de fato, se espalhando por toda a economia, extinguindo, por meio da concorrência, as formas rígidas anteriores de organização empresarial.³

Naturalmente, muitos questionamentos e a urgência por uma tutela jurídica têm se intensificado cada vez mais. De todo modo, este não tem sido um impeditivo para as implementações práticas do *blockchain*, que já têm ocorrido em grande volume, tanto por empresas privadas, quanto por entidades públicas, a exemplo do Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) no Brasil, que tomou iniciativas para o desenvolvimento de solução em *blockchain* para fins de “aprimorar a transparência e a eficiência no uso de recursos públicos que financiam o desenvolvimento”.⁴

É possível notar que o *blockchain* traz consigo a promessa de solucionar problemas sensíveis e históricos da sociedade como um todo. Neste cenário, portanto, pretende-se buscar uma compreensão a respeito da aplicabilidade desta tecnologia descentralizada às políticas públicas voltadas à proteção dos direitos de Propriedade Intelectual. O *blockchain* pode efetivamente ajudar a melhor proteger tais direitos imateriais?

³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 210 e 211.

⁴ Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/tecnologia-blockchain-sera-objeto-de-cooperacao-entre-bndes-e-kfw>. Acesso em: 03 set. 2018.

Como objetivo principal, pretende-se responder se o *blockchain* é, ou não, uma tecnologia que efetivamente viabiliza e/ou facilita o atingimento dos objetivos normativos da Propriedade Intelectual e, se sim, como tal benefício fomenta a inovação e o desenvolvimento econômico nacional.

Para o alcance de tais objetivos, o trabalho pode ser dividido nos seguintes objetivos específicos: *a)* analisar as dificuldades legais e práticas enfrentadas na proteção da Propriedade Intelectual; *b)* compreender a tecnologia *blockchain* quanto às suas principais características e potencialidades, bem como sob o aspecto de suas limitações e desafios técnicos; e, por fim, *c)* proporcionar conclusões a respeito das possibilidades de uso e potenciais limitações à aplicabilidade do *blockchain* como instrumental às iniciativas públicas voltadas à proteção dos direitos de Propriedade Intelectual.

A pesquisa parte da perspectiva de que, para se ter um resultado mais próximo da realidade, o viés analítico da abordagem não deve se restringir a somente termos jurídicos, mas deve visualizar também questões econômicas.

O estudo ora proposto se contextualiza em um quadro mais amplo, sendo parte de um movimento de mudanças nas formas organizacionais, constituídas em redes. Nas palavras de CASTELLS, “as redes se tornaram a forma organizacional predominante de todos os campos da atividade humana”.⁵ Além disso, parte-se da premissa que a ruptura sistemática faz parte do processo de crescimento econômico. O economista SCHUMPETER é comumente lembrado por sua posição de que o desenvolvimento econômico advém da perda da condição de estado de equilíbrio e da mudança de padrões de produção, cujas causas diretas são a inovação tecnológica.⁶

É inserido nesta fase de mudança de paradigmas que o presente estudo pretende compreender a viabilidade dos institutos da Propriedade Intelectual se beneficiarem das inovações engendradas pelo *blockchain*.

1 A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

O ambiente tecnológico e econômico atualmente vivenciado desafia os institutos clássicos do Direito. E este não se trata de um enfrentamento árduo somente para o ordenamento brasileiro, mas para todas as nações ao redor do mundo.

Conforme será visto no decorrer deste artigo, a exemplo da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Desenvolvimento Sustentável, o *blockchain* tem sido estudado como ferramental a ser utilizado na viabilização de políticas públicas mais eficientes, na medida em que permite transações e registros mais transparentes, ágeis, baratos, proporcionando o *accountability* das obrigações estatais.

⁵ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 35.

⁶ Cf. SCHUMPETER, J. A. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.



Para se entender se esta visão também se estende à gestão das políticas públicas de proteção aos direitos de Propriedade Intelectual, necessário primeiro se compreender as características desta tecnologia de registro distribuído (*distributed ledger technology*, ou “DLT”, como é também chamada).

1.1 Conceito e características do blockchain

Conceituar a tecnologia *blockchain* é um desafio por si só, haja vista a multiplicidade de perspectivas passíveis de serem adotadas, além das suas particularidades técnicas. No entanto, para os fins do presente estudo, basta a abordagem de algumas das suas principais noções e características para que sejam compreendidas as potencialidades do seu uso.

A Oxford Dictionaries definiu, em 2015, *blockchain* como “um livro digital no qual as transações feitas em bitcoin ou outra criptomoeda são registradas cronologicamente e publicamente”.⁷ Posteriormente, em 2019, passou a defini-lo como “um sistema no qual um registro de transações feitas em bitcoin ou outra criptomoeda é mantido em vários computadores que estão vinculados em uma rede ponto a ponto”.⁸ As definições de *blockchain*, portanto, englobam a noção de “livro digital” ou “sistema”, mas também estão vinculados à ideia de um banco de dados digital. Conforme outro tradicional dicionário, *blockchain* seria “um banco de dados digital contendo informações (como registros de transações financeiras) que podem ser usadas simultaneamente e compartilhadas dentro de uma grande rede descentralizada e acessível ao público; também: a tecnologia usada para criar um banco de dados”.⁹

Klaus SCHWAB, autor da obra *A Quarta Revolução Industrial*, entende a tecnologia como um livro contábil. Em suas palavras, “o *blockchain* é um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos”.¹⁰

Outra das definições possíveis é a de que o *blockchain* consiste em um sistema *peer-to-peer* (P2P) puramente distribuído de livros-razão (*ledgers*) que “utiliza uma unidade de software composta de um algoritmo que negocia o conteúdo informativo de blocos de dados ordenados e conectados, junto com tecnologias de criptografia e de segurança, a fim de prover e manter a sua integridade”.¹¹

⁷ Tradução livre. O texto original dispunha da seguinte forma: “A digital ledger in which transactions made in bitcoin or another cryptocurrency are recorded chronologically and publicly”. Cf. “BLOCKCHAIN”. **Dicionário online da Oxford Dictionaries**. 2018. Disponível em: <https://www.lexico.com/en/definition/blockchain>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁸ “BLOCKCHAIN”. **Dicionário online da Oxford Dictionaries**. 2019. Disponível em: <https://www.lexico.com/en/definition/blockchain>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁹ “BLOCKCHAIN”. **Dicionário online da Merriam-Webster**. 2019. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/blockchain>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹⁰ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1ª ed. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016, p. 27.

¹¹ DRESCHER, Daniel. **Blockchain Básico: uma introdução não técnica em 25 passos**. 1ª ed. São Paulo: Novatec, 2018, p. 48.

Em outros termos, trata-se de um banco de dados distribuído, uma infraestrutura para o registro de dados e para a gestão de aplicações de software.¹² Daí sua associação à terminologia de *Distributed Ledger Technology* (DLT). O histórico de transações é transparente, registrado e lido por todos. Os usuários podem, todos ao mesmo tempo, ter acesso à rede e aos registros feitos.

Além da perspectiva de ser uma estrutura de dados, de acordo com DRESCHER é possível também associar a *blockchain* a um algoritmo (uma sequência de instruções a ser executada por computador), a um conjunto de tecnologias (dados, algoritmo *blockchain*, tecnologias de criptografia e segurança) ou a um grupo de sistemas ponto a ponto puramente distribuídos, com uma área de aplicação comum.¹³

Falar em sistema ponto-a-ponto (P2P) significa dizer que os usuários (também chamados de *peers* ou *nodes*, nós) são interligados de forma direta, sem intermediação. Os sistemas P2P são “sistemas de software distribuídos constituídos por nós (computadores individuais) que disponibilizam seus recursos computacionais (por exemplo, capacidade de processamento e de armazenagem ou distribuição de informações) diretamente aos outros”.¹⁴ O caso Napster foi um primeiro exemplo P2P, em que as músicas compartilhadas na rede ficavam armazenadas nos computadores dos usuários e, com isso, os estúdios de gravação (intermediários) foram eliminados.

Os sistemas ponto-a-ponto podem ser centralizados ou puramente distribuídos. A diferença está em existir, ou não, nós centrais que facilitam a interação entre os usuários. Os sistemas puramente distribuídos não possuem tal elemento central de controle e coordenação. Neste último caso, os nós (participantes da rede) são ao mesmo tempo provedores e consumidores de recursos e serviços, não havendo diferenciação.¹⁵

Os sistemas P2P são precedentes ao *blockchain*. A relação está no fato de esse ser um instrumental àqueles para prover integridade aos sistemas ponto-a-ponto puramente distribuídos. Em outros termos, os sistemas ponto-a-ponto utilizam o *blockchain* para prover e manter integridade da rede.¹⁶ A vantagem dos sistemas P2P é justamente a interação direta entre os participantes da rede, sem um intermediário.¹⁷ Esse é um dos principais atributos do *blockchain* responsável por possibilitar sua aplicação em diversos setores do mercado (financeiro, de seguros, do agronegócio, de registros públicos, da música etc.). Explica-se, com isso, a tendência atual da desintermediação.

No *blockchain*, registra-se a transação ocorrida em um bloco. Este registro é perene, com data e hora (chamado de *timestamp*), e isso tudo é arquivado, de forma cronológica e sequencial, em um grande livro-razão (*ledger*), chamado *blockchain*. Pelo algoritmo de *blockchain*, as transações precisam ser validadas para que sejam adicionadas ao bloco, do contrário, são rejeitadas. As validações são feitas pelos nós da rede, de forma simultânea (processamento

¹² DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018, p. 33.

¹³ DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 47, 48 e 50.

¹⁴ DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 36.

¹⁵ DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 37.

¹⁶ DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 38.

¹⁷ DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 35.



chamado de mineração). Os nós da rede, em contrapartida ao uso do seu poder computacional para resolver a “quebra-cabeça” da criptografia das transações, recebem uma recompensa da rede. Em outros termos, os custos de processamento para validar a transação são remunerados em favor do primeiro que solucionar o quebra-cabeça.

Daí que, nesta contabilidade distribuída, os participantes da rede são fundamentais. São eles que obtêm o chamado *consenso* nas mudanças da rede. Validam as transações sem a necessidade de confiarem em qualquer outro usuário ou autoridade e as incorreções são imediatamente rejeitadas. Falar em consenso distribuído é “garantir que todos os nós do sistema utilizem um histórico de dados de transação idêntico”.¹⁸

Com os *hashs* e a criptografia assimétrica – necessárias à confiabilidade, autenticação e autorização das transações –, a estrutura de dados se torna sensível a mudanças, de modo que qualquer manipulação nas informações se tornará evidente. Os *hashs* “são pequenos programas de computador que transformam qualquer tipo de dado em um número de tamanho fixo, independentemente do tamanho dos dados de entrada”.¹⁹ O *blockchain* armazena as transações tornando imutáveis os dados nela presentes e, com a rede ponto-a-ponto distribuída, todo esse histórico transacional é compartilhado com os participantes da rede.

No *blockchain* podem ser arquivadas diversos tipos de dados, tais como fotos, vídeos e documentos. De modo geral, a característica que mais lhe tem garantido a posição de tecnologia disruptiva é a gestão da posse: identificação do proprietário, do objeto possuído e o mapeamento entre ambos (Ex.: carteiras de identidade, certidões de nascimento, carteiras de habilitação, datas, certificados etc.).²⁰ O *blockchain* permite a existência simultânea e distribuída do livro-razão, de modo que a documentação da posse está em todos os nós, indene de fraudes. Quando se fala em integridade deste sistema, está-se a afirmar sua capacidade de fazer afirmações verdadeiras a respeito do estado de posse e propriedade dos direitos, garantindo que transferência de direitos ocorra sempre a partir do legítimo proprietário.²¹

A depender dos diferentes níveis de acesso e de leitura que são conferidos aos participantes do *blockchain*, ele pode ser caracterizado como público (todos com direito de leitura e de criação de transações) ou privado (direitos de leitura e de criação limitado a grupo pré-selecionado), sem permissão (todos com acesso à escrita para verificação e criação de novos blocos na estrutura de dados *blockchain*) ou com permissão (grupo limitado, confiável, com permissão de acesso à escrita e verificação das transações, fazendo parte do consenso distribuído).²²

Em vista disso, notam-se algumas características essenciais da tecnologia, que merecem destaque. TEIXEIRA e RODRIGUES, elencam três características básicas que explicam o funcionamento do *blockchain*: (i) a descentralização (a confiança entre os participantes da rede é desnecessária, pois é substituída pela criptografia distribuída entre os nós); (ii) a negociação

¹⁸ DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 213.

¹⁹ DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 83.

²⁰ DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 59.

²¹ DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 60.

²² DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 237.

sem intermediários (direta entre as partes, *peer-to-peer*); e (iii) a irreversibilidade das transações (imutabilidade).²³

Apresentados tais conceitos e características, já é possível se vislumbrar e serem abordadas as vantagens na utilização do *blockchain*, o que se fará no tópico a seguir.

1.2 Vantagens de utilização do blockchain

Conceituada e apresentada, mesmo que brevemente, as principais características do *blockchain*, é possível se chegar a algumas conclusões parciais a respeito do seu uso e implementação.

A tecnologia *blockchain*:

- a) Facilita transferência de ativos e de dados, pois resolve o problema da dupla cobrança, duplicação de arquivos e de corrompimento de dados;
- b) Aumenta a eficiência e a velocidade das contribuições, gerando confiabilidade e transparência das transações;
- c) Dilui o risco de falhas e de controle, dada a distribuição em rede;
- d) Aumenta a velocidade de processamento e reduz custos, graças ao sistema ponto-a-ponto (substituto de intermediários);
- e) Protege a segurança dos dados, diante da criptografia e o mecanismo de validações múltiplas realizado por diversos usuários;
- f) Facilita auditorias, dada a publicidade dos algoritmos. Muito embora a informação armazenada no *blockchain* pode ser criptografada, a informação contextual a respeito de quais usuários estão interagindo entre si em transações é, na maioria dos casos, disponível para qualquer pessoa;²⁴ e
- g) Esclarece e transfere a posse (quem é dono, de qual objeto e em qual instante), sem o problema do duplo gasto (*double spending problem*).²⁵

Em termos de suas propriedades, segundo DRESCHER, o *blockchain* destaca-se por ser: (i) disponível (não fecha, está sempre aberto, a todo momento, sem “desligar”); (ii) à prova de censura, pois não há alguém que possa controlar o conteúdo disponibilizado no *blockchain*; (iii) confiável (para esclarecer e transferir direitos de posse) e aberto (acessível a todos); e (iv) seguro, especialmente quanto às transações (posse e propriedade mantidos somente ao legítimo proprietário) e ao sistema em si (proteção contra terceiros, manipulações, fraudes etc.).

Além de todas essas características, merece menção especial a transnacionalidade. O *blockchain* proporciona a superação do problema fronteiriço. Diante da publicidade das informa-

²³ TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Criptomoedas**: aspectos jurídicos. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 17.

²⁴ DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018, p. 37.

²⁵ DRESCHER, Daniel. **Blockchain Básico**: uma introdução não técnica em 25 passos. 1ª ed. São Paulo: Novatec, 2018, p. 214.



ções e do registro distribuído de dados, além de sua característica da disponibilidade (24 horas por dia, todos os dias), é possível haver o acesso internacional dos registros que são feitos no bloco, independentemente da localização, bastando existir acesso à internet.

Por esses motivos que a tecnologia em questão tem sido vista como um ferramental para a construção de registros governamentais mais confiáveis e transparentes, acessíveis a qualquer cidadão, a qualquer momento.²⁶ Exemplo maior é o registro de propriedade imobiliária, cuja solução em *blockchain* vem sendo estudada para implementação governamental pela Suécia²⁷ e Quênia.²⁸

Demonstra-se existir um passo a mais rumo ao *accountability* das iniciativas governamentais. A partir desta concepção, no próximo tópico será analisada a aplicabilidade na proteção dos direitos de Propriedade Intelectual.

2 O USO DO BLOCKCHAIN EM POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Propriedade Intelectual – na medida em que protege legalmente novos conhecimentos, invenções e criações frutos do intelecto humano, possibilitando se auferir renda a partir de tais propriedades – é sem dúvida um dos motores da inovação e do desenvolvimento econômico de qualquer nação.

Para os fins deste estudo, é pressuposto basilar a compreensão de que, conforme lembra MATIAS-PEREIRA, a proteção da propriedade intelectual é crucial para o desenvolvimento de um país, afinal “é nesse setor que estão ocorrendo, na atualidade, os maiores enfrentamentos no mundo, visto tratar-se do controle de dois fatores estratégicos para qualquer país: o domínio da tecnologia e da informação proprietária”.²⁹

Ao serem analisados os rankings de registro de patentes de diferentes nações, por exemplo, revela-se existir uma correlação direta entre a capacidade de patenteamento dos países e o seu nível de desenvolvimento.³⁰

Por fugir ao escopo principal no presente artigo, não se pretende adentrar em minúcias a respeito dos benefícios econômicos e sociais obtidos pela proteção da Propriedade Intelectual,

²⁶ DE FILIPPI e WRIGHT, *Op. Cit.*, p. 109.

²⁷ RIZZO, P. *Sweden tests blockchain smart contracts for land registry*, 2016. Disponível em: <http://www.coindesk.com/sweden-blockchain-smart-contracts-land-registry>.

²⁸ Foi divulgado relatório em julho de 2019, do Ministério da Informação, Comunicação e Tecnologia, intitulado “Tecnologias Digitais Emergentes para o Quênia: exploração e análises”, disponível em: <http://www.ict.go.ke/blockchain.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁹ MATIAS-PEREIRA, José. Fragilidades e Perspectivas do Sistema de Proteção à Propriedade Intelectual No Brasil. In: *Revista Gestão Industrial*. Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR, Campus Ponta Grossa, Paraná. Brasil ISSN 1808-0448, v. 06, n. 03. p. 22-39, 2010, p. 29. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11491/1/ARTIGO_FragilidadePespectivas.pdf. Acesso em: 01 set. 2018.

³⁰ MATIAS-PEREIRA, *Idem*.

sendo necessário um recorte metodológico para se analisar tão somente quais são algumas das dificuldades enfrentadas pelas políticas públicas na proteção da propriedade intelectual.

2.1 Desafios da proteção dos direitos de propriedade intelectual

A proteção jurídica efetiva da Propriedade Intelectual é um verdadeiro desafio. A despeito da farta legislação disponível, sejam nacionais ou internacionais, o campo prático desafia as instituições. Segundo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), propriedade intelectual consiste na:

(...) soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Como padrão mínimo de proteção à Propriedade Intelectual, a Organização Mundial do Comércio (OMC) instituiu o TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).³¹ Em 1994 o Brasil tornou-se signatário.

A proteção da propriedade industrial estimula maior competitividade, promovendo a concorrência e o avanço tecnológico. Para isso, não raro, demanda investimentos em grande monta. Daí que a proteção da propriedade industrial protege não só o direito imaterial em si (marca, patente, desenho industrial etc.), mas também incentiva o investimento. Tem sido, portanto, um fator crítico de vantagem competitiva para qualquer país.³²

O Brasil participou das resoluções de propriedade intelectual implementadas internacionalmente, mas, ainda assim, não acompanha o ritmo do desenvolvimento tecnológico dos países desenvolvidos. Na prática, o que se verifica é que, pelos custos de manutenção e de espera do processo, muito projetos não são patenteados.³³

É possível se identificar certas dificuldades relacionadas à efetividade de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual. Para fins do presente estudo, destacam-se: (i) o tempo para registro; (ii) o custo; (iii) a vigilância; e (iv) a transnacionalidade.

³¹ Tradução livre, Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

³² MATIAS-PEREIRA, José. Fragilidades e Perspectivas do Sistema de Proteção à Propriedade Intelectual No Brasil. In: **Revista Gestão Industrial**. Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR, Campus Ponta Grossa, Paraná. Brasil ISSN 1808-0448, v. 06, n. 03. p. 22-39, 2010, p. 29. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11491/1/ARTIGO_FragilidadePerspectivas.pdf. Acesso em: 01 set. 2018.

³³ ARNOLD, F. R.; DOS SANTOS, C. B. A Concessão de Patentes no Brasil: um estudo exploratório. In: **Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2015-2016)**. Curitiba: FAE Centro Universitário, Núcleo de Pesquisa Acadêmica (NPA), p. 101-116. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/viewFile/206/167>. Acesso em: 01 set. 2018.



No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é responsável pelas normas que regulam a propriedade industrial, sendo de sua atribuição a concessão de registros de marcas e patentes. O tempo médio de registro de uma patente no Brasil, perante o INPI, é de aproximadamente 7 a 10 anos, o que leva empresas optarem por alternativas no exterior. Essa demora gera insegurança e, com isso, risco à efetiva proteção dos direitos relacionado às inovações. O andamento nos processos de registro é moroso, cenário esse que se agrava ainda mais considerando-se a demanda alta de pedidos e o déficit de examinadores.

É fato que o INPI tem somado esforços para alterar este quadro, impondo metas de redução dos pedidos de patentes e marcas não analisados. Existem prazos legais que devem ser respeitados para as publicações em revistas (Revista de Propriedade e Indústria, RPI), o que torna o trâmite naturalmente lento.

Somado à questão do tempo, muito embora o custo para o registro de Propriedade Intelectual seja um fator relativo, não há como se furar da análise de que sua redução seria muito bem recepcionada e impulsionaria ainda mais as inovações.

Em terceiro lugar, somado ao tempo e ao custo, há o aspecto transfronteiriço. Os limites de proteção da Propriedade Intelectual são estabelecidos regionalmente pelas legislações e tratados internacionais. Para haver um resguardo internacional, depende-se de tratados, de planos de integração entre outros acordos e parcerias plurilaterais. As iniciativas para se superar este impasse têm sido várias, há muitos anos.

Há dez anos, em 2008, o INPI elaborou um plano de integração com oito países sul-americanos (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Suriname e Uruguai) para implementar um sistema integrado de consulta de patentes e marcas registradas. Uma plataforma comum. Ademais, firmou parceria para implementar um sistema eletrônico de gestão de pedidos de patentes (e-Patentes).³⁴

No “Plano Mais Brasil”, PPA 2012-2015, o objetivo 0881 dispunha: “Concessão de direitos de propriedade intelectual com qualidade, rapidez e segurança jurídica, aliada à disseminação da cultura da propriedade intelectual, à integração com o sistema internacional de propriedade intelectual e ao fortalecimento do comércio de tecnologia”.³⁵

Os bens imateriais têm se colocado, na maior parte das vezes, como os maiores ativos das atividades empresariais, superando os ativos materiais, imóveis. Não por outro motivo a proteção eficiente de direitos da Propriedade Intelectual tem se tornado uma demanda cada vez mais urgente. Somado a isso, há a velocidade das transformações e inovações, que aumenta cada vez mais, sem haver, contudo, uma correspondência equivalente e adequada das infraestruturas e procedimentos disponibilizados pelas instituições registradoras, tal como o INPI.

³⁴ MATIAS-PEREIRA, José. Fragilidades e Perspectivas do Sistema de Proteção à Propriedade Intelectual No Brasil. In: **Revista Gestão Industrial**. Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR, Campus Ponta Grossa, Paraná. Brasil ISSN 1808-0448, v. 06, n. 03. p. 22-39, 2010, p. 31. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11491/1/ARTIGO_FragilidadePerspectivas.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁵ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **PPA 2012-2015 – Plano Mais Brasil**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/ResumoPPA20122015.pdf>. Acesso em: 09 set. 018.



Para estas falhas de mercado que são identificadas não só no Brasil, é possível lançar mão do uso da tecnologia *blockchain*. As suas utilidades à Propriedade Intelectual são várias. Podem ser identificadas na(o): (i) prova de criação e autenticação da proveniência; (ii) registro e concessão de direitos de propriedade intelectual; (iii) controle e rastreabilidade da distribuição de propriedade intelectual (não) registrada; (iv) fornecimento de provas de originalidade e/ou primeiro uso no comércio; (v) gerenciamento de direitos digitais (por exemplo, sites de música on-line); (vi) estabelecimento e cumprimento de acordos e contratos de propriedade intelectual, licenças ou redes de distribuição exclusivas através de contratos inteligentes; e (vii) transmissão de pagamentos em tempo real para proprietários de Propriedade Intelectual.³⁶

De forma específica, é possível se destacar a iniciativa da empresa americana *Blockai*,³⁷ cujo objetivo tem sido desenvolver uma solução tecnológica em *blockchain* que facilite para o artista registrar suas obras e, portanto, resguardar seus direitos autorais. Além dela, também se há a empresa sueca *MindArk*,³⁸ com o propósito de servir como um repositório de ativos digitais (marcas, patentes, desenhos industriais etc.) que sejam licenciados de forma online pelos proprietários a terceiros, sendo o *blockchain* o ferramental responsável por garantir velocidade e transparência às transações.

2.2 Desafios ainda a superar

O otimismo desenfreado com o *blockchain* não deve ofuscar os seus desafios. Em vista de sua ampla potencialidade de aplicação em diversos setores da economia, estudos têm tomado frente em diversas instituições, tanto nacional quanto internacionalmente, de modo que ainda parece ser muito cedo para qualquer conclusão definitiva a respeito da viabilidade de sua implementação efetiva em instituições estratégicas governamentais.

Além do quesito da tecnologia em si, que ainda vem se desenvolvendo, há o desafio regulatório, que pode ser sintetizado também como preocupações legais. No Brasil, a necessidade de regulação vem sendo discutida. Em junho de 2018, a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados debateu a necessidade de regulação do *blockchain*.³⁹

Na Europa, com a *European General Data Protection Regulation* (GDPR) – que entrou em vigor a partir de 25 de maio de 2018 – apresentou-se uma resposta normativa às intensas

³⁶ CLARK, Birgit. Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven? In: **WIPO Magazine**. Feb., 2018. Disponível em: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁷ Cf. matéria publicada: OLIVEIRA, Déborah. Blockai usa blockchain para proteger direitos autorais e encontrar infratores. **IT Forum** 365. 22 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.itforum365.com.br/blockai-usa-blockchain-para-protger-direitos-autorais-e-encontrar-infratores/>. Acesso em: 20 set. 2019.

³⁸ Disponível em: <https://www.mindark.com/>. Acesso em: 20 set. 2019.

³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Necessidade de regulação da cadeia blockchain é tema de debate em comissão**. [online] Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/559146-NECESSIDADE-DE-REGULACAO-DA-CADEIA-BLOCKCHAIN-E-TEMA-DE-DEBATE-EM-COMISSAO.html>. 19 de junho de 2018. Acesso em: 10 set. 2018.



inovações que vêm surgindo, tendo como mote uma tutela mais efetiva dos dados pessoais. A despeito disso, já podem ser identificadas complexidades que parecem conflitar com algumas características da tecnologia *blockchain*. Ao incluir disposições a respeito do Direito ao Esquecimento (*Data Erasure*), por exemplo, segundo o qual o cidadão poderá requerer que seus dados sejam completamente apagados pela instituição detentora das informações, colide-se, a princípio, com a característica da inalterabilidade e publicidade de alguns sistemas em *blockchain* (Bitcoin e Ethereum, por exemplo).

Diversos usos maliciosos do *blockchain*, especialmente pela sua abertura (*open source*), desintermediação, autonomia e confidencialidade, têm preocupado as autoridades, especialmente quanto aos crimes relacionados à lavagem de dinheiro, estelionato, evasão de dívidas etc.. Conforme lembram os pesquisadores DE FILIPPI e WRIGHT, ao abordarem a questão do problema regulatório e dos dispositivos emancipados (Inteligência Artificial), qualquer um ao redor do mundo poderia implantar um dispositivo autônomo coordenado por sistema *blockchain*, incluindo armas automáticas que operem sem interação humana.⁴⁰

Portanto, quanto ao desafio legal, entende-se que a regulação deve ser cautelosa e mínima, como balizadora de condutas dos agentes, tomando lugar no ordenamento jurídico somente quando houver compreensão efetiva das potencialidades do *blockchain*, sob pena de apenas render desincentivos à inovação. Questões como responsabilidade civil e penal dos agentes desenvolvedores e autores de sistemas em *blockchain* ainda necessitam de tutela adequada.

Diante desse contexto – assumindo-se um tom de conclusão preliminar – é que não há como se afirmar com rigor científico se a segurança tecnológica é uma evidência empiricamente verificável ou somente uma potencialidade teórica até o momento.

Na visão de DE FILIPPI e WRIGHT, a tecnologia *blockchain* ainda é imatura. Os governos poderiam moldar as normas sociais emergentes, relacionadas a esta tecnologia, por meio da organização de grupos de trabalho, discussões informais e deliberações. Também poderiam confiar no *blockchain* como forma de atingir certos objetivos de política pública, codificando leis e regulações no *blockchain* e em contratos inteligentes.⁴¹

Para tais autores, existe uma natureza dual no *blockchain*, envolvida em oportunidades e contradições. De um lado, há o empoderamento do cidadão e a prevenção contra crimes (de liberdade de expressão, por exemplo, esvaziando o poder autoritário de controle sobre a circulação da informação). De outro, há, simultaneamente, a facilidade para os criminosos agirem sem serem identificados.⁴²

⁴⁰ DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018, p. 169.

⁴¹ DE FILIPPI e WRIGHT, *Op. Cit.*, p. 8.

⁴² DRESCHER, **Blockchain Básico...**, p. 45-46.

3 CONCLUSÃO

Viu-se que o *blockchain* consiste em uma grande promessa. São inúmeras aplicabilidades, desde registros de nascimento, transferência de dinheiro, até a instituição de sistemas de votação.

As vantagens de sua utilização compreendem a desintermediação, automação, padronização, processos organizados, aumento de velocidade de processamento, redução de custos e deslocamento da confiança para os protocolos e na tecnologia (em substituição aos humanos).⁴³ As desvantagens, por outro lado, conforme destaca DRESCHER, estão na falta de privacidade, perda de responsabilidade pessoal, perda de empregos e reintermediação.

Para fins do presente artigo, quatro conclusões a respeito da tecnologia podem ser sintetizadas. Primeiramente, existem diferentes tipos de *blockchain* que podem ser usados (público, fechado, com permissão ou sem permissão). Essa é uma primeira escolha a se tomar, a depender do objetivo que se desejar alcançar.

Em segundo lugar, o *blockchain* não elimina o intermediário. Ele se torna um intermediário digital, em substituição à confiança humana. Mesmo assim, técnicos, desenvolvedores e profissionais da área jurídica necessitam atuar para sua habilitação em conformidade com o ordenamento jurídico. Há necessidade de uma manutenção, adaptação, reformulação que exigem trabalhos intelectuais e, principalmente, opções (escolhas) com impactos jurídicos.

Em terceiro lugar, como consequência também relevante e evidente, há a redução de custos. A desintermediação, automação, transparência e a padronização são elementos determinantes para que não só custos financeiros, diretos, sejam eliminados ou ao menos reduzidos (taxas de registros, por exemplo), como também os chamados custos de transação, na sua acepção econômica (custos para transacionar, para obter informações antes de contratações etc.). A publicidade do *blockchain* tem o potencial de reduzir a assimetria informacional.

Por fim, a transnacionalidade. Com as atuações empresariais cada vez mais globais e não locais, aliados ao fato de deterem mais direitos imateriais do que materiais, o *blockchain* contribui para um alcance global da proteção de direitos de propriedade intelectual, não limitando-se a um único país.

Em vista destas conclusões preliminares, conclui-se que a tecnologia *blockchain* pode auxiliar positivamente na gestão dos direitos de propriedade intelectual. Os agentes do mercado, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, enfrentam desafios na proteção de suas criações, tanto atrelado a custo, quanto a tempo, e isso impacta negativamente no desenvolvimento econômico de qualquer país.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o Direito é chamado justamente para reduzir incertezas (insegurança jurídica). As dificuldades na tutela da Propriedade Intelectual nada mais são do que incertezas (sobre a proteção ou não da obra, sobre a prova ou não da anterioridade, da originalidade etc.). Diante disso, é salutar prover à sociedade uma estrutura minimamente estável de proteção de seus direitos decorrentes de invenção e aí o *blockchain* é um instrumental de grande valia.

⁴³ DRESCHER, *Blockchain Básico...*, p. 264 e 265.



A segurança jurídica e a previsibilidade são essenciais para a frutuosidade das inovações e do desenvolvimento econômico nacional, e esse objetivo pode ser alcançado com o auxílio da tecnologia *blockchain*. Há desafios, no entanto, destacando-se o ambiente jurídico institucional, que ainda não confere a confiança necessária nos *blockchains*. É premente uma delimitação de melhores contornos teóricos que forneçam subsídios para eventuais iniciativas regulatórias e legislativas que sejam futuramente intentadas.

REFERÊNCIAS

ALI, R.; BARRDEAR, J.; CLEWS, R.; SOUTHGATE, J.. **Innovations in payment Technologies and the emergence of digital currencies**. Quarterly Bulletin, Bank of England, 2014.

ALI, R.; BARRDEAR, J.; CLEWS, R.; SOUTHGATE, J.. **The Economics of Digital Currencies**. Quarterly Bulletin, Bank of England, 2014.

ARNOLD, F. R.; DOS SANTOS, C. B. A Concessão de Patentes no Brasil: um estudo exploratório. In: **Programa de Apoio à Iniciação Científica** (PAIC 2015-2016). Curitiba: FAE Centro Universitário, Núcleo de Pesquisa Acadêmica (NPA), p. 101-116. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/viewFile/206/167>. Acesso em: 01 set. 2018

BERTOLDI, Marcelo M. e PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 7 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Instrução Normativa CVM 361, de 5 de março de 2002. Dispõe sobre o procedimento aplicável às ofertas públicas de aquisição de ações de companhia aberta. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, republicada em 02/12/2010. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst361consolidsemmarcas.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. **Bitcoin: a primer for policymakers**. Mercatus Center University, 2013.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts**. In: The Yale Law Journal, 1961. Vol. 70, n. 04, p. 498-553. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979. Acessado em 29 ago. 2017.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. **Property Rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law Review, Vol. 85, 1972.

CHAVRIER, Maurice; COHENDY, Georges. Évolution de l'idée de commercialité. Lyon: Bosc frères, M. et L. Riou, 1935. *Apud* FORGIONI, P. A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm**. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In: **Journal of Law and Economics**. Vol. 3. Chicago: The University of Chicago Press, outubro de 1960.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. **O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. Curitiba: Editora CRV, 2017.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.



DENNY, D. M. T.; PAULO, R. F.; CASTRO, D. Blockchain e Agenda 2030. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 122-141, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4938/3662>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DRESCHER, Daniel. **Blockchain Básico: uma introdução não técnica em 25 passos**. 1ª ed. São Paulo: Novatec, 2018.

ERLING, Marcos Lopes Godinho. **Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional**. São Paulo: Almedina, 2015.

EUROPEAN CENTRAL BANK – ECB. **Virtual Currency Schemes**. Frankfurt, Alemanha. Outubro, 2012. Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks**. FATF REPORT. Junho, 2014.

FORGIONI, P. A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GANS, J.; HALABURDA, H. (2013). Some Economics of Private Digital Currency. Currency Department, Bank of Canada. **Working Paper** 2013-38.

GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LESSIG, Lawrence. **Code**. V 2.0. New York, EUA. Publisher: Basic Books, 2006.

LUCCA, Newton de. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *Eyclopedia of Law and Economics*. **The History and Methodology of Law and Economics**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, v. 1.

NAKAMOTO, S. **Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 26/08/2017.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio (Coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Déborah. Blockai usa blockchain para proteger direitos autorais e encontrar infratores. **IT Forum 365**. 22 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.itforum365.com.br/blockai-usa-blockchain-para-protger-direitos-autorais-e-encontrar-infratores/>. Acesso em: 20/09/2019.



PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2009/110/CE – Directiva relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial. In: **Diário Oficial de la Unión Europea**, L267/7. Estrasburgo, 10 de outubro de 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:267:0007:0017:ES:PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é a análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1ª ed. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016.

SHCHERBAK, Sergii. How should bitcoin be regulated? **European Journal of Legal Studies**. v. 7, n. 1, 2014. p. 46-90.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STIGLER, G. J. Law or Economics. **Journal of Law & Economics**, v. XXXV, out. 1992.

STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Citizen and the State: essays on regulation**. The University of Chicago Press, 1971. P. 114-141.

TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Criptomoedas: aspectos jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

VAN DER LAAN, Cesar. **É crível uma economia monetária baseada em bitcoins? Limites à disseminação de moedas virtual privadas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/504010>, Acesso em: 08 out. 2017.

WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito Autoral e Economia Criativa**. 1. ed. Curitiba: GEDAI UFPR, 2015.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral e Marco Civil da Internet**. 1. ed. Curitiba: GEDAI UFPR, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Eds). **The Nature of the Firm: origins, evolution and development**. Oxford: Oxford University Press, 1991.





MINERAÇÃO DE DADOS, BIG DATA E DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Miguel Bastos Alvarenga¹

RESUMO: Diante de um cenário onde os megadados (Big Data) desempenham papel fundamental na criação de novas tecnologias, ao mesmo tempo em que a proteção a bancos de dados digitais e seu conteúdo pelo Direito Autoral se intensifica, o presente artigo realiza uma revisão da literatura acerca das diversas disciplinas acadêmicas que perpassam a mineração de dados e como ela se relaciona com o direito autoral enquanto política pública de incentivo à inovação, com o objetivo de estabelecer uma base teórica para melhor informar futuros esforços de pesquisa sobre o tema. O estudo constata que a literatura técnica sobre ciência de dados, a doutrina contemporânea de direito autoral e a teoria econômica schumpeteriana informam aspectos distintos (porém igualmente importantes) sobre o tema em análise, de forma que qualquer investigação mais completa sobre o tema necessita observar esses campos do conhecimento de forma integrada. Conclui-se, assim, pela necessidade de se adotar uma abordagem interdisciplinar, combinada com o uso de diferentes técnicas metodológicas de investigação empírica e documental, a fim de possibilitar uma análise mais adequada do assunto em trabalhos futuros.

Palavras-chave: Big Data. Mineração de dados. Direito autoral.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o crescimento da capacidade de processamento e armazenamento dos computadores, bem como o aumento exponencial da largura da banda de internet, permitiram o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais poderosas e capazes de processar volumes cada vez maiores de dados. Isto gerou um movimento duplo: por um lado, passou-se a gerar uma quantidade cada vez maior e mais diversificada de dados, contendo um potencial enorme de geração de valor - limitado apenas pelo crescente grau de dificuldade em processá-los de forma eficiente. Por outro lado, essas mesmas tecnologias possibilitaram o desenvolvimento de máquinas capazes de vasculhar e relacionar informações dentro de vastos bancos de dados de forma mais rápida e precisa. Esses fatores trouxeram à tona novas possibilidades e desafios, com destaque para a necessidade de se aprender a lidar com conjuntos de dados gerados em grande volume, variedade e velocidade. A esses grandes conjuntos de dados dá-se, comumente, o nome de **Big Data** (DEAN, 2014) – que aqui também chamaremos de **megadados**, com o propósito de facilitar a compreensão do

¹ Mestrando em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

termo em língua portuguesa, mantendo-se a alusão ao volume de dados referenciado no termo original.

Em decorrência destes desenvolvimentos, cresceu também a importância do desenvolvimento de ferramentas capazes de limpar, selecionar, organizar e relacionar dados, por meio da chamada mineração de dados. Esse processo é normalmente conduzido por inteligências artificiais (IA), com o propósito de desenvolver e aprimorar diversos bens e serviços na atualidade: de prospecção de mercados, passando por robôs que interagem com clientes, controle de estoques e formulação de recomendações e menus personalizados, até máquinas que escrevem artigos de jornal. (KELLEHER e TIERNEY, 2018; KAPLAN e HAENLEIN, 2019). Segundo Jared Dean (2018), firmas, governos e outras entidades passaram a enxergar seus bancos de dados como recursos valiosos para o sucesso de suas empreitadas, de forma que agora se busca fazer uso de qualquer dado que seja possível coletar, ou guardá-lo para eventual uso no futuro.

Esta valorização foi um fator de estímulo à inclusão de bancos de dados digitais no escopo da proteção por direitos autorais, a exemplo do que pode ser visto no Acordo TRIPS, e mesmo à criação de um direito *sui generis* específico para o conteúdo de bancos de dados não passíveis de proteção autoral, como o caso da Diretiva 96/9/CE, da União Europeia. Estas iniciativas vão ao encontro de um processo de valorização da propriedade intelectual que se observa desde a década de 1980, com a transformação do padrão de “ciência aberta” para um modelo primariamente mercadológico, em detrimento do seu sentido original de promoção da ciência e da cultura (ASCENSÃO, 2008a, 2008b; NELSON, 2006; ORSI e CORIAT, 2006; GRANSTRAND, 2015).

Este cenário, contudo, gera problemas quando confrontado com a atual realidade do desenvolvimento tecnológico dependente da mineração de dados, ou *data mining*: como a proteção aos bancos de dados em diversos locais faz pouca ou nenhuma diferenciação de tratamento quanto aos propósitos do acesso e uso dessas bases, muitos usos que, em princípio, não constituiriam concorrência desleal ou outras formas de prejuízo aos criadores desses bancos de dados acabam sendo postos em situação precária, de marginalidade, chegando até mesmo a diminuir ou mesmo neutralizar diversas exceções e limitações do direito autoral consolidadas na legislação internacional e nas leis de diversos países (ASCENSÃO, 2008a, 2008b).

Tendo em mente a problemática exposta acima, entende-se que, a depender da forma como for aplicado, o direito de autor pode impor barreiras à obtenção legítima de certos dados, prejudicando o desempenho das ferramentas de mineração de dados e de aprendizado de máquina (*machine learning*), as quais têm constituído parte vital para o desenvolvimento de bens e serviços por diversas empresas inovadoras. Se partirmos da teoria schumpeteriana, que sustenta que os principais responsáveis por essa inovação, seja ela radical ou incremental, são justamente os novos entrantes – as empresas pequenas, menos presas a relacionamentos e trajetórias tecnológicas já estabelecidas (BELL e PAVITT, 1993; SCHILLING, SCHUMPETER, 1961;) –, teme-se que o direito autoral acabe impondo barreiras excessivas à mineração de dados e, com isso, se coloque como um obstáculo para o desenvolvimento tecnológico e econômico, ao invés de um estímulo a este.



Em um momento no qual diversos locais como o Japão e a própria União Europeia, discutem e implementam reformas em seus regimes de direito autoral para permitir a mineração de dados em certos casos, e o próprio Governo Federal se abre para a rediscussão de uma reforma no Direito Autoral (BRASIL, 2019b) e toma iniciativas para se modernizar com a instituição do Plano Nacional de Internet das Coisas, baseado “na livre concorrência e na livre circulação de dados” (art. 1º do Decreto nº 9.854/19), (BRASIL, 2019a), parece evidente que não é mais possível pensar em políticas de estímulo a tecnologias intensivas em dados sem que se discuta também o papel do Direito de Autor como facilitador ou dificultador dentro desse processo.

Entretanto, de onde é mais adequado partir? Qual a forma mais adequada de abordar o assunto? Definir uma resposta para essas perguntas é o que propomos discutir no presente artigo, a partir de uma breve revisão de literatura a respeito dos diversos temas que perpassam a mineração de dados e como ela influencia o direito autoral (e é influenciada por este) enquanto política pública de fomento à inovação. A intenção, aqui, é introduzir um marco teórico que sirva de base para a discussão do papel do Direito Autoral sobre as novas tecnologias intensivas em dados, ainda pouco corrente na literatura nacional e inexistente na legislação nacional.

Para tanto, dividiremos o trabalho da seguinte forma: na primeira parte, consultaremos a literatura mais técnica sobre ciência de dados, inteligência artificial, megadados e seus impactos, sobretudo para as empresas. Em seguida, debruçamo-nos sobre a doutrina de direito autoral e limitações, destacando a incorporação do constitucionalismo contemporâneo à matéria autoralista. Por fim, trazemos alguns marcos teóricos sobre inovação e o papel dos novos entrantes na introdução de novas tecnologias e modos de produção. Concluímos que a análise do papel do direito autoral sobre a mineração de dados não se encerra em apenas um tema, exigindo a aplicação de uma abordagem interdisciplinar como forma de possibilitar uma análise mais completa e multifacetada diante de um assunto deveras complexo, além de informar mais adequadamente a (re)formulação de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de tecnologias intensivas em dados e para o estímulo à inovação de uma forma geral.

2 MEGADADOS, BANCOS DE DADOS, MINERAÇÃO DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Nosso ponto de partida diz respeito à própria definição de “dados” e de que forma eles se manifestam, bem como à criação de bases de dados digitais com o propósito de facilitar a coleta, organização e processamento desses dados (KELLEHER e TIERNEY, 2018; KAPLAN e HAENLEIN, 2019) e a como são formados os sistemas de bancos de dados, incluindo os aplicativos e programas utilizados. A partir disso, observamos os principais elementos que caracterizam os megadados, incluindo as divergentes definições de especialistas acerca dos antigos “3 Vs” (volume, variedade e velocidade) de Doug Laney (2001), hoje “5 Vs” (os “3 Vs”, mais veracidade e valor). Para além de conceitos, também destacamos a potencialidade desse volume de dados para a obtenção de informações mais detalhadas e completas, sua influência sobre a



produtividade empresarial e seu amplo uso em diversos setores econômicos (CHEN, CHIANG e STOREY, 2012; CHEN, MAO e LIU, 2014; DEAN, 2014; MARTENS, 2018; MCAFEE e BRYNJOLFSSON, 2012). De forma estreitamente relacionada a este tópico, é preciso, naturalmente, compreender o funcionamento das técnicas de mineração de dados e textos em si (HAN, PEI e KAMBER, 2011; TRUYENS e VAN EECKE, 2014), as quais constituem uma parte crucial de qualquer processo de análise de dados.

Paralelamente, também destacamos os sistemas de inteligência artificial normalmente responsáveis, em grande parte, pela execução dessas técnicas. Chamamos atenção para os processos de *machine learning* e seu funcionamento (SAMUEL, 1959; KELLEHER e TIERNEY, 2018; KAPLAN e HAENLEIN, 2019), além da crescente participação das redes neurais e do *deep learning*, que visam a realização de uma coleta e análise de dados por máquinas cada vez mais autônomas (NAJAFABADI et al, 2019).

3 DIREITOS AUTORAIS E LIMITAÇÕES

Postas as questões técnicas e impactos exercidos pela mineração de dados e Big Data, consideramos que diversas questões relacionadas à propriedade intelectual, em especial as transformações sofridas pelo direito autoral nas últimas décadas, adicionam fatores que podem ter efeitos imediatos sobre o poder de mercado de dados. Um desses elementos, já mencionado acima, é o direito autoral, uma vez que este é o regime padrão de proteção tanto para softwares como para compilações de dados.

Dois aspectos importantíssimos precisam ser considerados quando tratamos da proteção autoral para esses dois objetos. O primeiro é a distinção entre obra estética e obra utilitária: a primeira possui valor estético autônomo, como no caso de obras literárias, artes plásticas, dentre outras. Já a obra utilitária está diretamente ligada a uma utilidade material, que se substancializa em objetos de aplicação técnica (ex.: inventos, máquinas, etc.). Neste caso, a função precede a forma (BITTAR, 2008).

Essa diferenciação é importante para que possamos realizar uma reavaliação do conceito de originalidade, enquanto requisito básico para a proteção autoralista. Aqui, o trabalho de Denis Borges Barbosa (2005) se mostra valiosíssimo ao discutir o princípio da originalidade, em seus diversos sentidos possíveis, e como este interage com materiais de aparência mais “funcional” e menos “estética”, a exemplo dos softwares. Isto posto, partimos para a originalidade dos bancos de dados, conforme Hasan A. Deveci (2004), quando este discute o significado da originalidade no copyright europeu e o compara com a valorização do investimento trazida pela proteção sui generis europeia e as consequências desta sobre o acesso a dados. Já em relação à *common law*, destacamos o estudo de Julian Warner (2013), que realiza o mesmo trabalho de dissecação da originalidade com base nos precedentes judiciais norte-americanos, tendo o caso *Feist* como paradigma central. No Reino Unido, diversos autores citam como referencial o caso *Football Dataco*, de 2011, que modificou o posicionamento tradicional de “habilidade e



trabalho” como requisitos mínimos para o *copyright* inglês (BANTERLE, 2018; GERVAIS, 2019; HUGENHOLTZ, 2017).

Por sua vez, Mark J. Davison (2003) aborda a evolução das políticas de proteção legal a bancos de dados, considerando não apenas o direito autoral (incluindo a aplicação de mecanismos tecnológicos de proteção), mas também matérias sobre competição e contratos. O autor se debruça sobre o processo de construção da Diretiva 96/9/CE (ou Diretiva sobre Bancos de Dados) na União Europeia e sua transposição para alguns países-membros, bem como a proteção para compilações nos EUA e a nível internacional, finalizando com algumas sugestões para aprimorar o regime de proteção existente à época e um adendo sobre o caso canadense.

De forma mais específica, Miriam Bitton (2008) também observa a evolução das políticas públicas da proteção a dados, concentrando-se no caso da União Europeia. Após traçar uma linha do tempo expondo as razões que motivaram a formulação da Diretiva, a autora se dedica a analisar criticamente tanto a validade como a efetividade da Diretiva 96/9/CE, destacando questões relativas a falhas de mercado, desafios na implementação pelos países-membros, confusão em sua aplicação pelas cortes, dentre outros problemas. José de Oliveira Ascensão também abordou a Diretiva sobre Bancos de Dados, apontando-a como uma indicação de como o direito de autor vem se tornando, predominantemente, um Direito de proteção dos investimentos, esvaziando o papel do autor propriamente dito (ASCENSÃO, 2008a, 2008b).

Segundo Christophe Geiger (2014), esta superproteção e esgarçamento dos limites da proteção autoral vêm colocando a própria propriedade intelectual em uma crescente crise de credibilidade, razão pela qual se destaca a necessidade de rebalancear os interesses individuais e coletivos através do resgate da função social enquanto parte inerente de qualquer sistema jurídico, como forma de balanceamento entre os direitos de propriedade e outros direitos igualmente valiosos - especialmente quando estes envolvem o interesse público.

Para tanto, é necessário entender as características e aplicação da regra de três passos² consagrada na Convenção de Berna, a qual serve na legislação internacional de direito de autor para autorizar e delimitar a construção dos regimes de exceções e limitações adotados pelos países-membros. Martin Senftleben (2004) discorre sobre o processo de construção dessa regra, bem como o sentido por trás de cada um dos passos. Mais posteriormente, Geiger, Gervais e Senftleben (2015) analisam o histórico do instituto e sua interpretação à luz de casos envolvendo conflitos entre países, concluindo que sua redação abstrata fornece uma base bastante flexível para a criação de regimes de limitações capazes de se adequar à realidade cultural, social e econômica de cada signatário. Além disso, os autores apontam que os três passos já vêm sendo utilizados nas cortes de diversos países, inclusive como uma espécie de teste de proporcionalidade mais refinado.

Já Sean Flynn e Michael Palmedo (2017) adotam uma abordagem mais econômica, ao constatarem que uma maior abertura nos direitos do usuário de direitos autorais está associada a aumentos de receita sobretudo em setores associados a softwares, além de um aumento

² O Artigo 9 (2) da Convenção de Berna estabelece que os signatários poderão instituir exceções e limitações ao Direito de Autor (1) em certos casos especiais, (2) que não conflitem com a exploração normal da obra e (3) não causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (OMPI, 1979).



quantitativo e qualitativo na produção acadêmica. Contudo, os autores também apontam que, embora os dados indiquem uma tendência geral em direção a direitos de usuários de direitos autorais mais abertos, há uma grande e crescente lacuna entre a abertura das limitações de direitos autorais em países de renda baixa / média e alta.

No Brasil, extensa literatura segue uma linha similar, situando o direito autoral brasileiro dentro de uma ordem jurídica de valorização da função social da propriedade e da necessidade de equilibrar os interesses dos titulares de direito autoral com o direito ao acesso e uso de bens culturais e baseados em conhecimento. Diversos autores (ASCENSÃO, 2010; CASTRO e ALMEIDA JUNIOR, 2010; LEWICKI, 2007; SOUZA, A., 2010, 2015; SOUZA, A., ALMEIDA JUNIOR e SOUZA, W, 2016; SOUZA, C., 2009, 2011) trazem para o contexto local as discussões sobre direito autoral vistas internacionalmente, demonstrando que a crise de credibilidade atualmente causada pelo recrudescimento do direito de autor também é observada em âmbito nacional. Neste ponto, chamam atenção para o resgate da importância do regime de limitações de direito autoral, enquanto parte intrínseca a este e enquanto instrumento de fomento ao desenvolvimento cultural.

Para outros, contudo, estas mudanças não obstam a necessidade de uma readequação da própria Lei de Direitos Autorais. Em estudos especificamente focados no projeto de revisão do MinC, José de Oliveira Ascensão (2010) e Marcos Wachowicz (2010) destacam, dentre outros pontos, (1) a necessidade de a legislação se adequar às novas tecnologias em rede, (2) a adição, dentro do rol de limitações, de uma cláusula geral que evoque explicitamente a regra dos três passos, como forma de dar mais maleabilidade à lei, e (3) a possibilidade de se reforçar uma referência genérica a limitações decorrentes de conflitos com outros direitos fundamentais.

Já Sérgio Branco (2011) se dedica a traçar uma análise aprofundada acerca do domínio público, enquanto fonte primordial do conhecimento e da cultura coletiva, desde suas origens nacionais e internacionais até sua estrutura e função. O objetivo do autor é intensificar a discussão sobre a importância do domínio público para o desenvolvimento intelectual da sociedade e os constantes abusos aos quais este instituto é submetido.

Diante das novas legislações dedicadas a regular as relações em rede, também cabe observar como estas lidam com conteúdo autoralista na ausência de uma Lei de Direitos Autorais (LDA) devidamente adaptada às novas tecnologias. Nesse contexto, Allan Rocha de Souza e Luca Schirru (2016) abordam as discussões que envolveram a incorporação de matéria autoral ao Marco Civil da Internet, debruçando-se, de forma mais detalhada, sobre retirada de conteúdo protegido e questões relativas à responsabilidade do provedor.

A participação cada vez mais ubíqua e direta da inteligência artificial na mineração e construção de bases de dados também remete à “meta-autoria”, definida por Guilherme Carboni (2015) como uma situação na qual um ente não-humano assume o trabalho de criar obras de arte com a orientação de seus criadores, sem que estes, contudo, se qualifiquem como autores das obras finais.

Em outro tópico, Bernt Hugenholtz (2017) se posiciona contra a criação de um direito de propriedade específico para dados, especialmente aqueles gerados por máquinas,



alegando que isto contrariaria diversos princípios caros ao sistema de propriedade intelectual, incluindo a máxima de que os dados em si (sobretudo os brutos) devem ser de uso comum e que somente o investimento inovador ou que possua algum caráter minimamente meritório é protegido.

Já Francesco Banterle (2018) afirma que a introdução de novos direitos de exclusividade sobre esses dados não parece ser uma solução adequada e defende que, em uma economia guiada pelo Big Data, o correto seria investir na possibilidade de promover o acesso à informação de forma a estimular a competição, possivelmente trocando o direito de excluir por um direito a compensação.

Daniel Gervais (2019), por sua vez, explora as interfaces entre Big Data e a propriedade intelectual. No âmbito da propriedade intelectual, o autor comenta que, para além da proteção dos programas usados para coletar e processar megadados, o uso cada vez mais comum de bases não-relacionais nesses processos e sua tendência a concentrar dados não-estruturados desafiam a aplicabilidade dos direitos autorais tradicionais, assim como do direito *sui generis* existente na UE nas bases de dados. Por outro lado, ainda é importante considerar que esses bancos de dados podem conter material que, por si só, é protegido por copyright, o que pode gerar problemas para a utilização legítima de ferramentas de data mining. Nesse sentido, Christophe Geiger, Giancarlo Frosio e Oleksandr Bulayenko (2018) comentam sobre as possibilidades de inclusão de uma cláusula para permitir o uso de técnicas de *text and data mining* (TDM) em certos contextos, tendo-se em vista que esses processos frequentemente envolvem práticas que constituem, tecnicamente, violação de direito autoral e, portanto, sujeitam empresas e cientistas de dados a possíveis consequências judiciais.

Com base no exposto acima, portanto, retomamos as ideias de Gervais (2019), quando este aponta que (1) ao invés da PI, uma proteção mais voltada para combater a apropriação indébita ou comportamento parasitário pode ser mais apropriada para dados gerados por sistemas de inteligência artificial que possuam valor elevado, mas de curta duração, e que (2) diversos sistemas legais já implementaram (ou devem implementar no futuro) limitações e exceções de direito autoral que permitem o uso de ferramentas de TDM visando permitir a criação e o uso de novas compilações de dados que incluam obras literárias e artísticas.

Trata-se de uma ideia que segue o mesmo espírito do que já foi levantado por Martin Senftleben (2016), quando este aponta que o próprio direito antitruste pode servir como instrumento de limitação ao poder de mercado gerado com os direitos de exclusividade que o *copyright* proporciona sobre grandes bancos de dados, podendo ser utilizado para, por exemplo, impor licenças compulsórias e outros tipos de medidas destinadas a impedir que a proteção autoralista seja utilizada como barreira à entrada e frustre o surgimento de produtos informacionais mais avançados e, conseqüentemente, a perda de valor agregado resultante do trabalho de autores secundários – aqueles que se inspiram no material prévio para criarem novo conteúdo.



4 INOVAÇÃO

Argumenta-se que a gestão de propriedade intelectual está associada à produção e acúmulo de conhecimento, afetando diretamente os processos de acumulação tecnológica e inovação. Portanto, o segundo grande tema envolve literatura associada à inovação, partindo-se de um viés evolucionista, o qual é descrito por Geels (2010) como sendo centrado em firmas, inovação e competição, lidando com mecanismos de variação, seleção e retenção que definem trajetórias específicas (microevolução) e, em maior escala, com processos de transformação, especiação e extinção dentro de setores (macroevolução).

Para tanto, assumimos como ponto de partida a teoria de Joseph Schumpeter, ao tratar do processo de destruição criadora: nesse sentido, o motor responsável por manter o sistema capitalista funcionando derivaria da inovação: a criação de novos bens de consumo, métodos de produção ou transporte, mercados e até mesmo tipos de organização. É nisto que se baseia a concorrência que verdadeiramente importa, pois ela, ao invés de ferir simplesmente a margem de lucro dos participantes já estabelecidos, põe em xeque a própria existência destes. Outro ponto importante levantado pelo autor é que esta forma de concorrência atua mesmo quando paira apenas como uma ameaça, pressionando o empresário a se comportar, no longo prazo, de forma similar à que faria em um regime de concorrência perfeita (SCHUMPETER, 1961, p. 110-112).

De forma relacionada, Melissa A. Schilling (2017) levanta um ponto de especial destaque: a relação entre tamanho da empresa e a capacidade de introduzir a inovação, que está diretamente associada ao risco de inovar. A autora aponta que, por um lado, as empresas de grande porte se encontram em melhor posição para assumir projetos de inovação grandes ou arriscados, em razão de sua maior reserva de capital (econômico, político etc.) e capacidade instalada. Por outro lado, as grandes empresas geralmente têm mais inércia burocrática devido a diversos fatores: quantidade de funcionários, grandes bases de ativos e clientes, contratos com outros elos na rede, compromissos estratégicos que dificultam a rapidez de resposta a mudanças tecnológicas, entre outros. Neste ponto, a ausência desses grilhões pode constituir um fator de vantagem para novos entrantes, que têm mais liberdade para introduzir mudanças.

Em outro tópico, também se destaca que o processo de inovação também segue dinâmicas a nível global que precisam ser consideradas. Nesse sentido, se faz valiosa a contribuição de Bell e Pavitt (1993) ao rejeitarem uma distinção clara entre inovação e difusão de tecnologia, ressaltando o papel dos “adotantes” no processo de mudança tecnológica. Além disso, os autores apontam que o desenvolvimento tecnológico depende não só da aquisição de capital fixo, mas também da geração de conhecimento e instituições que constituem a capacidade de um país para gerar e gerir mudanças nessa tecnologia.

Por fim, destaca-se que, embora o texto possua um enfoque na atividade industrial, a importância da aquisição de conhecimento levantada pelos autores ganha novos contornos e um papel ainda mais significativo em uma economia que hoje passa por um processo de servitização, no qual as tecnologias de informação e comunicação possibilitaram o crescimento de



negócios intensivos em conhecimento, os quais despontam como indutores do processo de inovação mesmo em outros setores econômicos. Neste sentido, os trabalhos de Luis Cláudio Kubota (2006), Paulo Tigre e Alessandro Pinheiro (2019, no prelo) exploram este novo contexto de desmaterialização da tecnologia, onde a informação e os dados assumem papel central.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, pudemos observar que a extensão do “guarda-chuva” do direito autoral às compilações em formato digital passou a dar contornos novos ao direito autoral, trazendo questões que vão muito além das discussões culturais ou puramente científicas. Um direito de autor que se torna menos “autoral” e mais “comercial” passa a demandar uma releitura do instituto e como este pode se configurar a fim de preservar o seu papel de fomentador das ciências, das artes e, especialmente agora, da inovação.

O resultado principal da revisão de literatura aqui conduzida é que características peculiares sobre o tema surgem à luz de campos diferentes do conhecimento, existindo de forma interligada: o entendimento das especificações técnicas de montagem dos bancos de dados e dos procedimentos de mineração tem influências diretas sobre a discussão de originalidade, autoria e, principalmente, sobre as implicações do direito autoral para a realização de procedimentos de coleta e análise de dados, bem como o papel das limitações como freios e contrapesos que garantam o equilíbrio dos interesses do autor com a satisfação do interesse público. Por fim, o marco teórico sobre inovação é crucial na medida em que interliga o direito autoral às novas tecnologias, colocando a propriedade intelectual como componente de todo um conjunto de políticas estatais voltadas para a promoção do desenvolvimento econômico e de um ambiente concorrencial mais competitivo e produtivo.

Desta forma, chega-se à conclusão de que qualquer análise do direito autoral – e da propriedade intelectual em geral – à luz das novas tecnologias intensivas em dados necessita de uma visão interdisciplinar, capaz de cobrir apropriadamente os aspectos jurídicos, sociais, tecnológicos e econômicos que devem informar a elaboração de qualquer política que se proponha a regular a matéria em questão.

Finalmente, observa-se que, embora forneça uma base teórica essencial para a compreensão das verdadeiras dimensões da questão autoral na mineração de dados, a revisão de literatura constitui apenas o primeiro passo de qualquer estudo que se proponha a investigar, de forma mais aprofundada, o papel do direito autoral como facilitador ou obstáculo à mineração de dados: é importante considerar a aplicação de análises documentais e ferramentas de pesquisa empírica como meios para obter informações mais aprofundadas sobre as práticas de empresas, acadêmicos e da sociedade civil em geral em relação à coleta e gestão de dados, bem como a experiência dos governos ao redor do mundo com a inserção da propriedade intelectual em políticas de incentivo à inovação. De qualquer modo, espera-se, com este artigo, ter apontado para um referencial teórico que suporte o aprofundamento dos estudos sobre direito autoral e tecnologias baseadas na mineração de dados.



REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. O. **Direito de Autor sem Autor e Sem Obra**. Boletim da Faculdade de Direito: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, vol. 2. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008a.

ASCENSÃO, J. O. O Direito de Autor e a Internet. Em Particular as Recentes Orientações da Comunidade Europeia. In: **Associação Portuguesa do Direito Intelectual. Direito da Sociedade da Informação**: Separata do Volume VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008b.

ASCENSÃO, J. O. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. In: WACHOWICZ, M.; SANTOS, M. J. P. (org). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BANTERLE, F. Data ownership in the data economy: a European dilemma. In: **EU Internet Law in the digital era** (edited volume based on the REDA 2017 conference). Springer, 2018 (no prelo). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3277330. Acesso em: 10 mai. 2019.

BELL, M.; PAVITT, K. **Technological Accumulation and Industrial Growth**: contrasts between developed and developing countries. *Industrial and Corporate Change*, vol.2, n.2, pp. 157-210. Oxford University Press, 1993.

BITTON, M. Exploring European Union Copyright Policy through the Lens of the Database Directive. **Berkeley Technology Law Journal**, vol. 23, pp. 1411-1470, 2008.

BRANCO. S. V. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro – Uma Obra em Domínio Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas**. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9854.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial da Cultura. **Consulta pública sobre Lei de Direitos Autorais é prorrogada até 15 de setembro**. Publicado em 06 ago. 2019. Última modificação: 18 set. 2019. 2019b. Disponível em: <http://cultura.gov.br/consulta-publica-sobre-lei-de-direitos-autorais-e-prorrogada-ate-15-de-setembro/>. Acesso em: 27 set. 2019.

CARBONI, G. C. Direitos Autorais e Novas Formas de Autoria: Processos Interativos, Meta-Autoria e Criação Colaborativa. **Revista de Mídia e Entretenimento IASP**, v. 1, p. 111-140, 2015.

CASTRO, R. M. R.; ALMEIDA JUNIOR, V. A. DIÁLOGOS ENTRE DIREITO AUTORAL E DIREITO CIVIL: uma análise da jurisprudência nacional e do anteprojeto de reforma da lei n. 9.610/98 à luz da teoria do ordenamento unitário. In: **IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, 2010, Florianópolis. IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2010.

CHEN, H; CHIANG, R. H. L.; STOREY, V. C. **Business Intelligence and Analytics**: from Big Data to Big Impact. *MIS Quarterly: Management Information Systems*, vol. 36 (4), pp. 1165-1188, dez. 2012.

CHEN, M.; MAO, S.; LIU, Y. **Big data**: A Survey. *Networks and Applications*. vol. 19 (2), pp. 171-209. New York: Springer, abr. 2014.

DAVISON, M. J. **The Legal Protection of Databases**. Nova York: Cambridge University Press, 2003.

DEAN, Jared. **Big Data, Data Mining, and Machine Learning**: Value Creation for Business Leaders and Practitioners. Wiley, 2014. ProQuest Ebook Central. Disponível em: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/oxford/detail.action?docID=1687540>. Acesso em: 12 jan. 2019.



FLYNN, Sean; PALMEDO, Michael. **The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance**. 4 dez. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3082371>. Acesso em: 12 jan. 2019.

GEELS, F. W. Ontologies, socio-technical transitions (to sustainability), and the multi-level perspective. **Research Policy**, 39, pp. 495-510, 21 fev. 2010.

GEIGER, C. The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law. In: DINWOODIE, G. B. (ed.). **Methods and Perspectives in Intellectual Property**. Edward Elgar, 2014, pp. 153-176.

GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O. **The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects**. Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI), Research Paper n° 2018-02, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3160586. Acesso em: 25 set. 2019.

GEIGER, C.; GERVAIS, D.; SENFTLEBEN, M. Understanding the “three-step test”. In: GERVAIS, D. (Ed.), **International Intellectual Property – A Handbook of Contemporary Research**. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 167-189.

GERVAIS, D. J. Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law. **Journal of Intellectual Property**, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 10 (1), pp. 22-38, 2019.

GRANSTRAND, O. Innovation and Intellectual Property Rights. In: FAGERBERG, J., MOWERY, D. & NELSON, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Innovation**. Oxford University Press, 2015, pp. 266-290.

HAN, J.; PEI, J.; KAMBER, M. **Data mining: concepts and techniques**. [s.l.] Elsevier, 2011.

HUGENHOLTZ, PB. Data property: Unwelcome Guest in the house of IP. In: REDA, J. (ed.). **Better Regulation for Copyright: Academics meet Policy Makers**. TheGreens/EFA, p. 65-77, 2017. Disponível em: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/09/2017-09-06_Better-Regulation-for-Copyright-Academics-meet-Policy-Makers_Proceedings.pdf. Acesso em: 07 jun. 2019.

KAPLAN, A.; HAENLEIN, M. **Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence**. Business Horizons, vol. 62, pp. 15-25, jan.-fev. 2019.

KELLEHER, J. D.; TIERNEY, B. **Data Science**. Cambridge: MIT Press, 2018.

KUBOTA, L. C. A inovação tecnológica das firmas de serviços no Brasil. In: NEGRI, J. A.; KUBOTA, L. C. (org.). **Estrutura e dinâmica do setor de serviços no Brasil**. Brasília: IPEA, p. 35-72, 2006

LEWICKI, B. C. **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.

MCAFFEE, A.; BRYNJOLFSSON, E. Big Data: The Management Revolution. **Harvard Business Review**, pp. 1-9, out. 2012.

NAJAFABADI, M. M.; VILLANUSTRE, F.; KHOSHGOFTAAR, T. M.; SELIYA, N; WALD, R.; MUHAREMAGIC, E. Deep learning applications and challenges in big data analytics. **Journal of Big Data**. Springer, 24 fev. 2015. Disponível em: <https://journalofbigdata.springeropen.com/articles/10.1186/s40537-014-0007-7>. Acesso em: 10 mai. 2019.

NELSON, R. The market economy and the scientific commons. **Research Policy** 33, p. 455–471, 2006.

OMPI. **Convenção de Berna para a Proteção de Obras Artísticas e Literárias**. Última emenda em 28 set. 1979. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283693>. Acesso em: 27 set. 2019.



ORSI, F.; CORIAT, B. **The New Role and Status of Intellectual Property Rights in Contemporary Capitalism.** *Competition & Change*, V. 10, N. 2, pp. 162-179 (18), jun. 2006.

PINHEIRO, A. M.; TIGRE, P. B. (eds.). **Inovação em serviços na economia do compartilhamento.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2019. No prelo.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SENFLEBEN, M. Impacts of Competition Law: Monolithic Copyright, Market Power and Market Definition. In: HILTY, R. M.; LIU, K.-C. **Liu, Exploring Sensible Ways of Paying Copyright Owners.** *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law.* Berlin/Heidelberg: Springer, 2016.

SOUZA, A. R. **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas:** entre a proteção e o acesso. 2010. 266 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SOUZA, A. R. Resgatando a função cultural nos direitos autorais. In: Dário Moura Vicente. (Org.). **Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. 50 anos de Vida Universitária.** 1ª ed. Lisboa: Almedina, 2015, v. 1, p. 77-94.

SOUZA, A. R.; SCHIRRU, L. Os direitos autorais no marco civil da internet. **Liinc em Revista**, v. 12, p. 40-56, 2016.

SOUZA, A. R.; ALMEIDA JUNIOR, V. A.; SOUZA, W. M. Os Direitos Autorais na Perspectiva Civil-Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, p. 9-31, 2016.

SOUZA, C. A. P. **Abuso do direito autorial.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SOUZA, C. A. P. O domínio público e a função social do direito autorial. **Liinc em Revista**, v. 07, p. 664-700, 2011.

WACHOWICZ, M. A Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais. In: WACHOWICZ, M.; SANTOS, M. J. P. (org). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WARNER, J. Creativity for Feist. **Journal of the American Society for Information Science and Technology**, vol. 64 (6), pp. 1173-1192, 2013.



The background features a complex pattern of light green circuit lines and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons: a musical note, a thumbs-up, a laptop, and a group of people. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS

CAPÍTULO 4



OS DIREITOS AUTORAIS SOB UMA PERSPECTIVA LEGAL DAS EXPRESSÕES ARTÍSTICAS NO MUNDO DIGITAL: UMA ANÁLISE DA *GIF ART*

Angela Tomasetti¹

Julyanne de Bulhões²

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar questões relativas às expressões artísticas na era digital, especialmente à *GIF Art*, desenvolvida no contexto moderno da tecnologia. Os novos cenários culturais e sociais advindos da revolução tecnológica são solos férteis para a discussão dos direitos autorais, pelo que se pretende responder como é possível a convivência harmônica das expressões criativas que se utilizam da ferramenta da tecnologia, como a *GIF Art*, no cenário legal. A partir de pesquisa bibliográfica, tal problemática é respondida mediante a abordagem, inicialmente, do conceito de *GIF Art* como arte, discorrendo-se sobre a perspectiva artística dessa modalidade criativa. Por fim, fundamenta-se as hipóteses de enquadramento legal dessa arte, ainda que diante de uma legislação não atual e que não traduz o cenário criativo atual, encorajando o entendimento dessa modalidade criativa como possível no contexto pátrio legal.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Novas tecnologias. *GIF Art*.

1 INTRODUÇÃO

É bem sabido que os avanços tecnológicos implicaram em impactos sociais de tal modo que nos denominamos “sociedade informacional”, aquela em que tudo está conectado e o movimento é rompante e contínuo, jamais regressivo.

Com as facilidades advindas da tecnologia e da conectividade, decerto, a produção cultural foi afetada, no sentido de não haver mais as mesmas limitações ao espírito criativo humano, sobretudo porque a tecnologia, modo geral, tem característica facilitadora. Não diferente, ocorreria no campo da produção artística. E por que não pensar na tecnologia como meio de criação? As novas mídias e formas artísticas têm se apoiado na facilidade da internet para expressão criativa, integrando o cenário cultural mundial.

No Brasil, os movimentos culturais de novas mídias são crescentes e a produção artística a partir de recortes de imagens, desenhos e prints é impressionante. No entanto, o cenário

¹ Advogada, especialista em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV/SP, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Advogada, mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela UFPE (PROFNIT), bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

legal brasileiro não é favorável ao estímulo dessa espécie de arte, entendida pelos quadrantes da legislação como apropriações que massivamente ferem direitos autorais alheios.

Na tentativa de estimular as discussões sobre as novas formas de arte, o presente artigo visa a abordar a *GIF Art*, movimento crescente no cenário mundial, sob uma perspectiva nacional de análise conceitual e legal sobre o tema. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, abordando os diferentes aspectos da legislação bem como o posicionamento doutrinário sobre o Direito Autoral aplicado às novas tecnologias e formas de expressão da criatividade.

2 A CRIATIVIDADE E AS EXPRESSÕES ARTÍSTICAS

O termo criatividade está normalmente associado a inovações tecnológicas ou a expressões artísticas. A reflexão sobre o tema perpassa pela identificação das causas, mecanismos e manifestações da criatividade. Uma das abordagens de estudo do processo de criação, a cognitiva, discute a conexão entre a criatividade e o conhecimento e considera o conhecimento especializado meio de promover a criatividade.

O conhecimento, por sua vez, pode ser obtido de duas maneiras: o formal, originado nas academias e no qual se identificam conceitos e informações pré-estabelecidas; e aquele advindo de experiências e vivências individuais ou coletivas que levam à formação de conceitos próprios e comportamentos específicos.

A criatividade, portanto, precisa ser observada, analisada e contextualizada. O conhecimento torna-se, nessa leitura, a base da criatividade, considerando que um determinado conjunto de conhecimentos permite a cada pessoa revelar uma criatividade diferenciada. Neste contexto, Sandra Regina Holanda Mariano e Cleber Nassar Moreira³ entendem:

a criatividade como a capacidade do indivíduo de: associar, selecionar, reestruturar, organizar e transformar as experiências passadas e os conhecimentos e percepções presentes, produzindo combinações únicas que cultivam o pensamento criativo, buscando a solução de problemas, enxergando novas saídas, identificando e entendendo novas necessidades.

A história da humanidade consiste na aplicação da imaginação, criatividade e inovação para a solução de problemas e expressão de pensamentos. A imaginação dos criadores é a responsável pelo avanço tecnológico. É com a criatividade que ocorre a evolução da sociedade.

³ MARIANO, Sandra Regina Holanda Mariano. **Conhecimento e Criatividade como recurso estratégico**. In: Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – SEGeT da Universidade Federal Fluminense, 2, 2005. Anais..., Rio de Janeiro. p. 276.

3 A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Até a Idade Média, compreendida entre os séculos V e XIII, as questões atinentes à proteção das criações intelectuais não eram tuteladas pelo Direito. Eventuais repressões às condutas de quem reproduzisse ou tomasse como suas criações alheias tinham cunho apenas moral.

Somente no século XIV, com o Renascimento europeu, época de intensa atividade intelectual e artística, dá-se um sensível progresso no que diz respeito à tutela dos direitos intelectuais. A evolução do conhecimento e da tecnologia permitiu que essas criações fossem produzidas em larga escala, facilitando que mais pessoas pudessem delas usufruir. Esse fenômeno ampliou a possibilidade de apropriações indevidas, sendo necessário que o Estado interviesse na proteção dos novos bens.

Posteriormente, a Revolução Industrial, ao conferir à propriedade intelectual posição de elemento essencial no processo de produção, tornou definitivamente imprescindível a tutela dos bens intelectuais para o desenvolvimento empresarial.

A propriedade intelectual, conforme definição da Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, constitui-se pela:

soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.⁴

A propriedade intelectual compreende, portanto, três ramos do direito: o direito do autor (criações estéticas), o direito de propriedade industrial (formas utilitárias, de uso industrial) e a teoria da concorrência desleal (sanções ao uso indevido de criações alheias por empresas concorrentes).

A proteção dos bens intelectuais confere aos seus titulares não só a propriedade sobre o produto ou invenção fruto de um processo criativo, mas também o reconhecimento das ideias que permitem sua reprodução. Visam equilibrar os direitos dos titulares das criações à exclusividade de utilização e exploração econômica e os direitos da coletividade de transmissão de informação, cultura e conhecimento.

Os bens intelectuais têm como essência a informação. Uma das características da informação é a impossibilidade do sujeito que a detém submetê-la ao seu exclusivo domínio, sem que outros consigam utilizá-la ou divulgá-la; afinal, é da essência das ideias e criações serem transmitidas a um número indeterminado de pessoas.

⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.1.



4 O QUE É GIF? COMO ESSE ELEMENTO MODERNO SE ENCONTRA NO MEIO DIGITAL E NO CENÁRIO CRIATIVO.

A internet e a tecnologia digital como um todo trouxeram como diferencial a facilidade com a qual as obras nas formas digitalizadas podem ser replicadas ou reproduzidas; a facilidade como podem ser transmitidas e com que podem ser utilizadas simultaneamente; a facilidade como podem ser modificadas ou manipuladas; a equivalência das obras na forma digital; a compactação e a capacidade para possibilitar novos métodos de pesquisa no ambiente digital e de conexão e junção de obras.

No contexto transformador da tecnologia, a produção artística ganhou novos contornos e transcendeu barreiras criativas, na medida em que a internet pôde ser usada como ferramenta para a própria criação.

Nas palavras do professor Alexandre Henrique Tavares Saldanha⁵:

Com o desenvolvimento da tecnologia da informação ocorrido nas últimas décadas, comportamentos humanos foram alterados em decorrência das formas de interação entre homem e máquina. Daí, formas de pensar e padrões sociais sofrem profundas alterações, levando ao ponto de falar-se num novo paradigma social em que as relações do homem com o computador, com a internet, com redes sociais e outros elementos comuns ao espaço virtual, provocam mudanças na compreensão das normas jurídicas e nos mecanismos econômicos, bem como na forma como o homem interage com ambos os sistemas.

As novas mídias surgidas com o advento da internet ganham popularidade e admiradores por todo o mundo e o movimento de artistas que entendem possível a expressão criativa a partir do uso de elementos já existentes, e disponíveis on-line, é crescente.

Ainda, nas palavras de Saldanha⁶:

O processo criativo atual, em diversas áreas, vai envolver uso de computadores. Seja para compor música, escrever uma história ou fazer filmes, o uso das tecnologias faz parte do processo de criação. Mas isto não é exatamente a novidade, pois usar técnicas e tecnologia para superar dificuldades humanas ou facilitar atividades é algo inerente à subsistência do ser. O que é novo vem das possibilidades de conexão e compartilhamento surgidas com a rede mundial de computadores, bem como com o estado da arte em que se encontram as tecnologias da informação.

Nesse cenário, a *GIF Art* é compreendida como a expressão artística através da criação de *GIFs*, aglutinação de imagens, autorais ou não, que mais se assemelham a um vídeo, construindo o cenário da arte visual.

⁵ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. **Proconstrução dos direitos autorais pela perspectiva dos direitos humanos para uma economia criativa inclusiva na cibercultura**. Tese de doutorado. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2016.

⁶ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. *Ibidem*.



Um *GIF* (*Graphic Interchange Format* ou formato de intercambio de gráficos) é uma extensão de arquivo, que possibilita a visualização animada de uma imagem ou a repetição de segmentos de imagens. Comumente usado no mundo virtual, o *GIF* passou a ser encarado como uma linguagem artística contemporânea no cenário da cultura visual.

Desenvolvido por uma equipe do provedor de serviços on-line, *CompuServe*, liderado pelo cientista de computação americano Steve Wilhite, em 15 de junho de 1987, o *GIF* possui amplo suporte e portabilidade entre muitas aplicações e sistemas operacionais. Tanto por isso, sua versão animada desperta o interesse e o engajamento do público digital, revelando-se uma linguagem de mídia no contexto da cultura digital mundial.

Apesar de simples definição, o *GIF*, enquanto elemento inserido na arte digital (*GIF Art*), possui a indissociável característica da manipulação de imagens, eis que decorrente da junção ou sobreposição de imagens, com acréscimo, ou não, de demais elementos. Exatamente por isso, não raro, essa arte é discriminada pelo óbice da legislação nacional autoral, que impede a livre criação dessa modalidade artística.

Não obstante a obsolescência da legislação vigente sobre o tema – legislação que, no geral, não alcança as novas produções criativas, tampouco é cenário fértil para a expressão intelectual no cenário digital -, para a defesa dessa modalidade artística, é preciso recorrer ao entendimento não-literal da legislação autoral, no intuito de enquadrar essa espécie criativa nos ditames legais. Isso porque nossa legislação não acolhe o *GIF* como expressão artística, ousando descaracterizar todo um movimento cultural: a *GIF Art*.

Com precedente na Videoarte, por seu experimentalismo e o caráter de animação, bem como na fotografia, eis que a fotografia é um modo de captação e produção de imagens tão rápido quanto o *GIF*, a *GIF Art* dialoga muito com outras formas de arte contemporânea, sendo, em verdade, mais um movimento artístico do cenário digital

Deixando de lado todos os questionamentos sobre o que seria arte, na medida em que nosso entendimento é de que arte é toda e qualquer expressão criativa, a *GIF Art* vai além do uso de imagens de outrem ou de apropriação indevida de imagens ou de arte que fere direitos autorais alheios. Isso porque é plenamente possível a criação de um *GIF* a partir de uma imagem autoral (e até de um trabalho completamente autoral). Desse modo, ainda que diante de imagens manipuladas, a *GIF Art* não deixa de ser arte. Ao revés, é arte.

Inclusive, atuais desdobramentos da *GIF Art* são, de igual sorte, considerados expressões artísticas, como no caso do *GIF-ITI*, estilo inspirado na técnica de *stop-motion* e no grafite, que se utiliza de fotografias de pinturas em ambientes físicos, como paredes.

O termo *GIF-ITI* foi cunhado pelo artista INSA quando ele começou a criar suas pinturas animadas únicas; arte de rua que paradoxalmente só é visível on-line. Brincando com a ideia de criar arte para ser vista no domínio hiper-real, o *GIF-ITI* é feito através de um processo físico trabalhoso, envolvendo inúmeras camadas de pintura e planejamento meticuloso. Começando onde a maioria das obras de arte termina, o *GIF-ITI* envolve fotografar cada camada que o artista



pinta à mão, criando uma imagem animada e derivada de um trabalho manual.

Tão forte o movimento da *GIF Art*, inegável seu impacto no cenário criativo atual. Decerto que as implicações legais trazem o processo expressionista, pensa-se que a *GIF Art* somente carece de um olhar peculiar pelos operadores do direito, sendo plenamente possível sua convivência pacífica nos mundos legais e criativos.

Muito embora não exista previsão específica na atual legislação brasileira de direitos autorais sobre o tema proposto, a análise a respeito da possibilidade do uso de *GIFs* deve ser feita em atenção às normas previstas na Lei 9.610/1998.

5 A IMPORTÂNCIA DA LIVRE EXPRESSÃO NO DIREITO AUTURAL

A propriedade intelectual tem por objetivo tutelar e resguardar as criações e invenções provenientes da criatividade e reflexão humanas. Por serem essas criações frequentemente decorrentes da reelaboração de conteúdos já existentes na natureza ou na cultura das pessoas, não é fácil a aferição sobre o que é, de fato, inédito. Diante disso, a outorga de exclusividade ao titular desse tipo de bem deve levar em consideração o interesse público.

Nesse contexto, são de grande valia as ponderações de Manoel J. Pereira dos Santos⁷:

(...) estabelecendo-se a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, por exemplo, de um lado, o direito à informação e à cultura e a liberdade de expressão e, de outro, o direito do criador à exploração de sua obra, deve-se aplicar o chamado princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em virtude do qual se exige um critério de moderação na prevalência de um direito sobre outro quando ambos são igualmente garantidos, uma vez que a preponderância de um direito não pode significar o desaparecimento do outro.

Essa afirmativa não tem a intenção de negar os direitos do autor da obra, na medida em que deve ser remunerado e ter exclusividade sobre o fruto de sua atividade intelectual. Não se pode, porém, conceder ao titular direitos perpétuos e absolutos.

Tal circunstância foi levada em consideração pelo legislador, que conferiu à lei autoral brasileira limitações ao direito do autor, como relatam Charlene Maria Coradini de Avila Plaza e Nivaldo dos Santos⁸:

Diversas são as disposições na lei de direitos autorais brasileira em que o direito de propriedade do detentor encontra-se limitado, ora pelo direito à informação, como no caso das citações de “pequenos trechos”, ora pelo direito a educação e ao conhecimento, além

⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira. JABUR, Wilson Pinheiro. **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ PLAZA, Charlene Maria Coradini de Avila Plaza; SANTOS, Nivaldo dos. **As celeumas de lei de direitos autorais e o direito constitucional de livre acesso à educação, à informação e a criação intelectual**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anaais/sao_paulo/2093.pdf. Acesso em: 27.set.2019.

de outras situações de interesse público, como por exemplo, os casos dos artigos 44 *usque* artigo 48, entre outros.

No que se refere aos *GIFs*, é importante salientar que uma de suas características mais importantes, que é essencial para que se mantenha presente nos celulares e smartphones de grande parte da população mundial, é justamente o seu caráter universal. A maioria dos *GIFs* é somente uma sequência de imagens, sem textos, que pode ser compreendido por pessoas de diversas culturas e nacionalidades. E, por conta disso, é considerado um elemento representativo do caráter inovador e aberto da internet.

Existem, portanto, previsões na Lei de Direitos Autorais que limitam a ingerência do autor às obras de sua titularidade, permitindo o uso de reproduções parciais, sem autorização prévia. Levando-se em consideração às características próprias dos *GIFs*, passa-se a analisar quais são as hipóteses em que tais obras podem ser utilizadas sem que desrespeitem direitos de terceiros.

6 GIF ENQUANTO CITAÇÃO DE OBRA

O artigo 46, III da Lei 9.610/1998⁹ assim dispõe:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

Da análise do referido artigo extraem-se três requisitos necessário à limitação do direito autoral por meio da citação. São eles: a referência de passagem com finalidade de estudo, crítica ou polêmica; o uso do conteúdo na medida justificada do fim a que se busca e a indicação do nome do autor e origem da obra.

Fazendo-se as adaptações necessárias à viabilidade e utilização do *GIF* nos moldes em que é empregado atualmente, existe o entendimento de que seu uso pode ser enquadrado na hipótese de limitação do direito do autor enquanto citação.

De acordo com Sérgio Branco, “a Lei de Direitos Autorais brasileira permite a citação de uma obra. Quem publica um poema do Carlos Drummond de Andrade no Facebook não está ferindo direitos autorais. Com os *GIFs*, funciona de forma parecida.”

⁹ BRASIL. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Institui a **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 29 set. 2019.



Isso porque a precípua finalidade do *GIF* é externalizar uma crítica, polêmica ou comicidade por meio de uma sequência de imagens. Além disso, não há uma finalidade econômica intencionada por seu criador. O seu fim é entreter quem dele se utiliza.

Há, porém, certa dificuldade no cumprimento da exigência de se indicar o nome do autor e origem da obra manipulada. Tal complexidade se deve ao fato de o *GIF*, em sua essência, ser composto apenas por imagens ou figuras, sem o recurso de textos ou outros elementos.

À vista disto, em razão da incompatibilidade acima exposta, entende-se plenamente possível a noção do *GIF* enquanto uma citação de obra pretérita quando cumpridos apenas os dois primeiros requisitos, ainda mais se tratando de uma lei defasada que não abarca adequadamente o uso de novas tecnologias de informação e comunicação.

7 **GIF ENQUANTO REPRODUÇÃO DE OBRA**

A reprodução de uma obra, nos termos do inciso VIII do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, é considerada uma limitação ao direito do autor quando configurar pequenos trechos de obras preexistentes, quando forem de qualquer natureza, ou, se compreenderem obras de artes plásticas, a reprodução integral, desde que essa não seja o principal objetivo da obra nova. Ainda, é necessário que não haja prejuízo à exploração normal da obra reproduzida nem prejuízo injustificado aos interesses dos autores.

Luiz A. A. Pierre¹⁰ sintetiza as principais condições para a reprodução ser considerada lícita:

(...) a reprodução de pequeno trecho é livre, independente da finalidade da obra nova, sendo que o legislador exigiu o seu caráter acessório para evitar abusos. Como critério para a reprodução permitida de pequeno trecho, devemos confirmar os seguintes requisitos:

- a. Não se tornar a reprodução o centro da obra nova. Retirado o trecho reproduzido, a obra não fica prejudicada, pois o pequeno trecho reproduzido não havia se tornado o centro desta;
- b. Levar o leitor a interessar-se pela obra cujo pequeno trecho foi retirado e não o inverso. Quando o autor cita ou reproduz uma passagem de outra obra, esta atitude deve levar o leitor a interessar-se pela leitura da obra citada e não fazer com que se perca o interesse pela leitura desta;
- c. Não causar prejuízo injustificado aos autores dos textos reproduzidos.

Sendo assim, desde que preenchidos os requisitos legais acima descritos, o *GIF* poderá configurar a reprodução de uma obra artística, sem que haja a necessidade de prévio consentimento do autor da obra reproduzida.

¹⁰ PIERRE, Luiz A. A. **Direito de autor** – algumas limitações legais. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/pensamentorealidade/article/view/8428/6245>. Acesso em: 27.set.2019.

Essa noção é possível, pois a reprodução não é a essência da obra nova, porquanto é a sequência de imagens que configura um novo sentido à obra preexistente. Além do mais, o uso das imagens muitas vezes não traz prejuízos ao autor da obra reproduzida; pelo contrário, torna a cena ou desenho mais conhecidos pelo público, já que o *GIF* é amplamente difundido e divulgado pelos usuários.

Apesar de existir fundamento no sentido de o *GIF* ser considerado uma limitação ao direito do autor, quer seja por compreender uma citação ou uma reprodução de obra pretérita, ainda existe entendimento no sentido de que esse conjunto de imagens compreende uma obra derivada, sendo necessária, portanto, prévia autorização para que não constitua infração autoral.

8 *GIF* ENQUANTO OBRA DERIVADA

O conceito de obra derivada é trazido pela Lei 9.610/1998, que em seu artigo 5º, VII, considera obra derivada algo que “constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”.

Partindo da perspectiva do *GIF* enquanto transformação de uma obra anterior, na medida em que grande parte deles é produto de uma obra pretérita, para que um *GIF* seja considerado obra intelectual, é necessário que o autor imprima criatividade suficiente à sua criação, de maneira que constitua algo novo.

Nesse sentido, dispõe Manoel J. Pereira dos Santos¹¹:

O art. 5º, VII, g, da nossa Lei de Direitos Autorais dispõe que a transformação da obra originária deve resultar em criação intelectual nova para que haja uma obra derivada, o que implica concluir não ser qualquer transformação capaz de atribuir a um melhoramento ou aperfeiçoamento o caráter de obra nova.

Assim, não é qualquer alteração a uma obra pretérita que deve ser considerada obra nova. A transformação pressupõe certo esforço de seu criador ante uma obra já protegível. No entanto, a aferição da criatividade nesses tipos de obra não é de fácil percepção, sendo necessária a realização de certas ponderações. Carolina Tinoco Ramos¹², quanto à aferição do contributo mínimo nas obras derivadas, argumenta que “para identificarmos o contributo mínimo em uma obra derivada é necessário desconsiderar o que essa obra utiliza da obra originária”.

É, portanto, indispensável perquirir o que a nova obra detém de original, criativo. Sem o mínimo de criatividade imprimida por seu criador, o resultado não pode ser considerada obra derivada.

¹¹ SANTOS, Manoel J. Pereira. JABUR, Wilson Pinheiro. **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹² BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Diante de tal afirmativa, é importante esclarecer o que vem a ser o contributo mínimo, essencial à caracterização da obra nova. Segue a mencionada autora:

O contributo mínimo, que consiste no mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor, tem também *status* de norma constitucional, devido sua qualidade de elemento presente no cerne do balanceamento - entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura - justificador do direito do autor. Além disso, o contributo mínimo decorre de normas fundamentalmente constitucionais, tendo em vista a fundamentalidade das normas constitucionais que tratam do direito do autor e do direito de acesso à cultura.¹³

Cabe ressaltar que o contributo mínimo não tem necessidade de ser algo completamente novo, mas que tenha criatividade suficiente para transformar a obra pretérita.

Nesse sentido, o *GIF* que faz uso de imagens de terceiros pode ser considerado obra derivada desde que seu criador imprima um mínimo de criatividade ao seu trabalho, gerando uma criação diferente da anterior.

CONCLUSÃO

A arte, enquanto manifestação criativa do ser humano, também sofreu impacto, na medida em que os comportamentos humanos foram alterados pelas formas de interação homem-máquina. As novas mídias surgidas com a tecnologia, vale dizer, internet, impulsionaram movimentos artísticos, cujo escopo se debruça sobre a criação peculiar, cenário em que a *GIF Art* tem surgimento. Esse “formato de intercâmbio gráfico” é responsável pela expansão das possibilidades artísticas, que desperta o interesse e o engajamento do público, revelando-se uma linguagem de mídia no contexto da cultura digital. Com origens na Videoarte e na fotografia, a *GIF Art* é essencialmente contemporânea, dialogando com o cenário digital e com as novas formas de produção criativa.

Contudo, essa expressão criativa encontra barreiras na legislação autoral pátria para existir, implicando numa análise, de igual sorte, peculiar da letra de lei. Isso porque o *GIF*, por ser resultado do manejo de imagens (seja a aglutinação, seja a reprodução) esbarra nos ditames legais, sobretudo por questões de apropriação alheia, que ferem direitos autorais de terceiros.

Assim, a fim de que a *GIF Art* não seja um movimento subvertido pelos impasses legais, o *GIF*, sua matéria-prima, precisa ser encarado pela Lei de nº 9.610/98, legislação brasileira pertinente, à luz da expressão artística, sendo as hipóteses de enquadramento legal tratadas ao longo da presente pesquisa de modo a garantir a progressividade do movimento criativo.

¹³ BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *Ibidem*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Institui a **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

CAPELAS, Bruno. **GIF completa 30 anos e ganha status de linguagem na era da internet móvel**. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,gif-completa-30-anos-e-ganha-status-de-linguagem-na-era-da-internet-movel,70002013714>. Acesso em: 28 set. 2019.

MARIANO, Sandra Regina Holanda Mariano. **Conhecimento e Criatividade como recurso estratégico**. In: Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – SEGeT da Universidade Federal Fluminense, 2, 2005. Anais..., Rio de Janeiro. p. 276.

PIERRE, Luiz A. A. **Direito de autor** – algumas limitações legais. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/pensamentorealidade/article/view/8428/6245>. Acesso em: 27 set. 2019.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Avila Plaza; SANTOS, Nivaldo dos. **As celeumas de lei de direitos autorais e o direito constitucional de livre acesso à educação, à informação e a criação intelectual**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2093.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

SANTOS, Manoel J. Pereira. JABUR, Wilson Pinheiro. **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.





O FENÔMENO DOS MEMES DE INTERNET E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO AUTORAL

João Víctor Vieira Carneiro¹

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de análise o fenômeno dos memes de Internet em face do direito autoral. Seu principal objetivo é apresentar um tema de discussão de suma relevância na contemporaneidade, mas que praticamente inexistente academicamente no Brasil. Inicia-se a discussão através de uma exposição acerca da origem do termo *meme*, demonstrando a reconfiguração do conceito em meio à sociedade da informação. Para tanto, utiliza-se de produção bibliográfica estrangeira, buscando encontrar um núcleo teórico que conceitue o meme de Internet. Em seguida, demonstra-se como os mecanismos utilizados pelos memes de Internet guardam semelhança com expressões culturais que perpassam a história escrita. Tal análise dá vez a uma observação sobre a reconfiguração do fenômeno cultural em meio à cibercultura. Em seguida, apontam-se litígios entre a cibercultura dos memes e o direito autoral, tanto no plano legislativo quanto em casos concretos. Demonstra-se, por fim, como os memes de Internet estremecem os conceitos de autor e obra.

Palavras-chave: memes de Internet; direito autoral; cibercultura.

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade que o ramo de estudos da propriedade intelectual está em um processo de mudança e reconfiguração. Com o advento da revolução da tecnologia da informação, a mente humana tornou-se uma força direta de produção. Há neste sentido uma relação entre os processos sociais de criação e manipulação de símbolos (*cultura da sociedade*) e a capacidade de produzir bens e serviços (*forças produtivas*) (CASTELLS, 2000).

A Internet, principalmente, mudou profundamente a forma como se produz e consome arte. Em especial, os memes de Internet têm ganhado força como uma expressão artística inerente à cibercultura. Sua presença é ubíqua em quaisquer redes sociais, e a ampla variedade de formas e conteúdos que se poderia nomear “meme” demonstra a complexidade da matéria.

Deste modo, o presente artigo pretende demonstrar como os *memes de Internet* se caracterizam como uma manifestação cultural, e expor alguns dilemas que advêm da relação deles com a propriedade intelectual.

¹ Estudante de Direito na Universidade Federal do Paraná (ingresso em 2017) e técnico em informática pelo Instituto Federal Catarinense em 2014. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR) e do grupo Direito, Biotecnologia e Sociedade (BIOTEC-UFPR).

2 DEFININDO O MEME DE INTERNET: PERSPECTIVAS TEÓRICAS

O termo *meme* surgiu academicamente como termo na obra do biólogo Richard Dawkins, em 1976. Em seu livro *The Selfish Gene*, o autor define meme como uma unidade de replicação cultural, funcionando para a cultura de forma análoga à que genes funcionam para características biológicas. O fragmento cultural passa de cérebro a cérebro carregando noções sociais (BONORINO, 2015).

Apesar de ter cunhado o termo, pode-se dizer que o *meme* de Dawkins, fortemente ligado à biologia evolutiva, já é distinto do *meme de Internet*. Castaño-Díaz, ao analisar a transição da teoria biológica dos memes para o ambiente digital, propõe que o *meme de Internet* cabe na teoria epidemiológica dos memes, na qual o meme pode ser compreendido como vírus em oposição ao gene (CASTAÑO-DÍAZ, 2013).

A autora Raquel Recuero se utiliza de referenciais teóricos, em especial o próprio Dawkins, para fazer uma transposição do conceito dawkiniano de meme ao ambiente digital. O biólogo propõe alguns critérios para a análise de um meme, sobre os quais Recuero discorre:

- a) *Quanto à fidelidade da cópia*: aqui Recuero distingue os memes *replicadores*, com alta fidelidade à ideia original (como links e talvez hashtags); *metamórficos*, que são alterados e reinterpretados no processo de compartilhamento; e *miméticos*, que são também alterados embora facilmente reconhecíveis como imitações, dado que suas estruturas são a mesma do original.
- b) *Quanto à longevidade*: a autora expõe as distinções entre memes *persistentes*, cuja replicação perdura por longo tempo; e *voláteis*, com curto tempo de vida, e que após algumas replicações são esquecidos ou modificados.
- c) *Quanto à fecundidade*: segundo a autora, aqui categorizam-se os memes em *epidêmicos*, que se espalham amplamente; e *fecundos*, que espalham-se por grupos menores e não se tornam epidêmicos.
- d) *Quanto ao alcance*: os memes *globais* alcançam nós distantes entre si dentro de uma rede social, o que não implica dizer que são fecundos; *locais* ficam restritos a uma “vizinhança” de sites e plataformas (RECUERO, 2009).

Patrick Davison define um meme de Internet como “*um pedaço de cultura, tipicamente uma piada, que ganha influência através de transmissão online*”. Ainda propõe seus três componentes: (i) *manifestação*: seu fenômeno observável, externo, que grava sua existência no tempo e espaço; (ii) *comportamento*: é a ação tomada pelo indivíduo “em serviço do meme”, i.e., a manipulação que cria uma manifestação; (iii) *ideal*: o conceito ou ideia veiculado, que por sua vez dita o comportamento (DAVISON, 2012). Portanto, o ideal do meme causa o comportamento, que manifesta o meme no ambiente digital. Linda Börzsei, por outro lado, afirma que o conceito de Davison já não é mais específico o suficiente, dado o caráter altamente sub-

jetivo que os memes de Internet têm tomado, em especial, nas próprias comunidades online de memes (BÖRZSEI, 2013).

A pesquisadora Limor Shifman escreveu o livro *Memes in Digital Culture*, possivelmente o mais influente tratado sobre o tema dos últimos anos. A autora define um meme de Internet como um grupo de itens digitais com características em comum: conteúdo, forma, e/ou postura (*stance*), que foram criados com consciência (*awareness*) uns dos outros, e que foram circulados, imitados e/ou transformados por usuários da Internet (SHIFMAN, 2014). É importante também diferenciar os memes de conteúdos virais, que se espalham rapidamente sem mutações perceptíveis nesse processo, sendo lembrados por sua forma original.

3 MEMES ENQUANTO EXPRESSÃO CULTURAL

É inegável o valor cultural que certos memes possuem, estabelecendo vínculos entre pessoas e criando uma percepção de comunidade: assim, os memes expressam ao mesmo tempo a singularidade e a conectividade de cada pessoa em uma sociedade onde reina uma espécie de individualismo em rede.

Conforme aponta Shifman, memes de Internet podem ser tratados como “*um folclore (pós-)moderno, no qual normas e valores compartilhados são construídos através de artefatos culturais como imagens alteradas no Photoshop ou lendas urbanas*” (SHIFMAN, 2014, tradução livre). A autora visualiza os principais mecanismos de “reembalagem” dos memes: são prevalentemente o *mimetismo (mimicry)*, através do qual o meme é imitado; e o *remix*, no qual novas características são implementadas ao meme, como uma trilha sonora ou uma edição no Photoshop.

3.1 MIMETISMO E REMIX PRÉ-INTERNET

Precedentes artísticos a esses mecanismos da cultura de memes da Internet podem ser encontrados ao longo da história escrita. Paródias e imitações eram comuns na Grécia antiga: por exemplo, Aristóteles cita o comediógrafo Hégonon de Tasos, que escreveu a *Deliada*, paródia da *Iliada* de Homero na qual o poeta versifica e elogia a história dos “piores homens” ao invés dos heróis da guerra de Troia (ARISTÓTELES, 2015). A própria autoria dos poemas homéricos é alvo de controvérsias: há quem acredite que Homero não existiu de fato, e que seus poemas seriam compilações de versos que circulavam pelo meio oral.

Já no século XVI, quatro estudantes de Évora escreveram uma paródia d’*Os Lusíadas*, de Camões, exaltando a boemia da juventude portuguesa:



E também as memórias gloriosas	Tambem as bebedices mui famosas
Daqueles Reis que foram dilatando	D'aquelles que andaram esgotando
A Fé, o Império, e as terras viciosas	O imperio de Baccho, e as saborosas
De África e de Ásia andaram devastando,	Agoas do bom Louredo devastando;
E aqueles que por obras valorosos	E os que por bebedices valorosas
Se vão da lei da Morte libertando,	Se vão das leis do reino libertando;
Cantando espalharei por toda parte,	Cantando espalharei por toda a parte,
Se a tanto me ajudar o engenho e arte.	Se a tanto me ajudar Baccho, e não Marte.

Na arte enquanto expressão visual, analogias nesse sentido também podem ser feitas. O modernismo e o pós-modernismo têm vários movimentos que se utilizam de paródias, colagens, pastiches e outros tipos de reciclagem de obras; artistas como Andy Warhol e Marcel Duchamp podem ser citados nessas práticas. Um estudo recente demonstra que o mesmo ocorria na Inglaterra do século XVII: o reuso de moldes de xilogravuras que ilustravam livros, panfletos entre outros materiais (SISNEROS, 2018). Este caso tem exemplos do que Shifman denominou mimitismo e remix, já que as obras originais eram tanto replicadas para ilustrar outras obras quanto parodiadas de forma irônica ou humorística.

3.2 A COMUNIDADE ONLINE DE MEMES E SUA CULTURA

No que tange a própria cultura *online*, é possível afirmar que um dos primeiros memes digitais foram os emoticons de texto, que datam do início da década de 80 (BÖRZSEI, 2013). Amplamente usados desde então, várias mutações surgiram, dentre elas os emojis, que se popularizaram com a difusão dos *smartphones*. Pouco mais de uma década depois, o formato de arquivos de imagem *GIF* passou a permitir animações em *loop*, o que fez deste formato um potencial veículo de memes e conteúdos virais, em especial com o advento da Web 2.0.

A Web 2.0, surgida por volta da virada do milênio, tem um caráter dinâmico ao invés do estático que tinha a Web 1.0, devido à implementação de tecnologias como Ajax e Adobe Flash. Assim, a maior colaboração e interatividade dos usuários de plataformas online possibilitou o crescimento do número de comunidades de criação e compartilhamento de memes. O YouTube e o Reddit, surgidos em 2005, bem como o 4chan, de 2003, foram alguns dos principais sites de onde surgiram e evoluíram novos memes.

A cultura dos sites anteriores ao *boom* das redes sociais estabeleceu importantes bases para o desenvolvimento da noção atual de meme. Nesse sentido Nissenbaum e Shifman demonstram como o 4chan pode ser analisado a partir dos fundamentos teóricos do francês Pierre Bourdieu. O site tem um layout caótico, e permite que usuários criem tópicos e respondam a eles anonimamente através de texto e imagens. Em específico, a *board* (algo como subfórum) */b/ - Random* tem uma cultura de cinismo, ironia, crueldade e irreverência; seu humor reside

no choque e provocação. Frequentemente cita-se como uma das origens da cultura do *trolling*, prática de irritar ou enganar outrem para a diversão do *troll* e seu público. Nissenbaum e Shifman concluem que os memes em tal board são formas culturais instáveis, cuja fundação está na contradição entre convenção e inovação; o próprio valor do capital cultural é incrementado portanto pela contestação do que o constituiu (NISSENBAUM; SHIFMAN, 2017).

Viktor Chagas afirma que no Brasil o principal site onde se veiculam memes autorais é o Facebook. De fato, as redes sociais têm tomado um papel de destaque na veiculação de memes autorais nos últimos anos. Redes como o Facebook valorizam a condição autoral individualizada, tendo em vista que se centram em perfis individuais e *fanpages*, em detrimento da autoria coletiva e do anonimato como ocorre no caso do 4chan. Uma desvantagem que os criadores de conteúdos para páginas enfrentam se dá na necessidade de pagamento para o Facebook para aumento do alcance das postagens (CHAGAS, 2015).

A forma de um meme é extremamente variável. Os emoticons de texto, apesar de ter um aspecto visual e representativo de expressões faciais, evidentemente podem ser encaixados como texto, já que utilizam caracteres digitais. Quanto às imagens propriamente ditas, a difusão de softwares de edição de imagens fez com que fazer colagens e montagens, por exemplo, fosse uma prática acessível ao usuário padrão de computadores e da Web. Ademais, plataformas online como o *meme-generator.net* possibilitam a criação de memes rapidamente.

Neste sentido se dá o espírito colaborativo das comunidades de memes na Internet: uma ideia original é imitada ou alterada, podendo se manter sólida no decorrer dos anos ou metamorfosear-se em algo que faz de seu predecessor esquecido. Trata-se de uma produção cultural em nível *muitos-para-muitos*, na qual individualidade e coletividade se encontram.

4 MEMES, INTERNET E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os memes se localizam em um espaço entre a criação individual e coletiva, no qual existe uma cultura de colaboração e compartilhamento. Consoante aduz Pierre Lévy, “*na cibercultura, qualquer imagem é potencialmente matéria-prima de uma outra imagem, todo texto pode constituir o fragmento de um texto ainda maior*” (LÉVY, 1999). Tendo isso em mente, várias questões emergem no debate acerca de sua relação com a propriedade intelectual. Vejamos alguns embates teóricos sobre o tema e alguns casos concretos da interseção das áreas.

4.1 ATRITOS TEÓRICOS: MEMES E “VIOLAÇÕES” AO DIREITO DE AUTOR E COPYRIGHT

Muito se vem debatendo acerca dos memes em relação ao direito de autor, em especial com a ampla difusão do meme enquanto artefato cultural. Cite-se aqui um exemplo ilustrativo. É comum o uso de conteúdos protegidos para produzir memes; logo, ao utilizar uma imagem retirada de um filme para fins humorísticos, estaria o criador do meme incorrendo em violação ao direito de autor ou *copyright*?



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 geralmente são defendidas pela doutrina do *fair use*, e também pela Diretiva da União Europeia sobre Direito de Autor (2001/29/CE). Trata-se de uma abordagem que resguarda, portanto, as liberdades de expressão e artística. No mesmo sentido, a Lei de Direito Autoral (9.610/1998):

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

No contexto da União Europeia, uma polêmica envolvendo memes surgiu com o advento dos debates sobre a nova Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital. Em especial, a redação original do seu artigo 13 poderia ser nociva à cultura digital de memes, ao impor às plataformas digitais (como YouTube, Facebook, etc) a “prevenção da disponibilidade” de conteúdos protegidos. Em outros termos, o provedor de aplicações faria uma espécie de censura prévia ao detectá-los. Em um artigo escrito em coautoria com Rodrigo Glasmeyer para o XII CODAIP, analisamos como o artigo seria desastroso para a cultura digital, bem como para a cultura dos memes e a arte em geral (GLASMEYER; CARNEIRO, 2018).

Apesar da ampla reação negativa à proposta, o Conselho aprovou seu texto final no dia 15 de abril de 2019. O referido artigo 13 teve o número trocado para 17, e na atual redação a diretiva impõe ao provedor de serviços online a obtenção de uma autorização do detentor dos direitos de quaisquer conteúdos que venham a ser enviados à plataforma pelos usuários.²

Cabe aqui fazer uma breve comparação com o direito brasileiro: o Marco Civil não responsabiliza civilmente o provedor por danos causados por terceiros, exceto se, após notificado, não remover o conteúdo que gerou os danos — a jurisprudência afirma o mesmo (SOUZA, 2014). O parágrafo 2º do artigo 19 prevê lei específica (ainda não feita) para a aplicação de tal hipótese às infrações a direitos de autor e conexos, devendo a norma respeitar a liberdade de expressão e demais garantias do art. 5º da CF.

Outro aspecto do direito autoral diz relação ao citado valor cultural dos memes. Um interessante artigo sobre o tema foi publicado em edição anterior deste boletim por Rangel Oliveira Trindade e João Marcos Hodecker de Almeida. Os autores demonstram a importância de preservar o acervo de memes através da promoção da prática de *web archiving*, apontando algumas iniciativas nesse sentido; dentre elas, uma feita pelo próprio Congresso americano (TRINDADE; ALMEIDA, 2018).

² O texto final da diretiva está disponível em: <https://bit.ly/2V3VIMy>.

4.2. ALGUNS CASOS CONCRETOS: REGISTROS DE AUTORIA DE MEMES E JULGADOS CORRELATOS

Vários registros de direito autoral sobre memes podem ser citados. No Brasil, por exemplo, uma filósofa registrou em 2012 a marca do meme “O que queremos?” no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Outro registro foi o do meme “Dinofauro”: o publicitário que o registrou comercializa hoje produtos com a marca, e afirma que somente o nome é registrado, estando a imagem do meme em domínio público para a criação de derivados por qualquer pessoa (CHAGAS, 2015).

No exterior, pode-se também citar o caso de Matt Furie, criador do personagem de história em quadrinhos “Pepe the Frog” (*Pepe, o sapo*), que tornou-se um meme em sites como 4chan e em pouco tempo espalhou-se para toda a Internet. Seu personagem foi usado pelo site Infowars para promover ideias políticas de direita, aparecendo ao lado de figuras como Donald Trump, bem como sendo usado em produtos comerciais. Em outros sites, Pepe ainda aparecia com Hitler e supremacistas brancos. Seu criador, Furie, entrou com processo contra a Infowars por violação de copyright (NBC NEWS, 2018).

Um outro meme estrangeiro, “Grumpy Cat” (*gato rabugento*) virou matéria de controvérsia. Os donos da gata que bombou na Internet por sua expressão mal-humorada têm agora uma empresa com seu nome, produtos comerciais e ela até estrelou em um filme de natal. A empresa, *Grumpy Cat Limited*, processou a companhia estadunidense de café *Grenade* por violar os termos de um contrato sobre o uso da imagem do felino na linha de café “Grumppuccino” (BBC NEWS, 2018). De maneira similar, a companhia *Getty Images* tomou diversas medidas legais para evitar que o meme “Socially Awkward Penguin” (*pinguim socialmente desajeitado*) fosse postado na Internet, já que a foto original do animal é de propriedade da National Geographic (DEWEY, 2015).

No âmbito do direito brasileiro, um caso recente sobre memes foi julgado pelo TSE, embora não sobre direito de autor. Trata-se de um pedido para remover das redes sociais memes que têm como alvo a política Manuela D’Ávila (PCdoB). Manuela havia pedido a remoção de 80 postagens em diferentes plataformas, das quais apenas quatro foram retiradas por determinação do ministro substituto Carlos Horbach. O magistrado afirmou que os memes não caracterizavam *fake news*, que houve direito ao contraditório nos comentários das postagens; o baixo número de compartilhamentos ainda “[evidenciou] a ausência de potencial lesivo e de capacidade para desequilibrar o pleito em curso, o que igualmente torna desnecessária sua remoção” (SOUZA, 2015).

Outro julgado brasileiro foi analisado por Bibiana Virtuoso no boletim do GEDAI, este tratando mais diretamente de direito autoral. Tratava-se de alegada violação de direito autoral no YouTube em um vídeo consubstanciado em uma paródia a partir da música “10%”, das artistas Maiara e Maraísa. Concedeu-se tutela antecipada, e determinou-se a exclusão do vídeo (VIRTUOSO, 2018).



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto acima, algumas considerações podem ser levantadas sobre a relação entre os memes de Internet e o paradigma atual do direito autoral.

Acerca da obra em si, as nuances que configuram a originalidade de uma obra no direito positivo brasileiro são relativizadas ao extremo em face do fenômeno dos memes de Internet. A nossa Lei de Direito Autoral (9610/1998) elenca nove tipos de obra nas definições feitas em seu quinto artigo:

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

VIII - obra:

- a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;
- b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;
- c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;
- d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;
- e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;
- f) originária - a criação primígena;
- g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;
- h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;
- i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;

Em primeira análise, os memes poderiam se enquadrar em qualquer um dos conceitos de obra acima. Os conceitos que remetem à autoria da obra são todos incidentes no fenômeno dos memes de Internet: a obra pode ser feita em co-autoria, em processo criativo em determinado fórum, por exemplo; pode ser anônima ou pseudônima, dado que boa parte dos memes têm como autor algum usuário que utiliza um apelido *online*.

Mas de distinta relevância, para que se empreenda algumas considerações conclusivas, são as noções de *obra coletiva* e *obra anônima*. A autoria de um meme, amiúde, está no limiar entre anonimato e coletividade: trata-se de uma obra de todos e ao mesmo tempo de ninguém em específico.



Por meio dos exemplos demonstrados na seção anterior, percebe-se que o direito autoral, na prática, tem sido um empecilho para a difusão livre desta manifestação cultural típica dos tempos em que vivemos. A questão do conflito entre direito autoral e tecnologia é pontuada de maneira ímpar pelo exímio professor José de Oliveira Ascensão:

Como pode o Direito de Autor entrar em choque com esta explosão que multiplica o número e as potencialidades de utilização das obras protegidas? [...] o Direito de Autor pode funcionar como um obstáculo ao desenvolvimento tecnológico e às vantagens culturais e sociológicas que lhe são inerentes. (ASCENSÃO, 2008)

Portanto, o embate entre um direito de autor restritivo e antiquado, por um lado, e as manifestações culturais desenvolvidas na cibercultura, por outro, tem como consequência o prejuízo destas últimas. Sem pretensão de esgotar a matéria, o presente artigo demonstrou algumas perspectivas sobre este tema, cuja abordagem na academia pátria ainda carece de maiores desenvolvimentos.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. **Studia Iuridica**, v. 91-3. Coimbra, 2008.

ARISTÓTELES. **Da arte poética**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BBC NEWS. **Grumpy Cat wins \$710,000 payout in copyright lawsuit**, 2018. Disponível em: <https://bbc.in/2X8Um0p>.

BONORINO, Cristina. **Evolução: genes, memes e universalidade**, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2GbH-2Se>

BÖRZSEI, Linda K. Makes a meme instead: A concise history of internet memes. **New Media Studies Magazine**, v. 7, p. 152-189, 2013.

CASTAÑO-DIAZ, C.M.. Defining and characterizing the concept of Internet Meme. **Revista CES Psicología**, 6(2), p. 82-104, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CHAGAS, Viktor. 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.

DAVISON, Patrick. The language of internet memes. **The social media reader**, p. 120-134, 2012.

DEWEY, Caitlin. How copyright is killing your favorite memes. **Washington Post**, v. 8, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2PeKdg8>.

GLASMEYER, R.J.S.; CARNEIRO, J.V.V.. 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. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 12., 2018, Curitiba. **Anais...** Curitiba: GEDAI, 2019. p. 40-67. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/002-O-ARTIGO-13-DA-DIRETIVA-DO-PARLAMENTO-EUROPEU.pdf>.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MARZOCHI, Roger. Criadores de memes começam a registrar suas invenções de modo oficial, 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2KyANx8>.

NBC NEWS. Pepe the Frog cartoonist sues Infowars for copyright infringement over posters, 2018. Disponível em: <https://nbcnews.to/2HeCzww>.

NISSENBAUM, Asaf; SHIFMAN, Limor. Internet memes as contested cultural capital: The case of 4chan's/b/ board. **New Media & Society**, v. 19, n. 4, p. 483-501, 2017.

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

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

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://bit.ly/2sAAOoL>.

SOUZA, André de. **Ministro do TSE defende liberdade de expressão para divulgação de memes**, 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2UGGxK9>.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei n 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, p. 791-816, 2014.

TRINDADE, Rangel Oliveira; ALMEIDA, João Marcos Hodecker de. Memes e Web Archiving. **Boletim do GEDAI**, UFPR, jun 2018. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/junho-de-2018/memes-e-web-archiving/>.

VIRTUOSO, Bibiana. Jurisprudência. **Boletim do GEDAI**, UFPR, jun 2018. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/junho-de-2018/jurisprudencia>





FANFICTION, FANART, FANZINE: EXPRESSÕES ARTÍSTICAS DOS FÃS PERANTE OS DIREITOS AUTORAIS

Natalia Zimmermann¹

RESUMO: O presente trabalho visa discutir, dentre as diferentes modalidades de produções artísticas feitas por fãs na internet, três das mais recorrentes: a *fanfiction*, a *fanart* e a *fanzine* (*doujinshi*). Para tanto, será feita uma análise breve sobre a proteção a estes tipos de obra perante os direitos autorais no Brasil e em matéria internacional, ressaltando o fator originalidade como primordial para a garantia de proteção à obra, dando especial atenção ao advento da internet e nas consequências que a mesma trouxa para o mundo dos fãs. Em seguida, passa-se à análise pormenorizada das modalidades acima elencadas e suas principais características, especialmente no que se refere ao advento da internet e dos fenômenos de cultura participativa e convergência tecnológica. Por fim, apresenta ainda argumentos para sustentar a necessidade de incentivar e resguardar as produções dos fãs com base em políticas de uso justo/*fair use*, considerando o valor afetivo do fã-consumidor em relação a determinada marca de modo que não haveria violação de direitos autorais, demonstrando que há espaço para todo tipo de produção no mercado.

Palavras-chave: Fãs. Direitos Autorais. Arte.

INTRODUÇÃO

A qualquer hora e em qualquer lugar, pessoas dotadas de criatividade exprimem seus sentimentos de diversas maneiras. Com a popularização da internet, tal prática só se intensificou no cotidiano. Com isso, os chamados “fãs” de conteúdos midiáticos – aqui compreendidos como as diversas formas de entretenimento, desde filmes, jogos, séries, quadrinhos – também ascenderam em meio aos grupos de produtores; saíram do espectro das grandes empresas licenciadas e, atualmente, não é raro encontrar um fã produzindo conteúdo de autoria própria, mas baseando-se na mídia que tanto adora.

Um livro, série ou filme não precisa necessariamente ser bem feito para ter sucesso. Basta que ele forneça material suficiente para que os consumidores encontrem algo do qual falar, o que, de uma perspectiva artística, os conduzirá à construção de suas próprias fantasias. A produção, todavia, nem sempre (aliás, quase nunca) possui autorização do criador original (ou da empresa

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). Pós-graduanda em Direito da Comunicação Digital pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada e membro do Grupo de Pesquisa em Direito Autoral e Industrial (GEDAI). E-mail: contato.nzimmermann@gmail.com.

que detém os direitos autorais) para existir. Os fãs estão cada vez mais tomando posição ativa, por meio dos fenômenos de convergência tecnológica e cultura participativa. Com seu interesse por personagens ou histórias ficcionais, com os quais se identificam, eles criam livros, continuações, universos paralelos... O que criou um cenário desafiador para as novas tecnologias.

No presente trabalho, propõe-se discutir justamente sobre o que são e como se utilizam algumas das mais recorrentes modalidades de intervenção, de que forma repercutem sobre os direitos autorais – na esfera nacional e na internet – e apresentar propostas para essas novas criações no mundo informatizado, notadamente, utilizando-se uma política de uso justo que harmonize com as boas práticas na internet e garanta que todas as partes saiam ganhando.

1 DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRAS LITERÁRIAS/ARTÍSTICAS NO BRASIL E NA INTERNET

A lei que rege o segmento da propriedade intelectual pertinente aos direitos autorais é a Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais/LDA). Dentro dela, pode-se destacar vários pontos importantes; pertinente a este estudo, é necessário primeiro entender de onde decorre a proteção legal das obras literárias e artísticas a serem estudadas posteriormente:

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;

[...] VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

Apesar de a maioria das leis variarem muito de país para país, a questão dos direitos autorais permanece, em sua essência, a mesma. Algumas nações possuem políticas mais brandas e algumas mais restritas, especialmente quanto à noção da variável “uso justo”, mas a necessidade de se obter autorização prévia e expressa do autor para a utilização da obra é praticamente unânime (na LDA, expressa nos arts. 28 e 29, e seguintes). Isso especialmente devido à Convenção de Berna - da qual o Brasil é signatário -, que estabelece diretrizes mínimas para a proteção dos direitos de criadores ao redor do mundo. (RIGHTSDIRECT, s.d.)

E para que um trabalho seja protegido, ele deve ser também original. Todavia, determinar se um trabalho é ou não é “original”, e qual o tamanho dessa “originalidade”, pode ser um desafio – é o que se percebe, devido à profusão de demandas judiciais não apenas no Brasil mas também no mundo inteiro. Como nenhum trabalho é considerado *todo e completamente* inovador, é de conhecimento comum que todos os autores retiram ideias disponíveis em domínio público, ou nelas se inspiram. A proteção da obra irá variar conforme o *nível de originalidade* que apresenta. (ROBINSON, 2006, p. 4)



Explicar a forma com que os direitos autorais funcionam é, em síntese, uma tarefa complicada. Isso porque tais direitos dão cobertura a praticamente toda a forma de criação criativa – o que se estende desde a música, o teatro, a fotografia, a arquitetura e até *softwares*. O detentor do *copyright* não apenas possui o direito de publicar sua obra, mas também de controlar a original e suas “cópias”; cópias, essas, que englobam também o conceito de “obra derivativa” (ou derivada²) da criação – ou seja, as obras baseadas no trabalho original. (LESSIG, 2005, p. 122)

As tecnologias da informação e comunicação (TICs) possibilitaram a convergência tecnológica por meio da troca de informações em alta velocidade e da realização de funções diversas simultâneas, concentradas em um só aparelho eletrônico – celular, tablet, computador. Atualmente, “por meio de sistemas de compatibilidade e interoperabilidade, as pessoas podem fazer downloads, assistir filmes, ler livros e comparecer à eventos em lugares remotos, tudo em um único aparelho” (AMARAL; BOFF, 2018, p. 177).

É assim que funciona a convergência tecnológica: influenciando no modo de consumir e/ou utilizar as mídias. Os fãs de uma série, filme ou livro conseguem capturar imagens em tempo real, produzir resenhas, discutir teorias através de fóruns e outros sites na internet e até mesmo criar suas próprias “ficções de fã” – as *fanfictions*.

Histórias são fundamentais em todas as culturas humanas, o principal meio pelo qual estruturamos, compartilhamos e compreendemos nossas experiências comuns. [...] Estamos descobrindo novas estruturas narrativas, que criam complexidade ao expandirem a extensão das possibilidades narrativas, em vez de seguirem um único caminho, com começo, meio e fim. (JENKINS, 2006, p. 170)

Enquanto no passado as indústrias da mídia se focavam apenas no cinema, por exemplo, atualmente elas têm de observar vários focos de interação com o material, gerando uma indústria de entretenimento massiva e dinâmica. (AMARAL; BOFF, 2018, p. 177)

A participação tecnológica, todavia, só será classificada como democrática quando se lograr êxito em romper as diversas barreiras sociais, tecnológicas e de conhecimento. Devido ao grande monopólio que ainda é presente na indústria do entretenimento, os direitos autorais devem ser utilizados como um instrumento para consolidar a participação popular na construção de sua própria cultura, primando pelo uso justo de uma obra, abstendo-se de lucratividade e visando a um processo criativo transformador – e não apenas fortalecendo os já existentes “grandes privilegiados”. (AMARAL; BOFF, 2018, p. 186)

A rede não faz discriminação entre o compartilhamento de conteúdo com ou sem direitos autorais. Desse modo existe uma grande quantidade de compartilhamento de conteúdo com direitos autorais. Esse compartilhamento, por sua vez, excitou a guerra, com os

² A Lei de Direitos Autorais define no art. 5º, VIII, “g”, a obra derivada como sendo “a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”. (BRASIL, 1996)



donos de copyrights temendo que o compartilhamento viesse “tomar do autor o seu sustento”. (LESSIG, 2005, p. 17)

Para o mundo contemporâneo, o que a internet trouxe de mais notável foi a *publicidade* das coisas. Atualmente, o fã-clubes citados não se reúne pessoalmente, mas “online”. A *fanfiction* pode ser escrita e partilhada com outros usuários, assim como com inteligências artificiais capazes de detectar plágio ou violação de direitos autorais. As leis são eficientes, as penalidades não são poucas, e os processos correm. A migração aos sistemas digitais implica em celeridade processual e dinamismo legislativo. (LESSIG, 2005, p. 145-146)

2 AS EXPRESSÕES ARTÍSTICAS DE FÃS

2.1 CULTURA PARTICIPATIVA, *FANDOM* E *FANWORKS*: O TRABALHO DOS FÃS NO ÂMBITO ARTÍSTICO

A expansão do mundo virtual proporcionou o aumento da produção multimídia em várias plataformas, bem como ampliou o acesso a elas – desde livros, videogames, séries, filmes, entre outros. Proporcionalmente, também cresceu o número de criações colaborativas – onde o autor conta com a ajuda ou influência de outras pessoas ou ideias.

Essa cultura colaborativa se dá por meio da ascensão da Cultura de Convergência que é foco das pesquisas do estudioso Henry Jenkins. Ele defende que, no meio virtual, todas as criações tornam-se interligadas, sendo fato que a tecnologia trouxe novos meios de lidar com a transmissão de dados. A convergência é uma transformação cultural que leva os fãs-consumidores a buscar as informações em meio a uma vasta mídia que ultrapassa as fronteiras do meio em que se insere. (JENKINS, 2009, p.29)

A convergência tecnológica busca explicar a interação entre os vários tipos de mídia, bem como entre o produtor e o consumidor, através de três conceitos: convergência dos meios de comunicação, cultura participativa (de interesse principal deste trabalho) e inteligência coletiva. A convergência compreende o fluxo de conteúdo em diferentes plataformas midiáticas, cujos mercados cooperam, além da migração dos públicos em busca de entretenimento, quando não lhes é oferecido. A circulação de conteúdo depende da participação ativa dos consumidores, incentivados a buscar novas informações e conexões, o que gera uma transformação cultural. (JENKINS, 2006, p. 29-30)

A cultura participativa, por sua vez, demonstra como a noção de consumidor vem se alterando, do modo passivo para o ativo. Consumidores quebram as barreiras que os separam dos produtores de mídia, e tornam-se todos participantes interagindo de acordo com as “novas regras” onde, embora todos tenham contato, as corporações ainda detêm um significativo papel de influência a nível de produção. (JENKINS, 2006, p. 30)

Um bom exemplo de como a cultura participativa pode influenciar no gosto pela leitura e na predisposição dos fãs em compartilhar suas “inteligências” com os demais interessados é a



anteriormente mencionada franquia *Harry Potter*; ainda que o último livro tenha sido lançado em 2007, e sua adaptação cinematográfica em 2011, o seu *fandom* ainda é um dos mais ativos e sólidos de toda a internet, e a essa comunidade se deve todo o sucesso da saga. Pois “no fim, o livro é o que os fãs fazem dele”. (SILVA et al, 2015, p. 9)

A cultura participativa se põe paralelamente ao terceiro conceito, o de inteligência coletiva, ao passo em que a convergência, alimentando a cultura participativa, se cria dentro do cérebro de cada consumidor e nas interações sociais de um com outro, tornando o consumo um processo coletivo. Os fãs são o melhor exemplo de inteligência coletiva: “uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências” (LEVY, 1997, p. 28)

Fãs são consumidores, não só com potencial econômico a determinado produto, mas dotados de lealdade. Significa que eles são uma fonte segura de parte do lucro, além de contribuírem para a divulgação do produto cultural. Por esse motivo, celebridades costumam respeitar os mais fervorosos fãs, independentemente da opinião que carregam sobre os mesmos. (MURAKAMI, 2016, p. 10)

Para compreender o trabalho dos fãs, também é necessário entender que um grupo de fãs constitui um conjunto, mesmo que não haja interação direta entre os membros. A cultura dos fãs surgiu paralelamente à cultura de massa, alinhando-se com a popularização da televisão e do cinema. Quem é fã busca ficar o mais próximo e conectado possível com o mundo da mídia que consomem, e das pessoas de influência ligadas aos mesmos. E essas comunidades passaram a substituir os tradicionais consumidores, através do imediatismo e da mediação digital. Os fãs constroem uma cultura única e específica – o *fandom*. (MIRANDA, 2009, p. 52)

Fandoms são grupos formados por vários fãs de um produto ou mídia. (MURAKAMI, 2016, p.5-6); também se refere “à subcultura dos fãs em geral, caracterizada por um sentimento de camaradagem e solidariedade com outros que compartilham os mesmos interesses” (JENKINS, 2006, p. 39). Um exemplo de *fandom* literário são os fãs de *Harry Potter*; um exemplo de *fandom* cinematográfico são os fãs de *Star Wars*, e assim por diante. Antes da internet, era quase impossível pensar no conceito de *fandom* - era permitido um grupo de pessoas se encontrar para discutir sobre um determinado assunto, mas as limitações de tempo e espaço eram muito maiores.

A cultura do *fandom* começou a se desenvolver em meados da década de 1960, especialmente devido ao sucesso de franquias como *Star Trek*; após a intervenção da internet no cotidiano, no fim da década de 1990, ficou mais fácil conhecer pessoas com os mesmos interesses através de fóruns ou redes sociais, incentivando a produção de sites e blogs especializados e facilitando a ampliação dos conhecimentos. (MURAKAMI, 2016, p. 15)

Quando não é possível ter contato entre si, os fãs se aproximam através da internet. É a partir desse momento que começam, como um coletivo, a trocar ideias sobre aquela paixão que



os une. E, assim, o que inicia com uma pequena conversa sobre a interpretação do final da história ou as atitudes de um personagem dá lugar à produção cultural: dentre todos os fãs, sempre haverá uma parte – uma grande parte, inclusive – que escreve histórias, desenha, produz filmes, compõe canções... Dos fãs, para os fãs. Um *fandom* se destaca pela questão de produtividade, e não apenas admiração sobre um conteúdo, fomentando a criação baseada naquilo que todos já admiram. (MURAKAMI, 2016, p. 6)

2.1.1 *Fanfic(tion)*

Dada a expansão da internet e o crescimento gradativo dos *fandoms* em número de integrantes, rompendo as distâncias físicas e até mesmo diferenças linguísticas, cresceu também a produção de um gênero conhecido como *fanfiction* – traduzindo, literalmente, “ficção de fã”. Uma prática inicialmente restrita à ficção científica, mas que se estendeu a outros gêneros de fãs, desde séries de suspense até videogames (VARGAS, 2005, p. 24). É popularmente considerada a mais recorrente forma de intervenção artística dos fãs na comunidade *online*, também pelo fato de que dela derivam outras modalidades.

Cada vez mais, as narrativas estão se tornando a arte da construção de universos, à medida que os artistas criam ambientes atraentes que não podem ser completamente explorados ou esgotados em uma única obra, ou mesmo em uma única mídia. O universo é maior do que o filme, maior, até, do que a franquia – já que as especulações e elaborações dos fãs também expandem o universo em várias direções. (JENKINS, 2006, p. 161-162)

A *fanfiction* (abreviada como *fanfic* ou apenas *fic*) é uma história, predominantemente narrativa, baseada em algum tipo de mídia (como livros, filmes, jogos, seriados, histórias em quadrinhos, entre outros). Associam-se geralmente à cultura de massa, embora possa estar fundada no cânone literário da mesma forma, formando um campo específico, onde os fãs se organizam de modo a constituir hierarquias, conservar/desdenhar certas atitudes nos textos e compartilhar experiências como leitores. (MURAKAMI, 2016, p. 6) A maioria das *fanfictions* atualmente se encontra em sites, com grande destaque para o Fanfiction.net³, cujo acervo conta com diversos idiomas. Há também o Nyah! Fanfiction⁴, que tem maior destaque na produção brasileira de *fanfics*.

Um filme é lançado ou um livro publicado e as pessoas se tornam fãs da história, esperam ansiosas por continuações e podem procurar por outros fãs em fóruns online, seja em sites especializados, ou redes sociais como Facebook. Entretanto, o desejo dos fãs pode ultrapassar o que é considerado informação oficial, os livros e filmes propriamente ditos, e para tentar completar com um pouco de si mesmos as tramas que os encantam e interessam, as pessoas começaram a escrever o que chamamos de *fanfiction*. (SILVA et al, 2015, p. 2)

³ Disponível em: <http://www.fanfiction.net/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

⁴ Disponível em: <http://www.fanfiction.com.br/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

Assim, a *fanfiction* é mais do que um jeito muito particular de contar uma história: ela “pega emprestado” um ou mais personagens inseridos na mídia de base e dá a eles uma nova história, paralela ou não à original – chamada *canon* ou cânone⁵. Pode ser uma continuação de um determinado acontecimento, uma interpretação alternativa de um fato, um *spin-off* de algum personagem que não foi extensamente explorado durante a história, ou a proposição de romance entre um casal, *canon* ou não. As possibilidades são praticamente infinitas.

Inclusive, a relação entre dois personagens é um dos temas mais recorrentes em *fanfics*. Isso decorre do desejo dos fãs em explorar os diversos *ships*⁶ que podem surgir. Muitas vezes, o desejo dos fãs quanto à escolha de sexualidade e/ou relacionamento de um dado personagem não corresponde à vontade do autor, e por isso criam uma ficção como forma de satisfazer aquilo que a mídia original não proporcionou.

A *fanfiction*, como dito anteriormente, é feita por um fã, para outros fãs. Assim, não possui obrigação de atender a toda a sociedade, mas a esse grupo em específico, que é o único que terá competência real para apreciar a obra nova produzida. A *fanfic* carrega uma dose de emoção, carinho e nostalgia, oferecendo um “episódio inédito” para o fã sedento por mais conteúdo, enquanto os produtores não fornecem. Ainda, “enquanto releitura, proporciona ao leitor formas diferentes de repensar e de ressignificar a narrativa canônica”. (MURAKAMI, 2016, p. 21)

Eu mesma costumava escrever *fanfiction* de *Star Wars* quando eu era pré-adolescente. Eu penso que escrever *fanfiction* é uma boa forma, para novos escritores, de aprender como contar uma história. A vantagem de escrever *fanfiction* é que os personagens e o enredo básico já estão estruturados, então, novos escritores podem se concentrar nos diálogos ou desenvolvimento futuro do enredo. Basicamente, o autor criou um mundo para o novo escritor ter onde brincar, e essa é uma ótima maneira para os iniciantes aprenderem as habilidades que eles precisarão para criar seu PRÓPRIO universo. (CABOT, 2006, n.p.)

Sendo obras derivadas, as *fanfictions* reutilizam não apenas os personagens, mas muitas vezes todo o universo da obra original em conjunto, operando de forma a desenvolver e complementar o mundo canônico. Com isso, os “fanfiquinhos” (assim compreendidas as pessoas que se dedicam a escrever *fanfic*) não pretendem roubar as ideias originais, mas expressar sua devoção em forma de homenagem, sem intenção de lucrar em cima disso, ou de criar uma obra em caráter competitivo. Primeiro, porque não possui natureza comercial e as obras ficam expostas gratuitamente na internet (via de regra); segundo, porque, como não fazem frente ao criador original, não chegam a causar dano comercial/financeiro para o mesmo. (ROBINSON, 2006, p. 13)

⁵ Um fato ou texto *canon* ou canônico é a narrativa que os próprios fãs reconhecem como sendo a original. (MURAKAMI, 2016, p. 14). Embora tanto o termo “*canon*” quanto “canônico” sejam adequados, neste texto optar-se-á por “*canon*”, tendo em vista a maior popularidade e a melhor harmonização com os demais termos estrangeiros.

⁶ O termo *ship*, popularizado por sua verbalização *shippar*, vem do inglês “relationship” (relacionamento) e “significa torcer para que personagens de ficção firmem uma relação”. (WOLF, 2018, n.p.)



2.1.2 Fan Arts

Ao passo em que os fãs começam a ter participação ativa com as mídias com as quais se identificam, passam a criar conteúdo sobre as mesmas. Enquanto a *fanfiction* é pura e simplesmente a criação de textos narrativos, a *fan art* (ou *fanart*) é o que o próprio nome sugere: a arte criada pelo fã. Com o advento da internet, todos os tipos de *fan art* surgiram e se espalharam em velocidade imensurável. As artes são disponibilizadas pelos usuários em vários sites, sendo os mais recorrentes DeviantART⁷, FurAffinity⁸ e Behance⁹. Muitos costumam criar também blogs pessoais dedicados apenas a isso, ou divulgam pelas redes sociais (Facebook, Twitter e Instagram).

Como não podia deixar de ser, é gerada muita confusão em relação aos direitos autorais de tais obras de arte. Afinal, assim como a *fanfiction*, o fã está criando um material (desenho, pintura) de sua autoria, porém, utilizando personagens que pertencem a outras pessoas/empresas. Cada companhia tem sua forma de lidar com a situação: alguns casos já foram documentados, onde a empresa detentora de direitos autorais de determinado personagem enviou uma carta estilo “renda-se ou desista” ao fã – ocorre que tal pessoa decidiu divulgar a carta na própria internet, o que levou demais consumidores a criticar e boicotar a empresa. (KAUFMAN, 2011, p.1)

O cerne da questão é que geralmente os fãs que se utilizam de material protegido não o fazem com intenção fraudulenta, tanto que não consideram seu uso ilegal – pelo contrário, se autodenominam “criativos” ou até mesmo apoiadores que, com sua arte, aprimoram e acrescentam dinamismo e valor à propriedade intelectual. (KAUFMAN, 2011, p.1)

O primeiro dos problemas em relação à *fan art* decorre justamente de sua publicação, ou seja, do ato que a transforma de uma ideia na mente do artista para uma expressão artística. Existem inúmeras interpretações para o ato de publicar, mas destaca-se aqui o conceito defendido pela LDA, no art. 5º, I: é o “oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo” (BRASIL, 1998)

Portanto, o simples ato de postar na internet – seja em um blog, ou em rede social -, independente da finalidade financeira ou não da postagem, já caracteriza o ato de publicar, tornar público. Dito isso, é inimaginável o número de usuários “afetados” pela imagem publicada, toda vez que o artista publica um material que, embora criado por suas próprias mãos, não é “transformativo” o suficiente para ser considerado *fair use*. (PATRICK, 2019)

Para demonstrar como o uso de *fan arts* não é tão simples, expõe-se o seguinte caso: No início de 2019, Scott Cawthon, desenvolvedor de jogos, famoso por sua série *Five Nights At Fred-*

⁷ Plataforma de língua predominantemente inglesa, que reúne desde artistas profissionais a amadores interessados em divulgar seu trabalho. Disponível em: <http://deviantart.com>. Acesso em: 16 ago. 2019.

⁸ Fórum para postagem de desenhos cujo foco são apenas “*furries*” ou animais antropomórficos (que se comportam como humanos, ou possuem características semelhantes). Disponível em: <https://www.furaffinity.net/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

⁹ Plataforma de autopromoção para artistas, de propriedade da empresa Adobe. Geralmente usada como forma de portfólio online. Disponível em: <http://behance.net>. Acesso em: 16 ago. 2019.

dy's – que, desde o lançamento, virou uma febre na internet -, lançou em seu website uma imagem promocional (“teaser”) para o novo (e sétimo) jogo da franquia. Mas dias depois a imagem foi removida por um motivo curioso: os responsáveis pela elaboração do teaser haviam acidentalmente utilizado modelos 3D dos personagens cuja origem era *fan art* de terceiros, ao invés dos modelos originais criados por Cawthon. O fato levanta uma polêmica interessante: quem possui o direito das imagens? Seria Cawthon, por criar os personagens, ou o artista, por ter criado os modelos 3D?

Cawthon removeu o conteúdo de sua página, inclusive pedindo desculpas pelo ocorrido: “Eu tirei a imagem do ar e ficarei pensando para qual direção devo seguir. A única coisa com a qual me importo é fazer o certo por esta comunidade.”¹⁰. Explicou que a arte com a qual anunciou o jogo e, futuramente, seria a arte da capa, incluía *fan arts*, e que, quando foi informado disso, ficou surpreso e excluiu a imagem do site. Ao questionar a equipe responsável, eles lhe informaram que foi um “incidente isolado” sem más intenções: a pessoa que elaborara a arte usou como base modelos 3D que acreditava serem do próprio criador. Então, a equipe voltou atrás e recriou a arte da capa usando os modelos do próprio jogo. Cawthon comenta que “é uma prova para a comunidade de fãs que os modelos dos fãs competem com os meus, alguns deles são idênticos, e alguns são melhores!” (ANIMDUDE¹¹, 2019, n.p.)¹²

A decisão de Cawthon no caso apresentado foi inteligente; primeiro, porque buscou esclarecer a situação e se desculpou perante a comunidade de fãs de seus jogos, o que enfatiza sua boa-fé; em segundo lugar, porque, embora Cawthon tenha os direitos sobre os personagens criados, o artista que criou os modelos baseados naqueles personagens também é detentor de direitos – não dos personagens originais, mas de sua arte, do fruto de seu esforço. Não havendo a intenção de lucro por parte do artista, há de se considerar a adoção de uma política de uso justo, ao invés de simples penalização. (PATRICK, 2019)

Em outras palavras: um artista não pode se apropriar do material criado pela empresa; todavia, a empresa também não pode se apropriar da arte de um artista sem permissão, mesmo que tenha os direitos sobre o personagem representado artisticamente. Uma esfera não pode ultrapassar os limites dos direitos de outra.

A empresa de jogos *Blizzard Entertainment* é outro exemplo. A sua política não apenas permite, mas também encoraja a produção de *fan art* com intuito de ampliar a divulgação dos seus materiais e tornar a interação entre os fãs mais dinâmica, sob a condição de que tais artes não estejam ligadas à busca de lucro, e que não violem as diretrizes da empresa, especialmente no tocante à classificação indicativa (ou seja, as artes devem ser apropriadas para todas as idades, sendo reprovada a utilização de conteúdo adulto¹³).

¹⁰ Tradução livre: “I’ve taken the image down and I’m going to be thinking about where to go from here. The only thing I care about is doing right by this community.” Disponível em: https://www.reddit.com/r/fivenightsatfreddys/comments/b00y83/sorry_guys/. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹¹ “Animdude” é o nome de usuário do perfil de Scoot Cawthon no site Reddit.

¹² Tradução livre do original, disponível em: https://www.reddit.com/r/fivenightsatfreddys/comments/b0p7ad/update_on_the_vr_situation/. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹³ As diretrizes de política de imagem e submissão de *fan arts* diretamente à *Blizzard Entertainment* estão disponíveis em: <https://www.blizzard.com/en-us/legal/dd76b654-f2c4-4aaa-ba49-ca3122de2376/blizzard-video-policy> e



Um “mito” relativo à *fan art* é que muitos não se preocupam com a prática e continuam a produzi-la apenas por verem outras pessoas fazendo o mesmo. Outro é acreditar que, apenas porque não se está aferindo lucro sobre personagens protegidos por direitos autorais, o uso é livre e irrestrito. A única maneira de ter *certeza* é conseguir uma autorização expressa do detentor dos direitos. (McCABE, 2016, n.p.)

Uma maneira usada para proteger um material é o registro (embora para as obras literárias/artísticas protegidas pela LDA não seja obrigatório, conforme atesta o art. 18 da mesma lei). Quando se usa um material protegido por direitos autorais, cuja proteção é enfatizada pelo registro legal, este uso representa um valor imputado àquela obra. A Disney, por exemplo, faturou cerca de US\$ 41 bilhões em 2013 apenas por ter investido no licenciamento de personagens. A repercussão disso para a *fan art* daqueles personagens é que tal arte deve sua apreciação à Disney; não ao programa utilizado, não ao lápis do artista, mas à Disney, que apresentou o marketing daquele conteúdo. (McCABE, 2016, n.p.)

Se você é um “fanarteiro”, precisa compreender que o motivo pelo qual seu trabalho ganha atenção quando você cria obras derivadas de personagens registrados é porque as pessoas amam aqueles personagens. [...]Eu sei o que você está pensando: “Se eu criar meus próprios personagens, as pessoas não vão gostar deles tanto quanto os personagens registrados”. É claro! Porque alguém trabalhou duro para dar valor àqueles personagens. Você só está se aproveitando disso ilegalmente. É algo que você precisa entender, sendo um artista. (McCABE, 2016, n.p.)

Ainda há situações onde as *fan arts* “se juntam” às *fanfictions* e geram, desta forma, as *fanzines*, também conhecidas como *doujinshis* no Japão, que abriga o maior mercado mundial na produção das mesmas. A seguir, discutir-se-á sobre mais esta forma de intervenção participativa de fãs.

2.1.3 Fanzines ou Doujinshis

Utilizando a saga *Star Wars* como exemplo: a primeira trilogia da série, composta pelos títulos “Uma Nova Esperança”, “O Império Contra-Ataca” e “O Retorno de Jedi” foi lançada nos cinemas com um intervalo de três anos entre cada filme – respectivamente, 1977, 1980 e 1983¹⁴. Destes interstícios temporais, os fãs se ocupavam por meio de especulações e debates sobre o último filme e o que viria a seguir. Com isso, começaram a não apenas escrever, mas compartilhar suas ideias através de *fanfictions* e, também, de *fanzines*.

As *fanzines*, abreviação de *fan magazine* (“revista de fã”), eram distribuídas em convenções e eventos, podendo ser enviadas pelo correio. Algumas vezes, eram até de graça, ou se

<https://www.blizzard.com/en-us/legal/a6def1da-48b1-41ba-8e8c-8b849efa1f24/terms-and-conditions-of-fan-art-submissions-to-blizzard-entertainment>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴ A segunda trilogia seguiu o mesmo padrão, tendo seus títulos “A Ameaça Fantasma”, “O Ataque dos Clones” e “A Vingança dos Sith” lançados em 1999, 2002 e 2005.

cobrava uma quantia ínfima apenas pelo gasto da impressão. Antes de *Star Wars*, as primeiras *fanzines* que se tem notícia eram de *fandoms* como *Sherlock Holmes* e *Star Trek*. Na década de 80, era um meio eficiente para divulgar criações próprias. As primeiras *fanzines* de *Star Wars* vieram logo após o lançamento do primeiro filme, e as histórias geralmente focavam em um ou dois personagens, além de personagens originais (inventados pelos próprios fãs) que interagiam entre si. As *fanzines* continham, além da história do fã, algumas *fan arts* e textos explicativos sobre a franquia. (SILVA et al, 2015, p. 4-5)

O termo indica uma publicação limitada e sem fins lucrativos, produzida para fãs que compartilham de interesses comuns, e publicada de forma independente. (UMILACCHI, 2013, n.p.). Ainda que a prática de *fanzines* seja anterior à popularização da internet, essa modalidade só teve a ganhar com tal avanço tecnológico, da mesma forma que ocorreu com as *fanfictions*. Nas últimas décadas, muitos produtores de *fanzine* migraram para o formato *webzine* – que são as *fanzines* que só existem em meio digital. (RODRIGUES, 2019, p. 157)

No Japão, conhecido como a “terra do mangá¹⁵”, é de se imaginar que essa prática seja comum. Lá, as *fanzines* são conhecidas por *doujinshi* (embora o termo seja ocasionalmente usado no ocidente também). *Doujinshis* são “cópias de outros quadrinhos”, onde o artista precisa contribuir significativamente com o conteúdo da arte da qual se apropria. (LESSIG, 2005, p. 25)

Através do *doujinshi*, pode-se, por exemplo, explorar uma história famosa sob outra perspectiva, ou contar a mesma história mudando a aparência dos personagens/ambientes... Não há uma regra absoluta. “O mercado de mangá aceita essas violações técnicas porque elas obrigam o mercado de mangá a ser mais vibrante e produtivo. Todos sairiam perdendo se o *doujinshi* fosse proibido, portanto a lei não proíbe o *doujinshi*” (MEHRA, 2002, p. 36).

O mercado de *doujinshis* caminha paralelamente ao dos mangás oficiais. Cerca de 450 mil japoneses se reúnem, duas vezes ao ano, em convenções específicas onde podem expor e vender suas criações. Assim, ao mesmo tempo em que “competem” com o mercado, não são uma ameaça ao mesmo, por isso não há tentativa de dismantlar o comércio de *doujinshis*. Para o Ocidente, pode parecer estranho que eles sejam permitidos; de fato, pelas leis de direitos autorais no Japão (pelo menos teoricamente), o *doujinshi* é ilegal. Os artistas não pedem autorização aos criadores do mangá do qual se apropriaram. Mas as revistas continuam sendo produzidas, cada vez mais intensamente – e, para muitos, essa força de resistência é o motivo de seu sucesso. (LESSIG, 2005, p. 25)

3 APLICAÇÃO DO FAIR USE EM RELAÇÃO AOS FANWORKS

O *fair use* é uma espécie de teoria ligada aos direitos autorais, adotada especialmente em países que seguem o sistema de Common Law, notadamente os Estados Unidos da América¹⁶.

¹⁵ Nome dado às histórias em quadrinhos japonesas, que possuem uma série de elementos que as tornam únicas, opondo-se ao estilo ocidental de fazer quadrinhos.

¹⁶ A nomenclatura “fair use” é exclusiva dos EUA. Outros países, especialmente no Reino Unido, também adotam o conceito, mas sob o nome de “fair dealing”; apresenta algumas diferenças, e é considerada mais rígida e menos



Está previsto na Seção 107 do *United States Copyright Act*, legislação reguladora de matérias pertinentes aos direitos autorais. Para que se determine se um trabalho “copiado” constitui uso justo ou injusto, são levados em conta quatro fatores:

O primeiro é a finalidade e personagem utilizados, considerando se o uso é de natureza comercial ou se possui fins educacionais não lucrativos. O segundo é a natureza da obra protegida - a exemplo da paródia, gênero cuja forma é reconhecida na maioria das jurisdições como exceção à violação de direitos autorais, podendo seu criador utilizar partes relativamente grandes do trabalho original, mesmo sem permissão. Representa um diálogo “ridículo” com uma marca, através de uma nova obra que zomba da original, ou cria um cenário antagônico, crítico ou humorístico em relação à forma ou conteúdo. (VOORHOOF, 2001, p. 636) A finalidade principal da paródia é entreter; geralmente acaba fazendo críticas sociais. A vantagem é que a paródia, em termos financeiros, não compete com o conteúdo original, provando que há espaço para ambos no mercado. (ROBINSON, 2006, p. 12)

No caso de *fanfiction*, como geralmente esta tem um tom de paródia, e a paródia é largamente reconhecida como exceção, o *fair use* se torna razoavelmente aplicável; quando em uma disputa judicial, o litígio deve se dar acerca do quão transformativa a *fanfic* é – o quanto é “copiado”, e os impactos no mercado. Neste caso, uma obra que utilize o mesmo universo, mas personagens diferentes, para contar uma história, é muito mais transformativa do que reescrever uma cena que já existe, mas da perspectiva de outro personagem... Mas isso é algo que o próprio juiz deve ponderar. (GARON, 2017, p. 6)

O terceiro é a quantidade e o conteúdo da porção utilizada em relação à obra protegida como um todo. E, enfim, o quarto fator é o efeito do uso sobre o mercado em potencial, ou sobre o valor da obra protegida; tamanha é a quantidade de *fanfictions* na internet, que “apenas mais uma” postada em algum site qualquer provavelmente não terá um impacto negativo. O que afeta a questão é se uma *fanfic* por acaso chegue às estantes das livrarias, o que corresponde a uma ameaça à obra original. (GARON, 2017, p. 6)

Outra possível justificativa para o *fair use* é que, além de produções de fãs em regra não terem fins lucrativos, podem servir de “treinamento” para a produção de obras de conteúdo original. Foi o que aconteceu com E. L. James, autora da série de sucesso *50 Tons de Cinza*, que sendo uma *fanfic* da série *Crepúsculo* – mais tarde reformulada e publicada como obra original, levando a autora amadora ao patamar profissional. (RAMOS; GRISOLIA, 2013, p. 57-58)

O “uso justo” basicamente significa que não é necessária permissão de uso de um material existente, apoiando a cultura livre e, conseqüentemente, desprezando a cultura da permissão. “Culturas livres são culturas que deixam uma grande parcela de si aberta para outros poderem trabalhar em cima; conteúdo controlado, ou que exige permissão, representa muito menos da cultura” (LESSIG, 2005, p. 28).

interpretativa. Disponível em: <https://www.bl.uk/business-and-ip-centre/articles/fair-use-copyright-explained>. Acesso em: 4 ago. 2019.



O excesso de proteção sobre a propriedade intelectual é tão prejudicial quanto a falta. A criatividade se torna impossível sem um farto domínio público. Nada atualmente, pelo menos nada desde que nós dominamos o fogo, é genuinamente novo: cultura, ciência e tecnologia crescem através de acréscimos, cada novo criador construindo sobre obras daqueles que antes deles vieram. A superproteção reprime as forças criativas que deveria supostamente incentivar. (KOZINSKY, 1993, p. 1513)

Mas é claro que, na prática, não é tão simples; as diferentes nuances legislativas, combinadas com as penas cominadas à extrapolação das normas de direitos autorais, mostram que, apesar de a lei ser uma forma de apoio, a prática cotidiana nem sempre sustenta tal apoio. (LESSIG, 2005, p. 88) Enquanto o sistema judiciário e a sociedade como um todo continuarem enganando a si mesmos, ao acreditar que o uso justo cria o espaço necessário entre a regulamentação legal e o acesso à cultura, não há como mudar completamente os paradigmas. As regras do jogo ficam nas mãos de editores, empresas, da indústria do entretenimento, da imprensa; são elas que dominam a criatividade. (LESSIG, 2005, p. 168)

Pois em um mundo que ameaça as pessoas com 150 mil dólares de indenizações por apenas uma infração de um copyright, e que exige dezenas de milhares de dólares para a pessoa sequer poder se defender contra uma queixa de violação de copyright, e que nunca devolve ao defensor acusado injustamente qualquer coisa que ele tenha gastado para defender seu direito à expressão — em um mundo como esse, as regulamentações assustadoramente amplas que passam sob o nome de “copyright” silenciam a expressão e a criatividade. E em um mundo como esse, será exigido das pessoas uma cegueira tácita para poderem continuar a imaginarem tal cultura como livre. (LESSIG, 2005, p. 168-169)

O público – especialmente o americano – percebe a questão do *fair use* e da eficiência econômica de maneira heterogênea. Alguns consideram o *fair use* como uma tentativa de refletir acordos (que, de uma perspectiva econômica, mostram-se interessantes) que os detentores de direitos autorais poderiam fazer, na ausência de custos de transação; outros o veem mais como uma forma de promover o debate em público e a interação cultural, ultrapassando as fronteiras da economia; ainda há uma pequena parcela de indivíduos que acredita que o *fair use* ajuda a promover a indústria produtiva. E, de qualquer forma, tomando por base os resultados que o Japão apresenta, de forma sólida, com os *doujinshis*, é de se considerar que, pelo menos em certas circunstâncias, o *fair use* pode criar um nível de ações coletivas de um nível econômico eficiente. (MEHRA, 2002, p. 6-7)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maneira como a internet influencia as questões de *copyright* pode ser percebida através dos conceitos de convergência tecnológica e cultura participativa: antes da internet, um grupo de fãs de *Star Trek*, para poder partilhar dos seus gostos em comum, provavelmente criaria um fã-clu-



be com reuniões marcadas onde seriam discutidas curiosidades sobre a franquia, e, em seguida, seriam escritas/encenadas *fanfictions* adaptando a trama original a uma nova história. E o que acontecesse lá não teria influência no mundo externo, pois não haveria interferência legal suficiente.

Como a convergência não é somente dos meios, mas também dos conteúdos, a *fanfiction* traz a literatura convencional para o ambiente digital (muito antes dos livros digitais), de uma forma completamente espontânea, e une diferentes ideais e temas ao redor de um principal, com a formação de um autor/leitor. Com a *fanfiction* se tem a colaboração em nível altíssimo. O autor é também leitor e, ao mesmo tempo que escreve a sua história, comenta e ajuda outro autor em outra história. É um novo tipo de literatura que, por questões de direitos autorais, fica restrita à internet onde pode ser sem fins lucrativos, mas tem potencial para ser muito mais.

Tanto a *fanfiction* quanto a *fanzine* são formas de contar histórias. Qualquer uma delas – e também a *fanart*, no sentido de apreciação artística -, a partir do momento em que é publicada, é uma forma de estabelecer uma relação de fã para fã – uma relação marcada pelo desejo de materiais que a mídia original não pode ou não quer reproduzir. Por isso, a *fanfic* surge como um meio de expressão e de manutenção da obra no coração daqueles que nutrem sentimentos por ela – o seu *fandom*.

A criação de material derivado de obras existentes é ao mesmo tempo uma ferramenta de “treino” para jovens artistas e um meio de divulgação importantíssimo que pode permitir a inserção no mercado de trabalho. Vários exemplos são encontrados na vida real, como E. L. James, autora de *50 Tons de Cinza*, que só surgiu graças à produção de *fanfic* de James para a série *Crepúsculo*, onde conquistou seu público-alvo e determinou seus pontos fortes na escrita.

A coexistência pacífica – e lucrativa – dos materiais originais (livros, filmes, séries) com os derivados (*fanfiction*, *fanart*, *fanzine*) sugere que a obra derivada não necessariamente traz consequências a nível econômico, sendo frágeis as alegações de interferência no mercado competitivo, pois as obras dos fãs nascem mais como homenagens e entretenimento do que como efetiva busca de lucro. As interferências participativas dos fãs ajudam a manter a mídia original em atividade, pois sabe-se onde é possível investir e que tipo de materiais os fãs-consumidores estão buscando. Pois sozinha, sem seus fãs, uma marca não sobrevive.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “fan-fictionals” na cultura da convergência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018.

ANIMDUDE [Scott Cawthon]. Sorry, Guys. **Reddit**, 11 mar. 2019. Disponível em: https://www.reddit.com/r/fivenightsatfreddys/comments/b00y83/sorry_guys/. Acesso em: 18 ago. 2019.

_____. Update on the VR Situation. **Reddit**, 13 mar. 2019. Disponível em: https://www.reddit.com/r/fivenightsatfreddys/comments/b0p7ad/update_on_the_vr_situation/. Acesso em: 18 ago. 2019.

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.

CABOT, Meg. Fan Fiction. **Meg's Blog**, 8 mar. 2006. Disponível em: <https://www.megcabot.com/2006/03/14184067156643148/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

GARON, Jon M. Fandom and Creativity, Including Fan Art, Fan Fiction, and Cosplay. **SSRN Electronic Journal**, jan. 2017. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=3007404>. Acesso em: 13 ago. 2019.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2ª ed. São Paulo: Aleph, 2009.

KAUFMAN, Joshua J. Fan Art: Friend or Foe? **Lexology**, 13 out. 2011. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=48584331-258a-45dc-8027-ef63c57906cb>. Acesso em: 10 ago. 2019.

KOZINSKY, Alex. **White vs. Samsung Electronics America**. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 989. 1993.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. 5ª edição. Editora Loyola. 1997.

McCABE, Sean. 142: Can I Sell Fan Art? **Seanwes**, 8 ja. 2016. Disponível em: <https://seanwes.com/tv/142-can-i-sell-fan-art/>. Acesso em: 18 ago. 2019.

MEHRA, Salil K. **Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?** Rutgers Law Review, v. 55, 2002.

MIRANDA, Fabiana Mões. "Fancultura" e Texto Literário: união no ciberespaço. **Revista Encontro de Vista**, 3ª edição, 2009. Disponível em: http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/FANCULTURA_E_TEXTO_LITERARIO_UNIAO_NO_CIBERESPACO.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

MURAKAMI, Raquel Yurie. **O ficwriter e o campo da fanfiction: reflexão sobre uma forma de escrita contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Letras). Programa de Pós-Graduação em Teoria Literária e Leitura Comparada da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2016, 109p.

PATRICK, Matthew. Game Theory: The FNAF 7 Oopsie! Scott's Problem With Fanart. **The Game Theorists**, 31 mar. 2019. (20m25s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=9_mZ-8PdvM. Acesso em: 17 ago. 2019.

RAMOS, Ana Paula de Almeida; GRISOLIA, Vanessa Regis. **Fanfiction e Marketing: Produção de fanfictions como publicidade para a obra original**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Comunicação Social). Escola de Comunicação - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). 2013.

RIGHTSDIRECT. **International Copyright Basics**. Disponível em: <https://www.rightsdirect.com/international-copyright-basics/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ROBINSON, Eleanor. Once Upon a Time... A Happy Ending for the Unauthorised sequel? **The New Zealand Postgraduate Law e-Journal**, v. 4, p. 1-21, 2006.

RODRIGUES, Felipe. Glossário de publicações alternativas. **Revista Imaginário!**, nº 16. Paraíba, jun. 2019.



SILVA, Rafael. et al. **De Luke Skywalker a Christian Grey**: Entretenimento, convergência e a construção das fanfictions. XIII Encontro Regional de Comunicação. Faculdade de Comunicação da Universidade Federal de Juiz de Fora (FACOM/UFJF). Minas Gerais, 2015.

UMILIACCHI, Gianluca. Fanzine Glossario. **Fanzinoteca d'Italia**. Disponível em <http://www.fanzineitaliane.it/fanzinoteca/index.php?lng=it&mod=articoli&pg=pagina&c=3&articolo=1287235733>. Acesso em: 18 ago. 2019.

VARGAS, Maria Lucia Bandeira. **O fenômeno fanfiction**: novas leituras e escrituras em meio eletrônico. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2005.

VOORHOOF, Dirk. **Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks**. In: Proceedings of the ALAI Congress. Columbia University School of Law. New York, 2002. p. 636-649.

WOLF, Luiza. De onde vem o termo “shippar”? **SuperInteressante**, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/de-onde-vem-o-termo-shippar/>. Acesso em: 11 ago. 2019.





O FENÔMENO DAS *FANFICS*: UMA DISCUSSÃO SOBRE A (I) LEGALIDADE À LUZ DOS DIREITOS AUTORAIS

Simone Hérvila Dias Silva¹
Heloísa Gomes Medeiros²

RESUMO: Com o advento da internet, um novo gênero literário urge do contato mais próximo dos leitores com suas obras favoritas: as *fanfics*, que são narrativas escritas por fãs a partir de obras já existentes. O presente artigo tem como objetivo principal analisar a (i) legalidade das *fanfics* e sua possível coexistência com os direitos autorais. O trabalho traz à baila conceitos necessários para o entendimento da problemática, como o próprio conceito das *fanfics*, a seara jurídica do direito de autor, bem como a cultura da convergência, que possibilita a propagação destas narrativas no ciberespaço. Para isso, a pesquisa descritiva e bibliográfica utiliza-se do método hipotético-dedutivo, em busca das vertentes que abordam e analisam o fenômeno em questão. Por conseguinte, aponta-se os resultados encontrados sobre o questionamento principal, no que tange à possibilidade de coexistência entre estas duas categorias. No mais, diante do cenário de surgimento de novas tecnologias informacionais, demonstra-se as soluções de usos livres trazidas pelos sistemas anglo-saxão e romano germânico para o conflito das violações autorais decorrentes das *fanfics*, em especial, o posicionamento brasileiro sobre o tema.

Palavras-chave: Direito autoral; *Fanfics*; Internet; Usos livres.

1 INTRODUÇÃO

A internet possibilita ao indivíduo conexões a qualquer tempo e espaço, além da velocidade e quantidade de conteúdos propagados. Dessa conectividade, comunidades de fãs de uma mesma obra aproximaram-se e deram origem a um novo gênero literário: as *fanfictions*. Conceitua-se este fenômeno como ficções criadas por fãs tendo como base uma obra já existente. Sua origem remonta à década de 1960 com a influência da mídia e cultura pop americana.

É como ter histórias derivadas do enredo original da Saga Crepúsculo, por exemplo, que deu origem ao romance Cinquenta Tons de Cinza, uma *fanfic fannon*. Ou seja, essas histórias

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNDB. Integrante do Grupo de Pesquisa Estudos em Propriedade Intelectual e Inovação da UNDB. E-mail: simonehervila@gmail.com.

² Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/ UFPR). Professora no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos em Propriedade Intelectual e Inovação da UNDB. Advogada. E-mail: medeirosgh@gmail.com.

se apropriam do universo e personagens existentes da obra original (que são protegidas pelos direitos autorais), mas direcionam um roteiro diferente ao já existente. Elas são publicadas em espaços online, por meio dos sites, como também nas redes sociais para anexar conteúdos de entretenimento direcionados a nichos específicos de *fanfictions*.

Estas narrativas surgem da propagação de novas tecnologias da informação e comunicação e ganharam popularidade ao longo dos anos, principalmente através da transmídiação. Desse modo, questiona-se a (i) legalidade das *fanfictions* à luz do direito de autor e sua possível coexistência. Para análise, faz-se necessário a compreensão dos conceitos que permeiam o debate em questão.

Quanto à metodologia, este trabalho alinha-se com o método hipotético-dedutivo conforme Lakatos e Marconi (2003), cujo problema inicial desperta o surgimento de conjecturas necessárias para solucionar este problema. Dessa forma, na tentativa de encontrar a resposta mais próxima do real, o pesquisador realiza testes de falseamento, eliminando erros.

Conforme ensina Gil (2002), quanto aos objetivos, o trabalho é descritivo, analisando as teorias envolvidas e estudando as características do fenômeno e, quanto aos procedimentos técnicos, sustenta-se através de pesquisa bibliográfica com livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos (monografia, dissertação), para compreender as vertentes que teorizam as *fanfictions* e, conseqüentemente, seus reflexos nos direitos autorais.

Este artigo estrutura-se em quatro tópicos. O primeiro versa sobre breves conceitos acerca do direito de autor. O segundo abrange a imersão das tecnologias da comunicação e o advento do fenômeno das *fanfictions*. No terceiro tópico são abordados questionamentos acerca da (i) legalidade das ficções criadas pelos fãs à luz dos direitos autorais, no que tange à possibilidade ou não de violação dos direitos dos autores de obras já publicadas. E, por fim, no quarto tópico, mostra-se soluções para a problemática a partir do sistema americano e brasileiro.

2 BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO DO AUTOR

Estudar a propriedade intelectual engloba entender os mecanismos de proteção da criação humana, uma vez que esta dispensou esforços e, por conseguinte, protege-se o trabalho do criador para que não seja explorado por outrem sem a devida recompensa. Haja vista as ramificações da propriedade intelectual, devido à proteção de vertentes distintas, tem-se a propriedade industrial e, por outro lado, o direito de autor.

Autor, para a lei de direitos autorais, é definido pelo art. 11 como “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (BRASIL, 1998), abrangendo a pessoa jurídica em casos específicos na lei. Corrobora Denis Borges Barbosa que “a questão fundamental do Direito do Autor é a proteção jurídica à expressão. Esse ramo do Direito não protege ideias, planos, conceitos, mas formas de expressão” (p. 06, 2013).

José de Oliveira Ascensão leciona que, historicamente, a evolução do direito de autor deu-se ao longo do século XIX, destacando que a revolução informática atinge este ramo, uma



vez que “há uma pressão cada vez mais acentuada para conseguir a proteção de bens informáticos através da tutela ampla do direito de autor” (ASCENSÃO, 1997, p. 07). Para ele, quanto à sua autonomia, este direito:

Não sendo um ramo especial, o Direito de Autor não pode ser um direito privado especial. É um direito comum, ou civil. (...) Representa um novo ramo do Direito Civil, a juntar àqueles que foram delimitados por Savigny. (...) Pois também o Direito do Autor deve ser incluído como o sexto ramo especializado do Direito Civil (...) Ocupa-se este dum sector da actividade normal dos particulares, centrado na criação literária e artística (...) Tem assegurada a sua autonomia como ramo do Direito Civil (ASCENSÃO, 2012, p. 30)

Os direitos de autor no Brasil protegem as criações (obras) dos autores (escritores, artistas, compositores etc.). O art. 8º da Lei 9.610/1998 enumera o que não é objeto de tutela pelo direito de autor, como por exemplo, as ideias, os nomes, títulos isolados, os textos de tratados ou convenções, leis, regulamentos etc. Quanto à titularidade, apenas o ser humano, pessoa natural, pode ser considerado autor, conforme art. 11 da lei em questão. Embora ocorram transformações digitais advindas da tecnologia, a titularidade nunca se perde, uma vez que a criação do autor é protegida ainda que haja dificuldades de responsabilização em casos de violação.

Para Barbosa (2013, p. 16), a estrutura legal brasileira de direito autoral é inspirada no sistema francês, na qual se observa uma ênfase na proteção da obra como uma “manifestação do espírito de seu criador”, dividida em direitos patrimoniais (uso e exploração de obras com retorno financeiro) e direitos morais (elo pessoal entre autor e obra).

A lei de direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) regula os direitos de autor e os direitos que lhes são conexos (análogos), reservando no art. 89, proteção aos direitos de artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão (BARBOSA, 2013). A supracitada lei define o que não constitui ofensa aos direitos autorais, no rol definido no art. 46 permitindo a reprodução “na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos” (BRASIL, 1998), por exemplo.

O desenvolvimento crescente da tecnologia reflete impactos na seara jurídica, pois um novo modelo de usuário urge decorrente das transformações na sociedade pós-moderna. Haja vista a observância que a internet possibilita violações dos direitos autorais, não obstante, é eminentemente fértil para autores que queiram expandir suas criações e negócios por meio de plataformas digitais de forma mais direta. Uma obra pode ser amplamente divulgada na rede mundial de computadores, com custos baixos e sem afetar diretamente terceiros. Porém, a pulverização do conteúdo na internet dificulta o rastreamento das irregularidades e, por conseguinte, a aplicação da lei quando violado o direito deste “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” (MOLITOR, 2019).



3 O FENÔMENO DAS FANFICTIONS

Ao ler, compreender e refletir sobre as páginas da história de um livro que lhe agrada, o leitor adentra um mundo de inúmeras possibilidades de questionamentos, fazendo com que participe ativamente da percepção do conteúdo ora lido, podendo ser induzido a recriar a história conforme o seu ponto de vista. A reescrita de histórias favoritas, já existentes no universo ficcional, caracteriza o fenômeno da fanfiction.

As *fanfictions* (*fanfics* ou *fics*) são ficções criadas por fãs que seguem roteiro diferente a partir de uma obra já publicada (mangá, filme, livro, anime etc.) disponibilizadas no espaço online (D'OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013). Esse gênero textual digital, tem sua gênese através do movimento de articulação de fãs que criavam produtos artísticos a partir de outros produtos em comum, denominado *fandom* (domínio dos fãs), diante de qualquer produção cultural, sejam eles filmes, músicas, quadrinhos, livros etc. (CAVALCANTI, 2010).

O movimento da *fanfiction*, como uma reescrita de obras favoritas por seus fãs, advém da mídia e cultura pop americana, em meados da década de 1960, decorrente dos reflexos da maneira ao qual o enredo de histórias produzidas pelo universo dos quadrinhos, filmes e desenhos despertavam a interação e identificação dos fãs (SOUZA, 2014). Assim, ao se identificar com os ícones pop culturais, os fãs se utilizam de narrativas favoritas como inspiração para produzir os próprios enredos, modificando a originalidade, o lapso temporal e as relações dos personagens, sendo novos ou já presentes na obra original (BLACK, 2006).

A transformação digital, decorrente das tecnologias de informação e comunicação (TICS), adentram as relações e remodelam o espaço da internet para inúmeras possibilidades. As *fanfics* urgem dessas novas tecnologias e ferramentas que possibilitaram aos fãs tecer outras narrativas “a partir de uma única fonte ou misturando ideias de diferentes fontes (os *crossovers*)” (CAVALCANTI, 2010, p. 06).

Em meados de 1920, os primeiros clubes de fãs estavam vinculados ao teatro e aos esportes e, conseqüentemente, com o advento da literatura de ficção científica, estes grupos se apropriaram desse movimento e foram produzindo frutos artísticos, como grupos de admiradores das obras de Jane Austen e Sherlock Holmes (COPPA *apud* CAVALCANTI, 2010). Sobre sua origem, tem-se que a importância do seriado Star Trek:

Foi o seriado televisivo Star Trek lançado na década de 1960, todavia, que promoveu a popularização de comunidades de fãs, principalmente nos Estados Unidos. [...] Star Trek foi sem dúvidas um marco na história dos *fandoms* e das *fanfictions*, mesmo que não fosse o único gerador de *fandoms* ou *fanfictions* de sua época. A partir do final da década de 1970, filmes como Star Wars, Indiana Jones e programas televisivos como Starsky e Hutch, The Professionals e Dr. Who engatilharam a diversificação em massa dos *fandoms*. Esse movimento de diversificação e ampliação dos *fandoms* culminaria na década de 1990, a partir da possibilidade de interação instantânea (op. cit., 2010, p. 05).



Com o impulso da internet, o movimento popularizou-se e difundiu trabalhos amadores que eram publicados em revistas de ficção científica anteriormente; como exemplo, cita-se o website *Fanfiction.Net*, criado em 1998, que em 2010 englobava 2.2 milhões de usuários registrados, segundo Juliana Barros de Souza (2014). A fanfiction, para a supracitada autora, é uma comunicação midiática “que mistura pessoas de diversas culturas e idades traz uma forma respeitosa de imitação, manipulando informações canônicas da obra para satisfazer às perguntas deixadas em seu término” (op. cit., p. 02). Por outro lado, Jenkins *apud* Black (2006) postula que as inflexões e empréstimos derivados das imagens de cultura de massa, que contribuem para a construção da identidade cultural e social dos fãs, articulam questionamentos não debatidos na mídia dominante.

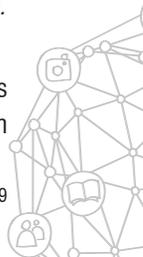
O roteiro deste gênero literário digital tem duas definições básicas: as *fanfics cannon* que seguem o caminho da obra original, na medida do possível, obedecendo com fidelidade os personagens, acontecimentos, cronologia, enquanto que *fanfics fannon*, desdobram-se em contextos diversos da obra original, com maior liberdade nos roteiros (D’OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013). Haja vista estas novas possibilidades de enredo, pode-se dizer que elas são uma nova forma de contar histórias, em que aqueles que as escrevem, transmitem sua própria identidade e forma de ver o mundo, como um reflexo da sociedade ao qual estão inseridos.

Além disso, se anteriormente o contato entre os leitores/escritores e revisores de *fanfics* era face a face, com a publicação destas na internet, prevalece o anonimato por parte dos fãs e uma indefinição da audiência, pois o autor não dispõe de ferramentas para mensurar seu público (CAVALCANTI, 2010). Nesse entendimento, a presença de dados pessoais não é padrão, uma vez que é mais provável “se descobrir mais sobre o autor lendo as ‘notas do autor’ escritas antes ou depois da postagem da **fic**” (op. cit., p. 08).

Com a expansão da internet e da Web 2.0 a divulgação destes roteiros tornou-se mais simples e acessível, expandindo a cultura participativa no espaço digital e *fanfictions* sem ganhos financeiros (LUIZ, 2008), diferentemente do início em que os fãs enfrentavam as distâncias geográficas e as condições econômicas. Não obstante, este diálogo estabelecido entre leitores e autores, com o advento das novas tecnologias, está atrelado “ao caráter veloz dos fluxos de troca de informação na internet” (AMARAL; BOFF, 2018, p. 12).

Um famoso caso de fanfic que ganhou espaço no mercado editorial é *Fifty Shades of Grey* (2011), romance de enredo erótico escrito pela britânica Erika Leonard James, publicado pela editora Vintage Books. Posteriormente, foram publicadas as continuações da trilogia *Fifty Shades Darker* (2012) e *Fifty Shades Freed* (2012), além de *Grey: Fifty Shades of Grey as Told by Christian* (2015) e *Darker: Fifty Shades Darker as Told by Christian* (2017). No Brasil, o romance e suas continuações foram publicados pela Editora Intrínseca com os seguintes nomes: *Cinquenta Tons de Cinza* (2012); *Cinquenta Tons Mais Escuros* (2012); *Cinquenta Tons de Liberdade* (2012); *Grey: Cinquenta Tons de Cinza pelos Olhos de Christian* (2015) e *Mais Escuro. Cinquenta Tons Mais Escuros Pelos Olhos de Christian - Volume 2* (2018).

É cediço que os livros E. L. James fazem parte de listas dos mais vendidos em vários países, com quebra de recordes, sendo considerado um best-seller mundial. A primeira tiragem



de Cinquenta Tons de Cinza bateu o recorde de 200 (duzentos) mil exemplares, com direitos de adaptação vendidos para a versão no cinema, em 2012, para a Universal Pictures, além do lançamento de álbuns musicais (D'OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013). No entanto, sua origem advém de uma obra anteriormente publicada, também de grande sucesso mundial: a Saga Crepúsculo.

Portanto, Cinquenta Tons de Cinza é uma *fanfic fannon* da obra Crepúsculo, como consta “na ficha catalográfica da edição brasileira (...) ´ a autora publicou, inicialmente na internet e sob pseudônimo *Snowqueen’s Icedragon*, uma versão em capítulos desta história, com personagens diferentes e sob o título *Master of the Universe´*” (D'OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013, p. 11). Ou seja, Anastasia Steele e Christian Grey surgiram do casal Bella Swan e Edward Cullen. Faz-se necessário explicar que:

Foi exatamente por causa dos comentários feitos acerca da natureza sexual da história que James a retirou dos sites de *fanfictione* e publicou em seu próprio site, *FiftyShades.com* para depois removê-la novamente e publicá-la em papel, em um livro impresso, mas com algumas mudanças, claro: para evitar processo por plágio, os nomes dos personagens principais Bella Swan e Edward Cullen foram trocados por Anastasia Steele e Christian Grey, este último inspirando o novo nome da série: *Fifty Shades of Grey*. Algumas poucas mudanças foram feitas no texto, que também passou por uma revisão, mas continuou essencialmente o mesmo (op. cit., p. 11).

À luz do debate acerca do ciberespaço, verifica-se que os limites entre os leitores e espectadores das *fanfictions* vêm reduzindo, principalmente, com a utilização de novas tecnologias, pois os consumidores se sentem inclusos no processo de criação (PIVA; AFFINI, 2015). Além disso, observam-se os reflexos do fenômeno das fics à indústria cultural, modificando “de maneira permanente, o modo de se produzir cultura” (op. cit., p. 05), pois os fãs são personagens principais deste mercado cultural. De forma semelhante, Zaponne (2008), situa que uma *fanfic* é uma narrativa literária que representa um universo ficcional que está presente no imaginário coletivo daqueles que acessam o ciberespaço.

Existem classificações pré-definidas para a publicação de *fanfics* em sites e blogs de acordo o conteúdo (drama, humor, comédia etc.), faixa etária e mídia de origem e que, geralmente, oferecem dicas para a elaboração de hipóteses de leitura (CAVALCANTI, 2010). No Brasil, tem-se que:

(...) um dos primeiros sites a publicar *fanfics* foi o Exodus Fan Fiction, surgido em 1997 com base na animação japonesa *Sailor Moon*. Outro site digno de menção surgiu em 1999, o Shipper X, ainda no ar embora sem atualizações, centrado nos protagonistas da série de ficção Arquivo X (LUIZ, 2008, p.4). Com o surgimento do **fandom** da série de livros e filmes do Harry Potter, surgiu o **aliança3vassouras.com.br**, fora do ar há três anos. Diante disto, o público brasileiro leitor e produtor de *fanfictions* encontra uma diversidade de sites e blogs ao seu dispor, dentre os quais, geralmente o **nyah.com.br** é citado como mais organizado e com o maior número de atualizações e postagens. Pelo próprio nome,



design e ilustrações presentes no **website** percebe-se que embora outras ‘fontes’ tenham espaço, seu foco reside nas animações japonesas (CAVALCANTI, 2010, p. 09).

Segundo Henry Jenkins (2013), o futuro das mídias e, conseqüentemente, a expansão da cultura, dá-se por meio da cultura da convergência. Para este autor, o paradigma da convergência engloba o cruzamento das velhas e novas mídias, em um processo de ressignificação de conteúdo, originando uma nova forma de comunicação através de narrativas transmídia. Porém, o supracitado autor ressalta que esta interação não é dotada de estabilidade ou unificação, uma vez que se verifica uma dinâmica complexa e uma tensão entre forças.

Jenkins (2013) leciona que o processo da transmídiação dispersa sistematicamente os elementos da ficção através de múltiplos canais de distribuição para obter um entretenimento unificado. A par disso, “as histórias originais nas quais os fãs se baseiam para escrever suas narrações ganham espaço em outras mídias, aumentando o acesso e o público da história original” (TESSELE *et. al.*, 2014, p. 05). Além do uso dos sites como meios de comunicação e expressão pelos fãs, o trabalho se estende às redes sociais, como perfis no Facebook, Twitter e Tumblr, para divulgação de notícias, logo, as fanpages caracterizam-se como um meio de entretenimento e interação entre os fãs (SCHMITT; COSTA, 2013).

A narrativa transmídia possibilita expandir o universo ficcional, visando tornar o entretenimento acessível a todos aqueles que querem consumi-la (PORTO-RENÓ, *et al.*, 2011). Hodiernamente, a transmídiação é uma característica das ficções literárias, ao qual se observa uma relação intrínseca entre *fanfics* e a literatura, uma vez que urge nos consumidores deste gênero uma vontade de contribuir e participar das histórias favoritas (TESSELE *et. al.*, 2014). Observa-se, portanto, que a *fanfic* da escritora E. L. James é um fruto da cultura da convergência, um produto transmídia, atravessando as mídias digital, impressa, cinematográfica e musical (D’OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013).

4 AS FANFICTIONS: UMA PROBLEMÁTICA ACERCA DA (I) LEGALIDADE À LUZ DOS DIREITOS AUTORAIS

Diante do contexto contemporâneo, faz-se necessário a análise da presença das *fanfictions* à luz dos direitos autorais, tendo em vista a égide da cultura da convergência. Sabe-se que, para existir, essas narrativas não dependem da autorização do autor da obra original, caracterizando-se como uma forma de expressão dos leitores/consumidores interativos oriundos da era transmídia (D’OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013). Não obstante, o advento da internet facilitou a propagação e captação de novos adeptos destas narrativas. Nesse sentido:

Como o advento dos computadores deu-se num contexto privado, quase sempre, a utilização desses meios de comunicação deu-se não por motivos pragmáticos, mas por razões ligadas à evasão, ao deleite, a algum tipo de fruição. Isso não significa dizer que



esse veículo só patrocine o lúdico, uma vez que também representa um meio de conhecimento, de informação. Entretanto, ao acessar um site de *fanfics*, o receptor o faz por uma curiosidade ou para satisfazer uma necessidade de evasão, de ficção, para a qual as *fanfics* constituem uma das tantas modalidades presentes no mundo contemporâneo (ZAPPONE, 2008, p. 05).

Os escritores de *fanfics* são conhecidos como *ficwriters* caracterizando-se pelo papel híbrido que exercem, uma vez que são autores e leitores destas (D'OLIVEIRA; ROMANELLI, 2013). Sem ganhos financeiros, aparentemente, eles se apropriam das histórias originais de suas obras favoritas e recriam universos distintos conforme sua vontade, dando origem à enredos *fanfics cannon* ou *fanfics fannon*; mas, o que se observa, é a liberdade de criação destas narrativas, pois uma *fanfic* não está aprisionada à história que serviu de inspiração (op. cit., 2013).

Urgem novos paradigmas e contextos jurídicos diante da mudança de era decorrentes da convergência tecnológica e seara digital contemporânea. O advento de novas tecnologias informacionais reflete transformações em todas as áreas quanto à sua natureza, como na concorrência entre as organizações, no mercado de trabalho, automatização de atividades etc. Frisa-se a imensidão de conteúdos extraídos da internet, além das informações veiculadas nas redes sociais que são compartilhadas em tempo recorde.

Haja vista que o início do século XXI se baseia na revolução digital, as inovações e tecnologias, como computadores e softwares, despontam cada vez mais sofisticadas e transformando a sociedade (RIFKIN, 2012). Sob a égide da era informacional, as tecnologias da informação e da comunicação (TICS) interferem na estrutura da sociedade, conectando-a em um processo multidimensional de redes (CASTELLS, 2011). As TICS, como uma coluna vertebral, sustentam a sociedade em rede a nível global, interligando-a às novidades tecnológicas como microeletrônica, informática e telecomunicações na pós-modernidade.

À luz destas novas tecnologias, percebe-se uma mudança na relação produtor e consumidor que advém com as *fanfics* e, por conseguinte, talvez uma tolerância pela parte dos produtores no que diz respeito às modificações das obras originais, tendo em vista os poucos processos de violação dos direitos autorais pelas *fanfics* (TESSELE *et. al.*, 2014). Destarte, este fenômeno tem como condutor o surgimento das tecnologias de informação e comunicação e o trânsito dos conteúdos por diferentes suportes no ciberespaço (AMARAL; BOFF, 2018). Assim,

A convergência de mídias, refere-se à difusão de diferentes conteúdos pelos diferentes sistemas e suportes de mídias, que depende da participação ativa dos “consumidores” de mídia. A convergência como a tendência observada nos meios de comunicação em que os fluxos de produção de conteúdo não acontecem mais em uma perspectiva unidirecional e nem sobre um tipo de plataforma somente (AMARAL; BOFF, 2018, p. 175).

Para Jenkins (2013), a convergência é o fluxo de conteúdos que são transmitidos por múltiplas plataformas de mídia, sua cooperação e o comportamento migratório dos consumidores



que buscam por entretenimento. Ainda segundo o aludido autor, é a representação de uma quebra de paradigmas, ao qual as novas mídias interagem com as velhas, em um processo de substituição no cenário comunicacional. Desse modo, os consumidores deixam de ser passivos e passam a ser participantes que interagem com a produção de conteúdo, diante de uma conversão tecnológica, que foi visualizado por Jenkins “com efeito, a uma ‘cultura da convergência’, em que estas transformações se operam em meio a três conceitos distintos: convergência dos meios de comunicação, a cultura participativa e a inteligência coletiva” (AMARAL; BOFF, 2018, p. 176).

Desse modo, urgem questionamentos sobre a legalidade das *fanfics*, que não se esgotam e nem são consensuais na seara jurídica. A priori, cabe mencionar que os fãs se organizam em nichos de acordo com suas preferências, em que a publicação de um ficwriter é direcionada para o público específico da obra que serviu como inspiração. Desse modo, observa-se que o autor pode se beneficiar dos grupos de *fanfics*, uma vez que a troca de informações naturalmente gera marketing para a obra original, possibilitando o contato constante com os leitores e recebendo o *feedback* sobre sua criação (RAMOS; GRISOLIA, 2013).

O art. 24, inciso V da lei de direitos autorais (LDA) estabelece que é direito moral do autor modificar, bem como assegurar a integridade da sua obra, opondo-se às alterações que possam prejudicá-lo em sua reputação ou honra (BRASIL, 1998). Frisa-se a palavra “modificação”. Para José de Oliveira Ascensão (1997), enquanto a transformação nasce da obra primitiva originando uma versão adaptada, a modificação substituiu a obra primária por uma nova versão sem representar uma criação.

Diante desta interpretação, entende-se que as *fanfictions* não violam a criação primígena (art. 5º, inciso VIII, alínea f), caracterizando-se como uma transformação da obra original, ou seja, uma obra derivada (art. 5º, inciso VIII, alínea g). Portanto, as *fanfictions* não violam o art. 24 da lei de direito de autor (LDA). Ademais, como leciona Pierre Lévy (1999, p. 151), “a obra não está mais distante, e sim ao alcance da mão. Participamos dela, a transformamos, somos em parte seus autores”.

A Convenção de Berna (1975), tratado internacional que engloba 172 países e que regulamenta os direitos autorais, em seu art. 2º estabelece que “são protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística”. Portanto, assim como a obra original ou qualquer adaptação, as *fanfictions* também são objeto de proteção pelos direitos autorais, sendo necessário prévia autorização do autor e titular do direito patrimonial para a utilização dos enredos dos personagens e o universo ficcional original da obra.

Para a exploração comercial, faz-se necessário a devida autorização dos direitos morais e patrimoniais da obra, no entanto, as *fanfictions*, como uma forma de reescrever histórias, não almejam o lucro, normalmente (CAVALCANTI, 2010). Corroborando com esse entendimento Zappone (2008), no sentido de que a comunicação compartilhada com os envolvidos por estas narrativas perpassa pela gratuidade, por fazerem parte do ciberes-



paço. Haja vista a popularização das *fanfics*, as vertentes acerca das possíveis violações dos direitos autorais foram tendo outros contornos.

Quanto à licitude das *fanfictions*, cabe mencionar que a legislação brasileira materializada na Lei nº 9.610/98, não dispõe sobre o fenômeno destas, mas nada que obste as próximas análises. Os textos de obras literárias, artísticas ou científicas são protegidos pelo art. 7º, caput da supracitada lei. No art. 22 e 24 extrai-se que, ao autor, pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre sua criação e, por conseguinte, o direito de modificação e integridade que integram os direitos morais (BRASIL, 1998).

Sobre a utilização das obras intelectuais protegidas no ordenamento jurídico brasileiro, é necessária a prévia e expressa autorização do autor, com fulcro no art. 29 da LDA, reforçado pelo caput do art. 33, que expressa a vedação de reprodução de obras que não estejam em domínio público, sob pena de configurar ilícito civil. No entanto, a própria LDA (1998) estabelece como hipóteses excepcionais de não violação aos direitos autorais, o caput do art. 47 acerca das paráfrases e paródias que não são reproduções da obra originária, bem como o inciso II do art. 46 decorrente da reprodução de apenas um exemplar com trechos para uso exclusivo e sem intuito de lucro.

Sobre a (i) legalidade tem-se que o Código Penal tipifica os crimes contra a propriedade intelectual, estabelecendo em seu art. 184, § 1º e 4º, as possibilidades de violação dos direitos autorais e os conexos como ilícito penal (BRASIL, 1940). Logo, com base em uma análise literal da lei de direitos autorais, outra linha interpretativa caracteriza a *fanfiction* como um uso derivado da obra literária protegida e suas publicações podem ser consideradas como violação aos direitos autorais, ainda que não se obtenha lucro.

A legislação brasileira permite ao autor a proteção de sua obra e os direitos sobre ela, logo, cabe a ele decidir sobre a exploração pelos fãs. Assim, como é cediço, o direito autoral engloba os direitos morais, bem como os patrimoniais do autor sobre uma obra. Entende-se, portanto, que a relação entre os criadores das *fanfics* e a indústria de entretenimento é marcada por tensões, principalmente no que tange aos interesses econômicos, uma vez que “os *fandoms* começam a burlar a lógica do sistema econômico vigente e criar seus próprios produtos” (CAVALCANTE *et. al*, 2012, p. 13).

Portanto, para aqueles que defendem ou atacam o fenômeno, a discussão sobre se infringe ou não a proteção autoral adentra uma seara controversa. Menciona-se o art. 5º, inciso XXVII, da CF/88, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”, o que reforça o entendimento sobre a ilegalidade das *fanfictions*, pois cabe ao autor, exclusivamente, o uso dos elementos das obras originais (BLECHA; SILVEIRA, 2017).

Ademais, ainda que os *ficwriters* reconhecessem por meio de uma nota nas iniciais de suas *fanfictions* a autoria da obra original, isto, por si só, não afasta o crime, porque “não foi concedida permissão expressa para utilização da obra por parte do autor, tendo o *ficwriter* simplesmente se apropriado de determinados aspectos da obra original a fim de criar seu próprio trabalho” (op. cit., p. 188).



Ao argumento dos fãs de que seus textos não levam perdas financeiras ao detentor do direito autoral, sendo um meio gratuito de veiculação e promoção da obra original, não obsta a quebra do direito de autor através das *fanfictions*, independentemente se houver lucro ou não com a prática. No entanto, nos Estados Unidos há a possibilidade para o fã-escritor fazer o uso honesto, ao qual permite utilizar de criações protegidas por *copyright* sem a prévia autorização dos autores, sem qualquer ganho financeiro (SIQUEIRA, 2008).

5 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO A PARTIR DOS USOS LIVRES

Direitos de propriedade intelectual concedem ao seu titular o direito de exclusividade sob suas criações intelectuais nos campos literário, artístico, científico e industrial. Desta feita, são garantidos direitos de excluir terceiros, desde que preenchidos determinados requisitos, da exploração dos bens oriundos do intelecto humano em praticamente todas as áreas do conhecimento. Não se pode negar que os direitos de propriedade intelectual fazem parte primordial do desenvolvimento da humanidade e também contribuem com satisfação de diversos aspectos sociais relevantes por serem um mecanismo de incentivo a inovação e surgimento de novas tecnologias.

Vários dispositivos legais consideram minimizar os efeitos dos custos de transação que envolvem o sistema de propriedade intelectual, como, por exemplo, os usos livres, mas conhecidos por limitações e exceções do direito autoral, que nos países de *common law* e no direito internacional é formado por uma cláusula geral, denominada, respectivamente, *fair use* e regra dos três passos e nos de *civil law* por uma listagem de casos. Consagra-se nos usos livres o que a sociedade, por via legislativa, considera como legítimo uso pela coletividade, ao mesmo tempo em que se mantém o reconhecimento do direito daquele que produziu determinada obra (WACHOWICZ; MEDEIROS, 2015).

Especificamente dentre os tratados internacionais convencionou-se a expressão “limitações e exceções”. Neste âmbito, destaca-se o que dispõe Convenção de Berna, no artigo 9.2, que consagra a “regra dos três passos”: Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Nos mesmos moldes, prevê o Acordo TRIPS, no artigo 13: Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

A cláusula geral permite uma adaptação e evolução constante dos limites e exceções, visto que sua extensão é moldável ao surgimento de novos casos e necessidades, e não se limita a uma lista fechada de situações. Na Sociedade da Informação estas características podem ser consideradas muito mais vantajosas do que os sistema romano-germânico de rol de casos.



Na lei brasileira, tem-se o artigo 46, denominado de “limitações”, que não possui uma cláusula geral, e sim rol bastante limitado de utilizações livres, que não distingui as diferentes necessidades da sociedade, como, por exemplo, a cópia privada, da reprodução para fins de conservação, ou da reprodução para fins comerciais. Este sistema apresenta-se bastante herético, que, para seus defensores, guarda maior segurança jurídica em relação à regra geral, mas completamente inadequada ao ambiente digital.

Atualmente, com o projeto de reforma da lei de direito autoral brasileira, muito se discute sobre a inclusão de uma cláusula geral em conjunto com o rol que passaria a ser de cunho exemplificativo. Prática completamente desejável, recomendável e alinhada às obrigações internacionais assumidas pelo país, mas que tem se mostrado a mais polêmica. Tal cláusula resolveria questões como a cópia privada sem finalidade lucrativa, as questões envolvendo portabilidade, interoperabilidade, esgotamento da obra e uso educacional.

Cabe ressaltar que nos Estados Unidos o tema das limitações é visto sobre outro aspecto, pois o sistema de *copyright* é constituído por uma regra geral, denominada de *fair use*, e não uma lista de casos de usos livres:

[...] the US copyright law employs the concept of fair use, which is based on a set of factors or criteria rather than specific statutory limitations. This general concept by its nature encourages liberal interpretation of users' rights, which includes limited commercial exploitation of copyrighted works. In contrast, the private use and research exception in the US patent law is practically not existent. Consequently, the effects of using overlapping patent rights in software to eliminate public rights under copyright law may be more detrimental to users' rights in the US jurisdiction” (TOMKOWICZ, 2012, p. 54).

Diante das teses de defesa do ordenamento jurídico americano, verifica-se como solução para os conflitos decorrentes das *fanfictions* e os direitos autorais, a ferramenta do *fair use*, uso justo, que é uma “tese elaborada por Joseph Story, Juiz de Direito da Suprema Corte Americana, segundo a qual, uma obra derivada de outra pode ser considerada legítima a depender do propósito e do caráter do uso” (AMARAL; BOFF, 2018, p. 186). Este instituto jurídico caracteriza-se como uma exceção em face às obras já existentes dos autores, autorizando o surgimento de novos trabalhos (BLECHA; SILVEIRA, 2017). Importante esclarecer que:

A doutrina do *fair use* - “uso aceitável” ou “uso justo” - refere-se a um instituto da lei de direitos autorais americana que prevê algumas exceções para a exclusividade da utilização pelo detentor dos direitos autorais de um material protegido pela lei. Neste sentido, para propósitos “limitados” e “transformadores” como paródias, críticas e comentários, estes podem ser realizados sem a anuência do detentor dos direitos, não configurando violação. Estas exceções são feitas com base em quatro critérios: 1) propósito e o caráter do uso; 2) A natureza do trabalho protegido por direitos autorais; 3) o montante do trabalho que será usado em relação a todo o trabalho protegido por direitos autorais; e 4) O efeito que o uso teria no mercado ou o valor do trabalho protegido por direitos autorais (CALIFORNIA STATE UNIVERSITY *apud* AMARAL; BOFF, 2018, p. 181).

Seria uma limitação autorizada por lei ao direito de autor, pois este não tem caráter absoluto. Para Jenkins (2013), o recurso do *fair use* é a melhor forma de resolver o assunto no contexto americano, pois está se buscando uma maior participação dos indivíduos na construção da cultura. No entanto, no caso brasileiro, que advém do direito europeu, não existem previsões de *fair use*. Desse modo, cabe destacar que a lei de direitos autorais adotou institutos que agem de forma semelhante, por meio de limitações e exceções do direito autoral, assim, “um exemplo é o princípio da dicotomia ‘ideia-expressão’, que postula que somente as expressões de uma ideia através de um suporte são protegidas pelo direito autoral” (AMARAL; BOFF, 2018, p. 182).

No Recurso Especial nº 964.404-ES, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a jurisprudência brasileira sinalizou entendimento da aplicação direta da regra dos três passos no Brasil. Sobre a interpretação que tem se dado à lei brasileira pelos Tribunais explica Allan Rocha de Souza:

A interpretação extensiva dos limites estabelecidos na legislação de direitos autorais fundamenta-se mais amplamente nos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, convergindo para o princípio geral da ampla proteção à pessoa e ao correlato direito à vida digna. [...] os limites expressamente estabelecidos não contemplam satisfatoriamente o conteúdo de diversos direitos fundamentais incidentes, em especial, dos direitos culturais, além do conteúdo desta exclusividade patrimonial assegurada ao autor estar sujeita às dinâmicas e circunstâncias sociais (SOUZA, 2013, p. 280)

Embora não se tenha no Brasil uma regra de cláusula geral como no sistema anglo-saxão, tem-se a regra dos três passos reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça que se aproxima do que se entende por *fair use*, adotado no sistema americano.

Outrossim, conforme o caput do art. 7º e inciso I do art. 8º, inciso da Lei nº 9.610/1998, as ideias não expressadas não possuem proteção. Diante da mobilização do livre e amplo acesso à cultura e informação, os direitos autorais podem ser encarados como um impasse à propagação da cultura, uma vez que a substituição pela produção gratuita poderia atingir a demanda intelectual (ZANINI *apud* AMARAL; BOFF, 2018).

Pode ser que o primeiro contato do leitor com determinada obra seja por meio de uma fanfiction, o que pode ser positivo se houver o estímulo para buscar a criação original, no entanto, estas são abordagens que não concluem a coexistência de *fanfictions* e os direitos autorais, sendo necessária a análise do caso concreto e dos valores propostos em questão.

6 CONCLUSÃO

Diante do surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, observa-se a preocupação em manter a proteção do direito autoral. Viu-se que a lei de direitos autorais protege a criação, a expressão humana, embora esta não seja estendida às ideias. Com o advento da



internet, novos paradigmas urgem trazendo contextos jurídicos distintos, entre eles, o fenômeno das *fanfictions*.

As *fanfics* ou *fanfictions* são ficções criadas por fãs a partir de obras já existentes (como quadrinhos, mangás, seriados, obras literárias etc.) modificando-se o enredo original. Elas são disponibilizadas no ciberespaço permitindo que inúmeros indivíduos possam ter acesso ao conteúdo. Além disso, as *fanfictions* são fruto de uma cultura da convergência, em que o conteúdo é disperso sistematicamente por múltiplos canais midiáticos.

A priori, entende-se que o direito autoral precisa acompanhar os avanços tecnológicos em decorrência da nova realidade, uma vez que se observa um desejo maior dos leitores em participar ativamente da criação e disseminação de suas obras favoritas. Na Carta Magna de 1988, encontra-se a expressa garantia fundamental aos autores. A lei de direitos autorais estabelece os princípios basilares de proteção, no que tange aos direitos de personalidade e aos direitos morais do autor. Além disso, o Código Penal tipifica o crime contra a propriedade intelectual quando da existência de violação dos direitos autorais e seus conexos.

Apresentou-se como solução para a problemática o instituto jurídico existente no ordenamento jurídico americano denominado de *fair use*, ou uso justo, possibilidade ainda não permitida no Brasil, no entanto, verificou-se que a jurisprudência brasileira, através do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sinalizou entendimento da aplicação direta da regra dos três passos no Brasil, aproximando-se do instituto do *fair use*.

Desse modo, o trabalho trouxe à baila a problemática da (i) legalidade das *fanfictions* à luz do direito de autor. Tendo em vista os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que as linhas de interpretações são distintas e não conclusivas acerca da coexistência pacífica das *fanfictions* e os direitos autorais, sendo preciso a análise do caso concreto. Porém, compreende-se que é possível a coexistência das *fanfictions* e dos direitos autorais, diante da sociedade informacional e da cultura da convergência, uma vez que a tecnologia permite que os usuários/leitores possam estar mais próximos de suas histórias favoritas, bem como, propagá-las no ciberespaço.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “*fan-fictionals*” na cultura da convergência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p162. ISSN: 2178-8189. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/29964/23354>. Acesso em: 29 set. 2019.

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Direito de autor e Direitos conexos**. 1. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.



BLACK, Rebecca W. **Language, culture, and identity in online fanfiction**. Irvine, USA: University of California, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p33>. Acesso em: 28 set. 2019.

BLECHA, Marília Morimatsu Zaidan; SILVEIRA, Daniel Barile da. FANFICTION: UM PLÁGIO A SER LEGALIZADO. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 03, 181-194, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2500>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Senado Federal, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1. Capítulo 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CAVALCANTE, Beatriz; *et. al.* **Harry Potter e fanfictions**: colaboração e gratuidade na internet. XIV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste – Recife - PE – 14 a 16/06/2012. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/nordeste2012/resumos/R32-0552-1.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

CAVALCANTI, Larissa. Leitura nos gêneros digitais: abordando as *fanfics*. In: SIMPÓSIO HIPERTEXTO E TECNOLOGIAS NA EDUCAÇÃO, 3., Recife, 2010. **Anais...** Disponível em: <http://nehte.com.br/simposio/anais/Anais-Hipertexto-2010/Larissa-Cavalcanti.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

CONVENCAO 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: 29 set. 2019.

D'OLIVEIRA, Beatriz; ROMANELLI, Marina. **Fanfictions e o Papel do Fã na Era da Transmídia**. **Hipertexto**. Vol. 3, n. 1, jan./jun. 2013. Universidade Federal do Rio de Janeiro, LATEC/UFRJ. Disponível em: <http://www.latec.ufrj.br/revistas/index.php?journal=hipertexto&page=article&op=view&path%5B%5D=394>. Acesso em: 28 set. 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. Tradução: Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2013. Disponível em: https://www.nucleodepesquisadosex-votos.org/uploads/4/4/8/9/4489229/cultura_da_convergencia_-_henry_jenkins.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. Disponível em: <https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/cibercultura-pierre-levy.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

LUIZ, Lúcio, A expansão da cultura participatória no ciberespaço: fanzines, fan fictions e a cultura de fã na internet. In: Il Simpósio ABCiber, 2008, São Paulo. **Anais eletrônicos**, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/3258029/A_expans%C3%A3o_da_cultura_participat%C3%B3ria_no_ciberespa%C3%A7o_fanzines_fan_fictions_fan_films_e_a_cultura_de_f%C3%A3_na_internet. Acesso em: 29 set. 2019.

MOLITOR, Heloísa Augusta Vieira. Uma breve análise do Direito Moral do Autor nas recentes rescisões do Superior Tribunal de Justiça. **Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. UFPR, Paraná. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/06/053-UMA-BREVE-ANALISE-DO-DIREITO-MORAL-DO-AUTOR-NAS-RECENTES-DECIISOES-DO-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTICA.pdf>.



Acesso em: 29 ago 2019.

PIVA, Heidi Campana; AFFINI, Leticia Passos. **Apontamentos Sobre o Conceito de FanFiction**. X Conferência Brasileira de Mídia Cidadã e V Conferência Sul- Americana de Mídia Cidadã. UNESP FAAC, Bauru-SP, 22-24 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.faac.unesp.br/Home/Departamentos/ComunicacaoSocial/midiacitada/dt3-6.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

PORTO-RENÓ, D. et al. Narrativas transmídia: diversidade social, discursiva e comunicacional. In: **Palavra Clave**, Bogotá, CO, v. 14, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <https://palavraclave.unisabana.edu.co/index.php/palavraclave/article/view/1973/2531>. Acesso em: 28 set. 2019.

RAMOS, Ana Paula de Almeida; GRISOLIA, Vanessa Regis. Fanfiction e Marketing: produção de fanfictions como publicidade para a obra original. **Trabalho de Conclusão de Curso (graduação)** - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola de Comunicação, Habilitação Produção Editorial e Publicidade e Propaganda. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1445/1/ARamos.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

RIFKIN, Jeremy. **A terceira revolução industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: M. Books, 2012.

SCHMITT, Denys; COSTA, Maura da. Fãs como produtores de conteúdo. **Revista Lappe**, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 2013. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/revistalappe/?p=432>. Acesso em: 29 set. 2019

SIQUEIRA, Márcio André Padrão de. A desconstrução da fanfiction: resistência e mediação na cultura de massa. **Dissertação (mestrado)** – Universidade de Pernambuco. Recife: O Autor, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/2963>. Acesso em: 28 set. 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direito autorais e as obras audiovisuais**: entre a proteção e o acesso. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Juliana Barros de. Fanfiction como recurso de letramento e cultura. **Revista Encontros de Vis-ta**, Recife, n. 14, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.encontrosdevisa.com.br/Artigos/4-20142.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

TESSELE, Sara González; et. al. **Fanfic: Relação Do Fã Com O Produto Midiático**. XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Palhoça - SC – 8 a 10/05/2014. (UFSM). Disponível em: https://www.academia.edu/10055895/Fanfic_Rel%C3%A7%C3%A3o_Do_F%C3%A3_Com_O_Produto_Midi%C3%A1tico. Acesso em: 29 set. 2019.

TOMKOWICZ, Robert. **Intellectual property overlaps**: theory, strategies and solutions. Oxon: Routledge, 2012, edição Kindle.

WACHOWICZ, Marcos; MEDEIROS, Heloisa Gomes. O contexto internacional da lei de direitos autorais no Brasil: Tratado de Marrakesh. In: CESNIK, Fábio de Sá, TEIXEIRA FILHO, José Carlos Magalhães. **Revista de mídia e entretenimento do IASP**, v. 2, p.127-154. São Paulo: Editora IASP, 2015.

ZAPPONE, Mirian H. Y. *Fanfics*: um caso de letramento literário na cibercultura? **Revista Letras de Hoje**, Porto Alegre, v.43. n. 2, 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/view/4749/3578>. Acesso em: 28 set. 2019.





QUEM MEXEU NO MEU TEXTO: UM BREVE ENSAIO SOBRE *FANDOM*, LITERATURA DE FÃS E DIREITOS AUTORAIS

Valeska da Cunha Chrestani¹

RESUMO: As comunidades de fãs e suas produções, como a criação de novas histórias que se passam em seus universos ficcionais favoritos – as *fanfics*, não são um novo fenômeno. Contudo, a democratização do acesso à internet e o surgimento das redes sociais contribuíram para ampliar o alcance e a visibilidade de tais atividades. Esse ambiente de cultura participatória entra em choque com um sistema de direitos autorais pensado em termos de recepção passiva da obra pela audiência, e coloca interessantes questões ao jurista. O presente artigo busca analisar os possíveis enquadramentos das *fanfics* não comerciais a luz do direito brasileiro, bem como examinar se a criação de um mercado de licenciamento oficial para tais histórias, nos moldes do agora extinto *Kindle Worlds*, alteraria substancialmente tal quadro. A investigação aponta no sentido de que ao redor das *fanfics* orbitam interesses públicos legítimos, como o acesso à educação e à cultura, e a liberdade de expressão. Na perspectiva econômica e mesmo diante de um mercado de licenciamento oficial, tais criações não prejudicam, mas antes promovem, a exploração das obras que lhes serviram de ponto de partida. Dessa forma, a partir do reconhecimento pelo STJ de que os arts. 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais constituem rol exemplificativo, defende-se que o tratamento legal mais adequado às *fanfics* não comerciais no Brasil é o de limitação aos direitos autorais sobre a obra originária.

Palavras-chave: *Fandom*. *Fanfics*. Direitos autorais.

1 INTRODUÇÃO

Sherlock Holmes e *John Watson* retratados como um casal. *Luna Lovegood*, uma personagem secundária do universo de *Harry Potter*, elevada à função de protagonista. *Capitão Kirk* e *Spock*, de *Star Trek*, imaginados como mulheres. Um *crossover*² em que *Buffy*, de *Buffy, a caça vampiros*, luta lado a lado com os irmãos *Winchester*, de *Supernatural*. As personagens de *Jane*

¹ Mestre em Direito pela UFPR. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) vinculado à UFPR. Pós-graduada em Marketing na FAE Business School. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2012), com habilitação em Relações Sociais.

² *Crossover* é um termo de língua inglesa que literalmente significa “cruzar de um lado a outro”, mas que em seu sentido conotativo indica também a combinação de universos ficcionais distintos na criação de uma narrativa. Embora a prática tenha se tornado mais comum, ela não é nova, nem está limitada à ficção produzida por fãs. Em 1885, Mark Twain inseriu uma “participação especial” de *Tom Sawyer* em sua obra *As Aventuras de Huckleberry Finn*. Um exemplo notório mais recente é o dos quadrinhos de *A Liga Extraordinária*, no qual a maior parte das personagens tem sua origem em obras de domínio público (*Mina Murray*, de *Drácula*, *Capitão Nemo*, de *20 mil Léguas Submarinas*, e *o Professor Moriarty*, de *Sherlock Holmes*, entre diversos outros).

Austen retratadas em uma realidade alternativa como jovens do século XXI. Uma paródia misturando a letra de uma música de *Taylor Swift* com o universo cinemático da *Marvel*. Os membros da extinta banda *One Direction* colocados em uma narrativa na qual o destino do mundo está em suas mãos. E um romance erótico escrito a partir do sucesso adolescente *Crepúsculo*. Todas estas histórias são facilmente encontradas na internet – e representam apenas uma pequena amostra das linhas narrativas desenvolvidas pelos fãs a partir de suas obras favoritas, e, por vezes, de pessoas reais.

As comunidades de fãs ou *fandoms*³, como são costumeiramente chamadas, não são um produto da contemporaneidade, mas ganharam volume e tiveram suas trocas facilitadas pelo advento da internet e da chamada cibercultura. Dentre as dinâmicas encontradas dentro destas comunidades, ocupam papel de destaque as histórias criadas por fãs e para fãs, nas quais um universo pré-existente é o ponto de partida para o desenvolvimento de narrativas novas ou alternativas ao cânone⁴. A literatura de fãs, mais conhecida pela sua denominação em inglês, *fanfiction* ou, em uma versão abreviada, *fanfic* ou *fic*, não é um fenômeno passageiro, local nem pouco significativo: suas raízes são comumente traçadas à estreia da série televisiva *Star Trek*, nos anos sessenta, e hoje o principal sítio na internet para a publicação de *fanfics*, o *Fanfiction.net*, conta com mais de 1 milhão de histórias, divididas em 44 idiomas.

Apesar da quantidade destas histórias produzidas e consumidas por fãs, e do tamanho das comunidades que as suportam – a ponto de os *fandoms* serem hoje considerados uma importante subcultura⁵, objeto de pesquisa em campos diversos – o assunto foi até pouco tempo relativamente desconhecido daqueles que não integravam tais comunidades. Ou, se conhecido, tratados condescendentemente como uma expressão artística de menor valor.

Foi somente na última década que o tema passou a ganhar destaque, não coincidentemente no momento em que a exploração comercial transformou o que era, até então, preponderantemente dádiva em mercadoria. Para isso contribuiu a estreia no mercado editorial de originais de autoras cuja projeção inicial se deu em virtude das *fanfics* por elas criadas; a publicação de manuscritos que, eles próprios, nasceram como *fanfics* (e sofreram alterações para descaracterizá-los como tal e possibilitar sua publicação); e, ainda, iniciativas como o *Kindle Worlds*, que possibilitou o licenciamento oficial de universos ficcionais para a criação de *fanfics* que poderiam ser comercializadas pelos seus autores.

³ *Fandom* é uma abreviação da expressão em inglês *fan kingdom* - “reino” ou “domínio dos fãs”.

⁴ Por cânone (no inglês, *canon*) entende-se o material (acontecimentos, tramas, desenvolvimento de personagens, vocabulário) compreendido como oficial dentro de determinado universo ficcional. A expressão é frequentemente empregada para diferenciar o material oficial daquele produzido pelos fãs, chamado, por sua vez, de *fanon*.

⁵ Especificamente no que se refere à subcultura literária emergente em parte do *fandom*, Márcio Padrão (2019, p. 5 e 10) dirá, lembrando Dick Hebdige, que “o conceito de subcultura ‘representa barulho’ e significa ‘um tipo de obstáculo temporário no sistema de representações’” e que “as subculturas trabalham constantemente com a ruptura das normas e da linguagem vigente com o intuito de aparecer ou provocar desordem. (...) Se podemos falar em transgressão em *fanfiction*, seria por conta de ser, por natureza, uma forma literária não-oficial. (...) Em comum, todos os subgêneros de *fanfiction* não se importam se estão radicalmente diferentes do que foi exposto no original, pois são apenas um canal para seus autores exporem sua visão criativa do cânone ou sua defesa ‘do que poderia ser’, ao subverterem as pretensões comerciais e autorais deste cânone em nome da diversão ou satisfação pessoal”.



Nesse contexto, o presente trabalho busca oferecer um panorama geral em relação à literatura de fãs, para, então, analisar como esta subcultura literária se harmoniza com os direitos de Propriedade Intelectual. Mais especificamente, a opção foi por um recorte que foca nos possíveis enquadramentos legais, a luz do direito brasileiro, das *fanfics* que não são exploradas comercialmente, tendo em vista ser essa a manifestação mais comum, embora não exclusiva, da prática.

A ausência de jurisprudência local ou estrangeira sobre a utilização de *fanfics*, com ou sem finalidade econômica, dificulta tal tarefa, mas o faz na mesma medida em que reforça a importância de discussão do tema. É de se notar, ainda, que a doutrina norte-americana possui um maior volume de trabalhos publicados a respeito de um possível enquadramento legal das *fanfics*. Por esse motivo, não obstante os Estados Unidos estejam filiados à tradição do *copyright* e não à linha do *droit d'auteur*, as ponderações feitas por alguns juristas norte-americanos a respeito serão lembradas ao longo do presente artigo, na extensão em que sejam pertinentes e harmonizáveis ao sistema brasileiro de direitos autorais.

2 COMUNIDADE E LITERATURA DE FÃS

A década é a de sessenta. O local são os Estados Unidos. E o gatilho é o lançamento da série televisiva *Star Trek*, chamada de *Jornada nas Estrelas* no Brasil, que faz nascer a primeira grande comunidade de fãs a se organizar para a troca massiva de conteúdo. Seja através de Convenções ou de *fanzines*⁶, estes fãs constituíam uma comunidade na qual discutiam a narrativa e suas personagens, compartilhavam teorias, opinavam sobre os rumos da trama, e, se não estivessem satisfeitos com ela ou simplesmente porque queriam ter a possibilidade de viver neste universo por mais um tempo, escreviam suas próprias histórias. Para tanto, utilizavam (ou rechaçavam, quando lhes parecia conveniente) ambientações, tramas e personagens do cânone televisivo, e a eles adicionavam novos elementos (JENKINS, 2015; JAMISON, 2017).

No Brasil, embora comunidades de fãs, *fanzines* e a criação de histórias por esta singular modalidade de leitor-autor existissem em décadas passadas, é no início dos anos 2000, com o fenômeno editorial *Harry Potter* e todas as derivações multimídias que daí surgiram, que os *fandoms* tomam a internet de assalto (VARGAS, 2015).

Se as comunidades de fãs não são uma criação recente, a forma pela qual se comunicam e circulam ideias, incluídas aí as *fanfics*, mudou consideravelmente. O que até algumas décadas atrás circulava apenas em *fanzines*, hoje é encontrado em grandes fóruns da internet dedicados exclusivamente a obras transformativas (*Fanfiction.net*, *Archives of our Own*, *Nyah!Fanfiction*) ou em locais mais amplos de organização dos *fandoms*, como a rede social *Tumblr*.

Seja qual for a plataforma eleita, as *fanfics* são vistas por aqueles que a elas se dedicam não apenas como uma forma de estabelecer comunicação com um grupo que detém interesses

⁶ *Fanzines*, da expressão *fanatic magazine*, são periódicos amadores que se assemelham a revistas, mas são produzidos artesanalmente e circulados pelos próprios fãs. Os *fanzines* dos dias atuais são em sua maior parte eletrônicos, mas de forma geral este tipo de produção perdeu fôlego após a popularização do acesso à internet.



similares e de se divertir imaginando o “e se” de determinada estória que lhes é cara, mas também como uma forma de se dar os primeiros passos no mundo das letras, trocar experiências e receber críticas de outros leitores. São oficinas de escritores, mas, mais do que isso, as trocas e interações constantes entre o leitor-autor de *fanfic* e seus leitores tornam estes trabalhos verdadeiras produções culturais participatórias⁷, que muitas vezes respingam, inclusive, no cânone da obra que lhe deu origem.⁸

É esta natureza de produção participatória que levará alguns estudiosos a afirmarem que as *fanfics* possuem *alteria* em substituição à noção moderna de autoria. *Alteria* como “uma autoria que se constrói na relação com o leitor, numa relação de coparticipação na construção do texto literário”, em um contexto no qual “a fronteira entre leitor e escritor torna-se cada vez mais imprecisa” (NEVES, 2014, p. 184). Tal noção aproxima-se do que alguns juristas definem como autoria colaborativa, produto da sociedade da informação e da cultura de convergência que nela se desenrola (PARANAGUÁ e BRANCO, 2009; CARBONI, 2010).

Não por acaso, a própria possibilidade de comercialização de trabalhos que nasceram como *fanfics* é objeto frequente de polêmica nestas comunidades, sendo por muitos considerada uma apropriação indevida daquilo que deveria ser da coletividade que os construiu a partir das trocas que estabeleceu, isto é, de todo o *fandom*. O que é dádiva jamais deveria ser mercadoria⁹, estes críticos poderiam dizer. Por outro lado, esta mesma ideia talvez seja, em parte, um resquício de uma noção ainda romântica do trabalho do autor que a própria *fanfic* subverte.

A literatura de fãs transgride também a noção de cultura pop consumível e do receptor como agente passivo, não participativo. Muito pelo contrário, as comunidades de fãs travam diálogos com o material que consomem e, mais do que isso, produzem novos materiais a partir dele. O consumo passivo é substituído pela noção de sedução, do fã que deixa se envolver pela estória, mas que a subverte, resignificando-a e utilizando-a como matéria-prima para narrativas cujos rumos este próprio fã irá definir ao realizar sua passagem da condição de leitor para a de leitor-autor (NEVES, 2014).

⁷ “A cultura de participação seria, assim, um novo estilo de consumo que emergiria do tipo de oferta disponibilizada pela popularização das novas tecnologias e pela convergência das mídias. Os consumidores passaram a dispor de meios de interferir nos produtos e, conseqüentemente, a exigir o direito de participar na criação e distribuição das narrativas que lhes chegam por meio de diferentes mídias. Eles passaram a transgredir fronteiras e se tornarem produtores (...)” (VARGAS, 2015, p. 54)

⁸ A série *Supernatural* é um excelente exemplo, inclusive por já ter incluído no cânone da série televisiva referências à existência do respectivo *fandom* e suas atividades, especialmente a *fanfiction* (WILKINSON, 2017).

⁹ As expressões *dádiva* e *mercadoria* são pegadas de empréstimo de Jonathan Lethem, que, ao analisar o papel da influência em obras artísticas, lhes atribui este caráter duplo. O autor dirá que “A diferença essencial entre uma troca de presentes e a de mercadorias é que um presente estabelece um vínculo entre duas pessoas, enquanto a venda de mercadorias não cria necessariamente nenhuma conexão entre elas. (...) Contudo, uma das coisas mais difíceis de compreender é que as economias da dádiva coexistem naturalmente com o mercado”. (tradução livre) (LETHEM, 2012, p. 132). As criações de fãs existem justamente em virtude deste vínculo emocional que se forma com a obra (o capital afetivo) e transcendem o simples consumo crítico de uma cultura hegemônica, sendo um interessante exemplo deste caráter duplo. Neste sentido, Karen Hellekson (2009) dirá que a economia de dádiva (*gift economy*) que perpassa o *fandom* serve tanto para protegê-lo de ações legais, quanto para permitir que estes grupos preservem sua autonomia e reforcem seus laços.



A *fanfic* também é subversiva em termos de conteúdo. Ainda que siga o cânone do universo ficcional que lhe deu origem, o *fanfic* não é cânone. Está à margem dele e, como tal, está livre para experimentações que o mercado editorial tradicional não possibilitaria. É nessa liberdade, ou melhor, do produto dela, que reside o valor das *fanfics* que um universo canônico, gerido pelo seu titular de direitos autorais com todas as responsabilidades e expectativas que acompanham um trabalho monetizado e de ampla circulação, jamais conseguirá substituir.¹⁰

Precisamente por desafiar as noções usuais de autoria, cultura pop e conteúdo literário, a literatura de fãs nunca foi totalmente livre de polêmicas, ainda que tais embates permanecessem desconhecidos de um público mais amplo. Não por acaso, a Lucas Films tentou, no final dos anos 70, impedir a publicação de *fanzines* de *Star Wars* contendo histórias com violência ou conteúdo sexual explícito através do envio de cartas aos seus editores. A autora Marion Zimmer Bradley, que apoiava largamente a criação de *fanfics* para sua série *Darkover* e fazia a leitura destes materiais, se deparou com acusações, no início dos anos 90, de que seu novo livro plagiava uma destas *fanfics*. E a escritora Anne Rice proibiu que fossem criadas *fanfics* a partir de suas obras, tendo enviado uma carta ao website *Fanfiction.net* que resultou na retirada do ar de todas as produções de fãs baseadas em seus escritos.¹¹ Em que pese estas tentativas de domesticação, os *fandoms* – e o grande fluxo de criatividade, construção coletiva e trocas realizadas em seu interior – resistiram, embora em relativa obscuridade.

Nos últimos anos, contudo, essa situação passou a mudar. Autoras que iniciaram suas atividades como escritoras de *fanfic*, como Cassandra Clare ou a indicada ao *Hugo Awards*, Naomi Novik, conseguiram projeção suficiente dentro do universo da literatura de fãs para publicar obras originais que se tornaram sucesso de público. O mesmo ocorreu no Brasil com a escritora Babi Dewet. Já L.J. Smith, contratada pela editora Alloy nos anos 90 para escrever a série de livros *Diários do Vampiro* e depois demitida por diferenças criativas, conseguiu concluir a série com o final que originalmente havia imaginado, e que não correspondia ao publicado como canônico, por meio de uma *fanfic*.

Além disso, e aqui começa a polêmica de uma atividade que até então havia sido relativamente tolerada pelas grandes editoras por ser não-comercial, temos ainda os casos de

¹⁰ A criatividade dos escritores de *fanfic* é grande, como demonstra uma rápida exploração de alguns subgêneros e temáticas encontradas em algumas dessas histórias. São exemplos os *crossovers*, os universos alternativos (o que inclui realidade alternativa, linha temporal distinta ou a transformação de personagens que não são humanos na obra original em humanos na *fanfic*, para citar alguns exemplos) e o *gender swap* (quando o gênero das personagens do cânone é invertido).

¹¹ Cf. narrado pelo repositório Fanlore, uma obra colaborativa no formato *wiki*, cujo objetivo é preservar a história dos trabalhos transformativos. É de se notar que, em que pese tais polêmicas, “os detentores de direitos autorais dificilmente entram com processos judiciais contra autores (...) de *fanfiction*. Não apenas porque eles não têm nenhum objetivo lucrativo com sua produção, mas também porque o uso de pen names torna praticamente impossível localizá-los em um universo dinâmico, multifacetado e cuja existência se dá num espaço virtual globalizado(...)”. (VARGAS, 2015, p. 37). Em verdade, inexistente qualquer jurisprudência brasileira ou norte-americana, país onde as atividades de *fandom* são ainda mais pronunciadas, a respeito. E aos fatores listados por Maria Lucia Bandeira Vargas, pode-se acrescentar ainda que os detentores de direitos autorais têm questões mais prementes com o que se preocupar, como a pirataria, e que os *fanfics* e outras atividades de *fandoms* muitas vezes aumentam o interesse pela obra original e os lucros de seu titular.



publicações no mercado editorial cuja origem são *fanfics*. E.L. James, autora da trilogia erótica *Cinquenta Tons de Cinza*, escreveu o livro inicialmente como uma *fanfic* da série *Crepúsculo*, de Stephenie Meyer, e depois alterou os nomes das personagens e parte da narrativa para possibilitar a sua publicação. O mesmo ocorreu com Sylvain Reynard e seus livros da série *O Inferno de Gabriel*, os quais também surgiram como literatura amadora a partir de *Crepúsculo*. Por fim, a Amazon lançou em 2013 uma plataforma, agora extinta, denominada *Kindle Worlds*, em que titulares de direitos autorais licenciavam, dentro de condições restritas, suas obras para que fãs criassem suas próprias narrativas e as comercializassem.¹²

Neste contexto, se boa parte do mundo – e dos juristas – até então estavam alheios a esta subcultura literária, a internet mudou tudo. A multiplicidade de trabalhos produzidos por fãs que a internet possibilitou e ajudou a tornar visível, o grau de colaboração que tal meio imprimiu no ato criativo destes trabalhos, e a monetização que passou a envolver parte destas criações, ainda que de forma restrita, tem obrigado a sociedade a confrontar não apenas seus (pre)conceitos em relação ao que é ser fã¹³, como também o valor tradicionalmente negado às produções amadoras em termos de sua contribuição à educação e à cultura.¹⁴

No mundo do Direito, que, na riqueza das discussões que os *fandoms* e suas criações possibilitam, é o recorte que interessa ao presente trabalho, fica a indagação de quais seriam as implicações legais destes leitores-autores optarem por, em uma expressão por eles utilizada, “brincar na caixa de areia do vizinho”.

3 DIREITOS AUTORAIS & FANFICS

Discutir o enquadramento legal das *fanfics* no sistema de direitos autorais brasileiros é tarefa árdua, uma vez que a lógica de nosso sistema é pensada a partir de uma noção tradicional de autoria, processo criativo e originalidade, distante da realidade de uma sociedade da informação caracterizada pela facilitação das trocas e colaboração contínua.

¹² Os titulares, claro, ganhavam royalties, e a publicação da obra derivada estava sujeita a sua aprovação e a uma série de diretrizes – da Amazon e do titular de cada universo ficcional. Um exemplo lembrado por Rebecca Tushnet (2014), que ilustra a extensão das restrições eventualmente impostas, se relaciona à franquia *Gl Joe* e ao fato de que, para publicação no *Kindle Worlds*, a obra produzida pelo fã não poderia retratar a personagem *Snake Eye* como um torcedor dos *Yankees* (!?). Este é precisamente o tipo de restrição que uma cultura marginal e subversiva como a literatura de fãs não apoia. Não é uma surpresa que, cinco anos após seu lançamento, o *Kindle Worlds* tenha sido descontinuado em 2018.

¹³ Conforme crítica de Henry Jenkins (2015, p. 35) em relação à forma pela qual os fãs costumam ser percebidos e retratados, “o fã constitui uma categoria escandalosa na cultura contemporânea, que se alterna entre alvo de ridículo e fonte de tensão (...), cujos interesses são fundamentalmente alienígenas ao reûno da experiência cultural ‘normal’ e cuja mentalidade está fora de sincronia com a realidade”.

¹⁴ Dirá Henry Jenkins (2015, p. 35 – 38) que “os conceitos de ‘bom gosto’, conduta devida ou mérito estético não são nem naturais, nem universais; estão enraizados nas experiências sociais e refletem interesses específicos de classe. (...) As práticas interpretativas dos fãs diferem daquelas nutridas pelo sistema educacional e da preferência da cultura burguesa não apenas na escolha de objetos ou no grau de intensidade, mas muitas vezes em relação às estratégias de leitura que emprega, nas formas como os fãs abordam os textos. (...) O que deixa tudo isso mais contundente é que os fãs não podem ser tratados como um grupo intelectualmente inferior. (...) O que não pode ser relegado facilmente à ignorância deve ser lido como perversão estética”.



O usuário – leitor, espectador, ouvinte – é tomado pelo sistema de direitos autorais como alguém alheio ao processo criativo, mero consumidor, ao invés de também um criador de conteúdo. O usuário é posicionado na outra ponta do espectro em que se localiza o autor, e os interesses desses dois grupos são contrapostos: ao usuário interessa o acesso ao conteúdo, enquanto ao autor a proteção autoral. Tal dicotomia, contudo, é falsa, pois parte de uma já superada visão do usuário como ator passivo.

Guilherme Carboni (2010) diz ser necessário recontextualizar o usuário dentro do sistema de direitos autorais, o que parte do reconhecimento de duas situações possíveis: por um lado, os casos em que os usuários são parte do processo de criação do conteúdo; por outro, os casos em que são apenas sujeitos passivos, que usufruem da obra, mas não criam seu conteúdo. O autor defende que para dar conta dessa realidade é necessário o reconhecimento, pela legislação, de novas formas de autoria, como a autoria colaborativa, além da facilitação da criação de obras derivadas, com a dispensa da necessidade de autorização do titular da obra originária em determinadas circunstâncias. Mesmo nos casos do usuário como autor passivo, Carboni defende a necessidade de se ampliar as limitações de direitos autorais e princípios relativos à sua função social, de acordo com o tipo de usuário e finalidade do uso.

Embora tal reforma da legislação brasileira seja bem-vinda, as *fanfics* são uma realidade posta e já representam um descompasso ao quadro normativo atual. Nesse cenário, o objetivo da presente seção é examinar os possíveis enquadramentos legais da literatura de fãs no Brasil quando explorada sem fins comerciais. Igualmente, se examinará se as *fanfics* prejudicam a exploração da obra originária, e se a criação de um mercado de licenciamento oficial, a exemplo do extinto *Kindle Worlds*, altera substancialmente tal equação.

3.1 Possíveis enquadramentos da *fanfic* na legislação autoral brasileira

No Brasil, a proteção ao autor e à obra original é, além de matéria constitucional¹⁵, objeto de regulação pela Lei 9610/1998 (Lei de Direitos Autorais ou LDA), cujo art. 7, *caput*, e art. 11, *caput*, assim dispõem:

“art. 7 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 (...).”

“art. 11 Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

¹⁵ Conforme art. 5º, XXVII e XVIII da Constituição Federal, que assim dispõem:

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

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;”



Daí se enunciam alguns elementos essenciais para a noção de obra intelectual, incluídas as obras artísticas, no ordenamento pátrio. Em primeiro lugar, a obra sempre terá como autor pessoa natural, física, ainda que sua exploração econômica venha a ser realizada por pessoa jurídica. Isso é possível porque o Brasil, seguindo o modelo europeu continental de *droit d'auteur*, reconhece uma natureza dúplice dos direitos autorais: a moral, pertencente ao autor e irrenunciável, e a patrimonial, que pode ser cedida ou licenciada pelo autor a terceiros, sem que este perca a autoria. Em segundo lugar, a obra deve ser original para merecer proteção – o que não significa novidade absoluta, nem que o trabalho não tenha sido influenciado por aqueles que lhe precederam. Em verdade, talvez fosse melhor não falar em originalidade, mas em arranjos criativos que, ainda que apenas parcialmente, diferenciem a obra de outras que vieram antes dela (PARANAGUÁ e BRANCO, 2009). Em terceiro lugar, ideias por si só não são passíveis de proteção, devendo sempre ser expressas em algum meio ou suporte. É dizer que embora a ideia de batalhas com espadas que lembram feixes de luz não seja protegida, sua materialização dentro da franquia *Star Wars* o é.

Se os direitos morais do autor são perpétuos, seus direitos patrimoniais perduram por um período de tempo determinado, que, no caso das obras literárias, será de setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor (art. 41 da LDA). Findo este prazo, tais obras cairão em domínio público, quando então poderão ser exploradas livremente por terceiros, independentemente de autorização do autor ou de seu espólio, constituindo verdadeiro patrimônio cultural coletivo. O regime de exploração exclusiva concedida ao autor, verdadeiro monopólio temporário, e o domínio público são ambos parte de um delicado equilíbrio entre uma tentativa de remunerar o autor de forma justa e de possibilitar a existência de um rico acervo comum, duas variáveis igualmente relevantes no incentivo à criação e à produção cultural, cujo ponto de equilíbrio segue gerando acirrados debates (BRANCO, 2011).

A reprodução da obra depende de autorização do seu titular, ressalvada algumas limitações e exceções legais. No caso das obras derivadas, entendidas como novas criações realizadas a partir da transformação de uma obra precedente (art. 5º, VIII, alínea “g” da LDA), sua criação igualmente depende de autorização do autor da obra originária que lhe serviu de ponto de partida. É o que se depreende do art. 29 da LDA e de seus incisos, dentre os quais, dada a temática do presente trabalho, se destaca o I e III:

“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;

(...)

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

(...)”

São exemplos de obras derivadas uma sequência a um livro de ficção, a expansão de um conto em um romance ou a adaptação de uma peça de teatro para um roteiro cinema-



tográfico. As *fanfics*, por se utilizarem em maior ou menor grau de universos e personagens pré-existentes, transformando-os em uma obra nova, costumam ser enquadradas como obra derivada (MEDEIROS, 2019). Tal condição, inclusive, não é escondida pelos seus autores, mas ostentada com orgulho.

Como coloca Anne Jamison (2017, p. 27), a *fanfic* “permite que suas costuras apareçam de maneiras que outras obras, que também são construídas a partir de fontes e predecessores, se matam para esconder” (tradução livre). Neste sentido, trazem a luz uma importante discussão acerca da noção quase romântica do autor que cria de forma autônoma, em uma espécie de vazio cultural e contextual, por meio de uma suposta genialidade e originalidade ímpar.

Todas as estórias, obra original ou derivada, são influenciadas por aquelas que lhes precederam. Em maior ou menor grau, todas se utilizam de alguma forma de apropriação, citação ou alusão no ato criativo (LETHEM, 2012). É de se perguntar se a autora Anne Rice, notória opositora das *fanfics*, teria escrito suas principais obras não tivesse sido precedida por Bram Stoker e seu *Drácula*. Ou se teríamos a maior parte do mercado editorial atual no gênero de fantasia sem J.R.R Tolkien. E, ainda, se Tolkien teria apresentado ao mundo a Terra Média não fosse o poema épico *Beowulf*, que ele traduziu, ou seu gosto pelas obras de George Macdonald e Andrew Lang. As *fanfics* são, é claro, um extremo deste espectro, e como tal requerem um tratamento diferenciado. Ainda assim, são parte de um universo maior de inteligência coletiva (JENKINS, 2009), que remonta à tradição da oralidade.

Foi dito que em seu enquadramento de obra derivada, as *fanfics* necessitam de autorização do autor da obra originária para que não constituam violações de direitos autorais (MEDEIROS, 2019). A exceção seriam os casos em que, em virtude das limitações aos direitos autorais trazidas pela LDA, tal autorização seria desnecessária. É o caso das obras em domínio ou daquelas que sejam qualificadas como paródias, não obstante a polêmica acerca de se paródias seriam obras derivadas ou, por serem a antítese da obra a qual servem de comentário, obra originária (SANTOS, 2011).

Quanto ao domínio público, algumas *fanfics* poderão amparar sua legalidade precisamente no término do prazo de proteção das obras que lhe deram origem, mas para obras com múltiplas adaptações é necessário cuidado. Considere-se, por exemplo, a comunidade de fãs de *Sherlock Holmes*, cujo volume de produção de *fanfics* conta atualmente com mais de 60 mil publicações no portal Fanfiction.net: caso a *fanfic* em questão se paute na obra de Sir Arthur Conan Doyle, já em domínio público, poderá amparar sua legalidade justamente nesta ausência de proteção pelo transcurso do tempo; contudo, caso seja uma narrativa construída a partir da releitura realizada pela recente série *Sherlock*, da BBC, o fundamento deverá ser outro, posto que a série de televisão é recente e não se encontra em domínio público.

Já quanto a um possível enquadramento da *fanfic* como paródia (art. 47 da LDA¹⁶), embora ele seja possível em alguns casos, é preciso reconhecer que a maior parte da literatura

¹⁶ “art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.”



produzida pelos fãs é antes uma espécie de tributo à obra originária, mesmo que altere o cânone a seu bel prazer, do que uma paródia propriamente dita. E, se a decisão proferida nos Estados Unidos no caso *Salinger v. Colting* serve como indicativo, as Cortes não têm se mostrado tão favoráveis a estender o argumento da paródia às obras que guardam certa similaridade com o que se vê nas produções do *fandom*.¹⁷

Fora essas previsões, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2007 de que o rol dos arts. 46, 47 e 48 da LDA não é taxativo, mas antes exemplificativo¹⁸, pode indicar um caminho para que se reconheça a licitude das *fanfics* circuladas de forma gratuita, ainda que estas não deixem de constituir obras derivadas. Por ocasião do julgamento de um caso envolvendo uma arquidiocese que questionava a cobrança pelo ECAD de direitos autorais em virtude de execução musical em evento religioso gratuito, o STJ concluiu que as hipóteses de limitação aos direitos autorais contidas nos referidos artigos são exemplificativas e decorrentes da recepção de princípios constitucionais tais como o direito à intimidade, ao desenvolvimento nacional, à educação, ciência e cultura, entre outros.¹⁹

Portanto, na omissão do legislador infraconstitucional, tais direitos fundamentais devem, no caso concreto, ser considerados pelo intérprete ao tratar de limitações aos direitos autorais. Tal exercício, no entendimento do STJ, deve ser realizado em conformidade com a Regra dos Três Passos (*three-step test*), critério advindo de tratados internacionais que busca garantir que tais limitações não irão conflitar com a exploração normal da obra, nem injustificadamente prejudicar os interesses de seu titular.

A Regra dos Três Passos será retomada na próxima seção, que irá aplicá-la em relação às *fanfics* não comerciais. O que cumpre destacar neste momento é que, não obstante a *fanfic* seja erroneamente vista como uma atividade recreativa de pouca importância, uma expressão “menor” dentro do que seriam práticas culturais julgadas dignas de valor, a prática literária por fãs envolve interesses públicos legítimos, constitucionalmente assegurados, como a liberdade de expressão e o acesso à educação e à cultura (MEDEIROS, 2019).

É verdade que a literatura de fãs guarda um importante elemento recreativo e que muitos que se engajam na prática como autores de *fic* e seus leitores o fazem por diversão. Contudo, a criação, leitura, compartilhamento e trocas que a comunidades de fãs possibilita em torno da

¹⁷ O caso *Salinger v. Colting* envolve uma controvérsia entre o espólio de J.D Salinger, autor de *O Apanhador no Campo de Centeio*, e Fredrik Colting, cujo romance *60 Years Later: Coming Through the Rye* traz diversas narrativas e personagens da obra de *Salinger* em uma linha temporal alternativa. A Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos entendeu que o trabalho de *Colting* não se qualificava como paródia ou crítica, não obstante o parecer de especialistas em literatura atestando em sentido contrário. Embora a obra de *Colting* não seja *fanfiction*, uma vez que envolve escrita profissional (ante o caráter amador e o florescimento dentro de uma comunidade de fãs desta outra categoria), o caso oferece diversos elementos a torná-lo talvez o mais próximo de uma discussão envolvendo *fanfiction* a chegar às Cortes norte-americanas. Para uma interessante reflexão sobre os casos *Cariou v Prince* e *Salinger v. Colting* - e sobre como o grau de prestígio do artista da obra derivada pode influenciar no julgamento, vide Andrew Gilden e Timothy Greene (2017).

¹⁸ Guilherme Carboni (2008), Sérgio Branco (2011) e outros autores já defendiam que o rol dos arts. 46 a 48 da LDA deveria ser tomado como exemplificativo, mas a matéria era controversa, com parte da doutrina se posicionando a favor da taxatividade.

¹⁹ REsp n. 964.404 - ES 2007/0144450-5. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Dje 23/05/2011.

literatura tem como efeito ampliar o interesse pela leitura e escrita, consistindo relevante prática de letramento e, como resultado, tendo relação direta com o acesso à educação e à cultura (JENKINS, 2015; VARGAS, 2015; NEVES, 2014).

Nesse sentido, Sérgio Branco (2011, p. 72) lembra, que o acesso às obras é insuficiente quando se discute educação, sendo necessário também possibilitar “a manipulação das obras, o uso criativo destas e a divulgação das obras derivadas, ainda que o fim *não lucrativo seja uma condição* (...). Criar também é elemento indispensável à formação do estudante (...)”.

Henry Jenkins (2009) narra a história do *The Daily Prophet*, um site criado em 2003 pela adolescente Heather Lawver por inspiração dos livros de Harry Potter. Na série de livros de J.K Rowling, o *Daily Prophet* é um jornal com notícias do mundo bruxo, mencionado diversas vezes ao longo da narrativa. Quando Heather criou o site de mesmo nome, a ideia era se valer do universo de *Harry Potter* para continuar a esstória através da escrita de notícias fictícias que se passariam naquele universo, como se os fãs escritores fossem, de fato, jornalistas cobrindo furos de reportagem do mundo bruxo. Na época em que colocou o site no ar, Heather tinha 13 anos e estudava em casa devido ao ambiente de extremo preconceito racial na escola de sua pequena cidade, no interior do Mississippi. O site permitia a ela ter uma experiência que a própria escola lhe negava.

Em seu auge, o site contou com mais de 100 colaboradores do mundo todo, crianças e adolescentes que praticavam a arte da escrita em uma comunidade de trocas e apoio mútuo. Henry Jenkins (2009, p. 249) observa que esse exemplo, um dentre tantos outros dentro do *fandom*, chama a atenção porque “ocorre fora da sala de aula e sem qualquer controle adulto direto. Crianças estão ensinando crianças (...). Cada vez mais, educadores estão começando a valorizar o aprendizado que ocorre nestes espaços recreativos informais”.

As *fanfics* neste caso possibilitam àqueles que se envolvem com sua produção e leitura uma experiência que muitas vezes não lhes estaria acessível de outro modo, nem mesmo nas escolas. Há, portanto, um legítimo interesse público envolvido nos processos colaborativos que perpassam as produções literárias por fãs, o qual pode servir de limite ao exercício dos direitos de autor no que se refere à necessidade de autorização para a produção e circulação de tais obras amadoras, ainda que observados parâmetros como, por exemplo, a gratuidade e a necessidade de atribuição de autoria à obra originária..

No estágio atual da legislação brasileira e tendo em vista as diversas formas pelas quais uma *fanfic* pode se materializar, seja como um tributo ou como paródia, com o empréstimo de diversos elementos da obra que a inspirou ou com tão poucas conexões que, feitas certas edições, a relação entre as obras desvanece, não é possível concluir por um único enquadramento legal destas produções.

É seguro dizer, contudo, que a maior parte destas obras nasce como uma homenagem à obra original que toma de empréstimo diversos de seus elementos para rearranjar aqueles que convierem à pretensão do leitor autor. Nesta face que lhes é mais comum, seriam obras derivadas, portanto, que excetuadas a hipótese do domínio público, exigiriam um maior esforço



interpretativo, além da simples leitura dos arts. 46 a 48 da LDA, para que sua produção prescindisse de autorização do titular da obra original. A referida jurisprudência do STJ, ainda que em contexto de reprodução e não de obra derivada, pode oferecer um caminho a ser explorado. Tendo em vista que tal caminho passa pela compreensão da Regra dos Três Passos, é a tal ponto que o presente artigo retorna a seguir.

3.2 A Regra dos Três Passos e a exploração econômica da obra originária

A Regra dos Três Passos norteia as exceções e limitações aos direitos dos autores, servindo como um patamar mínimo de proteção a ser garantido pelos Estados signatários dos tratados internacionais em que está prevista. Integra tanto a Convenção de Berna, na qual foi introduzida como parte da revisão de Estocolmo em 1967, quanto o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio (OMC), sendo o Brasil signatário de ambos. Dessa forma, a Regra dos Três Passos e os tratados internacionais que integra se transformam, como dirá Maristela Basso (2007, p. 496), em “cânones de interpretação e aplicação das limitações aos direitos autorais arroladas no art. 46 e seguintes da LDA”.

Em sua versão refletida no art. 9.2 da Convenção de Berna, a Regra dos Três Passos faz referência exclusivamente à reprodução da obra. Contudo, no art. 13 do TRIPS, tal referência à reprodução deixou de existir, conforme se depreende da seguinte comparação:

Convenção de Berna

“art. 9.2 Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”

Acordo TRIPS

“art. 13 Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”

Dessa forma, entende-se que a Regra dos Três Passos consagrada no TRIPS alarga a noção antes contida na Convenção de Berna, posto que deixa de se referir unicamente à reprodução da obra para abarcar todas as limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais. Significa dizer, como lembra Maristela Basso (2007), que todas as limitações aos direitos autorais elencadas no Título III, Capítulo III da LDA estarão sujeitas à Regra dos Três Passos para que possam ser aplicadas no caso concreto.

Em termos da discussão envolvendo *fanfics* e seus possíveis enquadramentos no direito brasileiro, tal distinção é fundamental. Embora a questão da reprodução possa, em al-



guma medida, aparecer na literatura de fãs, a principal controvérsia que a envolve é seu caráter transformativo, sendo seu enquadramento mais comum o de obra derivada. A partir do momento em que o TRIPS torna a Regra dos Três Passos mais abrangente, cabendo agora sua aplicação não apenas para questões envolvendo reprodução, é possível, em um cotejo com a supracitada decisão do STJ que reconheceu o caráter exemplificativo das exceções constantes na LDA, pugnar que a licitude ou não das *fanfics* em território nacional estaria sujeita ao resultado de sua enquadramento a tal teste, a saber, se: (1) as *fanfics* afetariam a exploração normal da obra; ou (2) causariam prejuízos aos legítimos interesses do autor da obra originária.

Nesta toada, quando inexistente exploração comercial da *fanfic*, situação que abarca a maioria absoluta das obras produzidas e circuladas dentro das comunidades de fãs, não há que se falar em prejuízo à exploração normal da obra reproduzida ou aos interesses dos autores. Muito pelo contrário, as atividades produzidas dentro da comunidade de fãs tendem a ampliar o interesse – e o consumo – da obra cânone em torno da qual os *fandoms* se estabelecem. Antes de se tornar substitutas a ela, as *fanfics* a complementam, expandem e podem contribuir para torná-las economicamente mais rentáveis.²⁰

As atividades prolíficas de tais fãs que desejam estender sua estadia nesses universos ficcionais integram a chamada cultura da convergência, que compreende os fluxos e a cooperação entre mídias distintas, bem como o trânsito constante da audiência entre os diferentes meios de comunicação com o objetivo de obter determinada experiência de entretenimento (JENKINS, 2009). Antes de prejudicar, tais atividades entabuladas pelos fãs ampliam e renovam o interesse pela obra originária.

Os grandes conglomerados titulares de direitos autorais tanto reconhecem o potencial econômico de tal cultura da convergência que a transmídia deixou de ser exceção, para se transformar em regra: não raro, todo tipo de obra derivada autorizada é produzida para plataformas distintas, que se complementam e formam parte de um universo maior (JENKINS, 2009). Tome-se o exemplo de *Star Wars*. Mais do que longa metragens, seu universo é composto por livros de ficção, desenhos animados, *games* e até mesmo uma experiência imersiva em um parque de diversões, para citar alguns exemplos. Cada uma destas obras traz informações adicionais, torna mais complexa e enriquece a mitologia do universo jedi.

Não por acaso, ações tomadas por tais titulares no âmbito legal contra as criações de fãs não foram além de notificações extrajudiciais mal recebidas pelo público (JENKINS, 2015). Fossem as criações realizadas no âmbito da comunidade de fãs efetivamente nocivas aos negócios, não resta a menor dúvida de que se estaria diante de um cenário distinto.

²⁰ Dirá Jacqueline Lipton (2014, p. 450 e 452) que “a literatura de fãs não opera como um substituto de mercado para o trabalho que lhe serviu de fonte, mas antes lhe é um complemento. A literatura de fãs pode inclusive aumentar o interesse do consumidor na obra originária (...)” e “mesmo quando um titular de direitos autorais não monopoliza todos os mercados a jusante, ele continua a prosperar economicamente. (a Prof.^a Tushnet) pontua que a venda de obras derivadas de licenciamentos oficiais de *Star Trek* continua a prosperar, não obstante a enorme quantidade de *fanfiction* de *Star Trek* existentes”.



3.3 *Fanfics* licenciados como (não) substitutos aos *fanfics* gratuitos

Nos Estados Unidos, a doutrina que se posiciona na direção do reconhecimento da licitude da literatura de fãs quando inexistente exploração comercial costuma reconhecer seu caráter de obra derivada, mas opõe à necessidade de obtenção de autorização do titular de direitos sobre a obra original a defesa do *fair use*, que pode ser livremente traduzido como “uso justo” (TUSHNET, 2014; LIPTON, 2014).

O uso justo é uma combinação entre a previsão normativa do *Copyright Act* para situações em que o uso de uma obra protegida por direitos autorais independe de autorização do detentor de tais direitos, e a construção jurisprudencial. Inexiste nos Estados Unidos, contudo, jurisprudência envolvendo *fanfics* e, logo, que balize especificamente a aplicabilidade do *fair use* a tais obras. As discussões doutrinárias a respeito costumam se ater a como tal matéria se enquadraria nos elementos que a lei indica serem determinantes na análise do uso justo (LIPTON, 2014), os quais, conforme a seção 107 do *Copyright Act*, são: (1) propósito e caráter do uso, especialmente se tal uso é comercial ou não; (2) a natureza da obra originária, na qual trabalhos funcionais ou factuais recebem menor proteção; (3) a parcela da obra original utilizada; e (4) o efeito do uso no mercado ou valor da obra originária.

Embora todos estes fatores tragam seus próprios desafios ao intérprete que busque harmonizar tal instituto à cultura participatória da qual as *fanfics* são expressão, interessa especialmente à presente seção a preocupação de que a exploração da obra originária não seja prejudicada. Inclusive porque tal espírito está igualmente imbuído nas exceções do art. 46 da LDA e na Regra dos Três Passos. As Cortes norte-americanas, para aferir a possibilidade de prejuízo, costumam identificar tanto o público que consome as obras, quanto se há um mercado de licenciamento potencial para a obra originária.²¹

Neste contexto, o lançamento da plataforma *Kindle Worlds*, em 2013, gerou preocupação. A grande dúvida era em relação aos efeitos que a introdução de um mercado de licenciamento para a criação de *fanfics* teria quanto às defesas de não interferência na exploração normal da obra (TUSHNET, 2014; LIPTON, 2014).

Não havia até então um mercado de licenciamento potencial das obras originárias para a criação de *fanfics*, e a ausência de tal mercado, somado à natureza precipuamente não comercial destes trabalhos, sempre figuraram entre os principais argumentos para enquadrá-los como uso justo (HELLEKSON, 2009). E embora igualmente não haja jurisprudência norte-americana versando explicitamente sobre *fanfics* que confirme tal enquadramento dado por parte da doutrina, a própria ausência de disputas já é um indicativo forte o suficiente de que os titulares de direitos autorais sobre as obras originárias não possuem interesse em desafiar este tipo de uso que, como dito, mais promove do que prejudica suas obras (TUSHNET, 2014).

²¹ Cf. *Cariou v Prince* e o já mencionado caso *Salinger v. Colting*. O litígio *Cariou v Prince* tratou da utilização de fotografias de Patrick Cariou em comunidades rastafáris por Richard Prince, o qual realizou pequenas alterações na obra (como o desenho de óculos sobre as fotografias, por exemplo).

Com a introdução do *Kindle Worlds*, este mercado de licenciamento para a criação de *fanfics* passaria a existir e, com isso, uma das linhas de defesa da *fanfic* como uso justo (a ausência de um mercado de licenciamento potencial que poderia ser explorado pelo titular dos direitos autorais) restaria prejudicada. Tal discussão jamais chegou às Cortes e o *Kindle Worlds* foi encerrado pela *Amazon* em meados de 2018, após anos de atividades mornas.

Contudo, parece acertado o entendimento de Rebecca Tushnet (2014), para quem a existência de canais de licenciamento oficiais para a criação de obras de fãs não pode, por si só, ser fator determinante para se alegar que tais canais substituem as *fanfics* não comerciais e passam a constituir um mercado que a literatura de fãs tradicional e não monetizada viria a prejudicar. É preciso analisar as condições dentro das quais esta licença será concretamente oferecida, incluindo aí facilidade de acesso, custos, restrições de conteúdo e a necessidade de se passar por um crivo censor do titular de direitos autorais da obra originária.

A conclusão parece ser a de que a hierarquia e a monetização verificada nos mercados de licenciamento de universos ficcionais, a exemplo do *Kindle Worlds*, são irreconciliáveis com a liberdade criativa, a construção participatória e a economia de dádiva das *fanfics* tradicionais. Portanto, aqueles jamais podem ser tidos como substitutos a estes, não podendo neste caso o argumento de prejuízo à exploração do mercado de licenciamento para a criação de obras derivadas ser invocado para barrar as atividades de fãs que subsistam à sua margem.

Fora do escopo de um licenciamento oficial, como o ofertado pelo *Kindle Worlds*, a exploração comercial de conteúdos que nasceram como *fanfics* e depois sofreram ajustes para sua publicação no mercado editorial também gera controvérsia, como é o caso das já mencionadas séries *Cinquenta Tons de Cinza* e *O Inferno de Gabriel*. A prática é comumente referida pela comunidade de fãs como “raspar o número de série”. Contudo, se as modificações forem suficientes para distanciar tais materiais das obras que lhes deram origem, não há porque tratar tais conteúdos como obra derivada. Não por acaso, medidas legais não foram adotadas em nenhum dos casos recentes desta prática.

4 CONCLUSÃO

A literatura produzida por fãs e para fãs subverte noções tradicionais de autoria em favor da alteridade, representando uma importante forma de produção cultural participatória. Se por anos os *fandoms* e suas aventuras literárias permaneceram na obscuridade, constituindo nichos de conhecimento apenas de seus integrantes, a produção amadora de fãs tem ganhado crescente destaque e volume nas últimas duas décadas, resultado da democratização do acesso à internet e do surgimento das redes sociais.

De forma análoga aos desafios que a sociedade da informação tem imposto a outras áreas do Direito, as legislações de direitos autorais, tanto derivadas de uma tradição de *droit d'auteur* quanto de *copyright*, não foram pensadas para uma cultura de convergência, e não possuem as ferramentas adequadas para dar conta de sua complexidade.



Neste contexto, o papel do intérprete é fundamental. Os direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais devem conviver com exceções e limitações que se originam de um interesse público maior, como o de acesso à educação e à cultura, e a liberdade de expressão. Todos esses interesses, de uma forma ou de outra, rodeiam a produção no interior das comunidades de fãs das *fanfics* não comerciais. Assim, consoante: (1) o reconhecimento pelo STJ de que os arts. 46 a 48 da LDA são exemplificativos e que a Regra dos Três Passos deve guiar a análise de outras situações; e (2) a ampliação pelo TRIPS do escopo da Regra dos Três Passos, que agora se estende além dos direitos de reprodução, para abranger inclusive adaptações e transformações da obra originária; a conclusão é que a literatura de fãs deve ser compreendida como lícita no ordenamento jurídico nacional, desde que não seja explorada comercialmente.

A melhor interpretação, portanto, será aquela que prestigie o interesse coletivo e o valor cultural presente na literatura de fãs, reconhecendo a sua legalidade sempre que não houver prejuízo à exploração comercial da obra originária.

Cabe destacar que a existência de um mercado de licenciamento para utilização de obras originárias em *fanfics*, como aquele oferecido pelo extinto *Kindle Worlds*, não deve ser tomado como um fator decisivo a obstar a criação de *fanfics* não autorizadas e não comerciais. Trata-se, isto sim, de uma modalidade *sui generis*, antes complementar do que substituta às *fanfics* tradicionais, nos quais sempre persistirá certa marginalidade e maior liberdade criativa.

REFERÊNCIAS

- BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da Regra do Teste dos Três Passos (three-step test). *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 102, jan./dez. 2007.
- BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/O-Dominio-Publico-no-Direito-Autoral-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 07/08/2019.
- CARBONI, Guilherme. **Função social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. **Direito Autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FANFICTION.NET. Disponível em: <https://www.fanfiction.net>. Acesso em: 26/04/2019.
- FANLORE. Disponível em: <https://fanlore.org/>. Acesso em: 15/04/2019.
- GILDEN, Andrew. GREENE, Timothy. Fair use for the rich and fabulous. *In: University of Chicago Law Review Online*, vol. 80, n. 1, 2017.
- HELLEKSON, Karen. A fannish field of value: online fan gift culture. *In: Cinema Journal*, vol. 48, n. 4, 2009.
- JAMISON, Anne. **Fic**: Por que a Fanfiction está dominando o mundo. Rio de Janeiro: Anfitheatro, 2017.
- JENKINS, Henry. **Cultura da convergência**. 2ª edição. São Paulo: Aleph, 2009.



- JENKINS, Henry. **Invasores do texto**: fãs e cultura participativa. Nova Iguaçu: Marsupial Editora, 2015.
- LETHEM, Jonathan. O Êxtase da influência: um plágio. *In: Revista Serrote*, São Paulo, vol. 12, nov. 2012.
- LIPTON, Jacqueline D. Copyright and the commercialization of fanfiction. *In: Houston Law Review Symposium*, vol 52, n. 2, 2014.
- MEDEIROS, Juliana. **O fenômeno das fanfictions e o direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NEVES, André de Jesus. **Cibercultura e Literatura**: identidade e autoria em produções participatórias e na literatura de fã (*fanfiction*). Jundiaí: Paco Editorial, 2014.
- PADRÃO, Márcio. Ascensão de uma subcultura literária: Ensaio sobre a fanfiction como objeto de comunicação e sociabilização. *In: Anais do III Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Disponível em <http://www.cult.ufba.br/enecult2007/MarcioPadrao.pdf>. Acesso em: 20/01/2019.
- PARANAGUÁ, Pedro. BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos Santos. Direito de autor e liberdade de expressão. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). Direito de autor e direitos fundamentais*. Edição de Kindle. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TUSHNET, Rebecca. All of this has happened before and all of this will happen again: innovation in copyright licensing. *In: Berkeley Technology Law Journal*, vol 29, n. 3, 2014.
- VARGAS, Maria Lucia Bandeira. **O fenômeno fanfiction**: novas leituras e escrituras em meio eletrônico. Passo Fundo: Editora UPF, 2015. Disponível em: http://editora.upf.br/images/ebook/o_fenomeno_fanfiction.pdf. Acesso em: 09/01/2019.
- WILKINSON, Jules. A épica história de amor entre Supernatural e a fanfic. *In: JAMISON, Anne. Fic: Por que a Fanfiction está dominando o mundo*. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.



The background features a complex network of light green lines and dots, resembling a circuit board or a digital network. In the upper right corner, there is a cluster of circular icons connected by lines, including symbols for a book, a thumbs-up, a musical note, and a laptop. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DE AUTOR, CULTURA E ARTE

CAPÍTULO 5



DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À CULTURA

Micaela Barros Barcelos Fernandes¹

RESUMO: O presente artigo analisa a relação entre os Direitos Autorais e o Acesso à Cultura. O trabalho foi dividido em seis partes: (i) a cultura e o patrimônio cultural são identificados como bens comuns, de interesse de toda a coletividade. (ii) panorâmica do tratamento aos direitos culturais na ordem brasileira, em que são evidenciadas as tensões entre diferentes interesses, ora passíveis de convivência sem maiores dificuldades, ora sujeitos a conflito. (iii) os direitos autorais são apresentados como possível forma de tratamento dos bens culturais. (iv) as restrições à exclusividade. (v) a questão da flexibilização da exclusividade proprietária conferida ao titular da criação autoral, apesar de reduzir os impedimentos ao acesso aos bens culturais pela coletividade, não garante que o acesso ocorrerá, em pleno atendimento da função social da propriedade; (vi) empreende uma ponderação sobre o quanto o sistema em vigor de proteção aos direitos autorais, que funcionou, mesmo que sob críticas, por certo tempo, ainda é capaz de adequadamente compor os diferentes interesses em jogo na era digital. Com efeito, tanto os criadores e titulares não têm obtido a proteção que recebiam antes das mudanças disruptivas ocorridas no final do século XX e início do XXI, quanto a coletividade vem recebendo, em resposta, uma legislação mais restritiva, que contraria seus interesses, a despeito de pouco eficaz.

Palavras-chave: direitos autorais, acesso à cultura, patrimônio cultural, bens culturais.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo trazer elementos para o entendimento da relação entre os direitos autorais e o acesso à cultura, tendo sido dividido em seis partes.

Na primeira, a cultura e o patrimônio cultural são identificados como bens comuns, de interesse de toda a coletividade. A liberdade de criação e o acesso a bens culturais foram incluídos entre os direitos fundamentais consagrados em nossa ordem jurídica. É destacado que o tratamento jurídico à cultura, como bem comum que é, a despeito de seguir lógica proprietária ou não, impõe a preocupação com o acesso por todas as pessoas.

Na segunda parte é feita uma apresentação panorâmica do tratamento aos direitos culturais na ordem brasileira, em que são evidenciadas as tensões entre diferentes interesses, ora

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1997), pós-graduação em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/RJ (1999), mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica (curso concluído em 2003) e mestrado em Empresa e Atividades Econômicas (curso concluído em 2017), ambos pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (início em 2017).

passíveis de convivência sem maiores dificuldades, ora sujeitos a conflito. Ante a complexidade dos interesses, impõe-se ao intérprete equilibrar a medida de cada tutela nos casos concretos.

Na terceira, os direitos autorais são apresentados como possível forma de tratamento dos bens culturais. Os bens objeto da criação humana são sujeitos a diferentes regimes, e os direitos autorais foram formulados para viabilizar a composição de interesses individuais e coletivos, na medida em que conferem exclusividade, mas também restrições aos titulares, em um sistema de incentivos e compensações.

Na quarta parte, são tratadas as restrições à exclusividade. Os direitos autorais, instrumentais que são, se funcionalizam apenas na medida em que atendem aos valores contemplados na Constituição. As restrições consistem principalmente em limitações ao direito de autor autorizadas pela lei durante a vigência da exclusividade e na perda da exclusividade, após a vigência do período de proteção, pelo regime do domínio público.

Na quinta seção, chama-se atenção para o fato de que a flexibilização da exclusividade proprietária conferida ao titular da criação autoral, apesar de reduzir os impedimentos ao acesso aos bens culturais pela coletividade, não garante que o acesso ocorrerá, em pleno atendimento da função social da propriedade. São, então, abordados os papéis dos particulares e, sobretudo, dos órgãos integrantes do Poder Público na viabilização do acesso e no cumprimento dos deveres que lhes são impostos para a promoção da cultura e proteção do patrimônio cultural, tendo em vista principalmente o princípio da pluralidade.

Por fim, no sexto e último item do trabalho, pretende-se trazer alguma ponderação sobre o quanto o sistema em vigor de proteção aos direitos autorais, que funcionou, mesmo que sob críticas, por certo tempo, ainda é capaz de adequadamente compor os diferentes interesses em jogo na era digital. Com efeito, tanto os criadores e titulares não têm obtido a proteção que recebiam antes das mudanças disruptivas ocorridas no final do século XX e início do XXI, quanto a coletividade vem recebendo, em resposta, uma legislação mais restritiva, que contraria seus interesses, a despeito de pouco eficaz.

1 CULTURA E PATRIMÔNIO CULTURAL: BENS COMUNS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPORTÂNCIA DA GESTÃO PARA O ACESSO

Toda pessoa, no meio em que inserida, se influencia pelo meio e também influencia o meio em que vive, sendo a experiência cultural determinante na construção da própria identidade e condição para o desenvolvimento da personalidade. Os bens culturais produzidos no seio de um grupo social, como qualquer produto de manifestação cultural, revelam muito sobre o seu contexto histórico e a forma de viver das pessoas.

Embora se possa escolher, conforme os valores fundantes de cada sociedade, que destinação deve ser dada aos bens culturais², o fenômeno cultural não é, em si, apropriável,

² Na ordem brasileira, em função da característica amplamente reconhecida da cultura como essencial à formação da personalidade e ao sentimento de pertencimento social, hoje entendida como direito fundamental, e não apenas por-



titularizável, por quem quer que seja. A cultura não pode ser entendida como um bem público, no sentido de pertencente ao Estado, tampouco privado, titularizada por um indivíduo ou grupo de indivíduos em particular, destinando-se, ao revés, ao proveito geral de todos, inclusive para intermediação das relações humanas. Cultura, assim como o conhecimento, e outros bens de interesse geral da coletividade, como muitos ligados à natureza e ao meio ambiente (por exemplo, florestas, mares, entre outros) se encaixam melhor na definição do que se costuma chamar de bens de uso comum em geral, ou simplesmente bens comuns, na literatura estrangeira identificados como *common pool resources*³ ou *commons*⁴, cuja característica básica é a necessidade comum de acesso e uma escassez relativa, na medida em que há possibilidade de a dominação por alguns excluir a fruição dos demais.

Os bens comuns, diante de sua importância para todo o grupo social, devem estar sujeitos a outra lógica que não a proprietária⁵ (ainda que esta tenha sido já bastante flexibilizada ao longo do século XX, especialmente com o instituto da função social). O que é mais importante em relação a esta espécie de bens não é o seu pertencimento, mas sim sua gestão, que deve garantir o acesso por todos, inclusive pelas gerações futuras, exigindo um tratamento jurídico não de exclusividade, mas no sentido da solidariedade. É justamente para que seja garantido o acesso e melhor aproveitamento, a regulação jurídica se impõe⁶.

Assim, na gestão destes bens, diferentes arquiteturas de regulação são formuladas e implementadas, mas é preciso analisá-las e interpretá-las (e eventualmente reformulá-las de tempos em tempos) sempre com base na premissa da busca da melhor solução de acesso pela

que expressamente presente o reconhecimento desse status no texto constitucional, mas também em razão da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, valor supremo em nossa normativa constitucional. Neste sentido: *do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana.* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág. 577.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013. Pág. 365.

⁴ HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. In: **Science** 13 Dec 1968: Vol. 162, Issue 3859, Págs. 1243-1248 DOI: 10.1126/science.162.3859.1243. Disponível em: <https://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁵ Por merecerem tratamento especial, justificaram, por exemplo, a criação em 2007, da Comissão Rodotà na Itália, instalada por iniciativa do governo daquele país, para redação de proposta de alteração no regime jurídico de bens públicos no Código Civil Italiano. A Comissão apresentou novas perspectivas sobre a teoria dos bens, promovendo a renovação da pesquisa jurídica para um aproveitamento compartilhado e sustentável dos chamados bens comuns, independente da lógica proprietária.

⁶ *Neste passo, ainda que se possa defender – ao menos num plano teórico – a ideia de bens sem propriedade (portanto, um lugar do não direito, em que certos bens seriam inapropriáveis por quem quer que seja, inclusive o Estado) ou bens de propriedade difusa (conceito de difícil construção), é certo que os bens comuns serão sempre titularizados. Eles podem pertencer ao Estado ou, mesmo, ao particular. O que neles importa é o acesso, e esse acesso é construído de tal maneira que será vedado seu uso exclusivo, com também sua comercialização: como estes bens estão voltados à satisfação das necessidades primárias da coletividade, e assim servem para efetivar os direitos fundamentais, sua vexata quaestio não é a da apropriação, mas do seu uso e funcionamento.* CORTIANO Jr., Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Notas para o estudo sobre os bens comuns. In *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* Curitiba, 2016, vol. 9, n. 15, Jul.-Dez. Pág. 155.



coletividade⁷. O artigo 98 do Código Civil brasileiro, por exemplo, anuncia que são públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, e logo em seguida, o artigo 99, I, determina que são bens públicos os de uso comum do povo, enumerando, em rol não taxativo, rios, mares, estradas, ruas e praças. Embora estes bens sejam arrolados como públicos, o Estado não pode dispor destes bens como se fosse titular de um direito real de propriedade. Ele pode – e deve – regular seu uso e acesso, para que todos tenham a possibilidade de fruição dos bens comuns. Assim como a apropriação individual por quem quer que seja, o acesso indiscriminado também pode disfuncionalizar o bem comum.

Com relação à cultura e aos bens resultantes da produção cultural, a regulação jurídica vigente no ordenamento brasileiro é complexa e tem se mostrado insuficiente para fazer frente aos desafios da atualidade. Os direitos culturais se incluem entre os fundamentais de todas as Constituições democráticas, mas, se no século XIX seu supedâneo principal era a garantia da liberdade de expressão, a partir do século XX, sob a influência do Estado social, os direitos culturais passaram a ser vistos também como meios de transformação da condição humana, exigindo, para serem efetivos, um comportamento não apenas passivo do Estado, no sentido de respeito às liberdades individuais, mas também ativo, para promoção e desenvolvimento do patrimônio cultural.

Sem o acesso à cultura não é possível a inclusão social, o exercício da cidadania ou o fortalecimento da democracia, tampouco a própria produção ou a manifestação cultural, que somente são viáveis com acesso e fruição de bens culturais. Da perspectiva dos direitos culturais, portanto, a regra jurídica deve ser o acesso, e a restrição uma exceção, porquanto afete negativamente a participação e o efetivo exercício de direitos fundamentais⁸.

O arcabouço jurídico que garante o acesso é, em si, também uma realização cultural. A Constituição é reflexo da coletividade em determinado espaço e tempo, importando o seu contexto histórico para sua melhor compreensão e aplicação⁹. Direito e cultura interrelacionam-se, portanto, ambos se constituem e limitam reciprocamente.

⁷ *Na experiência brasileira, o aprofundamento da teoria dos bens comuns parece representar oportunidade para a retomada da agenda – ainda crucial após quase trinta anos da Constituição de 1988 – relacionada à efetividade dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à garantia de acesso aos bens essenciais para o exercício destes direitos. Sob a perspectiva internacional, busca-se enfatizar a relação entre a pessoa (e seus direitos) e os bens, mediante a construção de mecanismos jurídicos que efetivamente propiciem o acesso e a participação quanto aos bens necessários à satisfação das necessidades da pessoa humana.* TEPEDINO, Gustavo. Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, Pág. 11.

⁸ SOUZA, Allan Rocha de. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. Págs. 97-98.

⁹ *“a Constituição não se reduz a um documento jurídico; ela envolve todo um conjunto cultural, é expressão de uma nova situação cultural dinâmica, meio de auto-representação cultural de um povo, espelho do seu legado e fundamento da sua esperança”.* MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais culturais e direitos de autor – breve nota. In VICENTE, Dário Moura et al (coord.) **Estudos de direito intelectual em homenagem ao prof. Doutor José de Oliveira Ascensão**. 50 anos de vida universitária. Coimbra: Almedina, 2015. Pág. 308.

2 PANORAMA DO TRATAMENTO AOS DIREITOS CULTURAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. PAPEL DOS DIREITOS AUTORAIS

Em nossa ordem constitucional, os direitos culturais se incluem entre os fundamentais, o que significa dizer que são dotados de eficácia normativa imediata¹⁰, portanto direta, tanto vertical quanto horizontalmente. A eficácia normativa direta impõe que os princípios e comandos previstos na Constituição não dependam da intermediação de leis infraconstitucionais para incidirem sobre todas as relações jurídicas. A eficácia vertical impõe a todos os órgãos estatais, dentro de suas esferas de atuação e competências, a busca da concretização das normas de proteção, determinando comandos de atuação positiva, não apenas para respeitar passivamente o direito fundamental à liberdade, mas para atuar com vistas à proteção dos direitos assegurados pelas normas constitucionais¹¹. A eficácia horizontal impõe que também os particulares não fiquem isentos do dever de agir em conformidade com os valores constantes do quadro constitucional. Assim, ainda que possuam interesses individuais próprios a preservar, todos os indivíduos se submetem, na avaliação do merecimento de tutela feita pelo intérprete e aplicador da lei, também a outros interesses e valores consagrados na Constituição.

Por amparar múltiplos e complexos interesses, a Constituição alberga a tensão entre direitos fundamentais conflitantes¹², inclusive no que tange à cultura: de um lado, a liberdade de expressão de cada pessoa, que resulta na criação de bens culturais, incluindo o direito que tem o autor de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade e o direito ao reconhecimento de sua titularidade da obra, com proteção à injusta usurpação por terceiros; de outro, o direito à informação de toda a coletividade, ao acesso ao conhecimento e à cultura, inclusive para o exercício também por cada um de sua própria liberdade¹³.

Em nosso quadro constitucional, o artigo 5º consagra, portanto, a tutela dos interesses individuais dos autores de criações, conferindo os incisos XXVII, XXVIII e XXIII proteção material, de natureza patrimonial, aos criadores¹⁴, que lhes confere exclusividade, definida, por força dos

¹⁰ Artigo 5º (...) §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹ Como fundamentais, os direitos culturais impõem deveres prestacionais do Estado não só através de ações negativas, isto é, dever de abstenção em situações que impliquem em cerceamento dos direitos culturais, mas também via ações positivas: do Legislativo na elaboração de leis que densifiquem a proteção prevista na Constituição, do Executivo na formulação e implementação de políticas, e do Judiciário na interpretação de normas de forma a não esvaziar os direitos fundamentais culturais.

¹² O regime democrático conduz ao poder legislativo representantes de variados interesses, produzindo, por consequência, normas que devem ser unificadas através da atividade de interpretação. Dai a didática expressão "constituição compromissória". CLEVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (org.). **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Pág. 36.

¹³ BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Pág. 593.

¹⁴ 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;



tratados assinados pelo Brasil, como propriedade¹⁵, ainda que intelectual. Também o artigo 5º, XXII¹⁶, que tutela a propriedade, protege os interesses patrimoniais dos criadores.

Ainda com referência a interesses individuais, os direitos morais relacionados à criação cultural são protegidos por outros dispositivos, sobretudo os incisos IX e X¹⁷. O primeiro assegura a liberdade de expressão intelectual e artística, bem como tutela a liberdade de pensamento e sua manifestação, como projeção da personalidade, e o segundo, ao prever a responsabilização por dano moral a quem ofenda, entre outros valores existenciais relacionados à personalidade, honra e imagem, projeta-se na criação de cada pessoa, tutelando, por via reflexa, o direito à integridade da obra. Também o artigo 220 e seus parágrafos¹⁸ reforçam a proteção individual do criador, ao expressamente tutelar a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, vedando a censura de natureza política, ideológica e artística.

Com relação aos interesses coletivos, a Constituição tem uma seção específica para o tema da cultura, consagrando os artigos 215¹⁹, 216²⁰ e 216-A²¹ a garantia de acesso às fontes

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;

¹⁵ Embora haja na doutrina controvérsia sobre a natureza da proteção. Por todos, ver José de Oliveira Ascensão, para quem o direito autoral tem natureza de exclusiva, mas não propriedade. ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa "propriedade" intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20/2007, págs. 243 - 261, jul./dez. 2007.

¹⁶ Art. 5º (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

¹⁷ Art. 5º (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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;

¹⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

¹⁹ 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.

(...)

²⁰ 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.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

(...)

²¹ Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e

de cultura e estabelecendo uma série de ações que densificam o dever estatal na atuação para promoção do desenvolvimento dos bens culturais e preservação do patrimônio cultural.

Além dos dispositivos constitucionais, também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento de referência no sistema de proteção internacional dos direitos humanos²², em seu art. 27²³, tutela tanto interesses coletivos quanto individuais, ao prever, no inciso 1, o direito de cada indivíduo participar livremente na vida cultural da comunidade e, no 2, o direito de cada autor à proteção dos seus direitos morais e materiais em relação à obra.

Ainda no plano internacional, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Sociais de 1966, formalmente incorporado à ordem brasileira²⁴, confirma em seu artigo 1º²⁵ o direito de autodeterminação de todos os povos e o direito de livremente assegurarem seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Em seu artigo 27²⁶, afirma o direito de todos, notadamente as minorias, de não serem privadas de sua própria vida cultural.

Há, portanto, uma gama de direitos e deveres que se entrelaçam para fomentar e promover o desenvolvimento cultural e o acesso aos bens culturais. Remetendo-se à classificação do professor da Universidade de Lisboa, Vasco Pereira da Silva²⁷, os direitos culturais consagram (1) direitos subjetivos fundamentais, entre os quais de criação e de fruição cultural, de participação nas políticas públicas de cultura, estes de caráter geral, e os direitos de caráter especial de autor, e de fruição do patrimônio cultural; (2) o dever dos particulares na defesa e valorização

permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

(...)

²² Embora concebida como declaração de princípios, portanto sem apresentar força vinculante, integra, no mínimo, o chamado *soft law*, em função de seus valores orientarem a formulação de políticas internacionais e internas dos países membros da ONU, bem como a interpretação de tribunais internacionais, sendo lida por alguns intérpretes como verdadeira norma de costume internacional de proteção aos direitos humanos.

²³ Artigo 27º

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.

²⁴ A incorporação se deu com a aprovação, pelo Congresso Nacional, do texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12-12-1991, seguida da promulgação por meio do Decreto nº 592, de 06-07-1992, e, considerando a natureza dos direitos nele consagrados, com força constitucional material, mesmo que não aprovado pela maioria prevista no § 3º do Artigo 5º, nos termos da Emenda Constitucional 45, inclusive porque bem anterior a ela.

²⁵ Artigo 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

²⁶ Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

²⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito**. Coimbra: Almedina, 2007. Págs. 68 a 70.



do patrimônio cultural; e (3) vários deveres do Estado, de atuação dos poderes públicos, para concretização dos direitos subjetivos.

Neste vasto contexto de proteção aos direitos culturais, os direitos autorais compõem um conjunto de mecanismos previstos para tutela de certos interesses, estes conectados a um conjunto amplo de direitos fundamentais relacionados à cultura²⁸. Sob uma perspectiva funcional, isto é, que se propõe a entender para que servem e, em consequência, melhor interpretar e aplicar suas previsões, os direitos autorais foram desenvolvidos como solução para a tutela de certos produtos da criação humana, não todos, e protegem as expressões (mas não as ideias) da criação cultural.

Argumentos justificadores dos direitos autorais foram desenvolvidos conforme diferentes abordagens de suas funções, resultando em quatro teorias principais²⁹, as quais impactam na forma como os direitos autorais são compreendidos, regulados e, principalmente, interpretados e aplicados: (i) utilitarismo, pelo qual, os legisladores, ao desenharem o arcabouço jurídico para proteção da criação humana, devem buscar a maximização do bem estar coletivo, através da soma das satisfações individuais. Busca-se, com base nas premissas desta teoria, o equilíbrio, de um lado, entre o poder dos direitos de exclusividade, para estimular mais criações, e do outro, uma compensação que permita o acesso às criações; (ii) compensatória, pela qual os direitos autorais devem remunerar o autor pelo seu trabalho, tendo em vista que ele tem um direito natural de fruição dos seus esforços que deve ser respeitado pelo Estado e a coletividade; (iii) promocional dos direitos de personalidade, pela qual os direitos autorais são cruciais para a satisfação da necessidade fundamental de autodeterminação do ser humano, devendo o arcabouço jurídico permitir que os criadores manifestem sua vontade e autonomia da melhor forma possível; e (iv) teoria do planejamento social (*social planning theory*), pela qual os direitos autorais devem ser criados para ajudar a promover um ambiente cultural justo e atraente para a sociedade. Esta abordagem leva em consideração mais a coletividade do que o indivíduo, tal como a utilitarista, mas dela difere por ter como premissa uma sociedade cujo ambiente cultural não seja apenas a soma do bem-estar dos indivíduos que resulta no bem-estar coletivo. Por esta perspectiva, os direitos autorais devem ser vistos como ferramenta para a construção de uma sociedade mais plural e participativa.

Todas as teorias trazem justificativas para a proteção dos direitos autorais, e em alguma medida todas são utilizadas na construção do arcabouço jurídico por cada país, com variações de peso nos argumentos, conforme os valores preponderantes na ordem jurídico-social, mas sempre impactando os direitos culturais³⁰. Não obstante as distinções locais, deve-se reconhecer que cada

²⁸ Os direitos culturais são mais abrangentes, há aspectos deles estranhos aos direitos autorais, como a proteção a monumentos e ao patrimônio cultural, que impõe cooperação entre os distintos órgãos do Poder Público, que conta com vários instrumentos possíveis, como inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação (conforme o artigo 215, § 1º da Constituição). A relevância da proteção ao patrimônio cultural brasileiro é tão grande a ponto de receber tratamento também em sede criminal, tipificando os artigos 165 e 166 do Código Penal as condutas que desrespeitam e ofendem a integridade do patrimônio artístico arqueológico ou histórico nacional.

²⁹ FISCHER, William. **Theories of Intellectual Property**. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/ip-theory.pdf>. Acesso em: 08-04-2018.

³⁰ *Os direitos autorais são justificados e funcionalizados em razão dos direitos culturais desde o seu surgimento histórico. Sua justificativa atual é complementada pelo elemento pessoal que assegura a manutenção do vínculo entre autor e obra, com algumas outras consequências desta ordem. O próprio vínculo pessoal de paternidade tem uma função cultural pública, pois permite a identificação do autor de determinada obra, enriquecendo o conjunto de referências culturais e auxiliando na compreensão do contexto sócio-histórico-cultural da manifestação, também relevante do ponto de vista da memória. Os aspectos econômicos são igualmente elementos de justificação dos*



vez mais os sistemas de proteção estão convergentes, especialmente após o acordo TRIPS³¹, que aumentou a aproximação do tratamento jurídico do tema da criação intelectual em diferentes partes do mundo³², com reflexo também nos direitos autorais.

O Brasil, justamente em função dos compromissos internacionalmente assumidos quando da adesão ao TRIPS, aprovou a Lei n. 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, a chamada Lei de Direitos Autorais (ou LDA), que consolida a legislação sobre direitos autorais na ordem interna. Atualmente, nossa arquitetura jurídica para proteção dos direitos autorais segue lógica proprietária, prevendo o artigo 7º da LDA que todas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, são obras intelectuais protegidas. O rol é amplo e inclui obras literárias, artísticas, dramáticas e dramático-musicais, coreográficas, composições musicais, audiovisuais, fotográficas, desenhos, pinturas, esculturas e obras plásticas, entre outras.

Assim, sem prejuízo das considerações sobre qual a configuração ideal de proteção, inclusive iniciativas legais para o tratamento dos bens culturais como bens comuns (portanto em categoria distinta das dos bens privados ou públicos) há que se partir do entendimento de que, de *lege lata*, há proteção às criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, a qual, não obstante, não deve impedir, sob as circunstâncias previstas em nossa ordem constitucional, o acesso aos bens culturais de uso comum, caso, na tensão entre os direitos fundamentais, fique caracterizada a prevalência do direito ao acesso³³.

Toda obra cultural, por expressiva que seja de uma personalidade subjetiva única, é também expressão e representação cultural de uma dada coletividade e por isto mesmo não pode existir ensimesmada, para uso e fruição exclusiva do autor, destinando-se a ser divulgada para propiciar aproveitamento por outros. Ainda que personalíssima, a obra se destaca do seu criador, e deve-se ter o cuidado para que o argumento da irradiação da personalidade não acarrete em disfunções no acesso à participação cultural.

direitos autorais, na medida em que o utilitarismo está mesmo na base da elaboração inicial destes direitos, e que é complementado pela visão lockeana de remuneração pelo trabalho despendido. SOUZA, Allan Rocha de. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. Págs. 131-132

³¹ *The Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português, o "Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio", mais conhecido como Acordo do TRIPS, ou simplesmente TRIPS, é um tratado internacional integrante de um conjunto de acordos assinados em Marraqueche em 1994, que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). O Acordo de criação da OMC é o tratado mais amplo já firmado até hoje com relação ao comércio internacional (atualmente, conta com 156 países-membros), sendo esta organização intergovernamental responsável pela aplicação e administração de todos os acordos multilaterais firmados no seu âmbito. Embora tenha apenas 16 artigos, contém numerosos entendimentos incluídos em seus anexos, entre eles o Acordo do TRIPS. O Brasil, também signatário do Protocolo de Marraqueche, internalizou a ata final com os resultados da Rodada do Uruguai através do Decreto Legislativo nº 30, de 15-12-1994 e do Decreto nº 1.355, de 30-12-1994.

³² Basicamente, os direitos reconhecidos por todos os países aderente são TRIPS são os de reprodução e, para as obras compatíveis com execução, os de execução pública. O Brasil reconhece, entretanto, outros, todos arrolados no artigo 29 da LDA, e ainda, os direitos morais, tratados nos artigos 24 a 27 da LDA.

³³ Robert Alexy lembra que direitos fundamentais são princípios e, nessa medida, são mandados de otimização, não havendo critérios para que se estabeleça uma ordem definitiva de precedências dos princípios, os quais representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 104.



Ademais, o tratamento em cada situação jurídica deve ser conforme a natureza do interesse. A proteção aos direitos individuais patrimoniais é conferida efetivamente ao investimento, não à identidade, personalidade e outros direitos morais do autor, que inclusive são irrenunciáveis. Nada impede, portanto, que na ponderação de interesses feita pelo intérprete, os direitos patrimoniais sequer sejam reconhecidos, ou cedam espaço a outros interesses, e ainda assim os direitos morais sejam reconhecidos, e qualquer violação a estes seja devidamente ressarcida, mas de acordo com a avaliação concreta de cada caso.

Direitos individuais morais e materiais tutelam interesses de espécie absolutamente distinta, os primeiros de natureza existencial, e os segundos, patrimonial, para os quais o ordenamento confere diferentes esferas de proteção³⁴.

3 DIREITOS AUTORAIS COMO ARQUITETURA POSSÍVEL DE GESTÃO DOS BENS CULTURAIS

Os esquemas ou arranjos institucionais possíveis para regulação das possibilidades de uso, fruição, e gerenciamento dos bens reconhecidos pelo Direito podem ser vários. Com relação aos bens culturais, em função da arquitetura da regulação, pode-se reduzir ou estimular o acesso a bens culturais, e em consequência ao próprio desenvolvimento da cultura.

Na ordem jurídica brasileira, o sistema de sanções – negativas e positivas – deve funcionar com o objetivo de assegurar da melhor forma possível o desenvolvimento da cultura, conjugando a proteção a interesses individuais e coletivos que se tensionam, em conformidade com os valores consagrados na Constituição. Neste contexto, é fácil perceber que os direitos autorais não atendem a um único interesse, há vários vetores que contribuem para a criação e proteção de bens da criação humana, devendo todos ser considerados pelos intérpretes e operadores do direito.

Para atingir os fins de tutela destes direitos, sobre os bens culturais foi formulado um sistema que produz escassez³⁵, de forma a criar incentivos para as diferentes partes interes-

³⁴ A título de exemplo, tome-se o julgamento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que uma editora foi condenada a indenizar um grafiteiro em R\$20 mil por danos morais, em virtude de haver atribuído erroneamente um grafite de sua autoria a outro artista. No caso em questão, uma revista do grupo da ré publicou imagens obtidas em espaço público na cidade de São Paulo (o Beco do Batman, ponto turístico conhecido por seus grafites) em um editorial de moda, citando equivocadamente o nome de dois grafiteiros como criadores de uma obra parcialmente reproduzida ao fundo de uma das fotos, quando o correto era o do autor da ação. Embora a decisão tenha negado o reconhecimento de direito material ao autor, que havia argumentado suposta utilização indevida de obra artística, tendo em vista se tratar justamente de uma limitação ao direito de exclusividade prevista na legislação brasileira, reconheceu que houve dano moral em virtude da errada atribuição da paternidade da obra. TJSP. 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1034084-79.2015.8.26.0100. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani

³⁵ “Os bens intelectuais não são raros. Como dissemos, são ubíquos e inesgotáveis. São passíveis de utilização cumulativa por todos, sem constrangimento para ninguém. Cabem assim na liberdade natural. Portanto, naturalmente, não seriam objeto de apropriação. Assim se viveu durante milênios, desde o aparecimento do homem até à invenção da imprensa. A proteção do investimento que passou a ser necessário levou à criação de privilégios e subsequentemente, ao instituto dos direitos de autor; e após isso aos outros direitos intelectuais, pela evolução atrás assinalada. Como é possível essa atribuição, se os bens intelectuais não são raros? Pela intervenção da regra jurídica, que

sadas, catalisando os interesses em prol de maior desenvolvimento. Por paradoxal que pareça, é justamente a escassez produzida um estímulo para o investimento na criação. Com base em lições retiradas da economia³⁶, reconhece-se que o uso comercial dos bens culturais gera possibilidade de novas criações, em benefício não só dos investidores, mas dos criadores e da própria sociedade³⁷.

Sem a escassez produzida pela regra jurídica, haveria um espaço total de liberdade de uso dos bens objetos de criação por todos, um verdadeiro baldio para uso coletivo, mas, em primeiro lugar, menos estímulo à produção de novas criações, na medida em que os criadores saberiam que não poderiam tirar qualquer proveito econômico de suas obras, assim como os investidores potenciais seriam desestimulados a atuar neste mercado³⁸. Em segundo lugar, não necessariamente o fato da não exclusividade constitui garantia de acesso pela coletividade às obras criadas. O que garante o acesso não é simplesmente a retirada de direitos de exclusividade, mas a efetiva realização de políticas de divulgação das obras e promoção do acesso³⁹.

rarifica artificialmente bens que não são raros. Procede-se tecnicamente através de regras proibitivas, que excluem a generalidade das pessoas do exercício daquela atividade. Todos, menos aquele que se quer beneficiar. Como todos os outros são afastados, este passa a usufruir de um círculo em que pode atuar sem concorrência. Esta é a técnica do exclusivo. Consiste em rarificar atividades que naturalmente seriam livres – o que é muito nítido em sociedades dominadas pelo princípio da liberdade de iniciativa econômica. Tornada rara, a atividade fica reservada para a pessoa beneficiada". ASCENSAO, José de Oliveira. A pretensa "propriedade" intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20/2007, págs. 243 - 261, jul./dez. 2007.

³⁶ A economia jamais pode ser a única perspectiva para regulação de qualquer instituto ou objeto de tutela jurídica, mas traz importantes contribuições com relação ao comportamento das pessoas, sobretudo agentes econômicos, em vista de incentivos ou desincentivos a comportamentos relacionados à produção e circulação de bens, as quais influenciam na arquitetura da regulação jurídica.

³⁷ Cabe sempre a reflexão crítica quanto à eficiência dos mecanismos de incentivo, isto é, se eles, tal como existentes, efetivamente contribuem para a promoção e desenvolvimento cultural. É possível ponderar se o arcabouço jurídico-econômico atual, que atende à lógica de mercado, acaba maximizando ou minimizando a inovação, na medida em que, de um lado, os agentes financiadores de fato investem em novas criações porque recebem proteção de exclusividade para delas tirar proveito econômico, mas, por outro lado, tendem a investir em oportunidades limitadas de criação, sobretudo apenas naquelas que assegurem retornos econômicos imediatos ou maiores. Devem ser consideradas muitas variáveis. Ainda assim, o incentivo ao investimento privado, mesmo que limitado em seu escopo, pode ser desejável, na medida em que contribui para desonerar o Estado de algumas tarefas, permitindo-lhe focar em outras que não sejam satisfatoriamente desincumbidas pela lógica do mercado. Cabe, enfim, a consciência de que há muitos interesses na proteção à cultura, conforme os valores expressos em nossa ordem constitucional, a qual expressamente consagra a diversidade no artigo 215, 3º, V, e no artigo 216-A, § 1º, I. Além dos incentivos econômicos, sempre cabe lembrar, outros sempre devem ser sopesados e colocados em prática, buscando-se um nível ótimo de aproveitamento e conformidade com os valores constitucionais vigentes.

³⁸ *Nas situações em que a criação é estimulada ou apropriada pelo mercado, duas hipóteses foram sempre suscitadas: ou da socialização dos riscos e custos incorridos para criar; ou a da apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma exclusividade artificial, como a da patente, ou do direito autoral, etc. (...) Por que exclusividade, e por que artificial? Por uma característica específica dessas criações (...): a natureza evanescente desses bens imateriais. Quando eles são colocados no mercado, naturalmente se tornam acessíveis ao público (...), a informação insita na criação deixa de ser escassa, perdendo a sua economicidade. As características desses bens são apontadas pela literatura: (...) não-rivalidade. Ou seja, o uso ou consumo do bem por uma pessoa não impede o seu uso ou consumo por outra pessoa (...); não-exclusividade: (...) salvo intervenção estatal ou outras medidas artificiais, ninguém pode ser impedido de usar o bem. Assim, é difícil coletar proveito econômico comercializando publicamente no mercado (...) Como consequência, o livre jogo de mercado é insuficiente. BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Págs. 479-480.*

³⁹ *Para que um baldio tenha sentido social, é preciso que seja usado como pasto, e semeado, e adubado, de forma solidária e constante, com mais atenção ao valor social do que privado da criação. Ibidem. Pág. 613.*



Se, de um lado, negar o caráter econômico aos bens culturais é ingênuo e desconectado com a realidade em uma economia de mercado, em que cada pessoa age também em função dos incentivos e desincentivos que recebe no meio em que se insere, por outro, atribuir-lhe peso exclusivo é mercantilizar o que não é mercantilizável. O mercado contribui com seus investimentos e cria filtros naturais, ao consumir mais de um certo tipo de obra do que outros, mas não obsta a atuação de outros fatores, inclusive porque, ainda que fosse o único condicionante para a criação cultural, não seria capaz de garantir um fluxo contínuo de criações e aproveitamento pela coletividade ou, em linguagem econômica, fornecer uma solução eficiente ao problema de distribuição de bens.

Deve-se buscar o equilíbrio. Da mesma maneira que um sistema que não ofereça nenhuma proteção para os criadores desestimula a criação⁴⁰, o extremo oposto também produz efeitos deletérios. Um sistema legal que seja excessivamente protetivo aos direitos autorais, além de não equilibrar adequadamente os interesses coletivos, podendo inclusive estimular violações, se torna na prática também desinteressante ao criador e potenciais investidores, pois os custos de tutela e execução dos seus direitos podem se tornar tão altos que inviabilizam o investimento na criação.

A regulação jurídica deve, portanto, em primeiro lugar, estimular a criação, reconhecendo seu papel para a sociedade, mas não a subtutelando nem supertutelando, propiciando meios para um contínuo investimento para a criação cultural. A intervenção regulatória deve ser para que, uma vez assegurado um nível ótimo de proteção, se equilibrem os interesses individuais e coletivos e as obras possam ser utilizadas da melhor maneira, seja na vigência da proteção, assegurando algum retorno aos investimentos, seja após o encerramento do período de exclusividade, garantindo a divulgação e amplo acesso, mas também a proteção ao bem para sua preservação e aproveitamento pela coletividade pelo maior prazo possível.

Em suma, o tratamento jurídico dado ao bem comum que é a cultura impacta diretamente no seu aproveitamento. O fato de um bem comum ser tratado como não titularizável não assegura o seu acesso por todos, apenas impede sua exclusão da possibilidade de acesso. Os direitos autorais, portanto, ao atribuírem titularidade e exclusividade, devem ser entendidos como um instrumento para o atingimento de determinados fins, entre os quais, a justa remuneração dos titulares das criações e o acesso pela coletividade aos bens objeto de criação cultural. A arquitetura proprietária dos direitos autorais é uma solução possível, mas não a única, e foi desenvolvida sob a égide da economia industrial, funcionando (ainda que alvo de críticas) por bastante tempo⁴¹.

⁴⁰ Embora, reitere-se, o incentivo econômico não seja o único incentivo à criação. Há motivações pessoais, sejam de ordem cultural, religiosa, política, que levam as pessoas a criar, e embora o fator econômico muitas vezes tenha um peso enorme, ele não é o único a incidir para a criação de uma obra, e a interferir no seu resultado final.

⁴¹ Embora cada vez mais este funcionamento seja colocado em xeque na atualidade, em contexto de economia pós-industrial, em que o sistema de regulação existente não é mais satisfatório, não dando conta de remunerar os titulares ou de promover adequadamente o acesso à cultura. A reação da indústria de apenas fortalecer as exclusividades parece injusta e ineficaz. De um lado, prazos legais de exclusividade cada vez mais aumentados não contribuem para o acesso à cultura e, de outro lado, a regra de exclusividade parece letra morta, pois, em tempos de Internet e de facilidade de reprodução digital, a efetividade da proteção para muitas obras é quase nula. A este tema voltaremos no item 6 deste trabalho.



4 FUNÇÃO SOCIAL E RESTRIÇÕES À EXCLUSIVIDADE: LIMITAÇÕES E DOMÍNIO PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE OBRA E SUPORTE

Os direitos autorais nasceram patrimoniais, em transformação de antigos privilégios, e no início do século XX, passaram, primeiramente pela França, a abranger também direitos morais⁴². Direitos autorais foram, inicialmente, um direito de exclusividade, no sentido de excluir o uso por terceiros não autorizados, embora em muitas legislações, notadamente as da família da tradição romano-germânica, entre as quais a brasileira, sejam tratados como direito de propriedade. O tratamento proprietário no Brasil traz como consequência a necessária utilização dos bens de acordo com sua função social, consoante os comandos constitucionais consubstanciados nos artigos 5º, XXIII, e 170, III⁴³, justificando a consideração, pelo intérprete, na avaliação de merecimento de tutela em cada caso concreto, também de outros interesses que não o exclusivo do autor ou dos investidores para a criação da obra⁴⁴.

Nos direitos autorais, o princípio da função social da propriedade tempera o direito de exclusividade através de dois mecanismos principais previstos pelo legislador: (i) as limitações aos direitos autorais, no direito brasileiro previstas nos artigos 46 a 48 da LDA⁴⁵, que estabele-

⁴² *A proteção do autor é muito recente. Marca-se o seu início com o Estatuto da Rainha Ana de 1710. Este vem, por sua vez, na sequência dos privilégios de impressão que passaram a ser concedidos após a introdução da imprensa. Os primeiros beneficiários dos privilégios foram os editores: criava-se o exclusivo da reprodução. (...) A Revolução [Francesa] proclamou a abolição de todos os privilégios. Ficariam então abolidos os privilégios concedidos aos autores? (...) Esta passava pelo recurso à propriedade. (...) A propriedade foi atribuída primeiro sobre os escritos e mais tarde generalizada a outros tipos de obras. Só então nasce a propriedade literária, artística e científica, como por largos anos foi designada. Por outro lado, tendo a propriedade sido apresentada como uma reencarnação do privilégio, que era estritamente econômico, não dava espaço a aspectos pessoais. O chamado direito moral de autor demorou um século a despontar.* ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20/2007, págs. 243 - 261, jul./dez. 2007.

⁴³ Art. 5º (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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: (...) III - função social da propriedade;

⁴⁴ “O direito intelectual é por si uma exceção à liberdade geral de utilização das ideias. Como exceção, deve ser parcimoniosamente admitida, com a consciência que é sempre a consideração do interesse coletivo que determina quais os setores que podem ser sujeitos a exclusivo temporário; e quando assim acontecer, qual o âmbito a atribuir a esse exclusivo”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op.cit.*

⁴⁵ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;



cem exceções justificadas aos direitos de exclusividade, conforme as circunstâncias legalmente autorizadas, e (ii) o domínio público, regulado sobretudo pelos artigos 41 e 45 da LDA⁴⁶, cujo efeito principal é a perda do direito de exclusividade do titular sobre a obra.

Os mecanismos flexibilizadores dos direitos autorais, consistentes nas limitações às exclusivas e no domínio público, não se opõem ao livre mercado, muito pelo contrário, são contrapesos importantes para que as relações e fluxos de troca se estabeleçam de forma mais segura e previsível. Como instrumentos da função social, as restrições à exclusividade promovem um fluxo contínuo de criações, aumentando a oferta de criações para a coletividade e incrementando sua competição, em benefício de todos. E por isto há que se avaliar sempre sobre o benefício do aumento ou redução de proteções, estas que podem gerar um desvio da função da exclusividade, a exigir novas formulações políticas e legais.

As limitações são previstas para utilização durante a vigência da exclusividade do titular da obra com relação aos direitos patrimoniais. Elas permitem certos usos por terceiros, mas não todos, a despeito da autorização do titular. O domínio público é muito mais amplo, pois encerra a exclusividade material do titular, permitindo qualquer uso da obra. Embora os direitos morais persistam sempre para o autor, tendo em vista que a obra é projeção de sua personalidade, uma vez entrando em domínio público, as obras e bens culturais passam a integrar o bem comum e não pertencem a ninguém, nem ao titular do suporte da obra, nem ao Estado, que deles não podem dispor livremente.

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

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;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

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.

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

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

⁴⁶ 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.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.



Ressalte-se também que o titular da obra, isto é, do direito autoral sobre ela, não se confunde com o titular do suporte da obra. Por exemplo, a obra não é o quadro em que se coloca uma pintura, mas a expressão artística contida no quadro. Não é, tampouco, o objeto livro, seja ele impresso em papel ou eletrônico, mas a expressão literária, artística ou científica contida no livro. A obra é a expressão do criador que se materializa em algum suporte. O titular da obra será sempre o autor, nos exemplos citados, o pintor ou o escritor, não o adquirente do quadro ou do livro, ou, em relação aos direitos patrimoniais, a quem o criador os tiver transferido (por exemplo, uma editora). Os direitos patrimoniais (apenas estes, pois os morais são inalienáveis e intransferíveis) podem ser transferidos temporária ou definitivamente, parcial ou totalmente. Assim, mesmo o titular do suporte da obra não tem, em regra, direito a reproduzi-la, exceção feita somente ao proprietário de objeto encomendado, nos termos do artigo art. 46, I, c, da LDA, que autoriza a reprodução de retratos ou qualquer representação de imagem, desde que não haja a oposição da pessoa neles representada, ou de seus herdeiros.

Pode acontecer de os direitos autorais e os direitos de propriedade sobre o suporte estarem reunidos em uma só pessoa titular, normalmente quando o autor não transfere a terceiros os direitos sobre a obra, tampouco o suporte onde a fixou, mas o mais comum é que não seja assim. Quando a obra cai em domínio público, o proprietário do suporte continua com sua propriedade física, mas os direitos autorais de natureza material caem, permitindo o uso da obra (portanto reprodução, exploração econômica, etc) por todos, independentemente de quem seja o titular do suporte em que a obra foi fixada.

O titular do suporte pode, no seu dever de cuidado, restringir de alguma forma o acesso à obra, mesmo quando esta já se encontra em domínio público, se comprometida a segurança ou integridade do bem, assim como o Estado também pode fazê-lo, sendo titular do suporte ou não⁴⁷ (por exemplo, reduzindo a exposição de uma obra ao público por motivos de desgaste na presença de luz, ou vedando a reprodução por câmera fotográfica acompanhada do uso de flash), inclusive cobrando pelo acesso, se a cobrança for feita a título de contraprestação pela conservação do bem. Neste caso, o valor respectivo não pode ser elevado a ponto de descaracterizar a natureza da contraprestação, o que corresponderia à mera exploração econômica de um direito autoral patrimonial não existente para o titular do suporte da obra, e não mais existente para o titular do direito autoral⁴⁸.

A mais poderosa ferramenta de acesso a bens culturais é justamente a perda da proteção. A possibilidade de uma obra vir a entrar em domínio público lhe assegura, em princípio, o acesso por todos, o que é especialmente importante, considerando que a LDA não confere muitas exceções à regra da exclusividade conferida aos titulares durante a vigência da proteção autoral. As limitações previstas na LDA são um contrapeso intermediário e importante à exclusividade do titular durante o tempo de vigência dos direitos patrimoniais, mas ainda muito restritivas, e, justamente

⁴⁷ Art. 24 (...) § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

⁴⁸ BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 261.



em função da importância do acesso à cultura, às quais se deve dar interpretação extensiva⁴⁹. Reforçando o consenso sobre esta interpretação aplicável aos direitos do autor, na III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal⁵⁰, realizada em 2019, foi aprovado o Enunciado 115, que diz que “as limitações de direitos autorais estabelecidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88”.

Sem prejuízo da interpretação extensiva que deve ser dada as limitações, somente o domínio público encerra a exclusividade que o titular dos direitos autorais tem sobre a obra, permitindo seu aproveitamento por todos, e ampliando sobremaneira o seu campo de influência sobre a cultura e a formação cultural. Com efeito, as obras amplamente acessadas passam também a estimular a criação de novos produtos culturais, sejam reedições dos originais ou transformações criativas (entre as muitas possibilidades de utilização, tome-se, por exemplo, as adaptações de obras literárias para obras audiovisuais, bastante comuns na indústria cinematográfica).

5 INSUFICIÊNCIA DAS RESTRIÇÕES À EXCLUSIVIDADE E PAPEL DOS PARTICULARES E DO ESTADO NA TUTELA DOS BENS CULTURAIS. PROTEÇÃO À DIVERSIDADE

Na ordem brasileira, a regulação dos direitos autorais deve ser compreendida através de uma interpretação sistemática, levando em conta não apenas sua estrutura, mas também os seus fins, bem como os valores consagrados na Constituição, a qual unifica, na complexidade do ordenamento jurídico, todos os interesses em pauta e legitima o conteúdo das normas infra-constitucionais.

Os direitos autorais incidem na interseção entre interesses individuais e coletivos e, embora a LDA confira uma grande amplitude aos direitos individuais dos titulares, ela também oferece mecanismos de flexibilização da proteção conferida, estes que devem ser, por força do

⁴⁹ Ainda sob a vigência da Lei 5.988/73, antecessora da atual LDA, o STF, em 1989, ao julgar o RE 113.505-1, relativo à possibilidade de uso de trechos de obras originárias de uma emissora televisiva em programa de prêmios artísticos e jornalísticos produzidos por outra emissora, o reconheceu o direito de citação em interpretação extensiva à determinada pela lei à limitação de direitos autorais. Este entendimento não foi superado até hoje, e cada vez faz menos sentido que seja. Neste sentido: *na perspectiva dos direitos culturais, a exclusividade de uso é uma exceção ao direito de acesso à cultura, justificada como um incentivo econômico à criação. (...) espúria a restrição injustificada ou excessiva ao acesso na medida em que os princípios democráticos, pois permite o autoritarismo cultural dos titulares dos bens de acesso restrito. A restrição do acesso provoca a escassez artificial destes bens e possibilita inclusive a constitucionalmente condenada censura de mercado. O aparente conflito entre a liberdade de acesso e sua restrição ser resolvido em favor da liberdade (...)*. SOUZA, Allan Rocha de. *Op. Cit.* Págs. 132-133.

⁵⁰ As jornadas promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal têm por finalidade fomentar o debate sobre temas relevantes no mundo jurídico, para promover, por meio de enunciados amplamente discutidos e votados, seu melhor entendimento conforme as inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Os enunciados aprovados, ainda que não tenham força de norma jurídica, são indicativos importantes para a interpretação por todos os operadores de Direito, revelando o entendimento majoritário das comissões de trabalho compostas por professores e especialistas convidados, bem como por representantes de instituições públicas e privadas, além dos próprios autores de proposições interpretativas.

princípio da função social da propriedade, interpretados de forma extensiva, para o fim de dar concretude ao direito de acesso à cultura, componente necessário para o desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade, que diz respeito, entre outros aspectos, ao uso da língua, e diversos signos de pertencimento a uma comunidade⁵¹.

Há, no contexto de proteção aos direitos autorais, o confronto de uma série de interesses, alguns complementares, outros contrapostos. Por exemplo, entre os direitos de exclusividade do autor da obra e à liberdade de informação por terceiros, assim como o direito de cada pessoa de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade de agir (não apenas como espectador, mas também criador). O direito de acesso aos bens culturais deve ser protegido em virtude de sua dupla função para uso e fruição dos bens de cultura, seja como fim em si mesmo (por apreciação ou crítica), seja como instrumento de novas criações (condição para que se possa produzir, é que se receba cultura, referências que se internalizam e produzem novas significações para o criador)⁵².

O ordenamento é complexo, mas ao mesmo tempo uno, devendo todas as normas incidentes ser levadas em consideração em cada caso concreto e sopesados os interesses envolvidos. Deve haver o balanceamento dos direitos que se tensionam, podendo levar, por exemplo, a situações em que o reconhecimento de um autor por sua participação em obra coletiva não o permite obstar, por mero capricho, a apresentação pública da obra, ainda que sem dúvida lhe seja devida alguma contrapartida, como o pagamento pelo direito patrimonial que corresponda à sua participação⁵³. As restrições são justificadas por razões que devem ser constantemente ponderadas, não podendo nenhuma restrição ultrapassar limites de razoabilidade.

Há que se ter em mente que os direitos autorais servem a determinados propósitos e somente no seu atendimento se justificam. Mesmo os direitos individuais mais fortes são imersos em uma rede de relações sociais. Neste contexto, a funcionalização da propriedade, inclusive com relação aos direitos autorais, não pode ser encarada como um limite a uma liberdade natural ou historicamente ilimitada, mas como uma nova delimitação do próprio conceito, sem a qual o próprio direito de propriedade não poderia ser reconhecido. Se o direito é resultante da investigação de sua estrutura e de sua função, a ausência de cada um dos requisitos impede o reconhecimento da titularidade⁵⁴.

⁵¹ *O direito de acesso revela-se instrumental, pois não se esgota em si mesmo e viabiliza o pleno exercício dos direitos culturais, que, apenas se efetiva com a livre participação na vida cultural, que é o seu núcleo essencial, pois permite a elaboração das identidades pessoais e comunitárias, finalidade precípua destes direitos. Ibidem. Págs. 148-149.*

⁵² *Na medida em que as visões de mundo e sentidos da vida são resultantes das construções simbólicas elaboradas a partir das interações sociais, a exposição às obras artísticas é condição para participação na construção deste universo, dos significados destas obras e para a sua produção. Ibidem. Pág. 26.*

⁵³ Este é exatamente o caso em que uma telenovela seria reprisada, e pessoas que contribuíram com a arte (cabeleireiro e maquiador) queriam impedir a retransmissão, alegando o não pagamento dos direitos que lhes correspondiam. Como a LDA presume que a permissão para publicação de obra é sempre para cada exibição, salvo declaração expressa em outro sentido pelo titular do direito autoral, a retransmissão que não havia sido previamente autorizada acabou podendo ser realizada mediante o pagamento dos direitos autorais. TJRJ. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2.476, julgada em 25/09/1990. Rel. Claudio Lima.

⁵⁴ DANTAS, Marcus; RENTERÍA, Pablo. Notas sobre os bens comuns. In TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 141.



Sob esta perspectiva, as limitações aos direitos autorais não devem sequer ser vistas como exceções. Em verdade, os próprios direitos autorais é que constituem exceção à regra geral de liberdade de acesso ao conhecimento cultural⁵⁵. As limitações, durante a vigência dos direitos autorais, se justificam pelo princípio constitucional da função social da propriedade. A mesma função social justifica também a existência de um prazo para o exercício do direito de exclusividade, findo o qual as obras da criação humana, que sempre integram o patrimônio cultural da coletividade, devem cair em domínio público⁵⁶.

Mas nem as limitações nem a existência do domínio público garantem, por si só, o acesso da sociedade aos bens culturais, apenas impedem a invocação da exclusividade ilimitada pelos titulares contra o interesse público. Assim, caberá, em muitos casos, ao Estado interferir para efetivamente viabilizar o acesso. Se não houver controle funcional algum, o titular pode, eventualmente, manter o bem alheio ao acesso público, mesmo em situação em que a limitação ou o domínio público devem incidir. Por exemplo, um agente econômico mais forte pode se aproveitar do domínio público e tomar para si a utilidade que deveria ser comum a todos. Exige-se do Estado, para promoção da cultura, viabilizar seu uso como ponto de partida à informação e ao uso transformativo, garantindo o acesso ao valor social das criações.

Neste sentido, os comandos previstos nos artigos 215 (especialmente os §§ 1º e 2º), 216 e 216-A da Constituição da República incidem, exigindo proatividade pelos órgãos estatais na promoção do acesso à cultura, por exemplo, na edição de leis de proteção a folclore ou para a tutela de interesse artístico ou histórico e preservação de referências importantes de nossa cultura e civilização.

Outrossim, em proteção a uma coletividade composta de tantos matizes e coloridos como a brasileira, a diversidade é reconhecida como valor e amparada constitucionalmente, devendo ser respeitada e promovida por todos os entes públicos. Os traços comuns a todos devem ser reconhecidos, mas também as diferenças e a tolerância na comunicação entre diversas fontes ou matrizes culturais devem ser reforçadas em sede legislativa, executiva e judicial, para o enriquecimento do patrimônio cultural como um todo. É dever de todos os órgãos do Estado, nas suas esferas de atuação, promover a diversidade da cultura, a despeito das preferências particulares dos seus integrantes⁵⁷.

⁵⁵ "Em razão do direito de participação cultural e do direito de acesso aos bens culturais o que é, de fato, limitada é a exclusividade e não a liberdade de acesso. A inversão desta lógica ofende a Constituição quando retira o esvazia a funcionalidade da proteção e do exercício dos direitos autorais." (SOUZA, Allan Rocha de. *Op. Cit.* p. 133-134).

⁵⁶ "Ao assegurar a proteção às criações, não afastou o constituinte a garantia de acesso nem o exercício dos direitos culturais. (...) O direito de acesso aos bens culturais, o contínuo dever de engrandecimento do patrimônio cultural brasileiro, a livre participação cultural e o pleno exercício dos direitos culturais justificam os próprios direitos patrimoniais do autor, ao mesmo tempo que funcionalizam tanto a extensão como o exercício destes direitos patrimoniais." *Ibidem*. Pág. 134.

⁵⁷ Ilustra a reflexão crítica que aqui se propõe o episódio de interferência, pela Prefeitura Municipal do RJ, sobre a exposição "Queermuseu, cartografias da diferença na arte brasileira". A exposição, composta por quase 270 obras de dezenas de artistas plásticos brasileiros, havia sido apresentada originalmente na cidade de Porto Alegre no ano de 2017, tendo sido lá precocemente encerrada em função de protestos, sobretudo nas redes sociais, acusada por supostamente apresentar imagens ofensivas à religião e aos bons costumes. O Museu de Arte do Rio (MAR), vinculado à Prefeitura do Município do RJ, já havia iniciado a negociação para a exibição da mostra, mas acabou interrompendo a contratação, após declarações de veto emitidas pelo prefeito da cidade, sr. Marcelo Crivella. Ainda que caiba, até certo ponto, ao prefeito em exercício, o poder de direcionar políticas públicas de promoção cultural de



Em consonância com os valores inscritos no texto constitucional, não cabe a imposição de determinada visão de mundo, mas sim o respeito a um processo constante de interações e influências múltiplas⁵⁸. Neste sentido, é dever do Estado apoiar, incentivar e difundir as variadas manifestações culturais constituintes do país, em promoção da diversidade cultural⁵⁹.

Óbvio que os integrantes dos poderes de Estado, e não só eles, os próprios particulares também vinculados que estão à normativa constitucional, devem sempre fazer a ponderação de valores. A liberdade, como nenhum princípio, é absoluta em nossa ordem jurídica. É justificável, por exemplo, a vedação ao acesso por classificação etária em alguns casos, mas a restrição ao acesso a bens culturais deve ser sempre tomada como um remédio extremo, a ser reservado em pouquíssimos casos, quando frontalmente violado um direito fundamental sem qualquer justificação de promoção de outro direito fundamental mais relevante.

Por exemplo, um evento que se apresente como cultural, mas que contenha discurso de ódio não constitui exercício de liberdade de expressão, pode e deve ser obstado⁶⁰. Mas o intérprete deve ter o cuidado para não impedir, sob o argumento de proteção a valores que não preponderam em nosso ordenamento, o acesso a bens culturais que apenas lhe desagradam. Em virtude da elevada amplitude da liberdade de expressão e de nosso ordenamento consagrar o pluralismo, a restrição deve ocorrer somente nos casos concretos em que valores fundamentais mais importantes estejam sendo violados, como, por exemplo, em tutela de direitos de personalidade, que servem à concretização da dignidade da pessoa humana.

Como mencionado, além da eficácia vertical das normas constitucionais, que impõe a atuação de todos os entes estatais em favor da promoção da cultura, há também eficácia

acordo com preferências de sua base eleitoral, supostamente majoritária, não pode violar os comandos constitucionais que impõem o respeito à liberdade de expressão artística e o compromisso com o pluralismo cultural em todas as esferas de atuação estatal. O prefeito, conhecidamente de fé evangélica, resolveu vetar exposição que já estava prevista, sem sequer tê-la visitado ou compreendido seu alcance, em função de repercussões negativas na mídia, restringindo irregularmente o acesso da população do Rio a bens culturais que celebram a diversidade. Apesar de o Estado, neste episódio, não ter cumprido seu papel de promovedor de uma cultura plural, a Escola de Artes Visuais (EAV) do Parque Lage lançou com sucesso no início de 2018 campanha para arrecadação de recursos, atingindo a meta financeira necessária para a abertura da exposição na cidade do Rio, em Agosto do mesmo ano, contando com a participação da própria comunidade artística, como pintores que doaram obras para leilão, e um cantor que realizou um show com renda totalmente revertida para o projeto.

⁵⁸ Outro exemplo que evidencia o dever de respeito à diversidade foi o da condenação, em Fevereiro de 2019, do Município de São Paulo e seu ex-prefeito, sr. João Dória, em duas ações populares propostas após a remoção de grafites nas avenidas paulistanas (TJSP, 12ª Vara de Fazenda Pública. Processo nº 1004533-30.2017.8.26.0053). A condenação se fundamentou na lesão ao patrimônio cultural imaterial, tendo a decisão judicial suscitado importantes reflexões sobre o papel do Estado e dos órgãos de administração pública na preservação e promoção dos bens resultantes de produção cultural, principalmente aqueles provenientes de manifestações artísticas não tradicionais, como é o caso do grafite.

⁵⁹ *O reconhecimento do pluralismo cultural como característica nacional a ser apoiada, incentivada, valorizada e difundida, junto ao robustecimento e democratização do acesso ao patrimônio cultural brasileiro, são alicerces do direito à identidade nacional, representada nas diversas maneiras possíveis de ser brasileiro.* SOUZA, Allan Rocha de. *Op. Cit.* Pág. 112.

⁶⁰ Como no paradigmático caso Ellwanger, julgado em 2003 pelo STF por crime de racismo, no HC 82.424, por haver escrito obra de cunho antissemita, que negava a existência do holocausto, e atribuía reiteradamente características negativas aos judeus. Sobre este caso e o discurso de ódio ver TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In SCHREIBER, Anderson (coord.) *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 281-303.



horizontal, que exige igualmente dos particulares respeito à cultura, não depredando, não agindo para impedir circulação de ideias e de bens culturais pelo simples fato de lhes desagradar estética ou ideologicamente, ou por seus criadores serem figuras polêmicas⁶¹. O Brasil é um caldeirão cultural e, embora suscite desafios na composição de tantas ideias e expressões, esta é justamente uma grande riqueza do país.

6 DESAFIOS DA ERA DIGITAL

Os incríveis avanços tecnológicos do final do século XX e início do século XXI deram início à chamada era pós-industrial, digital e mais dinâmica que nunca, em que há infinitas possibilidades de uso das criações humanas, e sucessivas transformações criativas, trazendo muitos desafios aos operadores do Direito no campo do direito autoral. Tradicionalmente, o sistema de proteção dos direitos autorais não permite o uso não autorizado pelo titular de obras para transformação criativa. O novo criador sempre dependerá da licença do titular da obra anterior da qual a sua deriva. Na LDA, a nova obra é chamada de obra derivada e corresponde a uma nova forma de expressão baseada em elementos de outra obra já existente, chamada de obra originária.

Ainda que em alguns casos as transformações criativas sejam autorizadas na LDA (como é o caso das paródias⁶²), em regra, as novas obras são impedidas, ou mesmo a reprodução das obras originais, nos termos dos artigos 29⁶³ e

⁶¹ Diante da constatação (ou eventualmente mera acusação) de condutas reprováveis, jurídica ou moralmente, por criadores ou titulares de direitos autorais sobre bens culturais, tem-se visto o surgimento de movimentos sociais de boicote. Embora individualmente cada pessoa tenha total liberdade para decidir o que quer ver ou não, de que maneira se informa e forma, é preciso lembrar que o ordenamento pátrio não ampara o paternalismo de quem quer que seja sobre quais bens devem ou não ser reconhecidos como merecedores de proteção, pelas razões que forem vinculadas à pessoa do criador, estéticas, ideológicas, políticas ou religiosas, entre outras. A obra, especialmente enquanto objeto de interesse cultural da coletividade, se desconecta do seu criador ou titular, inclusive porque se reconecta às pessoas e adquire novos sentidos. Toda obra cultural se destina a possuir múltiplas significações e ressignificações. Sobre o descolamento da obra e seu autor, o fato, por exemplo, de o compositor Richard Wagner ter sido antissemita, não retira a qualidade de suas peças musicais. Os escândalos de abuso sexual praticado por produtores de obras audiovisuais, como no alardeado caso Harvey Weinstein, que inclusive suscitou os movimentos "*Me too*" e "*Time's up*", não tornam descartáveis os filmes de referido produtor norte-americano. Monteiro Lobato não deixa de ser uma enorme referência na literatura brasileira porque foi um homem racista. Alguns de seus escritos, se atuais, seriam inaceitáveis e impubescíveis em vista da nossa ordem vigente, mas sua obra retrata o modo de viver de um tempo e com base neste registro cultural temos hoje um instrumento para questionar todas as injustiças praticadas naquele contexto histórico, fazer autocrítica, e reforçar os mecanismos de proteção à pessoa humana previstos na Constituição hoje em vigor.

⁶² Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

⁶³ 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;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

33⁶⁴, que exigem autorização do titular para quase todos os tipos de uso dos bens objeto de proteção autoral. Em função desta exigência, há contenção do direito de livre expressão, seja esta de cunho socialmente relevante ou não, ou seja, a despeito do custo social imposto pela exclusividade. Como, então, garantir o respeito aos dois direitos, de um lado, as liberdades de acesso e de (re)criação e, de outro, os direitos do autor?

Circunstância que não pode ser esquecida é que qualquer exclusividade conferida pelo direito autoral não protege as ideias, portanto o conteúdo das obras, mas apenas sua expressão específica, isto é, sua forma. Assim, não há, em diversas situações, propriamente antinomia entre o direito autoral e a liberdade de expressão, podendo um criador aproveitar-se inclusive de ideia idêntica concebida por outro que lhe seja anterior, sem violação de direitos ou incompatibilidade das obras.

Todavia, especificamente com relação a certos tipos de obras de arte, muitas vezes o conteúdo não é dissociável da forma, a obra não é destacável de seu suporte original, fazendo com que a incompatibilidade persista, impedindo o acesso ao público à própria informação contida na obra, e não somente à sua forma. Por tal razão, de um lado pode-se dizer que não interessa à coletividade o direito de exclusividade conferido ao autor, tampouco a sua prorrogação, que impede o uso e a exploração da obra e obsta a liberdade de informação e formação, inclusive para o exercício da liberdade transformativa na realização de novas criações.

Por outro lado, pode-se dizer também que há interesse coletivo na proteção aos direitos autorais, na medida em que ela não simplesmente limita o amplo acesso a obras, ela também é um instrumento que assegura a conservação e preservação dos bens culturais, de maneira que futuras gerações a elas também tenham acesso, e ainda, como já visto, a proteção é um instrumento que estimula e valoriza novas produções. A liberdade de cada pessoa para acesso à cultura não é absoluta, assim como a própria liberdade de criar. Ambas cedem lugar ao encontrar limites em outros direitos também tutelados em nossa ordem jurídica, entre os quais, o direito de autor.

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

- a) representação, recitação ou declamação;
- b) execução musical;
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- f) sonorização ambiental;
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

⁶⁴ Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.



Em um sistema pensado para a era industrial, cujas estruturas de suporte das obras eram sempre físicas, o legislador buscou encontrar algum equilíbrio ao conferir ao autor uma exclusividade temporária, mas que favorecia, em alguma medida, com os contrapesos das limitações e do domínio público, o acesso à obra, e, em muitos casos, sequer impedia, mesmo durante a vigência da exclusividade, o acesso ao conteúdo da obra, à ideia nela contida, que é sempre inapropriável e integrante do patrimônio cultural desde o momento de sua fixação em qualquer suporte.

Entretanto, a passagem da criação e manutenção de bens culturais para a estrutura digital afetou enormemente o direito autoral. Há situações cada vez mais complexas, que não são expressamente reguladas pela legislação vigente, tais como as relacionadas à inteligência artificial (por exemplo, com relação a criações resultantes de combinação de homem e máquina⁶⁵), ou à enorme facilidade de reprodução ou outras formas de utilização, sobre a qual os titulares, em quase todas as situações, não conseguem mais ter controle, independente de sua autorização ou não. As inovações tecnológicas por um lado facilitaram o acesso⁶⁶, mas trouxeram novos elementos que não mais podem ser ignorados no balanceamento entre o direito fundamental do autor de liberdade de expressão e de reconhecimento por seu trabalho, e o direito fundamental de acesso de fruição e criação de novos bens culturais⁶⁷.

A resposta inicial da indústria de produção de bens culturais tem sido a demanda pelo recrudescimento da legislação, ora para ampliação de prazos, ora para previsão de mecanismos de bloqueio digital, ou criminalização de práticas, entre outros esquemas de proteção, com repercussão nos modelos legislativos. A mais emblemática mudança recente foi a aprovação da Diretiva 2019/790 pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia.

Embora revele preocupação com o acesso à cultura, ao determinar, em seu artigo 6º, que os Estados-Membros da União Europeia devem prever exceção aos direitos de autor e conexos a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo patrimônio cultural efetuem cópias de obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas coleções, a Diretiva 2019/790 também estabelece, em seu controvertido artigo 17, que as plataformas de compartilhamento de arquivos (como Google, Facebook, Youtube etc) que contenham obras

⁶⁵ É o caso do software Aaron, desenvolvido pelo pintor abstracionista britânico, Harold Cohen, no início dos anos 1970, que cria pinturas aleatórias a partir da ativação do sistema por qualquer pessoa. Como Cohen alimentou Aaron com informações sobre pintura e não com as obras que o sistema efetivamente pinta, seu criador não pode ser considerado titular dos direitos autorais sobre tais obras, resultando em obras que devem, portanto, ser consideradas de domínio público.

⁶⁶ *A internet possibilita não apenas a criação e a difusão de produtos culturais como o (re)aproveitamento cultural de obras alheias, por meio de adaptações, transformações, remixagens e redefinição do conteúdo da obra.* BRANCO, Sergio. *Op. Cit.* Pág. 274.

⁶⁷ Exemplo interessante de novos bens culturais desenvolvidos nesta era digital são as exposições realizadas pelo Atelier de Lumières, centro de arte digital parisiense instalado em uma antiga fundição pelo Culturespaces, agente privado constituído para gestão de monumentos e museus, criação de centros de arte e organização de exposições digitais imersivas. As exposições promovem uma renovada forma de contato com obras de nomes consagrados da pintura, como Gustav Klimt e Vicent Van Gogh, em que se associa a projeção visual em todas as direções a interpretações de composições musicais harmonizadas com a mudança das telas, possibilitando experiência sensorial diferenciada, em que o público se sente dentro da obra.



protegidas por direitos autorais e conexos passem a responder diretamente perante os titulares destes direitos, e não apenas após notificação para retirada⁶⁸.

O objetivo anunciado foi resolver (ou minimizar) o problema do *value gap*, isto é, o não repasse aos titulares dos direitos dos ganhos obtidos com a exploração das obras protegidas. Entretanto, com a nova previsão da Diretiva, caso não haja prévio acordo entre os titulares e as plataformas (seja porque as partes não chegaram a um consenso, ou mesmo porque à plataforma não foi possível a celebração de um acordo), a solução na prática será a adoção de tecnologia de filtragem de dados antes mesmo da publicação, impedindo o acesso aos conteúdos compartilhados pelos usuários.

Com a ampliação da responsabilização das plataformas, a tendência é que sejam instalados filtros mais restritivos, impedindo o acesso pelos usuários inclusive em situações de exceções ou limitações aos direitos do autor que são expressamente autorizadas na própria Diretiva, como, por exemplo, nos casos de citações, crítica, análise, ou para efeito de paródias (conforme alínea 7 do próprio artigo 17⁶⁹), obstando, ao fim e ao cabo, a liberdade de expressão, e o acesso a bens culturais. Na prática, diante da avassaladora quantidade de *uploads* (envio de dados) de arquivos na rede mundial de computadores, os filtros podem acabar sendo ineficientes em algumas hipóteses (de violação a direitos de autor e conexos), ou abusivos em outras, nas quais o acesso deveria ser permitido.

Sem embargo, a reação legal restritiva, além de ter o indesejado efeito colateral de possivelmente reduzir as opções legalmente autorizadas para acesso aos bens culturais, em claro desequilíbrio de um sistema que deve atender a múltiplos interesses, e não apenas os dos criadores, não tem impedido a utilização dos bens em inúmeras situações. Praticamente todos os usuários de Internet passaram a cometer violações de direitos autorais, sem sequer se dar conta disto. Estes fatos impõem a reflexão sobre a (in)eficiência dos fundamentos da arquitetura jurídica hoje em vigor, e urgem a busca de um novo modelo, que possa compor melhor os interesses individuais e coletivos em pauta.

⁶⁸ Conforme a alínea 4 de referido artigo, as plataformas de compartilhamento deverão obter prévia autorização dos titulares, sob pena de responsabilidade: 4. *Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que: a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após recepção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b).*

⁶⁹ 7. (...) *Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) Citações, crítica, análise; b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche.*



Os desafios aumentam diante do contexto de mudança dos meios de suporte dos bens objeto de proteção autoral, que permitem fácil acesso transnacional a obras de qualquer parte do planeta. A proteção prevista por cada país isoladamente será quase sempre inócua, impondo uma revisão da legislação protetiva em nível internacional, o que dificultará, sem dúvida, o desenho de um novo arranjo jurídico que melhor atenda os interesses em questão.

As adaptações não serão necessárias somente para o Poder Público, na esfera de sua atuação para promoção da cultura e proteção dos direitos autorais e dos criadores, mas também e, sobretudo, para a iniciativa privada em geral. Novos modelos de negócios devem ser testados, vários podem fracassar, mas a existência de desafios não conduz à conclusão de que não é mais possível pensar em investimento em direitos autorais. Como estamos em fase de muitas mudanças, há dúvida sobre os melhores caminhos, o que não quer dizer que não haja caminhos.

CONCLUSÃO

Toda produção cultural se realiza em contexto histórico. Entender qualquer bem cultural, e o regime jurídico que lhe confere tratamento, exige do intérprete exame sob perspectiva diacrônica, portanto a sua trajetória no tempo, e sincrônica, isto é, sua relação simultânea com outros bens e valores. Os direitos autorais, desenvolvidos como arquitetura possível para a proteção de certos bens objeto da criação humana, são (como o Direito em geral) eles próprios também um produto cultural e, para sua melhor compreensão, é importante que se entenda sua trajetória evolutiva e também sua relação simultânea com outros direitos e interesses na atualidade.

Os chamados direitos do autor foram criados como solução possível para compor diversos interesses de natureza individual e coletiva e de natureza existencial e patrimonial. O arcabouço institucional criado procurou, pela via de um tratamento que segue lógica proprietária, resguardar os interesses dos criadores e dos investidores na criação, através de um sistema que garanta a proteção de sua exclusividade no uso e exploração, sem descurar dos interesses da coletividade de acesso a bens culturais. Os bens culturais submetidos à proteção dos direitos autorais, embora isoladamente possam receber tratamento proprietário por um período determinado, se inserem em um conjunto mais amplo que compõe o patrimônio cultural, este bem comum para uso de todos, e inapropriável.

Os direitos autorais por longo tempo cumpriram, ainda que sob críticas constantes sobre o nível ideal de proteção e o balanceamento dos interesses individuais e coletivos, os papéis de garantir alguma estabilidade e segurança jurídica para os atuantes no mercado da criação intelectual, bem como de ofertar condições de acesso aos bens culturais para a coletividade. Todavia, atualmente devem ser repensados para a realização ordenada dos valores consagrados constitucionalmente, especialmente considerando os desafios que os avanços tecnológicos trouxeram à sociedade pós-industrial.



Sem prejuízo das mudanças que devem ser pensadas e implementadas para melhorar a relação dos direitos autorais e o acesso a bens culturais, considerando o arcabouço jurídico existente em vigor, é imprescindível que o intérprete não confunda, na aplicação das normas atinentes à matéria: (i) obra e suporte, que são bens distintos (embora muitas vezes não destacáveis fisicamente) e se sujeitam a regimes de proteção também distintos; (ii) interesses individuais e coletivos, ambos tutelados constitucionalmente, que se tensionam reciprocamente, e devem ser equilibrados de forma ponderada, para que o prevalecimento de um não suprima a existência do outro; e (iii) direitos individuais morais e materiais, que tutelam interesses de espécie absolutamente distinta, os primeiros de natureza existencial, e os segundos, patrimonial, para os quais o ordenamento confere diferentes níveis de proteção, sempre amparando com mais força e abrangência os primeiros.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Elaine Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. Ribeiro Preto: Migalhas, 2014.
- ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**. Ano II, no. 04, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, Pág. 13.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20/2007, págs. 243 - 261, jul. /dez. 2007.
- BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BENJAMIN, Walter et al. **Benjamin e a obra de arte**: técnica, imagem, percepção. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BITTAR, Eduardo C.B.; CHINELATO, Silmara Juny (coords.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CASTELLI, Thais. **Propriedade intelectual. O princípio da territorialidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.
- CHAVES, Antônio. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CLÉVE, Clêmeron Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (org.). **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- CORTIANO Jr., Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para o estudo sobre os bens comuns. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 9, n. 15, Jul.-Dez. Págs. 146-157. edição. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2003.
- DANTAS, Marcus; RENTERÍA, Pablo. Notas sobre os bens comuns. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana



Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Págs. 131-146.

FISCHER, William. **Theories of Intellectual Property**. Disponível em <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>. Acesso em: 21-05-2019.

GARCÍA, Concepción Saiz. **Objeto y sujeto del derecho de autor**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. In **Science**, 13 Dec 1968: Vol. 162, Issue 3859, Págs. 1243-1248 DOI: 10.1126/science.162.3859.1243. Disponível em <https://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 21 maio 2019.

MEZZAROBBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos Fundamentais e a Dogmática do Bem Comum Constitucional. In **Sequência**, n. 64, Págs. 335-372, jul. 2012. Florianópolis: UFSC. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p335>. Acesso em: 21 maio 2019.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais culturais e direitos de autor – breve nota. In VICENTE, Dário Moura et al (coord.) **Estudos de direito intelectual em homenagem ao prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. 50 anos de vida universitária**. Coimbra: Almedina, 2015. Págs. 307-323.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Direito e arte**. São Paulo: Malheiros, 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de autor e Liberdade de informação**. Coimbra: Almedina, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTIAGO, Vanisa; QUEIROZ, Daniel Campello. Direitos autorais em tempos de internet. **Revista E - SESC**. Ed. nº 260. São Paulo: SESC São Paulo. Disponível em: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/11754_DIREITOS+AUTORAIS+EM+TEMPOS+DE+INTERNET#. Acesso em: 21 maio 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SOARES, Matheus Vítor Sousa. A proteção extrapatrimonial do autor como incentivo ao desenvolvimento cultural. In CUNHA FILHO, Francisco Humberto (org). **Conflitos culturais: como resolver? como conviver?** Fortaleza : IBDcult, 2016, págs. 23-43. SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e as obras audiovisuais: entre a proteção e o acesso. In SCHREIBER, Anderson (coord.) **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 255-280.

SOUZA, Allan Rocha de. Resgatando a função cultural nos direitos autorais. In VICENTE, Dário Moura et al (coord.) **Estudos de direito intelectual em homenagem ao prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. 50 anos de vida universitária**. Coimbra: Almedina, 2015. Págs. 77-94.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In SCHREIBER, Anderson (coord.) **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 281-303.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, vol. 15, Págs. 11-14, jan./mar. 2018.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. *Et al.* **Anais do VI congresso de direito de autor e interesse público**. (2013: Florianópolis, SC). Florianópolis: GEDAI Publicações, 2013.





UMA BREVE ANÁLISE DO DECRETO LEI 9.919/19 À LUZ DOS DIREITOS AUTORAIS

Cristina Baum da Silva¹
Luiz Gonzaga Silva Adolfo²

RESUMO: O texto versa sobre os direitos autorais e o sancionamento do Decreto Lei 9.919/19 que desloca a ANCINE, que pertencia ao Ministério da Cidadania, para o Ministério da Casa Civil. Esta medida preocupa produtores e cineastas brasileiros, pois temem que suas obras deixem de receber financiamento público. Primeiramente, abordam-se os direitos autorais, que visam à proteção dos titulares e a exploração econômica das obras, definidas em lei. Em seguida, se discorre sobre a função social dos direitos autorais onde se indica que o tema tem como objetivo o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país. Logo, faz-se um breve link com os direitos autorais e o acesso à cultura, abordando sua importância para a sociedade e a cultura brasileira, e finalizamos apontando a decisão contraditória do Decreto Lei 9.919/19. A indústria criativa pode entrar em crise através do deste decreto que cria um novo colegiado para eleger o que receberá auxílio governamental. Conclui-se que uma alternativa seria a descentralização fiscal e normativa fomentaria a indústria audiovisual brasileira, tornando-a mais regional.

Palavras-chave: Direitos autorais; Cinema; Decreto Lei Nº 9.919/19.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O texto aborda o tema da função social dos direitos autorais e o acesso à cultura em face do caráter individualista dos direitos autorais. Apresenta-se inicialmente os direitos autorais, seu conceito e as doutrinas que o regram, bem como o conceito de função social dos Direitos autorais e a cultura.

O objetivo aqui é trazer para o centro das discussões o conceito de direitos autorais cumulado com direitos fundamentais, onde ambos exercem papel essencial para o desenvolvimento social, econômico e cultural do país.

¹ Cursando MBA em Gestão Jurídica Aduaneira e Internacional em Associação Brasileira de Comercio e Exterior (ABRA-COMEX). Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, com extensão em Propriedade Intelectual pela UFRGS. Pós-Graduada em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Advogada atuante. E-mail: contato@cristinabaum.adv.br

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul -Unisc. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). 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). e-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br

A Lei de Direitos Autorais é extremamente rigorosa na proteção patrimonial e moral do titular, muitas vezes dificultando que o público exerça o acesso à cultura. Entretanto o mesmo dispositivo é que autoriza o uso e gozo dos titulares de explorarem economicamente sua obra conforme determina a Constituição Federal (CF/88). Para agravar a situação sociocultural do país, o atual governo vem declarando que não irá autorizar todo e qualquer tipo de conteúdo para financiamento de filmes, podendo causar um desincentivo à criação de conteúdo pelos cineastas e produtores de audiovisual. Finaliza-se com uma análise sobre o Decreto Lei 9.919/19 e suas implicações no fomento a cultura cinematográfica brasileira.

2 DIREITOS AUTORAIS

A arte é objeto de normas constitucionais brasileiras que estabelecem a liberdade criativa, a proteção dos direitos do criador, bem como interesses nacionais, na hipótese de a obra se configurar como bem cultural. (Ody, 2018).

Através da Convenção de Berna, de 1886, foram estabelecidas disposições normativas para a proteção de direitos autorais, internalizando, nos países signatários, princípios básicos informadores da disciplina jurídica. (Araújo, 2008).

Por sua vez, os direitos autorais são um conjunto de normas e prerrogativas que abarcam o direito do autor, direitos conexos e *software* com o objetivo de proteger a criação intelectual.

A natureza jurídica dos direitos autorais é considerada como um Direito de Propriedade, mas entendendo isso a partir de uma manifestação contemporânea absolutamente dissociada da noção romana de propriedade. Atualmente, os direitos autorais são conhecidos como um direito fundamental na legislação brasileira e um direito humano no contexto internacional.

A proteção aos titulares de uma obra é obtida automaticamente, independentemente de qualquer registro ou formalidade. Uma obra goza de proteção através dos direitos autorais a partir do momento em que é criada.

Por se tratar de criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Especificamente sobre as obras cinematográficas e áudio visuais, a comunicação ao público pode se dar mediante a projeção sobre uma tela em uma sala cinematográfica ou em qualquer outro lugar acessível ao público – tradicional ou da forma indireta, mediante a uma cópia da obra através de um agente de difusão. (Mallmann, 2012).

A propriedade intelectual se exerce no campo da técnica ou no campo da estética, subdividindo-se em direitos autorais para as criações estéticas. Para o autor, todas as obras intelectuais são passíveis de proteção pela lei de direitos autorais. (Silveira, 1996).

O reconhecimento da propriedade autoral implica relativização de seu aspecto patrimonial e re-humanização de seu aspecto moral, sem que, para isso, se tenha que admitir a existência de direitos autorais que apresente direitos distintos: patrimoniais e morais. (Avancini, 2009).



Os direitos autorais é um direito especial por sua natureza, encontrando características do direito de propriedade (dimensão patrimonial) e de personalidade (dimensão moral), sendo exclusiva a sua exploração. (Menezes e Junior, 2012).

A Constituição Brasileira dedica oito incisos do seu art. 5º a garantias do direito de propriedade, um dos quais se dedica a garantir aos direitos autorais caráter de direito fundamental. Passamos a observá-los:

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; 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;(grifo nosso)

Os direitos autorais, assim como os outros tipos de propriedades, poderia ser um monopólio, ou seja, um direito exclusivo, a ser explorado por pelo seu titular. Portanto, deve ser compreendido que o titular da obra detém o poder de autorizar ou proibir terceiros de utilizarem sua criação. (Simone Nunes, 2012).

Deste modo, tal propriedade, através de uma noção contratualista, é considerada direito natural fundamental e inalienável. Traduzindo, a obra pertence ao autor que, conseqüentemente, tem todos os direitos decorrentes de um direito de propriedade. (Pereira Filho, Amaral e Meneguetthi, 2014).

Os Direitos Autorais são direitos exclusivos de publicação e exploração econômica por determinado período tutelado pelo Estado. (José de Oliveira Ascensão, 2009).

Ao analisar a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), o legislador garante ao inventor expressamente um direito de propriedade. O dispositivo assegura aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, diante do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. No que toca à garantia dos direitos autorais, o legislador não se manifestar nesse sentido. (Würtenberger e Grau-Kuntz, 2011).

O monopólio na propriedade industrial (marcas e patentes) é mais difundido que nos direitos autorais. Comparativamente, o monopólio concedido para a exploração de invenções ou de uma marca é imensamente inferior aos concedidos para a exploração autoral. Além disso,



nos direitos autorais a exploração econômica é taxativa, impedindo danos à imagem e a moral do autor. (Avancini, 2008).

A Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) autoriza que o autor de uma obra possa receber crédito por seu trabalho, bem como remuneração por sua criatividade. A proteção desses direitos fornece bases para autores continuarem criando suas obras e, conjuntamente com toda a cadeia produtiva do setor, obterem justa gratificação financeira por isso. Esse ciclo virtuoso favorece a criatividade humana e geração de desenvolvimento para a sociedade. (Avancini, 2008).

A Carta Magna não garante ao autor o direito de propriedade e sim um direito de utilização, publicação e reprodução exclusivo de suas obras. Os arts. 25 e 28 da Lei nº 9.610/98³⁴ determinam, por sua vez, que cabe ao autor e diretor do filme o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Em seguida, o inciso III, do art. 24 da lei assegura ao autor o direito exclusivo de reproduzir, distribuir e comunicar ao público sua obra ou então conservá-la inédita. Ratificando, assim, o seu direito de explorar economicamente a obra.

Os direitos autorais concedem ao titular uma série de direitos econômicos exclusivos. A inflexibilidade destes direitos exclusivos deve às vezes ser equilibrada através de limites. Tais limites objetivam alcançar um equilíbrio entre o interesse do autor e o interesse da sociedade em geral. Em outras palavras, as limitações existem para servir ao interesse público. (Teixeira, 2008).

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual defende que o direito do público de ter acesso a informações facilita a criatividade e também possibilita que o mesmo possa gozar a obra a um preço abordável. Não obstante, em termos de conteúdo, os limites podem variar de um país para outro, conforme as suas necessidades sociais, econômicas e culturais. Essas disposições podem ser efetivamente utilizadas por um país para promover as suas necessidades de desenvolvimento.

Os Direitos Autorais não garantem ao seu titular prerrogativas de controle da esfera privada do usuário da obra. A esfera privada do usuário é protegida constitucionalmente. O direito patrimonial de autor, como bem diz a palavra “patrimonial”, garante a possibilidade de exigir abstenção de atos de utilização econômica da obra por terceiros.

Por exclusão, afirma-se, então, que ao titular dos direitos autorais é garantido um direito exclusivo de exploração econômica da obra e não a pretensão de controle sobre o uso privado da obra.

2.1 Função Social dos Direitos Autorais

A Lei de Direitos Autorais pode causar tanto benefícios aos autores e a indústria criativa quanto malefícios à vida pública e privada daqueles que usufruem do dispositivo. Quando levado ao extremo, os direitos autorais podem representar uma barreira a esse tipo de pro-

³ Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.

⁴ Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

moção. É isso que vem ocorrendo em vários países do mundo, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento.

A Lei 9.610/98 e a Constituição Federal não contêm dispositivos expressos para solucionar possíveis conflitos entre os interesses do autor e os da coletividade relativos ao acesso à informação e à cultura. A função social é um limite encontrado pelo legislador. Nesse sentido, a doutrina sustenta que sempre que houver um conflito entre o interesse público com um interesse particular, tendo como fundamento o artigo 5º inciso XXIV da CF/88, deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, porque tal princípio representa a vontade da coletividade. (Pereira Filho, Amaral e Meneguetti, 2014).

Como foi descrito, os direitos autorais é um ramo específico da Propriedade Intelectual. Assim, os bens intelectuais que guardam uma íntima relação com a personalidade do autor não podem ser comparados a outros bens comuns, porém devem atender sua função social.

Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos. Com o conceito contemporâneo de funcionalização dos institutos jurídicos, os direitos autorais devem estar a serviço do cumprimento de sua função social, o que abrange a garantia de acesso ao conhecimento e à educação. (Branco, 2007).

A valorização da função social na Lei de Direitos Autorais tem como objetivo a diminuição dos óbices para as novas formas de criação, circulação e acesso a bens culturais. Seria garantido o livre acesso a obras protegidas, desde que baseado em usos legítimos, além de favorecer as manifestações sociais possibilitadas mundialmente pela internet. Assim, a Lei 9.610/98 não seria mais usada como um instrumento para favorecer tão somente os interesses de artistas e de agentes intermediários, como as indústrias. (Pereira Filho, Amaral e Meneguetti, 2014).

As principais funções sociais dos direitos autorais são: a função de identificação do autor (reconhecimento de autoria), a função promocional (o estímulo à criação), a função econômica (circulação de obras intelectuais) e a função política (instrumento de política cultural). (Carboni, 2006).

A chamada função social dos direitos autorais tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura. (Souza, 2011).

A função social gera restrições ao regime de exclusividade expressos na indicação de uso da obra autoral que são permitidos pela Lei de Direitos Autorais (capítulos III e IV). Além de marcar uma limitação temporal para o gozo dessa exclusividade, as obras passam a ingressar num regime de liberdade para utilização bastante ampla, conhecido como domínio público. (Souza, 2011).

Assim, conclui-se que os direitos autorais tem por função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico através da cessão do direito exclusivo para utilizar e explorar a criação intelectual por um prazo pré-determinado em lei, no qual, ao chegar ao fim, a obra cai em domínio público, podendo ser utilizada por qualquer pessoa, desde que seja respeitado o direito moral do autor.



2.2 Direitos Autorais e o Acesso À Cultura

Desde o início do século XVIII foi atribuído aos direitos autorais à função de fomento à cultura, devidamente protegida pela Carta Magna.

Os direitos autorais, o direito da arte e o direito à cultura não se confundem, embora sejam relacionados. (Ody 2018).

Conforme as diretrizes da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), os direitos autorais e os direitos conexos são conceitos e instrumentos jurídicos por meio dos quais se respeitam e protegem os direitos dos criadores sobre suas obras e se contribui ao desenvolvimento cultural e econômico dos povos.

Os direitos autorais tem um papel decisivo na articulação das contribuições e dos direitos dos distintos grupos interessados que participam nas indústrias culturais e na relação entre estes e o público. Por conseguinte, os direitos autorais tratam principalmente de direitos econômicos sobre obras que, por sua natureza e definição, são complementares do patrimônio cultural comum da humanidade. Assim, estão obviamente fixados no campo cultural, podendo-se afirmar que os direitos autorais estão na base de todas as cadeias econômicas da cultura.

A Constituição Federal serve de fundamento para as duas funções desempenhadas pelos direitos autorais. A função promocional pode ser encontrada, prioritariamente, nos termos do art. 5º, XXVII, ao dispor que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar, é importante perceber que esse dispositivo se relaciona com o art. 215, quando determina que cabe ao Estado garantir 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.

A Carta Maior, em seu art. 220, §2º, também veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, expressando, ainda, no *caput* do referido instituto, que não sofrerão qualquer espécie de restrição a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

Ao atualizar a legislação sobre o assunto, em 1998, o país a tornou uma das mais rígidas leis sobre o tema em termos da garantia de acesso do público a obras protegidas, notadamente no seu capítulo das limitações. Porém, o governo brasileiro também compreende que não seria justo prover o acesso às expressões culturais, isto é, a obras protegidas por direitos autorais, sacrificando a proteção ao autor. (Pereira Filho, Amaral e Meneguetti, 2014).

Deve-se sempre optar pelo equilíbrio entre autor e público, de acordo com aquilo que é estabelecido no preâmbulo do tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual: “a necessidade de se conservar um equilíbrio entre os direitos dos autores e os interesses do grande público, particularmente, os pertinentes à educação, pesquisa e acesso à informação”.



3 DECRETO LEI Nº 9.919/19

Conforme noticiado na mídia, no dia 18 de julho de 2019, o presidente Jair Bolsonaro anunciou a transferência da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) para o Ministério da Casa Civil, que originalmente pertencia ao Ministério da Cidadania, que engloba a antiga pasta da Cultura através do Decreto Lei 9.919/2019⁵.

Criado em 2001 pela Medida Provisória 2.228-1/01 e com composição e funcionamento regulamentados pelo Decreto 4.858 de 2003, o Conselho Superior do Cinema é um órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Cultura. Entre as suas competências estão a formulação da política nacional do cinema, a aprovação de diretrizes gerais para o desenvolvimento da indústria audiovisual e o estímulo à presença do conteúdo brasileiro nos diversos segmentos de mercado⁶.

A mudança, segundo o governo, visa “fortalecer a articulação e fomentar políticas públicas” na área da cultura e junto com esta mudança, os projetos apresentados pelos cineastas e demais autores e, passará a ter “filtro”.

Junto com este Decreto Lei, o presidente altera outro decreto, o Decreto Lei nº 4.858/03, que dispõe sobre a composição do conselho, criado pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que passa a ser formado pelos seguintes ministros: da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá; da Justiça e Segurança Pública; das Relações Exteriores; da Educação; da Cidadania; da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações; e da Secretaria de Governo da Presidência da República.

Este colegiado tem o objetivo de formular e implementar políticas públicas para o desenvolvimento da indústria cinematográfica brasileira. Com esse objetivo, o conselho poderá criar grupos de trabalho com a finalidade de estudar e elaborar propostas sobre temas específicos para o setor, a serem submetidos ao seu plenário.

A Lei nº 8685, de 20 de julho de 1993 (Lei do Audiovisual), e o seu instrumento regulamentador, o Decreto nº 974, de 8 de novembro de 1993, formam a espinha dorsal da legislação audiovisual brasileira. A Lei do Audiovisual cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Com esse fim, o referido dispositivo diz respeito principalmente à produção do setor audiovisual, mas não deixa de levar em conta aspectos de distribuição e de exibição.

O Decreto Lei nº 9.919/19 preocupa os cineastas e todo o setor de áudio visual tendo em vista que, como apontado, a função social dos direitos autorais e o direito à cultura não podem ser prejudicados com eventuais cortes ou “contingenciamentos”, deixando de incentivar artistas

⁵ Art. 1º Fica transferido, da estrutura regimental do Ministério da Cidadania para a Casa Civil da Presidência da República, o Conselho Superior do Cinema, criado pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

Art. 2º O Decreto nº 4.858, de 13 de outubro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º Ao Conselho Superior do Cinema, órgão colegiado integrante da estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República, criado pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que tem por finalidade a formulação e a implementação de políticas públicas ativas para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, compete:

⁶ <https://www.ancine.gov.br/pt-br/conselho-superior-do-cinema> (Acesso em: 19 de Agosto de 2019).



e produtores a fomentar a cultura brasileira. Este “filtro” informado pelo presidente também inquieta os produtores artísticos, uma vez que sem a liberdade artística, a sociedade irá consumir tão somente o que abarca as ideias políticas e ideológicas do governo.

Esse decreto vem sendo comparado à censura de obras artísticas consideradas “impróprias” para a população brasileira, durante o golpe militar, no período de 1964 a 1985. Dentre a lista de filmes vetados pelos militares, encontramos clássicos do mundo cinematográfico como, por exemplo, *Laranja Mecânica* (Kubrick, 1971), *O Grande Ditador* (Chaplin, 1940), *Rio, 40 Graus* (Santos, 1955) e *O Bandido da Luz Vermelha* (Sganzerla, 1968).

Rio, 40 Graus é um semidocumentário sobre pessoas do Rio de Janeiro e acompanha um dia na vida de cinco garotos de uma favela que, num domingo tipicamente carioca e de sol escaldante, vendem amendoim em Copacabana, no Pão de Açúcar e no Maracanã. O filme entrou na lista feita pela Associação Brasileira de Críticos de Cinema (Abraccine) dos 100 melhores filmes brasileiros de todos os tempos. Foi listado por Jeanne O. Santos, do Cinema em Cena, como um dos “clássicos nacionais”⁷. Entretanto, o filme foi censurado pelos militares que o consideraram uma grande mentira, pois, na época, “a média da temperatura do Rio nunca passou dos 39,6°C”.

Considerado um clássico do cinema marginal, *O Bandido da Luz Vermelha* é um filme brasileiro de 1968, do gênero policial, dirigido por Rogério Sganzerla. Foi inspirado nos crimes do famoso assaltante João Acácio Pereira da Costa, apelidado de “Bandido da Luz Vermelha”⁸.

No filme, o personagem Jorge é um assaltante de residências na cidade de São Paulo e desconcerta a polícia ao utilizar técnicas peculiares para cometer seus delitos. Sempre auxiliado por uma lanterna vermelha, ele possui as vítimas, tem longos diálogos com elas e protagoniza fugas ousadas para depois gastar o fruto do roubo de maneira extravagante.

Na história, o bandido tem uma relação amorosa com Janete Jane, conhece outros assaltantes, um político corrupto e acaba traído. Perseguido e vendo-se sem saída, encontra somente uma maneira para acabar com sua grandiosa carreira de crimes: o suicídio.

Antes de chegar ao local no qual comete suicídio, o bandido finge ter sido baleado por um policial, levando a mão ao ombro ferido e cambaleando às gargalhadas. Na cena, fica claro que o bandido ironiza a incompetência da polícia, que não conseguiu prendê-lo, nem conseguirá. Após, envolve a cabeça e o torso em fios elétricos e, pisando numa grande chave elétrica, morre eletrocutado.

O seu cadáver é encontrado por policiais displicentes que chamam o delegado. Este, inadvertidamente, pisa na mesma chave elétrica e morre estendido ao lado do bandido, pronunciando comicamente uma palavra dita no filme por um personagem: “Mamãe!”.

⁷ RIO, 40 Graus. In: **ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2019. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra68261/rio-40-graus>. Acesso em: 20 set.. 2019. Verbete da Enciclopédia. ISBN: 978-85-7979-060-7.

⁸ O Bandido da Luz Vermelha. In: **ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2019. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra67285/o-bandido-da-luz-vermelha>. Acesso em: 25 set. 2019. Verbete da Enciclopédia. ISBN: 978-85-7979-060-7.

Na vida real, o bandido João Acácio foi preso em 8 de agosto de 1967 na cidade de Curitiba e foi condenado por quatro assassinatos, sete tentativas de homicídio e 77 assaltos, com uma pena de 351 anos, 9 meses e três dias de prisão. Após cumprir os 30 anos previstos em lei, foi libertado em agosto de 1997 e retornou para a cidade de Joinville. Após quatro meses em liberdade, João foi assassinado⁹.

Observa-se, com essas histórias, que ambos os filmes foram censurados por falta de conhecimento e puro desagrado do Regime Militar na época.

Fica cristalino que o Decreto tem intenções contraditórias com a Carta Maior, no que tange à tutela dos direitos autorais, nos incisos V e IX do art. 5º, que defende a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato, bem como liberdade de expressão da atividade intelectual, artístico, científico e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente assunto teve por objetivo analisar os direitos autorais, propondo a noção de função social dos direitos autorais como instrumento de conciliação dos interesses dos titulares das obras e o público, bem como com as contraditórias políticas do atual governo, que confrontam os direitos constitucionais à educação, à cultura, à informação e ao conhecimento.

Observa-se que, ao analisar a doutrina, fica claro que os direitos autorais defendem a exclusividade de explorar economicamente as criações em prol dos titulares sem deixar de cuidar o seu público.

Tanto a indústria cultural quanto a proteção dos autores são normas fundamentais na Constituição Federal e merecem tanto destaque quanto a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

É necessário incentivar o crescimento da cultura brasileira sem eventuais “filtros ideológicos” com a falsa promessa de proteger as famílias brasileiras. Tais atitudes vêm com o exclusivo objetivo de mascarar a realidade, não oportunizando aos artistas criticar e prestar informações aos cidadãos. É inviável a delimitação de assuntos considerados benéficos para a sociedade ou não, diante de um país plural e multicultural como o Brasil.

A arte tem um papel fundamental na vida do cidadão, tendo em vista que fomenta a cultura, a informação e a comunicação.

No presente momento, pairam incertezas sobre o futuro do cinema brasileiro. Há os que veem a própria política de incentivos que lhe deu impulso nos últimos anos que a mera visão comercial e competitiva, que tem origem nos procedimentos legais e administrativos em vigor, não é tudo o que o cinema precisa para se desenvolver plenamente. Prega-se, nesse caso,

⁹ Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/banco-de-dados/2018/01/1839622-ha-20-anos-bandido-da-luz-vermelha-era-assassinado-em-sc.shtml>. Acesso em: 20 set. 2019.



revisões e aprimoramentos dos diplomas legais vigentes para o setor, sobretudo da Lei Rouanet e da Lei do Audiovisual.

Outro caminho, que parece ser da maior importância para a cultura nacional, é fomentar a descentralização normativa, executiva e de fiscalização da produção, distribuição e exibição dos bens e eventos culturais, buscando modelos cooperativos onde Estados e Municípios tenham participação crescente junto aos esforços da União. Essa seria uma maneira de garantir mais retornos no tocante aos incentivos à cultura no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Gisele F. “A tutela internacional do direito do autor.” **Direitos Autorais**, 2008: 125-132.
- AVANCINI, Helenara Braga. **O Direito Autoral Numa Perspectiva Dos Direitos Fundamentais**: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor. Porto Alegre, 2009.
- BARBOSA, Claudio R. **Propriedade Intelectual**: introdução a propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais na Internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. São Paulo: Juruá Editora, 2006.
- Pereira Filho, Alexandre Azis, Oseias Amaral, e Meneguetti, Naila Fernanda Sbsczk Pereira. “A Função Social Do Direito Autoral e o Acesso ao Conhecimento.” **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 9, n. 1, 2014.
- FREITAS, Bruna Castanheira De, e Santos, Nivaldo. “O Conflito Constitucional Existente entre o Direito de Autor, Direito Cultural e Acesso à Informação.” **Fragmentos De Cultura**, Goiânia, v. 23, n. 2., abr./jun. 2013: 123-133.
- MALLMANN, Querino. “O Direito do Autor sobre a Exploração Econômica da Obra.” **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Construção**, Out/Dez 2012: 302-313.
- MENEZES, Joyceane Bezerra De, e Junior, Vicente De Paulo Augusto De Oliveira. “Limites Ao Direito Autoral Post Mortem.” **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, jan./jun de 2012: 404-428.
- MORAES, Rodrigo e Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro -RJ: Elsevier Brasil, 2012.
- ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte - O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Direito De Autor E Direitos Fundamentais**. 2017: Saraiva, 2011.
- TEIXEIRA, Diogo Dias. **A legalidade da Reprodução Integral da Obra Protegida por Direito Autoral para uso Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de Direito Autoral? Estudo e Pareceres**. Florianópolis: FUNJAB, 2011.





APROPRIAÇÃO E AUTORIA NA ARTE E AS RELAÇÕES DE REPRESENTAÇÃO E PODER

Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina¹

RESUMO: Neste artigo, abordamos as relações entre apropriação, representação e poder, sobretudo tecidas por Craig Owens, no texto, *Representation, Appropriation and Power* (1992), onde ressalta que a representação seria de fato definida como apropriação e constituiria um aparato de poder. Nesse sentido, traçamos uma diferenciação entre as relações que o modernismo e o pós-modernismo estabelecem com a representação, uma vez que o pós modernismo - assim como o pós estruturalismo - são uma crítica à representação, tal como concebida pelo modernismo. Os pós-estruturalistas descreditarão noções como originalidade e singularidade, bases estruturais da noção de autoria, e teriam como aspecto mais importante e radical de suas pesquisas a exploração dos sistemas de representação como aparatos de poder. Para exemplificar tais argumentos, trazemos algumas análises comparativas de obras modernas e pós modernas, no intuito de evidenciar as relações de apropriação que comparecem ao longo da história da arte, para avançar nas questões da autoria na arte no início do pós modernismo.

Palavras-chave: Apropriação; Representação; Poder; Autoria.

INTRODUÇÃO

As implicações críticas da prática da apropriação podem ser entendidas, a partir do sistema clássico de representação, onde o sujeito de representação seria colocado como autoridade absoluta. Em outras palavras, aquele que representava o mundo se posicionava como alguém que se apropriava da realidade, e, ao se apropriar, a dominava. O crítico Craig Owens cita que neste processo o sujeito se inscreve como centro do mundo, e o transforma em coisas ao transformá-las em suas representações. Em suma, a realidade do sujeito equivale ao seu discurso (MARIN apud OWENS, 1994, p.104).

Neste sentido, a representação não poderia ser considerada neutra e, portanto, era definida como apropriação aquilo que constituiria um aparato de poder atrelado à propriedade, senão vejamos:

(...) representação comunica com poder por meio da posse (uso, entretenimento). Assim, podemos identificar os motivos da história da arte, como uma disciplina humanística: o desejo por *propriedade*, que convém ao senso do homem de seu 'poder sobre as coisas'; um desejo de propriedade, um padrão de decoro baseado no respeito pelas rela-

¹ Mestranda em Artes Visuais pela Universidade Federal do Espírito Santo, UFES (2018-). Graduada pelo Centro de Ciências Sociais de Vila Velha, em 2002. Especialização em Arte e Cultura, pela Universidade Cândido Mendes (RJ).

ções de propriedade; um desejo por um nome próprio, que designa a pessoa específica que é invariavelmente identificada como sujeito da obra de arte; finalmente, um desejo por *apropriação* (OWENS, 1994, p. 96, tradução nossa, *itálicos no original*).

Ainda segundo o crítico Craig Owens (1994), antes das décadas de 70 e 80, a arte reposicionaria a problemática da representação, mas tal reposicionamento não teria sido alcançado pela crítica da época. Isso porque, o que foi considerado como um retorno à representação, após um longo período da abstração moderna, teria sido, na verdade, uma tentativa de utilizar a representação contra si mesma, para desafiar sua autoridade, sua reivindicação de possuir alguma verdade ou valor epistemológico (OWENS, 1994, p. 88).

Para uma discussão teórica e para compreender as questões levantadas pela arte contemporânea, sobretudo no que tange às práticas de apropriação, que interessa à este artigo, Owens nos sugere o estudo dos críticos conhecidos como pós-estruturalistas, cujos trabalhos eram identificados como uma crítica à representação (OWENS, 1994, p.88).

Todavia nem sempre teria sido desta forma, uma vez que haveria divergências nas abordagens acerca da representação pela crítica de arte, onde uma, considerada como uma disciplina – a história da arte - acreditaria que a representação seria desinteressada, ou uma atividade neutra. Já a outra, relacionada a um *corpo de crítica*, demonstraria que a representação seria parte do processo social de dominação e controle, sendo esta justamente a crítica pós estruturalista.

Ainda segundo Owens, o pensamento pós-estruturalista não poderia ser absorvido pela história da arte sem comprometer a força polêmica sobre a qual teria sido erigido, já que foi concebido em oposição à uma cultura dominante que isola o conhecimento em várias áreas, cada qual com seu próprio objeto de estudo e metodologias (OWENS, 1994, p.89).

A chave desta leitura, e que interessa ao texto, vem, portanto, da análise da crítica pós-estruturalista e da investigação do sistema representacional como aparato de poder, para assim, alcançarmos as questões atinentes às práticas de apropriação na arte contemporânea:

Investigar os sistemas representacionais como aparato de poder não se trata de estudar suas apropriações por aqueles que estão no poder por motivos políticos ou propagandistas – embora a história da arte e da arquitetura são compostos primordialmente de tais monumentos à autoridade. Não se trata de decifrar as mensagens ideológicas codificadas (...) Foucault e Marin não interpretam obras de arte, pois interpretá-las se trata de atribuir sentido. Eles estão interessados menos no que os trabalhos de arte dizem e mais no que eles fazem (OWENS, 1994, p.91, tradução nossa).

A crítica pós-estruturalista, e na citação acima Owens trata especificamente dos críticos Michel Foucault e Louis Marin – que rejeitam a divisão do trabalho intelectual em áreas de conhecimento específicas, operando essencialmente na não especialização – investiga a representação não como uma manifestação de poder, mas como parte dos processos sociais de diferenciação, exclusão, incorporação e das regras.



É nesse sentido que a crítica pós-estruturalista opera para articular e desarticular as contradições internas da ordem cultural e social dominante, sobretudo do Ocidente:

A atual crise econômica e política do Ocidente – na emergência das nações de Terceiro Mundo, no movimento das mulheres, nas crescentes restrições da vida socioeconômica, as catástrofes ecológicas... - começaram a expor um caráter excludente do discurso humanista; a crítica pós estruturalista trabalha para articular essas pressuposições básicas, e para desarticulá-las também, expondo suas contradições internas e sua cumplicidade com a ordem social e cultural dominantes (OWENS, 1994, p. 92).

Uma atribuição seria, portanto, sempre uma relação de propriedade com o objeto de estudo, e a história da arte, na sua origem, foi concebida como uma ciência de atribuições, cuja função seria resgatar obras para restitui-las aos seus autores. A partir da atribuição, se estabeleceria a relação da obra de arte com um sujeito humano específico, e assim a relação de propriedade sobre a obra (OWENS, 1994, p. 95).

O interesse de pensadores como Foucault e Marin, por exemplo, acerca da convencionalidade das obras de arte, e suas tendências de conformar com certas especificações institucionais se opõe ao interesse de se demarcar a individualidade e singularidade das obras de arte em dados períodos.

Em suma, os pós-estruturalistas descreditarão noções como originalidade e singularidade e teriam como aspecto mais importante e radical de suas pesquisas a exploração dos sistemas de representação como aparatos de poder. A representação à serviço de interesses particulares e suas relações com classes e instituições. Citando Douglas Crimp, nesse particular:

A arqueologia de Foucault pressupõe a substituição das unidades do pensamento historicista tais como tradição, influência, desenvolvimento, evolução, fonte e origem por conceitos como descontinuidade, ruptura, limiar, limite e transformação (CRIMP, 2005, p. 44).

A representação comunicaria com o poder pela via da posse, o que seria um dos motivos da história da arte frente à noção de poder sobre as coisas.

Um desejo que perpassa pelas relações de propriedade, de um nome próprio que designa uma pessoa específica que invariavelmente é identificada como sujeito da obra de arte. Essa visão da apropriação da pintura consideraria, portanto, a representação como uma substituição: a imagem é tratada como um substituto de alguém que nunca aparecerá (OWENS, 1994, p. 95-96).

De todo modo, por essa visão, é possível dizer que a história da arte definiria a representação com essas duas atividades – a substituição ou a imitação – e que elas correspondem à representação – enquanto uma atividade simbólica – e à apresentação, no sentido teatral. No primeiro, a imagem seria concebida como substituto, uma forma de compensação pela ausência. Na segunda, seria definida como uma réplica da experiência visual, onde o artista promoveria a ilusão do tangível, presença física dos objetos que representa (OWENS, 1994, p. 97).



A história da arte, de certa forma, sempre localizou a representação entre tais polaridades – a ausência e a presença. O que o pensamento pós-estruturalista nos sugeriria não se trataria de um conceito de representação, mas sim de uma análise ampla e crítica sobre tal conceito.

O que Foucault propõe a respeito do sistema clássico de representação, concebido no século XVII, não se trataria da sua ausência ou presença, interpretação dual a qual seríamos constantemente levados a fazer pela própria história da arte, mas, sim, o conceito de transparência:

Reivindicar que a representação é transparente ao seu objeto não é defini-la como mímica ou ilusionista – mapas, por exemplo, não simulam a experiência visual. Ao invés, que todo elemento da obra de arte é significante, quer dizer, que refere a algo que existe independente da sua representação. Logo, ‘transparência’ designa um equivalente perfeito entre a realidade e sua representação; significante e significado espelham-se, um é meramente a reduplicação do outro (OWENS, 1994, p. 98).

Quando Foucault comparece ao problema da representação visual, ele trabalha para tornar visível, aquilo que está implícito, as estratégias e táticas invisíveis, onde a representação atinge sua transparência: “não há interesse no que a representação revela, mas no que ela esconde” (OWENS, 1994, p. 99).

A partir dessas pontuações, vale destacar dois momentos relevantes da relação da arte produzida no século XX com a representação, através de práticas de apropriação, e que dariam início a uma crítica histórica da percepção na história da arte, e que interessam ao recorte desta pesquisa: a dos artistas Marcel Duchamp e Robert Rauschenberg.

No início do século XX, Marcel Duchamp tomara posse de um objeto de uso cotidiano – uma roda de bicicleta – e o exporia como obra de arte, deslocando a problemática do processo criativo para dar evidência ao olhar do artista em direção ao objeto, revelando a desimportância da habilidade manual.



Fig. 01 - Marcel Duchamp, **Roda de Bicicleta**, 1913.

Historicamente, no campo artístico, essa prática teve início com as vanguardas modernistas, nas colagens cubistas de Picasso e Braque, a partir de 1912 e nas operações dadaístas de montagem. Recortes de jornais, pedaços de madeira, rótulos de garrafa e outros materiais eram agregados à superfície das telas, para enfatizar que aquilo era de fato uma estrutura bidimensional e não uma janela para o mundo, como instaurado na arte renascentista.

Entretanto, é em 1913 que Duchamp, com os *ready-mades* – termo cunhado pelo próprio artista – instauraria decisivamente a problemática da apropriação no campo artístico, através da incorporação de signos da cultura de massa e consumo ao trabalho de arte, além de objetos e materiais de uso comum – a exemplo da roda de bicicleta e do urinol, traindo o projeto modernista que atuaria essencialmente sobre três pilares: o da ubiquidade, da transparência² e da permanência.

Trata-se da manifestação da mente alegórica em operação da transformação da mercadoria em emblema através de um ato intencional do artista, que alegorizava a criação, associando-a a um objeto aleatório produzido em série:

Com os *ready-mades* de Duchamp parece que a tradicional separação do processo pictórico ou escultórico em procedimentos e materiais de construção, significante visual e significado não tem mais lugar ou, antes, os três se fundem no gesto alegórico de apropriação do objeto e de negação da construção real do signo. Ao mesmo tempo, essa ênfase no significante manufaturado e sua muda existência revelam os fatores ocultos que determinam o trabalho e as condições sob as quais ele é percebido (BUCHLOH, 2000, p. 181).

Segundo Benjamin Buchloh, essas condições incluem desde os modos de apresentação e a estrutura institucional às regras de atribuição de sentido no interior da arte (BUCHLOH, 2000, p. 181).

Na mesma época, as operações dadaístas de montagem também evidenciariam o início das práticas de apropriação na arte. Um exemplo emblemático é apropriação pelo próprio Duchamp do ícone da história da cultura e da arte, a *Mona Lisa*, de Leonardo Da Vinci.

Na obra *L.H.O.O.Q.*, de 1919, Duchamp reproduz mecanicamente a obra do gênio da arte renascentista, eivada de singularidade e originalidade, para confiscar e reinscrever a obra num contexto mercadológico - uma configuração que existe como texto apenas em sua performance fonética (BUCHLOH, 2000, p.181).

Na esteira das práticas de montagem e apropriação, mas avançando algumas décadas do século X - especificamente no início de sua segunda metade - Robert Rauschenberg, artista norte americano, que frequentou a Black Mountain College, e considerado um membro que tangenciava o grupo dos expressionistas-abstratos, atuava no que ele próprio denominava como “lacuna entre arte e vida” (KAREN *apud* GONZAGA, 2010, p.864).

² Tal conceito de transparência difere daquele trazido pelo crítico Craig Owens, e citado logo acima. A transparência aqui mencionada refere-se à busca da arte modernista pela pureza, justamente porque se voltaria para a explicitação de seus próprios meios e de seus próprios limites.



Não por acaso, Rauschenberg relata que nas fases iniciais de seu trabalho, não iria à loja de tintas, mas “dava uma volta no quarteirão, se não conseguisse material suficiente para começar a trabalhar, dava outra” (GRANDLUND *apud* GONZAGA, 2010, p. 864). Segundo o próprio artista:

A pintura diz respeito tanto à arte quanto à vida. Procuo situar-me no espaço entre ambas. Não existem temas insignificantes. Um par de meias não é menos apropriado para uma pintura que a madeira, pregos, terebintina, óleo e tecido (RAUSCHENBERG *apud* DANTO, 2012, p.55).

Seu trabalho operava numa lógica de fora para dentro, permitindo que o próprio mundo lhe fornecesse o material necessário para sua obra. Ileana Sonnabend, sua *marchande*, relembra uma frase de John Cage, que era admirador do trabalho do artista: “ele abre a janela e o trabalho entra” (CAGE *apud* GONZAGA, 2010, p. 864).

Walter Benjamin (2000), alguns anos antes, ratificou a descrição de Baudelaire sobre a natureza de sucateiro própria do artista, como aquele que registra e coleciona aquilo que a cidade despreza e destrói. Isso afastaria definitivamente o artista do ideal de herói criador ou gênio romântico. Para Benjamin, o artista não cria nada de novo, mas apenas se utiliza dos restos da civilização para transformar em algo extraordinário. Os poetas encontram “na rua o lixo da sociedade e a partir dele fazem sua crítica heróica” (BENJAMIN, 2000, p.15).

É desse lugar que, no início da década de 1950, Rauschenberg se autoriza a avançar num projeto, no mínimo, audacioso. Ele, como um artista novato que era à época, bate à porta de Willem de Kooning, um artista do expressionismo abstrato já consagrado, para formalizar sua ideia: a de materializar o apagamento.

Importante notar que, o expressionismo abstrato posicionava-se na fronteira com um novo paradigma na história da arte – uma moderna e o outra pós-moderna, expressando a verdade interior de seus autores e não por meio da representação de suas fisionomias, mas pela própria experiência de sua realização. Subsumiria, assim, as noções de singularidade, dos materiais e todos os limites impostos pela teoria modernista, além da noção romântica de autoria, concebida na genialidade autoral (GONZAGA, 2010, p. 861-862).

A ideia de Rauschenberg, portanto, seria o apagamento a partir de um artista renomado, da arte reconhecida como Arte, uma resposta irônica às profundidades e genialidades propostas pela arte modernista. E assim teria sido feita a proposta ao artista Willem De Kooning.

A ideia de Rauschenberg ecoou em De Kooning, que ao procurar o desenho para ser apagado, decidiu que seria um que ele deveria sentir falta, mas não somente isso: ele queria escolher algo que fosse difícil para Rauschenberg apagar. Na tela eleita havia sido utilizado carvão vegetal, pintura à óleo e crayon, o que teria tomado cerca de um mês para a conclusão do completo apagamento. Nos diz Buchloh:

Após o cuidadoso exercício de apagá-lo, deixando vestígios de lápis e a impressão visível das linhas desenhadas como pistas para o reconhecimento visual, o desenho foi colocado numa moldura dourada. Uma placa de metal gravada, fincada à moldura, identificava o desenho como um trabalho de Robert Rauschenberg, intitulado *Erased de Kooning Drawing*, e datado de 1953 (BUCHLOH, 2000,p.182).



Fig. 02 - Robert Rauschenberg, **Erased de Kooning Drawing**, 1953, SFMOMA.

Ao esvaziar o conteúdo criativo inscrito por De Kooning em seu desenho, Rauschenberg não somente apaga, mas antes se apropria. O que resta não é somente um quadro apagado, mas também a intangibilidade do traço original. Uma repostagem – irônica – às interioridades e profundidades da noção, não só do que seria pintura, mas também do que seria arte.

O apagamento da obra de De Kooning teria sido a largada da relação de Rauschenberg com artistas de movimentos distintos que o precederam, tratando a apropriação na pintura como um lugar a partir da superfície da tela.

Inclusive essa prática, nota Douglas Crimp – a apropriação na arte – sempre ocorreu, também através da remissão a precedentes artístico-históricos. Justamente o pós-modernismo, em seguida a arte contemporânea, manteriam tal prática ativa, com transformações substanciais que levariam a questionamentos epistemológicos no interior da própria arte. (CRIMP, 2005, p. 45)

Nesse sentido, artistas de movimentos anteriores valiam-se de seus predecessores de maneira “despudoradamente óbvia” (CRIMP, 2005, p.45), a exemplo de Édouard Manet, artista que marca o início do modernismo no começo da década de 1860, que nitidamente inspira-se na *Vênus de Urbino* de Ticiano, mais de dois séculos depois, reproduzindo a postura e a composição da cena na superfície da tela.





Fig. 03 - Ticiano, *Vênus de Urbino* 1538.

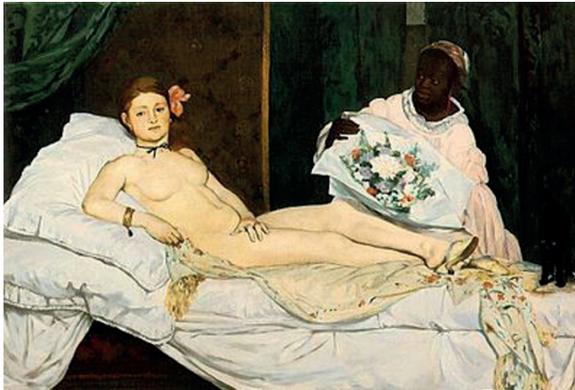


Fig. 04 - Édouard Manet, *Olympia*, 1863.

Ao se perguntar quando a apropriação na arte foi inicialmente prescrita, Owens nota que a história da pintura começou com Manet e não Courbet, que segundo ele “persistiu em alegorias reais” (OWENS, 1992, p. 58).

As evidências de manipulação das fontes históricas por Manet sugerem que modernismo e apropriação – sobretudo em seu viés alegórico – não seriam diametralmente opostos.

Cerca de cem anos depois da problemática levantada por Manet com relação às suas fontes históricas, Robert Rauschenberg fez uma série de quadros usando imagens da *Vênus Rokeby* (1664-1668) de Velázquez e da *Vênus no Banho* (1615) de Rubens.





Fig. 05 - Robert Rauschenberg, *Exile*, 1962.

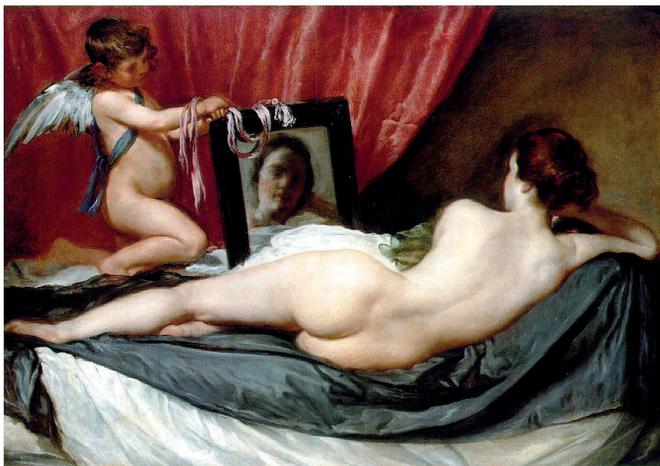


Fig. 06 - Velazquez, *Rokeby Venus*, 1664-1668.





Fig. 07 - Robert Rauschenberg, **Tracer**, 1963.



Fig. 08 - Rubens, **Vênus no banho**, 1615.

Segundo Douglas Crimp, os efeitos que as referências de Rauschenberg produzem são completamente diferentes daqueles utilizados por Manet:

(...) enquanto Manet reproduziu a postura, a composição e certos detalhes do original em uma transformação pintada, Rauschenberg simplesmente usou *silk-screen* para aplicar as reproduções dos originais em cima de superfícies onde também se podiam encontrar imagens de caminhões e helicópteros.

(...) a coerência estrutural que no limiar do modernismo fazia com que uma superfície de suporte de imagem fosse percebida como uma pintura difere radicalmente da lógica pictórica alcançada no início do pós-modernismo (CRIMP, 2005, p.45).

Frederic Jameson defende que nas artes visuais, a crítica pós-moderna da representação procede de maneira similar para minar o status referencial da imagem visual, e com isso, reivindicar a condição de representar a realidade como ela realmente é. Os artistas pós-modernistas apresentariam a realidade – seja concreta ou abstrata – como uma ficção, produzida e sustentada em prol de sua representação cultural (JAMESON *apud* OWENS, 1994, p.111).

Sob essas premissas que Robert Rauschenberg teria dispensado a aura da pintura – assim como Duchamp o fez com a Mona Lisa de Leonardo – para assumir a “atitude aberta de confisco, citação, reprodução parcial, acumulação e repetição de imagens já existentes” (CRIMP, 2005, p.54).

Ao valer-se da reprodução, apresentando na superfície de suas formas híbridas de impressão as obras de artistas como Velázquez e Rubens, ele assume uma heterogeneidade que inaugura a pós-modernidade e que promove o corte epistemológico previsto na arqueologia de Foucault. Os quadros com superfície de plataforma de Rauschenberg, as chamadas *flatbeds*, são causadores da ruptura ou descontinuidade com o passado modernista (CRIMP, 2005, p.44).

Como visto, a pintura de Rauschenberg não é a evolução ou a continuidade da pintura modernista, mas o oposto, a sua ruptura. Tanto que não as chamava de pintura, mas de *combined paintings* - uma lógica pictórica completamente diversa da conhecida na arte moderna.

Outro exemplo é a maior litografia até então impressa, onde Rauschenberg realiza um raio-x do próprio corpo, na gravura intitulada *Booster* (1967), trazendo à superfície o gesto que teria apagado na obra *Erased De Kooning*. Numa espécie de autorretrato pós-moderno, Rauschenberg, neste ato, promoveria um nivelamento das profundidades, subsumidas concomitantemente na superfície da tela, apropriando-se ao mesmo tempo de seu interior (o raio x de seu corpo) e de elementos exteriores.



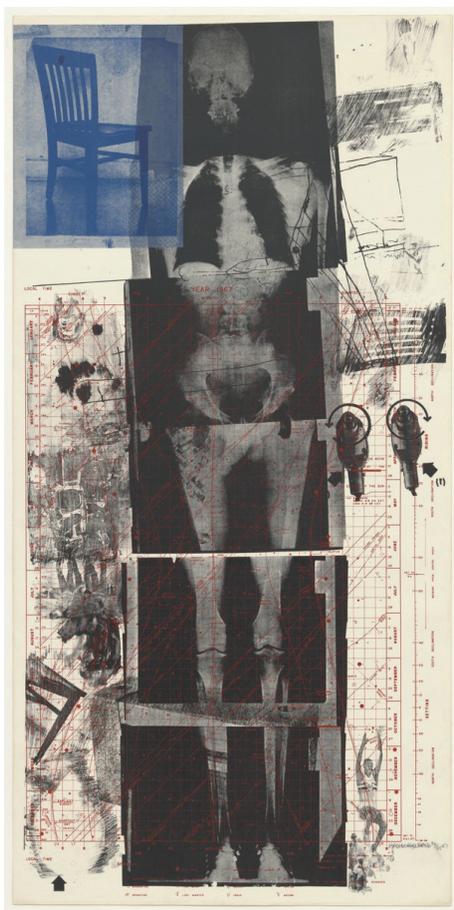


Fig. 09 - Robert Rauschenberg, **Booster**, 1967, gravura, 180x90cm.

O desvio empreendido por Rauschenberg, de um modelo vertical para o horizontal, ou da quebra de paradigma da tela enquanto janela, para a tela enquanto texto, evidencia a passagem da imagem enquanto uma paisagem emoldurada, para uma imagem enquanto um tecido, uma rede de informações (STEINBERG *apud* FOSTER, 2014, p.183). Ou como nos diz Crimp citando Leo Steinberg:

Este plano da pintura é um tipo completamente novo de superfície pictórica, ocasionando, segundo Steinberg, “a mudança mais radical no conteúdo da arte, de natureza para cultura”. Em outras palavras, a plataforma é uma superfície que pode receber uma quantidade enorme e heterogênea de imagens e artefatos culturais que não eram compatíveis com o campo pictórico tanto da pintura pré-moderna como da pintura moderna (STEINBERG *apud* CRIMP, 2005, p. 43-44).

Na esteira de Rauschenberg, muitos dos trabalhos dos artistas pós-modernos lidavam com imagens – sobretudo originárias da mídia - e buscavam a sua exposição enquanto instrumentos de poder, não somente investigando a mensagens ideológicas codificadas, como também as estratégias por onde tais imagens garantem um status de autoridade na cultura (OWENS, 1994, p.111). Vale a citação completa:

Se tais imagens devem ser ferramentas efetivas de persuasão cultural, então seus suportes materiais e ideológicos devem ser apagados para que, neles, a realidade se revele para falar. Através da apropriação, manipulação, paródia, estes artistas trabalham para tornar visível os mecanismos invisíveis por onde tais imagens garantem sua transparência putativa – uma transparência que se origina, como na representação Clássica, da aparente ausência de um autor (OWENS, 1994, 111).

Tal contexto em que a história da arte se encontrava, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, se revelou difícil para a história e crítica de arte da época, em especial porque, segundo a crítica formalista capitaneada por Clement Greenberg, lhes faltaria a autorreferência e autoavaliação que permitiria a arte purificar-se para garantir sua realização enquanto arte (BUCHLOH, 2000, p. 183).

É o que a crítica pós-estruturalista atestaria como a distância da história da arte frente à prática artística contemporânea – da época – que negava a si mesma qualquer conexão com a arte do presente.

REFERÊNCIAS

BUCHLOH, Benjamin H. D. Procedimentos alegóricos: apropriação e montagem na arte contemporânea. In: **Arte & Ensaios**. Ano 7, n. 7, 2000.

CRIMP, Douglas. **Sobre as ruínas do museu**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUCHAMP, Marcel. O ato criador. In: BATTCKOCK, Gregory (org.). **A nova arte**. São Paulo: Perspectiva, col. Debates, 1975.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos: Estética – literatura e pintura, música e cinema (vol. III)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GONZAGA, Ricardo Maurício. Da superfície profunda à cadeia fantasmática de imagens: a arte na fronteira entre pintura e fotografia. Artigo submetido no 19º Encontro Nacional da ANPAP – Associação Nacional dos Pesquisadores em Artes Plásticas – Entre Territórios, set. 2010.

OWENS, Craig. **Beyond Recognition: Representation, Power, and Culture**. Berkeley/Los Angeles/Oxford: University of Califórnia Press, 1992.





A PROTEÇÃO DAS OBRAS DE GRAFITAGEM PELO DIREITO AUTORAL NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE

Débora Gomes Bandeira¹

Thamires Rodrigues Guimarães²

RESUMO: O grafite é uma espécie de obra cuja visibilidade ocorre no espaço público e historicamente traz uma grande carga de preconceito por estar associada a grupos marginalizados. Ademais, enquanto expressão do espírito criativo do autor é objeto de proteção pelo Direito Autoral. Em razão de seus elementos componentes, o grafite não raro é utilizado como elemento compositor de outras obras, fazendo surgir o questionamento acerca da proteção pelo Direito de Autor das obras de grafite quando veiculadas em obra publicitária, uma vez que a questão esbarra em uma aparente cláusula permissiva na Lei de Direito Autoral que, em razão do espaço em que é exposta a obra, os muros das ruas, permite a representação livre dessas obras em procedimentos audiovisuais. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo principal analisar a proteção dessas obras quando veiculadas em obra publicitária. Para tanto, primeiro será identificada a incidência do direito autoral nas obras do grafite; após, serão percebidos os nuances do uso indevido do grafite em reproduções midiáticas com fins publicitários e; por fim, serão traçados os parâmetros em que se fundamenta a jurisprudência para violação dos direitos autorais na reprodução de obras de grafite em produções publicitárias. Com esse intuito, a análise se vale do método hipotético-dedutivo e bibliográfico, buscando compreender tais questões através de teorias técnico-jurídicas.

Palavras-chave: Grafite; Veiculação; Publicidade; Violação do Direito Autoral.

1 INTRODUÇÃO

A proteção de direitos autorais salvaguarda uma série de prerrogativas do autor em relação à sua obra. No que tange às obras intelectuais protegidas, pela inteligência da Lei de Direitos Autorais, art. 7º, *caput* (BRASIL, 1998), essas são definidas como “[...] criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível [...]”. Nessa senda, infere-se que a grafite é abarcada pela lei, uma vez que atende a todos os elementos presentes no conceito mencionado.

O grafite é um estilo de arte que pode despertar a atenção imediata das pessoas e alcançar um público notável, pois extensamente visível. São variados os temas objeto do grafite e muitas vezes incluem críticas sociais. Em vista disso, muitas vezes são veiculados em publicidades

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNDB. E-mail: debora_gb@outlook.com

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNDB. E-mail: thamires.guimaraes@hotmail.com

midiaáticas, pois contém fator atrativo ao público. Utilizados em propaganda, por estarem na rua e teoricamente não pertencerem a um sujeito específico, o grafite não costuma receber atenção no que tange aos direitos autorais de seu criador. Ademais, concomitantemente, o grafite parece não ser realmente protegido pelo âmbito dos direitos autorais, posto que não raro é possível verificar situações de violação a essas obras, como seu apagamento dos locais de exposição: muros que ficam expostos a quem transite pelas ruas.

O *locus* de exposição do grafite é exatamente um dos elementos que ensejam a presente discussão, pois o art. 48 (Lei nº 9.610, BRASIL, 1998) prevê que “[...] obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.” Nota-se que assim como foi determinado amparo legal às obras artísticas, há aparente fissura na construção da estrutura protetiva, ainda mais quando combinado o dispositivo com o art. 46, VIII, Lei nº 9.610/98, cuja leitura explícita que não configura ofensa aos direitos autorais (autor e conexos) a reprodução de artes plásticas, havendo ressalva permissiva quando a representação for secundária e não gere danos ao autor da obra.

Há uma linha bastante tênue entre os dois elementos, uma vez que restam dúvidas patentes acerca da delimitação protetiva do grafite, em razão de aparente antinomia entre os dispositivos mencionados. À luz do exposto, questiona-se: como é delimitada a proteção autoral de obras de grafite quando veiculadas como elemento de publicidade?

Conforme é possível extrair de leitura inicial do próprio artigo 46, VIII, Lei nº 9.610/98, ao tratar sobre a reprodução de artes plásticas, a utilização dessa obra para os devidos fins publicitários, por exemplo, deve estar no plano secundário e não prejudicar de qualquer modo o autor da obra. Os limites devem ocorrer através do grau de aproveitamento da obra como elemento fundamental na composição da produção publicitária.

Sublinha-se que não há, nos dispositivos mencionados, menção ao proveito econômico extraído da veiculação de propaganda, algo que a princípio, pode ter sido permitido pelo Direito Autoral.

É nesse sentido que se percebe ser inarredável que estudos acadêmicos adentrem esse campo, posto que as obras de grafite frequentemente enfrentam ataques ao serem etiquetadas como obras marginalizadas e efêmeras. Além disso, urge que o grafite seja reconhecido como obra fruto do espírito criativo do autor, para que se possa proceder ao devido reconhecimento dessas obras no meio social, tal como ocorre nas demais artes plásticas. Tão grande é a proximidade do plano real dessa discussão que foi por intermédio de um caso próximo à vivência das autoras que se iniciou a presente pesquisa, na problemática que enfrentou o grafiteiro profissional Gil Leros, cuja situação será explicitada mais adiante.

Em virtude disso, o presente artigo é estruturado a partir do método hipotético-dedutivo, sendo assim, por meio da observação do campo delimitado, se chegará a uma afirmação (MARCONI; LAKATOS, 2006), sendo tal método aplicado a essa pesquisa de modo a investigar a proteção de obras de grafite quando veiculadas como elemento de publicidade, tendo como análise a jurisprudência brasileira.

Portanto, trata-se de uma pesquisa exploratória, uma vez que visa investigar teoricamente a proteção citada anteriormente (GIL, 2002), valendo-se da pesquisa bibliográfica para a compreensão de como se perfaz essa suposta antinomia à luz dos julgados acerca do tema.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordada a incidência do direito autoral nas obras do grafite. No segundo, o uso indevido do grafite em reproduções midiáticas com fins publicitários e, por fim, o terceiro capítulo tratará dos parâmetros usados na jurisprudência acerca da violação dos direitos autorais com a reprodução de obras de grafite em produções publicitárias.

2 A INCIDÊNCIA DO DIREITO AUTRAL NAS OBRAS DO GRAFITE

Para compreender a proteção do grafite pelo instituto do direito autoral é necessário, a priori, entender os parâmetros que permitem a inserção de uma obra nesse âmbito de proteção, parâmetros esses que são fixados em lei e esmiuçados doutrinariamente, para, então, analisar a viabilidade jurídica de proteção do grafite, caso entendido como obra, e é a essa finalidade que o presente capítulo se propõe, como passará a ser exposto a seguir.

A Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610, BRASIL, 1998) estabelece em seu art. 7º que são “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, sendo complementando pelo art. 11 que, para tal caracterização, é necessário que tenha sido feita por uma pessoa física.

Além disso, cabe destacar o que a Lei dispõe acerca do que não é caracterizado como obra, especificamente no art. 8º, inciso I: “as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais”, a fim de concluir, a *contrario sensu*, a exteriorização da ideia como requisito da obra.

No mais, porém não menos importante, é de se destacar como indispensável o requisito da originalidade, que não é expresso em lei, mas que é amplamente difundido na doutrina, como exposto por Carlos Alberto Bittar (2015):

Cumpre [...] haver originalidade da obra, ou seja, deve ser integrada por componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente. Há que ser, intrínseca e extrinsecamente, diferente de outras já materializadas. Deve revestir-se de traços ou de caracteres próprios, distintos de outros já componentes da realidade.

O autor segue a abordagem tratando da relatividade da questão da originalidade, devido ao fato de que não é exigida uma novidade absoluta, desde que haja contornos próprios em relação à composição e à expressão. É em virtude disso que as obras derivadas são abarcadas por esse âmbito de proteção, desde que haja autorização do criador da obra originária dessa.



Ou seja, o que se pode depreender disso são os requisitos básicos de caracterização da obra: a exteriorização, feita por pessoa física, a emancipação do espírito humano e originalidade.

No âmbito da doutrina, Carolina Tinoco Ramos (2010, apud BARBOSA, 2013) elenca “os sete requisitos de proteção”, sendo eles: o originador como pessoa natural; imputação do resultado final da criação ao originador; criação intelectual objetivada; exteriorização como possibilidade de comunicação ou fixação; ausência de proibição legal à apropriação; novidade e possuir um grau mínimo de criatividade, a fim de que seja justificada a exclusividade autoral.

Dito isso, em virtude da ausência de disposições específicas acerca do grafite no âmbito do Direito, se faz necessário recorrer à esfera do estudo das artes plásticas a fim de compreender o que é o grafite e, posteriormente, a possibilidade de incidência do direito autoral nesse campo.

Para tanto, tem-se como conceituação de Grafite

uma **inscrição ou desenho sobre uma base ou suporte**, tecnicamente feito com tintas spray, ou tintas usadas em rolos e canetas, pintados em muros e espaços públicos. Suas inscrições vão desde letras desenhadas até personagens, bem definidos ou não, acompanhados de traços marcantes com suas sombras, preenchimentos, contornos e entornos. Hoje, apesar das controvérsias, insere-se na Arte Contemporânea, sob a tutela das denominações Arte Urbana ou Street Art (MOREIRA, 2016, grifo nosso).

A título de conhecimento, a composição do grafite pode ser feita a partir de várias técnicas: *3D Style*, com o efeito de três dimensões obtido por meio de cores estilizadas e efeitos de sombra, profundidade e luz; *Throw-up* ou *Bombs*, também conhecida como “pichação evoluída” ou “vômito”, sendo pinturas rápidas, com letras deformadas ou gordas, na maioria das vezes feitas sem autorização; *Wild Style*, caracterizado por letras entrelaçadas com muita cor; e o *Free Style*, um estilo livre que pode ser composto por letras, desenhos, materiais e estilos agrupados, a partir da vontade do grafiteiro (MOREIRA, 2016).

A proteção do grafite pelo direito autoral se faz um tema importante justamente por se tratar de arte de rua, por muito se discutir sobre a questão de não ser arte, sendo esse um ponto controvertido até mesmo no âmbito das artes plásticas, já que muitos pontos de relevância histórica originaram o grafite, principalmente, porque trata de grupos marginalizados.

O grafite surge no século XX como forma de retratar a temática da sociedade moderna, principalmente como forma de questionar a falta de lideranças comprometidas e de ética não só no Brasil como no mundo, retratando, principalmente, as mazelas dos oprimidos e grupos excluídos socialmente. São ilustrações que, graças à criação do *spray*, são feitas de maneira mais rápida que o normal, e carregam muitas vezes o humor como forma de protesto ao falar de acontecimentos políticos (LOPES, 2011).

Há pesquisas, por outro lado, que retratam que a raiz do grafite surge como uma espécie de comunicação entre gangues, a fim de demarcar territórios e protestar (MOREIRA, 2016), mas



mesmo assim, há de se inferir o caráter social do grafite como forma de visibilidade de grupos marginalizados socialmente, bem como de expressar a voz da população inconformada com as questões políticas.

Mas por que é relevante o contexto histórico e social do grafite ao direito autoral? Em um ponto específico: o requisito da criação do espírito humano. Muito se discute sobre a amplitude do conceito de criação do espírito humano disposto na Lei de Direitos Autorais, já abordados anteriormente, porém, adequa-se perfeitamente à questão em tela visto que “são as criações do espírito ‘bens’ dos quais se pode servir para a construção da realidade que o circunda de uma maneira racional” (BITTAR, 2015).

Denis Borges Barbosa (2013) ao tratar das exclusões jurisprudenciais da noção de criação do espírito humano, traz um julgado do TJSP, o qual retrata o requisito através da noção de que a proteção não se trata nem do objeto em si, muito menos na ideia, sendo, na verdade, a expressão do autor. Ou seja, se o grafite se faz como essa ferramenta social, de expressão do autor através das compreensões de mundo deste, fica evidente a presença do requisito de ser criação do espírito humano.

Ou seja, comprovados e superados todos os pontos de relevância para a caracterização da obra, a partir de uma leitura do artigo 7º, VIII da Lei nº 9.610 (BRASIL, 1998), já se tem a clara adequação do grafite nesse conceito, uma vez que é criação do espírito, fixada em qualquer suporte, mais especificamente, tangível e é conhecido, podendo figurar tanto como desenho, quanto como pintura.

Nessa senda, é clara a proteção do grafite através do direito autoral, restando, porém, controverso alguns pontos por caracterizações próprias do grafite, como a questão da autoria, que nem sempre é identificada na obra, ficando comprometida a proteção. Outra questão é que nem todo grafite pode ser caracterizado como obra, como coloca Bibiana Biscaia Virtuoso (2017):

o Graffiti deve possuir os requisitos mínimos para ser tutelado pelos direitos autorais. Isso significa que ele deve ser um **trabalho original, fixado em um meio de expressão tangível**. Desta forma, nem todo trabalho é tutelado pela lei de direitos autorais. Simples assinaturas ou frases comuns não se enquadram nos requisitos mínimos, tais como “vote em”, mesmo se o visual tiver traços artísticos (grifo nosso).

Logo, pode-se concluir que o grafite pode ser protegido pela Lei de Direitos Autorais, desde que cumpridos os requisitos citados. E é nesse contexto que se insurge a problemática da utilização das obras de grafite na publicidade sem a devida autorização do autor uma vez que, na grande maioria dos casos, as obras encontram-se em locais públicos.



3 O USO INDEVIDO DO GRAFITE EM REPRODUÇÕES MIDIÁTICAS COM FINS PUBLICITÁRIOS

Superados os questionamentos no que concerne ao enquadramento das obras de grafite como objeto de proteção pelo direito autoral, impende que sejam indicadas os questionamentos frequentemente encontrados na reprodução do grafite, enquanto obra de arte plástica. Destarte, o presente capítulo é voltado à apreciação do grafite a partir dos elementos apresentados anteriormente, ao argumentar-se por sua proteção enquanto expressão do direito do autor. Ademais, será considerada a Convenção de Berna como elemento irradiante no nosso ordenamento jurídico, tanto na legislação quanto no modo como a jurisprudência vem atuando ao dirimir conflitos apresentados perante o Poder Judiciário.

É notável a disposição do art. 46, inciso VIII da Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998), ao prelecionar que não há ofensa ao direito autoral na utilização de obras de artes plásticas quando “a reprodução [...] de obra integral [...] 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.”

Para além do inciso supramencionado, no bojo do art. 46 são elencados diversos outros usos permitidos (*fair use*), que possibilitam a utilização de uma obra. Assim, são considerados três indicadores na averiguação desse permissivo, tais quais: 1 – o intuito com que está sendo utilizada a obra, cuja vedação é identificada em caso de exploração comercial; 2 – a extensão de utilização da obra reproduzida na obra nova e; 3 – as repercussões da utilização da obra subsequente nos proveitos econômicos da obra protegida (BRANCO, 2007).

Enquanto obra de arte plástica o grafite não raro é utilizado em apresentações midiáticas, seja em fotos pessoais, como aquelas veiculadas em redes sociais ou em outros meios, como as propagandas publicitárias, as quais sabidamente têm propósito de lucro com a utilização da obra em maior ou menor escala, haja vista sua finalidade última: induzir o consumo por intermédio dos elementos expositivos.

Eliane Abrão (2017) sublinha questão fulcral mencionada no inciso VIII, art. 46 (BRASIL, 1998): as obras de artes plásticas são reproduzidas em sua integralidade. A menção expressa se justifica pelo que está formulado no art. 24, inciso V, da LDA (BRASIL, 1998), segundo o qual constitui direito moral do autor “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”. A obra de arte plástica somente pode ser reproduzida em sua plenitude, sob o risco de ser afetado o seu sentido original, como fora estimado pelo autor.

Nesse sentido é consubstanciado o direito ao respeito na Convenção de Berna (OMPI, 1980), que se traduz em prerrogativa do autor para impugnar qualquer modificação ou atentado à forma original de sua obra que possa acarretar em mutilação. O direito é exercido de modo oponível a terceiros, pois a utilização da obra modificada pode gerar prejuízos à honra e reputação do autor, caso seu propósito original seja desvirtuado. Assim, as autorizações para utilização de uma obra não envolvem as mutações que, pela supressão ou acréscimo de elementos não presentes na obra original, podem modificar o objeto original.

Os critérios estabelecidos quanto à possibilidade de reprodução da obra envolvem conceitos nebulosos, tais quais “honra” e “reputação” e, em razão disso, não raro surgem litígios acerca da existência ou não de violação ao direito autoral em casos fáticos de reprodução e alteração da obra original. O direito ao respeito compõe a gama de direitos morais do autor sobre sua criação e cabe ao autor, preliminarmente, apontar eventuais prejuízos suportados com a utilização indevida. O aspecto moral do direito de que goza o autor é tão notável que se conserva mesmo em caso de cessão dos direitos patrimoniais, uma vez que essas esferas atuam independentemente uma da outra (OMPI, 1980).

O autor, na sua esfera subjetiva, é protegido mesmo que tenha atribuído os ganhos patrimoniais a outro, pois o que aqui está em jogo é evitar que o outro, utilizando como subterfúgio a contrapartida financeira, adultere o aspecto original da criação.

A reprodução integral de obra de artes plásticas a que faz referência o dispositivo diz respeito a um limite imposto à ação de reproduzir, de sorte que o responsável pela segunda obra demonstre cautela quanto à extensão da função da primeira aplicada e objeto de usufruto em seu trabalho.

A limitação da reprodução de obras de arte plástica em meio distinto ao original, no direito autoral, encontra explanação na regra dos três passos, inicialmente formulada pela Convenção de Berna (BRASIL, 1975) e posteriormente foram discutidas as ideias trazidas no bojo da Convenção: 1 - a reprodução (primeira obra) não pode ser objeto preponderante na obra reprodutora (segunda obra); 2 – nem significar prejudicialidade à exploração da obra aproveitada; 3 – assim como é vedado o “[...] prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores” (ABRÃO, 2017, p. 180).

Como regra, consoante o disposto no art. 9º, alínea 1 (BRASIL, 1975), os autores gozam do direito exclusivo de autorizar a utilização de suas obras, inclusive o direito de reprodução. Em sua redação original, a Convenção de Berna reservou aos países signatários a faculdade de estruturar exceções permissivas voltadas a admitir reprodução das obras. Logo em seguida, portanto, são tratadas as possibilidades de exceção a esse direito de exclusividade, sendo reservado aos países permitir as hipóteses de reprodução “em certos casos especiais”, sem que haja prejuízo à exploração normal da obra, nem cause prejuízo aos interesses do autor, conforme mencionado. Essas três regras conferem um parâmetro dentro do qual as legislações dos países podem atuar para permitir a livre reprodução das obras.

Não haver prejuízo à exploração normal da obra é um requisito que convém detalhar. O uso do termo “normal”, conforme se nota, é bastante significativo, pois em se tratando de um romance, por exemplo, sabe-se que a exploração normal advém da venda dos exemplares da obra ao público, seja em meio físico ou virtual, portanto não é plausível instituir que sejam concedidas licenças obrigatórias sobre a utilização dessa obra, uma vez que isso fere sua exploração habitual (OMPI, 1980).

Calha sublinhar que a exploração normal da obra envolve não só a real exploração da obra, como efetivamente ocorre, assim como as possibilidades de exploração, no plano do que é possível, embora não ocorra no plano fático. É nessa esteira que se observa a compreensão da



Organização Mundial do Comércio acerca desse conceito, sendo consideradas as duas formas de exploração: de fato e possível (GINSBURG, 2001).

Uma vez observada essa regra, pode ser examinada a seguinte: houve prejuízo ao legítimo interesse do autor? Faz-se relevante assinalar que não se cuida de qualquer prejuízo, posto que toda cópia certamente causa um prejuízo ao autor, ainda que em pequena escala. O prejuízo deve ser injustificado, do que se infere a ausência de razoabilidade na utilização da obra para o fim pretendido. Por exemplo, em vez de ler uma obra em seu discurso, um conferencista distribui cópias da publicação à plateia, de tal modo que o ato tenha suprimido a possibilidade de aquisição por essas pessoas (OMPI, 1980).

Mais uma vez são notórias as críticas aos conceitos abertos instituídos pelo legislador. O uso injustificado também possui uma falha conceitual, pois não há explicação legal do que seja a ausência de justificação. Eliane Abrão (2017) considera que essa noção é extraída a partir do diálogo entre o direito de acesso à cultura e ao conhecimento e o direito de exclusividade do autor. Nessa senda, o prejuízo encontra fundamento no interesse público, devendo prevalecer o interesse coletivo, cujo exemplo em aporte normativo ocorre no art. 46, incisos I, alíneas “a” e “d”.

Três termos merecem detido apreço: injustificado, interesse e legítimo. A Organização Mundial do Comércio considerou que injustificada é a utilização que gera perdas significativas para o autor da obra ou tem potencialidade para sua causa. Quanto ao interesse, foi determinado que esse critério não está adstrito ao ganho econômico oriundo da exploração do objeto criado. No que tange ao critério da legitimidade, são elencados os critérios normativos para aferir o que é legítimo segundo a proteção legal do direito do autor sobre a obra (GINSBURG, 2001).

Esses conceitos não têm contornos evidentes, o que obstaculiza a demarcação desses institutos, a fim de que haja maior segurança jurídica na proteção do direito autoral. Quanto ao critério do interesse, posto que não se restringe ao domínio econômico, questiona-se se aplicável também à forma criativa de interesse do autor, decorrente do direito moral do autor de não ter sua obra modificada.

À luz do exposto, é indispensável atentar ao que está apontado no art. 48 (Lei nº 9.610, BRASIL, 1998): “As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.” Nota-se que a representação livre é aqui concedida em consideração ao *locus* de exposição da obra.

Em estudo desse dispositivo, Abrão (2017, p. 184) escreve que logradouro público é “o espaço aberto ou fechado destinado ao uso comum de todos”. Igualmente, faz análise de um segundo elemento: os usos livres. Segundo a autora, encaixam-se nesse conceito os usos que respeitem a regra dos três passos. Embora não seja explicitado pelo dispositivo em comento, a opinião da autora evidencia que o uso livre tem ligação necessária com o uso pessoal e sem intuito lucrativo. Se utilizada em campanha publicitária, mesmo que o *locus* de exposição seja em logradouro público, a autorização do autor da obra utilizada deve ser expressa, posto que o uso pode significar enriquecimento ilícito.

Nesse diapasão, o art. 78 da mesma Lei de Direito Autoral (BRASIL, 1998, grifo nosso) trata especificamente da utilização da obra de arte plástica e é claro ao indicar que “A autorização para reproduzir obra de arte plástica, **por qualquer processo**, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.” Existem dois elementos trazidos à baila pela lei: a forma especial exigida e a onerosidade. Além de a redação do dispositivo impor que haja autorização do autor da obra reproduzida, determina que a forma dessa autorização seja escrita. Outrossim, presume-se onerosa no sentido que o autor receba contraprestação decorrente do uso de sua obra por outrem.

A veiculação de obras de arte plástica em obras publicitárias, ainda que expostas em logradouros públicos, a exemplo das obras de grafite, constitui notória violação de direito autoral quando não se submetem à regra dos três passos explicitada. Todo o sistema protetivo dos direitos de autor caminha no sentido de vedação aos ganhos indevidos sobre o trabalho de outrem, e não poderia ser diferente no caso do grafite.

Desse modo, cumpre frisar que, em meio a esses conceitos nebulosos o Poder Judiciário tem atuado na prolação de decisões diante de casos problemáticos que se apresentam no meio social, através dos quais se pode extrair alguns parâmetros para verificar eventuais abusos nessas reproduções.

4 PARÂMETROS USADOS NA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS COM A REPRODUÇÃO DE OBRAS DE GRAFITE EM PRODUÇÕES PUBLICITÁRIAS

Esse capítulo aceita o desafio de identificar como tem sido acolhido o direito autoral relativo à proteção de obras reproduzidas em obra nova veiculada como publicidade, especialmente no que tange à grafiteagem.

Portanto, inicialmente, à luz de três casos, será feita uma breve análise de como a jurisprudência brasileira enfrenta essa problemática específica da grafiteagem. Por fim, a fim de reforçar a incidência dessa proteção, será analisada a aplicação feita pelo STJ da regra dos três passos Convenção de Berna no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar que é cabível a aplicação dessa regra aos casos específicos do grafite, conforme tratado no capítulo anterior.

O primeiro caso, e mais recente, trata-se de uma ação indenizatória com obrigação de fazer movida em face da empresa 99 Taxis Desenvolvimento de Softwares Ltda., promovida por João Eduardo Lelo Quezado Simões, no qual a empresa utilizou um mural de sua autoria como um cenário em sua campanha publicitária, conforme a seguinte ementa:

APELAÇÃO. DIREITO AUTORAL. DANO MATERIAL E MORAL. PLEITO AJUIZADO POR ARTISTA DISCUTINDO A LESÃO PELO APROVEITAMENTO COMO IMAGEM DE FUNDO GRAFITADA EM LOCAL PÚBLICO, DE SUA AUTORIA, EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA, SEM AUTORIZAÇÃO E SEM IDENTIFICAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. NORMA DO ARTIGO 48, DA LEI Nº 9.610/98, QUE NÃO AFASTA A RESPON-



SABILIDADE PELA REPRODUÇÃO INDEVIDA (PARA FINS LUCRATIVOS OU COMERCIAIS). DANO MATERIAL E MORAL. CABIMENTO. INDEVIDA UTILIZAÇÃO DA OBRA DO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP – AC: 10851604020188260100 SP 1085160-40.2018.8.26.0100, Relator(a): Coelho Mendes, Data do julgamento: 03/09/2019, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 03/09/2019

Em sua argumentação, o relator entendeu a utilização da obra como uso indevido e que isso se deu em decorrência da ausência da indicação de autoria ou consentimento do autor da obra, visto que a publicidade visava fins lucrativos.

O segundo caso segue na mesma linha, diz respeito a obra de grafite do autor Roberto De Oliveira Gonçalves Júnior reproduzida em uma campanha publicitária da empresa GEP Indústria E Comércio Ltda:

DIREITO AUTORAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Improcedência - Obra realizada em logradouro público - Reprodução para fins de divulgação de roupas da marca - Norma do artigo 48, da Lei nº 9.610/98, que não afasta a responsabilidade pela reprodução indevida (para fins lucrativos ou comerciais) - Direito moral do autor de ter seu nome ou sinal indicado - Direito patrimonial que reside no fato de não ter sido consentida a divulgação de sua obra para fins comerciais – Indenização devida – Sentença reformada – Recurso Provido. (TJ-SP - AC: 10457212220188260100 SP 1045721-22.2018.8.26.0100, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 10/07/2019, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/07/2019)

No entanto, diferentemente da argumentação anterior, o autor não se limitou aos requisitos dos fins lucrativos, do consentimento e da identificação da autoria, apresentando que o reconhecimento patrimonial da arte desenvolvida em lugares públicos só deve se dá quando a obra cumprir os requisitos de originalidade e suporte tangível de expressão, destacando também a relevância do grafite na promoção do produto, sendo “Indiferente o fato de ser o graffitti mostrado em segundo plano. O que realmente importa é o destaque dado ao painel de autoria do ora apelante e a ideia de modernidade e estilo que dele se extrai e se pretende agregar ao produto”.

Quanto ao terceiro caso, a fim de comprovar o que não pode ser considerado violação ao direito autoral na seara da publicidade, trata-se de um julgado também do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo que decidiu pela ausência de violação ao direito autoral:

INDENIZATÓRIA. Danos materiais e morais por suposta violação a direito autoral. Grafite produzido em muro de praça pública. Veiculação de imagens do grafite em capítulo da novela infanto-juvenil “Chiquititas”. Ausência de dano a direito do artista. Exibição incidental e como simples pano de fundo para os atores juvenis que interagem em área de lazer em praça pública. Admissibilidade de exibição audiovisual de obras de arte localizadas permanentemente em espaço público, desde que em caráter indireto e acessório, sem o escopo de explorar a obra de forma direta. Inteligência dos artigos 46, VIII, 48, 77 e 78 da Lei n o 9.610/98.

Precedentes. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. (TJ-SP – AC: 10075658820168260405 SP 1007565-88.2016.8.26, Relator(a): Francisco Loureiro, Data do julgamento: 30/07/2018, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 30/07/2018).

No caso em questão, o que se pode perceber é que a reprodução do grafite produzido no muro de uma praça, na qual foi gravada um capítulo da novela “Chiquititas”, não configura em violação aos direitos autorais do artista, uma vez que o caso se encaixa na hipótese do artigo 46, VIII da Lei nº 9.610/98, já que a reprodução não é o objetivo principal da obra nova, e nem configura como prejuízo injustificado aos interesses dos autores.

O relator segue sua argumentação no sentido de demonstrar a “natureza meramente accidental e acessória da exibição da obra do autor, no fundo do cenário”, de modo que a obra não se faz como foco da cena, apenas como pano de fundo, integrada perfeitamente à paisagem.

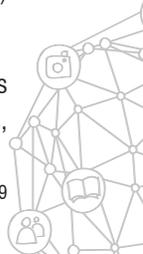
Dito isso, podem-se elencar alguns requisitos firmados pela jurisprudência para avaliar a violação à proteção autoral de obras de grafite quando veiculadas como elemento de publicidade: ausência de indicação de autoria, consentimento do autor, fins lucrativos da publicidade, originalidade, suporte tangível de expressão, a obra como figura essencial na exibição.

Por fim, em decisão marco, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela aplicação direta da regra dos três passos da Convenção de Berna no nosso ordenamento jurídico, conforme se extrai da seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. USO DE TRECHO DA LETRA DA OBRA MUSICAL DANCIN DAYS SEM AUTORIZAÇÃO DO DETENTOR DOS DIREITOS AUTORAIS EM PUBLICAÇÃO DA REVISTA PLAYBOY. LIMITES IMPOSTOS AO DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO. 1. A reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes apenas não constitui ofensa aos direitos autorais quando a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, não prejudique a exploração normal daquela reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII, da Lei n. 9.610/1998). 2. A exploração comercial da obra e os meios em que ela ocorrerá é direito exclusivo do autor, como regra. A transcrição de trecho musical em periódico de forma não autorizada não caracteriza permissivo legal (fair use) que excepcione o direito de exploração exclusiva pelo seu titular. 3. O caso dos autos não se enquadra nas normas permissivas estabelecidas pela Lei n. 9.610/1998, tendo em vista que o refrão musical inserido no ensaio fotográfico e de cunho erótico - de forma indevida -, tem caráter de completude e não de acessoriedade; e os titulares dos direitos patrimoniais da obra vinham explorando-a comercialmente em segmento mercadológico diverso. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1217567 SP 2010/0185114-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2013)

No caso em comento, fora movida ação indenizatória pelo Sistema Globo de Edições Musicais LTDA. contra a Editora Abril S/A, alegando ter sofrido violação de direitos autorais,



enquanto titular dos direitos patrimoniais de autor sobre a obra musical intitulada *Dancin Days*, o que fora pactuado por contrato de edição e mandato e escritura de cessão de direitos autorais, com os autores e compositores Nelson Motta e Rubens de Queiroz Barra, em 1978.

A postulante argumentou que um dos trechos mais célebres da canção *Dancin Days* “Abra suas asas, Solte suas feras, Entre nesta festa” fora reproduzido em ensaio fotográfico de cunho erótico pela Revista Playboy, na edição fev/1999, cuja exposição não deu conta de proceder, anteriormente à veiculação, ao pedido de permissão do titular de direitos patrimoniais de autor, tampouco atribuía autoria ao trecho. Nesse ínterim, a Globo indicou ter sofrido prejuízo no importe de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), na perda de negócio que consistiria na utilização da música em comercial televisivo.

Portanto, requereu condenação da Editora Abril S/A em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), cujo pleito foi negado em primeira instância e parcialmente provido pelo Tribunal em sede de apelação, de modo que restou fixado o quantum indenizatório devido à autora no valor de R\$ 15.000, 00 (quinze mil reais). Nessa ocasião, a apelada (Editora Abril S/A) recorreu ao STJ através de REsp.

Nesse expediente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, através dessa decisão paradigmática, que a utilização de uma obra em outra deve atender aos requisitos já elencados na Convenção de Berna e explicitados na legislação pátria, através do disposto no art. 46, inciso VIII. O Tribunal deixou claro o suficiente que o direito de exploração comercial da obra é de uso exclusivo do autor, ressalvados os usos permissivos, dentro do parâmetro da regra dos três passos. No caso em tela, inferiu-se que a reprodução do trecho musical constituía elemento de completude, não acessório no tocante ao ensaio considerado no todo.

Em verdade, pode-se dizer que esse parâmetro pode ser extraído a partir do quanto é conferida visibilidade à obra reproduzida na obra reprodutora, pois se aquela se destacar de tal modo a ser evidente na qualidade de elemento principal, já estará prejudicado a primeira regra quanto ao uso permissivo que não constitui ofensa ao direito de autor da LDA (Lei nº 9.610, BRASIL, 1998).

5 CONCLUSÃO

A partir da análise dos requisitos legais e doutrinários para a caracterização do que é obra, bem como da compreensão do que é e dos tipos do grafite, pôde-se constatar a incidência da proteção em algumas obras de grafite pelo do direito autoral pela comprovação de que há grafites que cumprem todos os requisitos elencados, quais sejam: originalidade, ausência de proibição legal à apropriação, possuir um grau mínimo de criatividade, ser criado por pessoa física, exteriorização e ser criação do espírito humano. Deve-se ressaltar, portanto, a observância de cada caso, ou melhor, de “cada grafite”, na caracterização de obra pra fins de proteção.

Ademais, de suma importância se faz a análise do contexto social para não apenas a mera caracterização do grafite como objeto de proteção autoral, como também para ressignificar



a importância dessa proteção, como forma de dar visibilidade à expressão dos grupos excluídos socialmente através da arte de rua.

A partir do exame da Convenção de Berna, torna-se evidente que esse foi um marco inicial para a aferição de parâmetros que servem ao sopesamento do direito do autor na exclusividade de exploração de sua obra e os usos permitidos que não constituem ofensa ao direito de autor, em respeito ao interesse público. O Brasil, na qualidade de signatário da Convenção, reproduziu os parâmetros na Lei de Direito Autoral, segundo copiosamente foi demonstrado ao longo do trabalho.

Entretanto, ainda existem fissuras no ramo das possibilidades de reprodução de uma obra em outra, especialmente no campo do grafite, consideradas as suas peculiaridades sobre-ditas. É nesse seguimento que a jurisprudência tem desempenhado papel primordial, traçando cada vez mais os contornos do âmbito protetivo do direito autoral nas reproduções.

Por fim, à luz de três julgados que abordam especificamente o tema da proteção autoral do grafite na reprodução midiática desses na propaganda publicitário, em virtude dessa divergência percebida na própria legislação, pôde-se perceber que a jurisprudência elenca alguns requisitos para reconhecer a violação do direito autoral, são eles: finalidade de lucro na reprodução, a obra como figura essencial na exibição, ausência de indicação de autoria ou consentimento do autor, originalidade da obra de grafite e suporte tangível de expressão.

REFERENCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos**: Lei 9610/98 com as Alterações da Lei 12.853/2013, e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 120-141, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a07v4n6.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 75.699**. *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*. Brasília, 6 de maio de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. **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: 26 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4, Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1217567 SP 2010/0185114-4**. Recorrente: EDITORA ABRIL S/A. recorrido: SIGEM SISTEMA GLOBO DE EDIÇÕES MUSICAIS LTDA. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 07 de maio de 2013. Data de Publicação: 05/06/2013 - Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em : <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>



cia/23367214/recurso-especial-resp-1217567-sp-2010-0185114-4-stj/relatorio=-e-voto23367216-?ref-serp. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado. Acórdão – **AC nº 1045721-22.2018.8.26.0100**. Apelante: ROBERTO DE OLIVEIRA GONÇALVES JÚNIOR. Apelada: GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Relator: Moreira Viegas. . São Paulo, SP, 10 de julho de 2019. Data de Publicação: 10/07/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/730619644/apelacao-civel-ac-10457212220188260100-sp-1045721-2220188260100/inteiro-teor-730619664?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado. Acórdão – **AC nº 1007565-88.2016.8.26.0405**. Apelante: Raphael Montalvão de Carvalho. Apelado: TV SBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, SP, 30 de julho de 2018. Data de publicação: 30/07/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608284738/10075658820168260405-sp-1007565-8820168260405?ref=serp>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado. Acórdão - **AC nº 1085160-40.2018.8.26.0100 SP**. Apelante: 99 Taxis Desenvolvimento de Softwares Ltda. e outro. Apelado: João Eduardo Lelo Quezado Simões. Relator(a): Coelho Mendes. São Paulo, SP, 03 de setembro de 2019. Data de publicação: 03/09/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/261781436/djs-p-judicial-2a-instancia-16-09-2019-pg-1843?ref=serp>. Acesso em: 28 set. 2019.

GINSBURG, Jane C. Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions. Tradução nossa. **Columbia Law & Economics Working Paper**, n. 181; **Columbia Public Law Research Paper**, n. 19, 2001. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1235. Acesso em: 28 set. 2019.

LOPES, Joana Gonçalves Vieira. **Grafite e pichação**: os dois lados que atuam no meio urbano. Brasília. 2011. TCC (Bacharelado em Comunicação Social). – Universidade de Brasília, Brasília.

MOREIRA, Virginia Gabrielle Silva. **Grafite é arte**: conhecendo e explorando o grafite como ensino em artes visuais. 2016. Monografia (Especialização em Ensino de Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1980 [online]. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **Cinquenta tons de cinza**: o Direito Autoral no grafitti e o caso Dória. 2017. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/junho-de-2017/cinquenta-tons-de-cinza-o-direito-autoral-no-graffiti-e-o-caso-doria/>. Acesso em: 28 set. 2019.





APROPRIAÇÃO CULTURAL NA MODA: UM CHOQUE DE CULTURAS?

Letícia Soster Arrosi¹

Luiz Gonzaga Silva Adolfo²

RESUMO: O problema de pesquisa o qual o artigo busca responder é “a apropriação cultural no contexto da moda é um choque de culturas?”. A hipótese é de que a apropriação cultural no contexto da moda é oriunda de choques culturais porque a moda é um elemento social por meio do qual aparecem as primeiras mudanças sociais, sendo que, em um mundo cada vez mais globalizado, as culturas dos povos influenciam as dos outros, sem que, na maioria das vezes haja ofensa ou desvalorização dos elementos culturais implementados nos usos nos diferentes contextos sociais, mas de modo que é inegável a possibilidade de o uso de elementos culturais causarem ofensa às comunidades dependendo da forma como utilizados e existir um movimento social para a valorização das culturas representantes das minorias. Quanto à metodologia, foi realizado um trabalho bibliográfico com abordagem dedutivo-dialética, porque a partir de conceitos gerais atrelados à cultura e ao Direito se aplicou a resposta para o problema de pesquisa. No que tange ao procedimento, o trabalho apresenta mais de um método. Foi utilizado o método histórico, no qual, por meio das referências bibliográficas, foi mencionado o desenvolvimento da moda como expressão cultural inserida no contexto social. Também foi usado o método comparativo, com comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências em relação ao estudado. Além disso, foram realizadas comparações de conceitos e pensamentos existentes no presente e no passado, assim como entre os institutos e situações internacionais por meio de referências bibliográficas.

Palavras-chave: Cultura, Apropriação Cultural, Moda

INTRODUÇÃO

Importante primeiro conceituar os principais elementos deste trabalho, cultura, moda e apropriação cultural, para desenvolvermos a ideia de como a apropriação cultural no contexto da moda pode ser um choque de culturas. Nas palavras de Oscar Chase (2005, n.p.), cultura inclui as ideias, valores e normas tradicionais de um povo. Para Mezey (2001, p. 39-40),

¹ Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil.

² Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000); Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006); e pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2018). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Campus Gravataí. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI, da Associação Brasileira de Direito Autoral - ABDA, e da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS), que presidiu na gestão 2010/2012.

“cultura é uma maneira de explicar as coisas”. A cultura remete às tradições intelectuais as quais persistem por gerações, sendo que novas formulações dela podem ser desenhadas ao longo do desenvolvimento destas gerações de acordo com as necessidades do meio social em determinado momento.

Moda não é o mesmo que vestuário. Vestuário, como afirmam Fernandes e Pedrozo (2015, p. 389-405) é aquilo que apenas “cobre e protege o corpo”, cumprindo a simples função de vestir. A forma do vestuário pode até se aperfeiçoar ao longo do tempo por meio da tecnologia ou por ressignificação de conceitos, mas tal aperfeiçoamento terá sempre como objetivo a funcionalidade da vestimenta, útil e singela. Já a moda “representa o espírito do tempo, a partir dela são sentidas as primeiras mudanças políticas, sociais, culturais e econômicas”. Para Knoll e Echeverría (2015, p. 9-10), a moda tem sido a linguagem de homens e mulheres em diferentes épocas da história.

A moda está atrelada à inovação e advém do impulso de substituir o velho pelo novo, de romper padrões e paradigmas; é evolução nos conceitos e expressão do espírito individual e coletivo da sociedade. A moda é efêmera e seus artigos combatem a si mesmos, e assim, afasta-se o caráter utilitário dos produtos, pois a moda pouco ou nada tem de utilitarista, porque a criação das tendências e conseqüentemente modelos mais novos não afastam a pura e simples utilidade dos anteriores.

A moda é parte da cultura assim como as artes, a dança, a culinária e os comportamentos. Integram a esfera do mundo da moda não somente a vestimenta *fashionista*, mas também a parte industrial, empresarial e todo o mercado de consumo (CARDOSO, 2016, p. 03). Além da cultura, a moda expressa sentimentos e sonhos de gerações, assim como ideais e valores de um grupo, como dizem Knoll e Echeverría (2015, p. 10).

Segundo Rodrigues Júnior (2013, p. 281-330), “atos de *apropriação cultural* são caracterizados pela utilização de expressões culturais tradicionais ou folclóricas fora de contextos culturais, sem a devida autorização das comunidades pertinentes e sem o pagamento das retribuições econômicas devidas”. Tal conceito perpassa pela análise dos Direitos Intelectuais, mais precisamente pelos conceitos dos Direitos Autorais, o que traz a apropriação cultural como elemento de Direito.

Assim, no primeiro tópico deste artigo será apresentado um histórico do desenvolvimento da sociedade e da moda como elemento social (1.1), sendo depois feita uma análise do conceito de cultura, o surgimento dos choques culturais e como a moda se insere neste contexto. No segundo ponto do artigo será apresentada a relação entre cultura, Direito e apropriação cultural (2.1) e depois será a apresentada a apropriação cultural como choque de culturas mediante exemplos casuísticos (2.2).

A partir do estudo realizado foi possível extrair como objetivo geral do trabalho explicar a apropriação cultural no contexto da moda como um choque de culturas. Os objetivos específicos são: a) explicar o conceito de moda e seu papel no contexto social ao longo da história; b) explicar o conceito de cultura no contexto social e o que é choque cultural; c) explicar a relação entre cultura, Direito e apropriação cultural e d) apresentar exemplos casuísticos de apropriação

cultural, a fim de obter-se a resposta ao problema de pesquisa, concluindo acerca de como a apropriação cultural no contexto da moda tem repercutido na sociedade.

1 DIREITO, MODA E CULTURA

Neste primeiro instante do artigo será analisada a moda como elemento sociocultural e seu papel no desenvolvimento da sociedade (1.1.), depois será analisado o conceito de cultura e a origem dos choques culturais, a fim de se chegar à compreensão de como a moda se insere dentro deste contexto (1.2.).

1.1 A moda como elemento social

A moda é um elemento social por meio do qual as pessoas buscam se identificar como grupo e ao mesmo diferenciarem-se como indivíduos. Segundo Mariot (2016, p.20), na Roma Antiga as vestimentas já serviam para diferenciar as pessoas. A toga cândida era especialmente branqueada para ser usada por aqueles os quais almejavam um cargo político, por isso chamados de “candidatos”. Eles usavam tal toga durante suas campanhas e na eleição. Quem tivesse sido um magistrado *curule*³, usava a toga *praetexta*, para se diferenciar dos magistrados plebeus, considerados de outra classe no *status* social romano.

O *status* social na Roma Antiga (cerca de 142 a.C.) era facilmente identificável pela vestimenta das pessoas, porque havia a necessidade de o povo poder diferenciar as classes (cavaleiros, comerciantes, donos de terras e a plebe – cujo estamento mais baixo, os *capite sensi*, era pago para formar o exército de Caio Mário na época). Por isso, desrespeitar as leis suntuárias⁴ da cidade era considerado um delito grave. O governo regulava as vestimentas das pessoas em leis atribuídas aos reis de Roma e às leis das Doze Tábuas. Os censores romanos eram responsáveis por censurar qualquer modo de vida culposo ou luxuoso. Eles faziam uma lista com os nomes de quem deveria ser censurado. No final da República Romana, todas as leis suntuárias foram revogadas para dar lugar ao luxo do Império Romano. A única proibição durante o Império era o uso da púrpura tíria, símbolo do governo, costurada em fios de ouro, cujo uso era autorizado apenas ao Imperador (MARIOT, 2016, p. 19-25).

Mariot (2016, p. 19-25) afirma que, durante o Império Romano, ocorreram muitas importações, principalmente da China por intermédio da rota da seda, porque o luxo não era mais objeto de censura pelas autoridades. No entanto, do final do Império Romano, século II, até por

³ Os *aediles curules* eram os magistrados cuja função era a de fiscalizar os mercados de Roma. Eram estes magistrados menores, que não possuíam *imperium*, mas simples *potestas*, em decorrência do que a eles cabia o julgamento dos litígios – e por isso detinham o *iusedicendi* – ali ocorridos. Em número de dois e com um mandato de um ano, comum a todas as magistraturas, chamavam-se *curules* porque tinham direito ao uso da cadeira portátil (*sellacurulis*) dos magistrados maiores (VELASCO, 2011, p. 01).

⁴ Segundo Gilberto Mariot (2016, p. 23), as leis suntuárias regulavam hábitos de consumo desde a Antiguidade: “São leis que são feitas com o propósito de restringir o luxo e a extravagância, particularmente contra gastos absurdos com vestes, comida, móveis, etc.” As leis suntuárias eram utilizadas em tempos remotos para regular questões de vestuário, hábitos de consumo e produção de moda. Sobre isso, sobretudo a introdução, (BEEBE, 2010, n.p.).



volta do século XVIII, foram criadas mais de 220 leis suntuárias, as quais eram utilizadas pelos governos com o objetivo de identificação de classes sociais e *status*, determinar regras para eventos sociais e de cunho religioso, além de regular o mercado de consumo e também as importações das matérias-primas relacionadas.

Para Pedrozo, os primeiros resquícios de distinção mediante as vestimentas surgiram na Idade Média, nos séculos XII a XVII, na época das Cruzadas, quando informações e produtos começaram a circular entre as pessoas, fazendo com que tecidos como a lã e a seda, assim como desenhos das roupas para diferenciar os gêneros masculino e feminino, passaram a ser utilizados no vestuário, servindo para diferenciar o *status* social. Com o movimento Renascentista⁵, a monarquia trouxe o luxo para a França, Itália e Alemanha (PEDROZO, 2015; MEDEIROS, VICENTINI, 2018, n.p.).

Mas nessa época, por causa de a vestimenta do povo estar relacionada com questões religiosas, políticas e costumes, não havia grandes mudanças na forma de vestir das pessoas em geral, razão pela qual a moda, como se conhece hoje, não existia até o século XIX, por ser um fenômeno relacionado ao presente, baseado na novidade (MEDEIROS, VICENTINI, 2018, n.p.).

Foi a rainha Maria Antonieta, no século XVIII, em seu reinado no palácio de Versalhes em Paris, quem iniciou o mercado de alta costura francês, passando a ser visto como “de moda e bom gosto”, mediante o trabalho real da primeira estilista feminina de alta-costura, Rose Bertin enfrentou o monopólio masculino nesse mercado, porque não era permitido às mulheres produzirem roupas naquela época. Bertin intuiu que deveria a moda ser “constante e caprichosa”, a fim de estimular o consumo dos aristocratas com infinitas novidades (MARIOT, 2016, p. 24-27).

Campbell (2005, p. 551-557) afirma que no século XVIII os ricos tiveram um papel crucial no desenvolvimento da moda, porque nas décadas de 1760 e 1770 ocorreu uma explosão no consumo neste mercado. Além disso, a classe média passou a imitar as mais altas na extravagância, e as classes abaixo, por sua vez, faziam o mesmo com as que estavam acima.

Echeverría e Knoll (2015, p. 10) afirmam que a indústria da moda começou em 1850, com Charles Frederick Worth, em Paris. Medeiros e Vicentini (2018, n.p) e também Pedrozo (2015, n.p.) mencionam que Worth foi o primeiro estilista do mundo da moda, porque antes dele os alfaiates apenas faziam o determinado por suas clientes; portanto, não havia um trabalho criativo exclusivo por parte deles, uma vez que os tecidos e os *designs* dos vestidos eram escolhidos pelas próprias clientes.

Worth usava como modelo para suas criações sua esposa Marie Vernet, quem se pode dizer ter sido a primeira modelo exclusiva da história, fazendo com que as clientes se interessassem pelos vestidos que ela “desfilava”. O sucesso de Worth iniciou quando a princesa Metter-

⁵ O movimento artístico chamado “Renascimento” nasceu na Itália, em Florença, nas primeiras décadas do século XV. Nos finais de 1400, tinha-se espalhado por toda a Itália. Na primeira metade do século seguinte, quando Roma se sobrepunha a Florença como principal centro artístico, tinha alcançado os resultados mais clássicos. Nessa mesma época, começou a difundir-se pelo resto da Europa, iniciando uma completa revolução artística, cujos efeitos perdurariam, com constantes acontecimentos, durante séculos, até quase o limiar da nossa época, o século XXI. Disponível em: <http://www.historiadasartes.com/nomundo/arte-renascentista/renascimento/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

nich, esposa do embaixador da Áustria em Paris, usou um vestido assinado por ele em um baile no Palácio das Tulherias. Com isso, Worth adquiriu visibilidade na alta sociedade. Foi o pioneiro a criar padrões sazonais para coleções e desfiles, os quais algumas clientes desfilavam em salões luxuosos (MEDEIROS, VICENTINI, 2018, n.p.; HERZECA, 2013, n.p.).

Cardoso relata que a alta costura no final do século XVIII era restrita e destinada às pessoas com maior poder aquisitivo. A Revolução Industrial trouxe o varejo e, junto com a *Belle Époque*⁶, a moda como expressão cultural propagou-se mediante os meios de comunicação e transporte (CAMILO JÚNIOR, JABUR, PEREIRA JÚNIOR, 2016, p.452-495). Newton Silveira (2014, n.p.) explicita que, por causa da criação da imprensa por Gutemberg e também da Revolução Industrial, a produção em escala e a divulgação dos trabalhos intelectuais tornou-se uma realidade, e a partir daí as pessoas começaram a perceber a propriedade industrial e intelectual como um meio passível de gerar riqueza.

A partir do final do século XIX, o mercado da moda ascendeu e passou a refletir a forma como a sociedade estava estabelecida culturalmente⁷. Anatole France, vencedor do prêmio Nobel de literatura em 1921, afirmou:

Se me fosse dado escolher, em meio ao amontoado de todos os livros que serão publicados cem anos após a minha morte, um único exemplar, sabe o que eu escolheria? Eu escolheria tranquilamente, meu amigo, uma revista de moda para ver como as mulheres estarão vestidas um século após meu falecimento. E esses pedacinhos de tecido me diriam mais sobre a humanidade futura do que todos os filósofos, romancistas, pregadores e sábios (CARDOSO, 2016, p. 9-11).

Segundo Cardoso (2016, p.9-11), a forma como as mulheres vestiam-se demonstrava a diferença social entre os gêneros. A funcionalidade e o conforto das roupas dos homens demonstravam sua dominância e liberdade, enquanto às mulheres eram destinadas vestimentas refletindo a limitação de seu estilo de vida e dependência patriarcal. A falta de funcionalidade das vestimentas femininas até hoje possui resquícios culturais para limitar as mulheres, consistindo em objeto de protesto, como consta em recente matéria da revista Elle, na qual atrizes de Hollywood protestaram pelo direito de não serem obrigadas a usar salto alto nos tapetes vermelhos das *premieres*.⁸

⁶ Depois de anos de guerras imperiais e lutas de poder, no período entre 1871 – 1914, a Europa experimentou uma época florescente de progresso. Este momento histórico coincidiu com a era da Terceira República Francesa e foi um período caracterizado pelo otimismo, paz na França e na Europa, bem como descobertas científicas e tecnológicas. O conceito de *belle époque* surge quando os anos antes das duas guerras mundiais foram vistos na França como um momento de felicidade e alegria em comparação com os primeiros 50 anos do século XX. Foi durante a *belle époque* que ocorreu a Feira Mundial de Paris (em 1889) e a Torre Eiffel foi erguida, como entrada para a feira. Por volta dessa época, Paris foi considerada o centro do desenvolvimento intelectual, científico e médico, assumindo a liderança na Europa e em todo o mundo, uma vez que a América ainda estava se recuperando da crise de 1873. Disponível em <http://www.eurochannel.com/pt/A-Belle-Epoque-quando-a-Franca-e-a-Europa-Floresceram.html>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁷ Camilo Júnior menciona que foi a partir do final do século XIX que também surgiram as marcas e o fenômeno do *marketing* (CAMILO JUNIOR, JABUR, PEREIRA JUNIOR, 2016, p.452-495).

⁸ O debate sobre a exigência de um *dress code* está ganhando cada vez mais adesão de atrizes em Hollywood. Apesar de roupas formais serem regra para homens e mulheres, a obrigatoriedade do salto alto para elas em eventos como o



No início do século XX, começa a *art déco*⁹ e, por causa das necessidades oriundas do pós-guerra, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho. Nessa época, foi Gabrielle Bonheur Chanel, conhecida por Coco Chanel, quem revolucionou as tendências de moda feminina, inserindo os *tailleurs* e descartando os espartilhos, “o que deu liberdade e movimento para moças mais ousadas”. Cardoso afirma que “Chanel, ao ser duramente criticada por Paul Poiret¹⁰, disse que suas roupas eram criadas para todas: para as ricas que não tinham mais serviçais e para as pobres que precisavam trabalhar”. Chanel, cuja autenticidade era notória, foi por anos líder do mercado de moda (CARDOSO, 2016, p. 12-13).

Cardoso afirma que, no meio do século XX, surgiu o *new look*¹¹, trazendo de volta o aspecto da “feminilidade” aos guarda-roupas das mulheres cujos maridos voltavam para casa no

Festival de Cannes fez com que nomes como Julia Roberts e Kristen Stewart manifestassem-se. “As coisas precisam mudar imediatamente. Se eu e um homem estamos em um tapete vermelho juntos e alguém me fala que eu não posso entrar porque não estou usando salto alto, eu vou dizer que meu amigo também não está e vou perguntar se ele precisa usar. Não podem me pedir para fazer alguma coisa que não pediriam a um homem. Eu entendo a história do *dress code*, mas você deveria poder usar o que quiser, tanto *flats* quanto salto, uma vez que isso não é exigido dos homens”, declarou Kristen em uma coletiva de imprensa, em 2016. Neste ano, a atriz voltou a falar sobre o assunto dizendo que a organização ainda costuma ficar irritada se as mulheres não aparecem de salto, mas que, atualmente, eles já não podem exigir o uso. A israelense Gal Gadot, que está rodando os Estados Unidos para promover o filme *Mulher Maravilha*, do qual é protagonista, é a mais recente celebridade a entrar nessa discussão. Ela adora finalizar seus *looks*, compostos por vestidos poderosos de marcas como Givenchy, com sapatilhas, *flats* abertas ou, no máximo, uma sandália plataforma. Em entrevista ao *site USA Today*, Gal explica que a decisão foi realmente tomada para passar uma mensagem: “– Eu venho falando que quero criar essa tendência de usar *flats* em tapetes vermelhos há anos. Eu amo usar salto – é bonito, *sexy* e tal. Mas, ao mesmo tempo, eles nos deixam sem equilíbrio, especialmente os escarpins. Você pode cair a qualquer minuto e não é bom para as nossas costas. Por que fazemos isso? Eu posso usar salto alto, mesmo tendo um problema nas costas, mas eu fiquei com vontade de usar *flats*. Estava esperando por esse momento”. A questão que Gal, Kristen e Julia levantam é muito mais sobre liberdade de escolhas do que uma apologia ao fim do salto alto – mas vale dizer que pesquisas apontam que há comprovadamente uma diminuição no uso do acessório pelas mulheres, que vem perdendo força ao passo que a popularidade dos tênis e do *comfort wear* aumenta. De uma forma sutil, elas confrontam padrões de beleza estabelecidos há anos e que, mesmo algumas vezes de forma imperceptível e naturalizada, acabaram limitando as mulheres. A mensagem que fica é que se sentir confortável é uma opção de todas, sem julgamentos.” Disponível em: <https://elle.abril.com.br/moda/por-que-gal-gadot-decidiu-nao-usar-salto-alto-em-red-carpets/>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁹ “O termo *art déco*, de origem francesa (abreviação de *arts décoratifs*), refere-se a um estilo decorativo que se afirma nas artes plásticas, artes aplicadas (*design*, mobiliário, decoração etc.) e arquitetura no entre guerras europeu. O marco em que o “estilo anos 20” passa a ser pensado e nomeado é a Exposição Internacional de Artes Decorativas e Industriais Modernas, realizada em Paris em 1925. [...] O *art déco* apresenta-se de início como um estilo luxuoso, destinado à burguesia enriquecida do pós-guerra, empregando materiais caros como jade, laca e marfim. É o que ocorre, nas confecções do estilista e decorador Paul Poiret, nos vestidos “abstratos” de Sonia Delaunay (1885 – 1979), nos vasos de René Lalique (1860 – 1945), nas padronagens de Erté. A partir de 1934, ano de realização da exposição *Art Déco* no *Metropolitan Museum* de Nova York, o estilo passa a dialogar mais diretamente com a produção industrial e com os materiais e formas passíveis de serem reproduzidos em massa. O barateamento da produção leva à popularização do estilo que invade a vida cotidiana: os cartazes e a publicidade, os objetos de uso doméstico, as joias e bijuterias, a moda, o mobiliário etc. Se as fortes afinidades entre arte e indústria e entre arte e artesanato, remetem às experiências imediatamente anteriores da *Bauhaus*, a ênfase primeiro na individualidade e no artesanato refinado coloca o *art déco* nas antípodas do ideal estético e político do programa da escola de *Gropius*, que se orienta no sentido da formação de novas gerações de artistas de acordo com um ideal de sociedade civilizada e democrática”. *ART Déco*. In: **ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2018. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo352/art-deco>. Acesso em: 20 maio 2018. Verbetes da Enciclopédia.

¹⁰ Poiret foi um dos maiores homens da história da moda - e, talvez, o primeiro estilista a ter seu sobrenome celebrado em larga escala. Criou a marca Paul Poiret, fundada em 1903 e adormecida em 1930, após o período de turbulência econômica e as mudanças comportamentais e da indústria *fashion* que resultaram da 1ª Guerra Mundial. Disponível em: <https://vogue.globo.com/moda/moda-news/noticia/2014/10/paul-poiret-marca-ensaia-seu-retorno-apos-80-anos.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

¹¹ “*New Look* supuso un punto de inflexión como pocos en la Historia de la Moda, uno de esos momentos en los que todo cambia y se produce una auténtica revolución. volviendo al principio, el término *New Look* hace

pós-guerra e, por isso, deveriam submeter-se novamente à aparência diferenciada dos homens, cuja tendência, de Dior, eram cinturas marcadas e volumosas saias longas (HERZECA, 2013, p. 869-870; CARDOSO, 2016, p. 14-16). Segundo Cardoso (2016, p. 14-16), o cinema trouxe glamour e visibilidade às tendências *fashionistas*, impulsionando o mercado da publicidade – tudo o que um artista de cinema usava virava tendência.

Herzeca e também Cardoso mencionam que na década de 1960, época da adolescência dos *babies boomers*, surgiram a minissaia e o biquíni (HERZECA, 2013, p. 869-870; CARDOSO, 2016, p. 14-16). E, a partir daí, sobreveio o estilo *hippie*, tendência ícone originária da década de 1970, símbolo de um momento no qual a sociedade passou por uma fase de libertação da juventude, não somente no que tange às drogas e ao sexo, visão marginalizada buscada pela mídia, mas também quanto a questionamentos políticos e valores sócio-culturais (FERNANDES, PEDROZO, 2015, n.p.).

Na década de 1980, o movimento feminista, iniciado ao longo das décadas anteriores, intensificou-se, possibilitando as mulheres atingirem cargos mais altos no mercado de trabalho e que essas consumidoras em ascensão financeira buscassem ostentar marcas como, por exemplo, Louis Vuitton e Gucci, a fim de demonstrar à sociedade poder e *status* social.

É também a partir da época de 1980 que o mercado de moda decola, devido à globalização e ao desenvolvimento do comércio internacional (CARDOSO, 2016, p. 14-16). Essa postura social perpetua-se até os dias de hoje. Cabrera e Silva afirmam que, depois de 2011, o mercado da moda cresceu por causa da necessidade de diferenciação individual da sociedade, fazendo com que “tivesse participação de 4% (quatro por cento) do PIB mundial, superando a marca de um trilhão de dólares ao ano” (CABRERA, SILVA, 2014, p.93).

Segundo recente reportagem na Folha de São Paulo, a empresa Luminosidade, parte do grupo econômico Inbrands, detentora de algumas das mais famosas marcas brasileiras como Ellus, Bobstore, Richards e Mandi, vendeu 50,1% das ações da SPFW à IMM Participações, de propriedade do fundo de investimentos Mubadala Development Company, de Abu Dhabi, quem detém 25% da Rock World S/A, responsável pelo *Rock in Rio*. Segundo o jornal, “o tempero árabe é ingrediente novo na moda”, noticiando a aquisição, pelo fundo Mayhoola Qatar, em 2016, do controle da francesa Balmain, quatro anos depois de adquirir a italiana Valentino. Em dezembro

referencia a la silueta lanzada por Christian Dior en 1947 durante la presentación de su primera colección de Alta Costura. La silueta New Look se caracteriza por faldas amplias, cuerpos ceñidos y cinturas de avispa. La “mujer-flor” – como él las denominaba – de hombros delicados, cintura estrecha y faldas que caían en forma de corola, había nacido. Tras una época marcada por el pragmatismo y la escasez económica provocada por guerras y conflictos bélicos, el New Look devolvió a los armarios femeninos el gusto por el glamour, el lujo y la feminidad. El exceso de tela empleada en estos diseños puso contra Dior a los comerciantes británicos. No obstante, el francés contó con el apoyo del gobierno galo que vio como, gracias a esta nueva tendencia, los ojos de la industria volvían a estar puestos sobre París tras la Segunda Guerra Mundial. La influencia de esta nueva silueta duró más de una década y sobrevivió a la muerte de Dior en 1957. No en vano, tanto John Galliano, al frente de la maison durante más de una década, como Gianfranco Ferré o Raf Simons han reinterpretado en la mayoría de sus colecciones uno de los códigos más emblemáticos y reconocibles de la casa de moda francesa.” Disponível em: http://www.vogue.es/moda/modapedia/hitos/new-look/344_. Acesso em: 20 maio 2018.



de 2017, foi criado um conselho de moda para a primeira grande semana de desfiles no Oriente Médio, a *Arab Fashion Week*.¹²

Knoll e Echeverría (2015, p.13) afirmam que, pela intercomunicação entre os povos, os costumes de uns influenciaram os de outros. Tais influências produziram impactos sociais perenes ou passageiros os quais deram, e ainda dão, ensejo a contribuições científicas e culturais, tanto orientais quanto ocidentais, afetando as tendências da moda. A globalização criou um conjunto multidimensional de processos sociais, os quais intensificam intercâmbios e interdependências, aproximando as distâncias e as conexões entre as pessoas. A seguir, serão analisados os conceitos de cultura, os choques culturais e a influencia da moda neste contexto.

1.2 Cultura, choques culturais e moda

A cultura é um elemento social, e faz parte da história de cada comunidade. A intercomunicação cultural faz parte do processo de globalização e do modo particular de viver de cada indivíduo no meio social no qual se insere. Segundo Mezey (2001, p. 39-42), há uma rejeição da ideia de cultura como o progresso universal da humanidade, sendo para a autora, o conceito de cultura muito mais próximo da definição de um modo particular de viver e um conjunto de práticas compartilhadas no meio social em que se insere.

Trazendo conceitos de diferentes autores, Mezey (2001, p. 39-42) coloca a cultura como elemento social de diferentes formas. Citando Sewell, a cultura seria um sistema com lógica e coerência próprias cujas práticas reproduzem e contestam a si mesmas - são práticas contraditórias e sempre em fluxo. Stuart Hall, também citado pela autora, coloca a cultura como elemento social o qual analisa tanto os significados quanto os valores que surgem entre grupos e classes sociais distintas, mediante os quais eles lidam e respondem às condições de existência e tradições vividas por meio de práticas das quais compreensões da realidade são expressas e incorporadas.

Citando Renato Rosaldo, a autora apresenta o entendimento de que a existência de conflitos e contradições entre as pessoas as quais compartilham costumes culturais ajudam a explicar o porquê de as culturas nunca serem ordenadas, entrelaçadas ou completas, o que invariavelmente leva a choques culturais. Citando ainda estudo de Dick Hedbig sobre subculturas, a autora menciona existirem choques inclusive dentro de mesmas culturas, dentre costumes e estilos de classes dominantes e subordinadas, as quais podem ser consideradas subculturas dentro do mesmo contexto social (MEZEY, 2001, p. 42-45), o que é amplamente refletido pela moda.

Para Pierre Bourdieu (2007, p. 354-357), a moda é um meio pelo qual as pessoas distinguem-se, e tem por base o “gosto” dos indivíduos, o qual pode ser determinado pela classe social na qual o sujeito está inserido. Bourdieu afirma que o “gosto” surge por meio de experiências e valores, oriundos das rotinas criadas pela profissão, grau de instrução e condição financeira.

¹² Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/04/fundo-arabe-adquire-o-controle-da-sao-paulo-fasion-week.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Em outras palavras, a moda é uma ferramenta de diferenciação entre classes, pois um indivíduo pode ser identificado como de tal classe por possuir determinado artigo de moda, e por isso as classes mais baixas buscam copiar ou almejam adquirir as marcas da moda, a fim de pertencer ao *status* social a ela atrelado (ZAKIA, CURY, ROSINA, 2018, p. 239-251).

Segundo Araújo (ARAÚJO, CURY, ROSINA, 2018, p. 131-154), “a cultura é um dos fatores mais básicos do comportamento dos consumidores e dos fornecedores, formada, principalmente, pelo poder aquisitivo e nível intelectual”, justificando destarte o consumo da indústria. O nível intelectual é necessário para que o consumidor consiga ter discernimento para diferenciar e valorizar os produtos e a experiência proporcionados pelo mercado de luxo, por exemplo. Já o poder aquisitivo é fator primordial para que tais bens possam ser adquiridos.

Tais conceitos se coadunam com a ideia de Mezey quanto ao choque cultural entre sub-culturas. É por meio da moda que os choques culturais começam a surgir, pois, como estudado, dentro do mesmo contexto social diferentes segmentos buscam intermediar suas culturas a fim de se diferenciar ou se identificar. A seguir, será demonstrado o papel do Direito no contexto cultural e a apropriação cultural como elemento de Direito dentro dos choques culturais.

2 A APROPRIAÇÃO CULTURAL NA MODA COMO CHOQUE DE CULTURAS

Uma vez compreendida a moda como elemento cultural de importante papel ao longo do desenvolvimento da sociedade e como ferramenta da globalização e intercomunicação na sociedade, neste ponto será analisada a conexão da cultura e o Direito, assim como com a apropriação cultural (2.1.) e depois serão apresentados exemplos casuísticos de apropriação cultural (2.2.) a fim de obter a resposta ao problema de pesquisa.

2.1 Direito, cultura e apropriação cultural

Para Mezey (2001, p. 45-46), o conceito de cultura leva ao conceito de Direito porque o Direito é “um ator cultural institucional cujos agentes diversos (legisladores, juízes, funcionários públicos, cidadãos) ordenam e reordenam significados.” Para ela, assim como para Oscar Chase, a lei é a tradução da cultura de um povo pela forma a qual a sociedade entende o mundo e um meio de organizar seu significado, sendo uma maneira distinta de imaginar o real dependendo do contexto de cada cultura em que inserida e criada. Ainda conforme Mezey (2001, p. 45-46), o Direito é simplesmente uma das práticas significantes que constituem a cultura e, apesar de seus melhores esforços, não pode ser separado dela.

A autora (MEZEY, 2001, p. 46) menciona existir um liame “dinâmico, interativo e dialético”, porque o Direito além de ser um elemento cultural ele próprio produz cultura porque a lei “molda a identidade individual, do grupo, as práticas sociais e o significado dos símbolos culturais”, de forma que tais elementos também emolduram a lei alterando o que é socialmente



desejável, politicamente viável e legalmente legítimo.

Nesse sentido Hyland (1990, p. 1597-1603) conclui que o Direito faz parte da cultura. O autor compara os sistemas legais alemão, francês e inglês, e afirma que, assim como os idiomas – trazendo a ideia bíblica da Torre de Babel – os sistemas legais expressam entendimentos particulares os quais são constituídos de conflitos e debates de acordo com o que é compartilhado pelas partes nestes contextos. É por isso que, segundo o autor, nenhum sistema jurídico detém universalidade, pois a particularidade da linguagem sempre terá limitações baseadas nela e na própria cultura do meio em que se insere. Ou seja, cada sistema jurídico articula o significado da lei e da justiça de uma maneira particular. A diversidade de significado articulada nos diversos idiomas e culturas pelo mundo sugere que toda tradição cultural é distinta. Cada cultura busca um objetivo específico, o qual o autor conceitua como “projeto cultural”. Ele diz que o “projeto” está presente no idioma falado, no método da educação jurídica, na maneira como o pão é cozido em suma, em todos os aspectos da vida em uma tradição específica.

Merry (1998, p. 585) conceitua apropriação cultural como a adoção de uma forma cultural existente de um grupo social e sua reprodução em outro grupo com diferentes significados ou práticas. Segundo a autora, o conceito de apropriação cultural foi desenvolvido no campo da propriedade intelectual para se referir a processos pelos quais os grupos dominantes tomam e frequentemente lucram com as produções artísticas, musicais e de conhecimento de grupos subordinados. Para a autora, mudar a maneira como a cultura é concebida torna possível reimaginar a relação entre lei e cultura, para ela, tanto o Direito como a cultura existem em campos sociais com múltiplos sistemas de significado e prática.

Mezey (2001, p. 45) conclui que toda interpretação jurídica é uma interpretação cultural. E então, temos o Direito como elemento cultural e expressão da cultura, fazendo parte de um “projeto cultural”, como menciona Hyland (1990, p. 1597-1603), sendo que, consoante será estudado adiante, a apropriação cultural se torna um elemento conceitual de Direito o qual visa contextualizar os choques culturais que a moda tem demonstrado.

2.2 A apropriação cultural como choque de culturas. exemplos casuísticos.

segundo Meihy (2016, p. 9-77), a ocidentalização tem afetado a cultura libanesa, por exemplo. O autor menciona que o Líbano é “o paraíso da cirurgia plástica”, sendo o país com maior número de cirurgias plásticas realizadas por ano, superando o Brasil e os Estados Unidos. Ele alega que esse *boom* nas cirurgias plásticas é oriundo de um preconceito de gênero sofrido pelas mulheres libanesas. Representadas pela imagem de futilidade e excesso de vaidade, as mulheres locais são sempre associadas a um perfil feminino altamente sexualizado e justificado pelo elevado número de rinoplastias no país. Essa imagem foi construída a partir do crescimento do número de artistas libanesas que se deixaram levar pela transformação de suas figuras em produtos culturais demasiadamente sensualizados da indústria cultural do Oriente Médio.

Segundo o autor, cantoras como Haifa Wehbe e Nicole Saba ajudam involuntariamente a



perpetuação desse estereótipo. Elas ocidentalizaram sua fisionomia, o que as torna um padrão de beleza distorcido para as mulheres de lá (MEIHY, 2016, p. 09-77). Tal fato se dá também pela influência da indústria da moda ocidental, na qual são ditados os padrões de beleza. Então, essa ocidentalização seria uma espécie de apropriação cultural por parte das libanesas em relação à cultura ocidental?

Rodrigues Júnior (2013, p. 281-330) exemplifica algumas expressões culturais usadas no mercado da moda: A coleção de joias *Purangaw* da joalheria H. Stern inspirada em *designs* indígenas brasileiros e a coleção de sandálias *Y Katu Xingu*, da Grendene. A ideia de apropriação cultural em relação a agentes econômicos passa pela análise da legislação referente aos Direitos Autorais e pela discussão acerca de as expressões culturais tradicionais e folclóricas estarem em domínio público ou não. Ainda conforme afirma Rodrigues Júnior, não há qualquer dúvida a respeito do valor econômico e cultural das expressões culturais, objeto das alegadas apropriações culturais. Tanto é que elas são frequentemente utilizadas pelo setor privado.

Pela análise dos casos a seguir, é possível se fazer um juízo crítico do que é ou não apropriação cultural e o que deve ser tolerado ou não pela sociedade.



Fonte: Disponível em <https://ceert.org.br/noticias/comunicacao-midia-internet/18273/7-casos-de-apropriacao-cultural-que-mostram-a-importancia-do-tema>. Acesso em: 28 set. 2019.

Na foto acima, temos à direita a atriz Isabella Santoni, uma moça loira de olhos azuis quem colocou uma foto sua nas redes sociais usando tranças no cabelo, remetendo ao estilo rastafári. Por causa desta foto, recebeu críticas como: “Muito fácil ter ‘estilo afro’ sendo branca e nunca ter que passar por todos os preconceitos sociais que pessoas negras passam por assumir o mesmo estilo”. À esquerda, a cantora Anitta, inclusive cujo pai é negro e Pai de Santo¹³, também foi criticada, tendo uma internauta comentado em sua foto “a minha cor não é moda”.¹⁴

¹³ Disponível em: <https://contigo.uol.com.br/noticias/ultimas/pai-de-anitta-abre-o-coracao-sobre-fe-no-candomble-muita-gente-me-pergunta-se-isso-e-de-deus.phtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁴ Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/apropriacao-cultural-de-isabella-santoni-rende-polemica-nas-redes/>. Acesso em: 28 set. 2019.





Fonte: Disponível em <http://www.oreacionario.blog.br/2017/02/sobre-turbantes-e-farsa-da-apropriacao.html>
Acesso em: 28 set. 2019.

A moça da foto acima foi criticada por ser branca e usar um turbante. No entanto, ela tem câncer, e utilizou o adereço para se sentir melhor consigo mesma. No entanto, a jornalista Ana Carolina Moraes explica que “o turbante é um símbolo de religiosidade e resistência, e uma pessoa branca que usa algo do tipo o tira de contexto, fazendo com que o turbante perca “seu caráter de resistência cultural” e se transforme “em mais um adereço *fashion* cuja apreciação está restrita à população branca”¹⁵.



Fonte: Disponível em <https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/tonygoes/2019/02/faltou-bom-senso-e-sobrou-vaidade-no-caso-donata-meirelles.shtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

Por fim, outro caso polêmico na foto acima, por causa da temática de sua festa de aniversário de 50 anos, a diretora da Revista Vogue Brasil, Donata Meirelles, pediu demissão de seu cargo na revista em razão da repercussão negativa a qual teve a foto a qual circulou na internet. Toda a decoração da festa remetia a componentes os quais lembravam a época da escravidão, o que causou ofensa na sociedade.¹⁶

¹⁵ Idem.

¹⁶ Disponível em <https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/tonygoes/2019/02/faltou-bom-senso-e-sobrou-vaidade-no-caso-donata-meirelles.shtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

A grande questão é: os elementos culturais utilizados nos casos acima caracterizam apropriação cultural ou são apenas um choque de cultura? Conforme Rodrigues Júnior, o termo “expressões culturais” é usado para determinar a diferença entre o que os Direitos Autorais regulamentam, que são as obras artísticas e literárias e o objeto das expressões culturais, os quais não estão nunca em “suporte tangível”, requisito da legislação autoral, art. 7º da Lei de Direitos Autorais, pois são elementos culturais transmitidos através das gerações ao longo do tempo. Ainda que as expressões culturais tenham sido originadas pelo trabalho intelectual de alguém, elas são oriundas de um conjunto de subsídios de uma determinada comunidade, portanto não são oriundas do trabalho individual de um autor, art. 11 da Lei de Direitos Autorais, refletindo, nas palavras de Rodrigues Júnior (2013, p.281-330), “a identidade cultural do grupo ao qual se associam, ao invés de refletirem a identidade pessoal dos criadores individuais”.

Assim, conclui o autor (RODRIGUES JÚNIOR, 2013, p. 281-330) que tão somente em “contextos e de modo culturalmente desrespeitosos” é que o uso das expressões culturais infringe “as normas sociais das comunidades responsáveis por disciplinar seu uso, conservação e disseminação”. Isso quer dizer que uma expressão cultural, sejam gravuras, penteados de cabelo, adereços ou esculturas oriundas de uma determinada cultura podem ter, por exemplo, cunho religioso e tal característica deve ser respeitada de acordo com os parâmetros culturais nelas estabelecidos. Em relação à questão econômica, ainda não existe no ordenamento jurídico uma forma de remuneração comparada aos *royalties* dos direitos intelectuais para tais comunidades, pois como dito, não há identificação autoral tampouco como enquadrar as expressões culturais como obras artísticas. Em relação às alegações de apropriação cultural, segundo Rodrigues Júnior, “em resposta, as comunidades se fecham para intercâmbios culturais com outras comunidades e com a sociedade dominante”.

Logo, essa é uma das razões pelas quais há tanta intolerância e resistência quanto à utilização de elementos culturais de certas minorias ou culturas menos populares, o que surge primeiro no âmbito da moda, pois nele as expressões culturais são mais utilizadas, razão pela qual a alegação de apropriação cultural é oriunda de choque de culturas, no qual por vezes não há razões para o uso de determinadas expressões serem consideradas uma ofensa pela comunidade em cuja qual o elemento cultural utilizado foi adaptado, pois, como visto, é pela moda que surgem os primeiros resquícios das mudanças sociais, as quais estão acontecendo cada dia mais em razão da globalização e intercomunicação entre os povos em nossa sociedade. De todo modo, como dito pelo autor, é importante atentar para que o uso das expressões culturais não ofenda as comunidades de onde as expressões se originaram, o que passa pela análise de cada caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito, a moda é um elemento social, sendo parte da cultura assim como as artes, a dança, a culinária e os comportamentos. Em um mundo cada vez mais globalizado, em que as



influências atingem todos os povos, fica cada vez mais difícil impedir o acesso de consumidores e agentes econômicos aos elementos culturais tradicionais de outros povos.

O fato de uma cantora usar elementos advindos da cultura de povos diversos faz com que o sentido daquele símbolo cultural seja distorcido? Faz com que, pelo fato de ela ser de uma cultura diferente tal elemento seja mais ou menos valorizado? E como fica quando os elementos utilizados são Ocidentais, oriundos de uma cultura globalizada e considerada a maioria elitizada, como por exemplo, no caso de as libanesas serem influenciadas pelos elementos Ocidentais?

São questões polêmicas as quais estão muito em pauta na sociedade e que dividem opiniões, sendo que é importante a Academia discutir tais conceitos e movimentos da vida em sociedade, de forma que o Direito vem para analisar se deve interferir (ou não) em defesa de pontos de vistas os quais ainda são muito controversos. De todo modo, pelos casos analisados, o movimento social, ao que tudo indica, pende para cada vez mais as expressões culturais serem valorizadas.

Como afirma Rodrigues Júnior, a apropriação cultural no sentido da legislação autoral não pode ser remunerada, pois não existe a figura de um autor, mas sim de valores culturais oriundos de uma comunidade, os quais devem ser respeitados. Portanto, será nociva a apropriação cultural a qual se configurar uma ofensa aos valores daquela sociedade onde suas expressões estão inseridas, portanto, é necessário ser feito um juízo de valor caso a caso a fim de nivelar o que é ofensivo ou não, ao passo que, como estudado, a globalização é fenômeno inevitável, o que tem sido propagado pela moda ao longo de todo o desenvolvimento das sociedades como um todo.

REFERÊNCIAS

- BEEBE, Barton. Intellectual Property Law and the Sumptuary Code. **Harvard Law Review**, v. 123. n. 4, 2010.
- CABRERA, Rafael Ferreira; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Fashion Law – O direito de Propriedade Intelectual e a Indústria da Moda. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7-9, p. 93 – 106, Jul-Ago 2014.
- CAMPBELL, Colin (2005-07-31T22:58:59). The Romantic Ethic and the Spirit of Modern Consumerism (Locais do Kindle 551-557). Writers Print Shop.
- CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da Moda: Análise dos Produtos Inspireds**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-91.
- CHASE, G. Oscar - **Law, Culture and Ritual**, New York University, 2005.
- EACHEVERRÍA, Pamela; KNOLL, Susy Inés Bello. **Derecho y Moda**, Madrid, 2015.
- ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras. São Paulo: Itaú Cultural, 2018. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo352/art-deco>. Acesso em: 20 maio 2018. Verbete da Enciclopédia.
- FERNANDES, Ligia Durrer; PEDROZO, Têmis Chenso da Silva Rabelo. Fashion Law: a proteção jurídica da

moda. **Revista de Direito Empresarial**, v. 7, p. 389-405, Jan- Fev 2015.

HERZECA, Lois F. (2013-09-09T22:58:59). Fashion Law and Business: Brands & Retailers: 1 (Locais do Kindle 869-870). Practising Law Institute.

HYLAND, Richard. Babel: A She'Ur. **Cardozo Law Review**, v. 11, p. 1585-1612, 1990.

JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

LEVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In: **Antropologia Estrutural II**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, capítulo XVIII, p. 328-366.

MACHELON, Jean-Pierre. Les cultes et les pouvoirs publics en France. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, nº 23, 2013.

MARIOT, Gilberto. **Fashion Law: A Moda nos Tribunais**. Estação das Letras e Cores, 2016.

MEDEIROS, Raquel; VICENTINI, Cláudia, **A importância de Worth para o surgimento da coleção de moda**, Disponível em: [http://www.coloquiomoda.com.br/anais/Coloquio%20de%20Moda%20-%202012/GT05/COMUN ICACAO-ORAL/103552_A_Importancia_de_Worth_para_o_surgimento_da_colecao_de_moda.pdf](http://www.coloquiomoda.com.br/anais/Coloquio%20de%20Moda%20-%202012/GT05/COMUN%20ICACAO-ORAL/103552_A_Importancia_de_Worth_para_o_surgimento_da_colecao_de_moda.pdf). Acesso em: 12 ago. 2018.

MEIHY, Murilo. **Os libaneses**. São Paulo: Contexto, 2016, p. 9-77.

MERRY, Sally Engle. Law, Culture, and Cultural Appropriation. **Yale Journal of Law & the Humanities**, v. 10, n. 2, p. 575-604, 1998.

MEZEY, Naomi. Law as Culture. **Yale Journal of Law & the Humanities**, v. 13, n. 1, p. 35-68, simpósio de 2001.

PEDROZO, Denise Abdalla Freire. Direito Autoral na moda: visão jurisprudencial. **Revista da ABPI**, n. 136, mai-jun 2015.

RODRIGUES JR., Edson Beas, Res Nullius? O Regime Brasileiro de Repressão à Apropriação Indébita das Expressões Culturais Folclóricas Direitos Autorais e Sistema de Repressão à Concorrência Desleal, **Revista dos Tribunais**, vol. 930/2013, p. 281-330, abr. 2013.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual: Propriedade Industrial, Direito de Autor, Software, Cultivares, Nome Empresarial, Abuso de Patentes**. 5. ed. São Paulo: Manole, 2014.

SITE, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/04/fundo-arabe-adquire-o-controle-da-sao-paulo-faz-hion-week.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SITE, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/02/eventos-recentes-suscitam-polemica-sobre-apropriacao-cultural-e-religiosa.shtml>. Acesso em: 16 set. 2019.

SITE, Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/7-casos-de-apropriacao-cultural-que-mostram-importancia-do-tema/>. Acesso em: 16 set. 2019.

SITE, Disponível em: <https://vogue.globo.com/moda/moda-news/noticia/2014/10/paul-poiret-marca-ensaia-seu-retorno-apos-80-anos.html>. Acesso em: 08 set. 2018.

SITE, Disponível em <http://www.historiadasartes.com/nomundo/arte-renascentista/renascimento/>. Acesso em: 12 ago. 2018.



SITE, Disponível em <http://www.eurochannel.com/pt/A-Belle-Epoque-quando-a-Franca-e-a-Europa-Floresceram.html>. Acesso em: 20 maio 2018.

SITE, Disponível em <http://arevistadamulher.com.br/estilo/content/2448714-top-10-revistas-de-moda-que-toda-fashionista-deve-conhecer>. Acesso em: 24 out. 2018.

SITE, Disponível em: <https://elle.abril.com.br/moda/por-que-gal-gadot-decidu-nao-usar-salto-alto-em-red-carpets/>. Acesso em: 20 maio de 2018.

SITE, Disponível em: <https://vogue.globo.com/moda/moda-news/noticia/2014/10/paul-poirot-marca-en-saia-seu-retorno-apos-80-anos.html>. Acesso em: 08 set. 2018.

SITE, Disponível em: <http://www.vogue.es/moda/modapedia/hitos/new-look/344>. Acesso em: 20 maio 2018.

SITE, Disponível em <https://ceert.org.br/noticias/comunicacao-midia-internet/18273/7-casos-de-apropriacao-cultural-que-mostram-a-importancia-do-tema>. Acesso em: 28 set. 2019.

SITE, Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/tonygoes/2019/02/faltou-bom-senso-e-sobrou-vaidade-no-caso-donata-meirelles.shtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

SITE, Disponível em: <http://www.oreacionario.blog.br/2017/02/sobre-turbantes-e-farsa-da-apropriacao.html>. Acesso em: 28 set. 2019.

SITE, Disponível em <https://contigo.uol.com.br/noticias/ultimas/pai-de-anitta-abre-o-coracao-sobre-fe-no-candomble-muita-gente-me-pergunta-se-isso-e-de-deus.phtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. **Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. 5, p. 109-131, Jun 2011.0000



The background features a complex pattern of light green circuit lines and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons: a musical note, an open book, a thumbs-up, a laptop, and a group of people. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DE AUTOR, ACESSO E PRODUÇÃO CIENTÍFICA

CAPÍTULO 6



A PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO SOB UMA PERSPECTIVA BIBLIOMÉTRICA

Paula Carina de Araújo¹

Fabiane Führ²

RESUMO: O Congresso de Direito Autoral e Interesse Público (CODAIP) é o principal espaço de discussão das temáticas relacionadas ao direito de autor e interesse público no Brasil nos últimos doze anos. Analisar a produção científica apresentada neste congresso possibilita conhecer e explorar suas características teóricas, epistemológicas e metodológicas. Objetiva analisar a produção científica do CODAIP sob uma perspectiva bibliométrica. Para alcançar o objetivo geral identifica a produção científica publicada nos anais do Congresso de Direito Autoral e Interesse Público (CODAIP), descreve os indicadores de produção do corpus desta pesquisa, apresenta a rede de colaboração entre autores e instituições no corpus desta pesquisa. Desenvolve uma pesquisa exploratória baseada em um estudo bibliométrico dos anais do CODAIP das edições de 2008 e 2010 a 2018. Utiliza o gerenciador bibliográfico Zotero para organizar os dados bibliográficos dos trabalhos que compõem o corpus da pesquisa e o software VOSviewer para gerar a rede de coautoria. A maioria dos artigos analisado foi publicado em autoria única. Dos 346 artigos publicados por 347 autores, Allan Rocha da Silva é o autor mais produtivo com 15 artigos. O índice de colaboração de rede de coautoria é 1,52 o que demonstra baixo grau de colaboração. O CODAIP tem uma produção científica robusta e houve um aumento da colaboração entre os autores ao longo dos anos, apesar do índice ainda ser baixo.

Palavras-chave: Congresso de Direito Autoral e Interesse Público (CODAIP). Produção científica. Estudos métricos. Bibliometria. Colaboração Científica.

1 INTRODUÇÃO

O CODAIP reúne anualmente pesquisadores do Brasil e do exterior. É um fórum privilegiado de discussão dos temas relacionados ao direito de autor e interesse público e chega à

¹ Professora Colaboradora do Programa de Pós-graduação em Gestão da Informação da Universidade do Estado de Santa Catarina. Bibliotecária do Sistema de Bibliotecas (SiBi) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), atuando como bibliotecária de referência da Biblioteca de Ciências Agrárias. Doutora em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), com estágio Doutoral na *The Information School* da *University of Washington* em *Seattle, WA* nos Estados Unidos com Bolsa *Fulbright/CAPE*s de 2016 a 2017. Mestre em Ciência, Gestão e Tecnologia da Informação pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Biblioteconomia com Habilitação em Gestão da Informação pela Universidade do Estado de Santa Catarina. paula.carina.a@gmail.com

² Bibliotecária do Sistema de Bibliotecas (SiBi) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), atuando como bibliotecária de referência na Biblioteca de Ciências da Saúde - Sede. Mestre em Comunicação e Linguagens da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Especialista em Gerenciamento de Projetos pela Faculdade de Tecnologia SENAC Tubarão (2012). Bacharel em Biblioteconomia - Habilitação em Gestão da Informação pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) (2009). fabifuhr@gmail.com

13ª edição em 2019. Os trabalhos apresentados no decorrer de cada edição do congresso são reunidos em anais que são disponibilizados em acesso aberto na página do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI)³.

Considerando o volume e a importância da produção científica do CODAIP, é essencial olhar para os trabalhos publicados nos anais do congresso ao longo desses anos e identificar tendências, padrões, etc. Analisar essa produção científica sob diferentes perspectivas possibilita conhecer melhor este domínio e explorar suas características teóricas, epistemológicas e metodológicas.

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a produção científica do CODAIP sob uma perspectiva bibliométrica. Para alcançar esse objetivo geral foram traçados três objetivos específicos que possibilitaram a condução da pesquisa: - identificar a produção científica publicada nos anais do CODAIP; - descrever os indicadores de produção do corpus desta pesquisa; - apresenta a rede de colaboração entre autores e os indicadores de ligação.

No capítulo dois desta pesquisa apresenta-se o CODAIP, no capítulo três destacam-se questões relacionadas à produção científica. A trajetória metodológica da pesquisa é apresentada no capítulo quatro. O capítulo cinco apresenta a análise da produção científica do CODAIP e, por fim, no capítulo seis são apresentadas as considerações finais seguidas pelas referências.

2 CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO (CODAIP)

O I Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP)⁴ aconteceu em maio de 2007 em Florianópolis, Santa Catarina. Nesse evento foram abordados temas como bases econômicas do direito autoral, direito autoral e acesso ao conhecimento, engenharia reversa de software e a questão do domínio público⁵. Entre os anos de 2007 e 2012 o evento estava vinculado à Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

A concepção do CODAIP de forma integrada com o Fórum Nacional de Direito Autoral lançado pelo Ministério da Cultura (MinC) foi muito importante para a retomada da participação do Estado na formulação de políticas públicas para um tema cada vez mais contemporâneo e estratégico, especialmente, em um contexto de mudanças tecnológicas tão expressivas e que impactam toda a sociedade⁶.

³ UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI)**. Curitiba, PR: UFPR, 2019. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁴ O evento foi organizado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e da Fundação José Arthur Boiteux (FUNJAB).

⁵ UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Notícias da UFSC. **Palestra aborda interesse público em relação aos direitos autorais**. Florianópolis, SC: UFSC, 2007. Disponível em: <https://noticias.ufsc.br/2007/05/palestra-aborda-interesse-publico-em-relacao-aos-direitos-autorais/>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁶ WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Estudos de direito de autor e interesse público: anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2008.



A partir de 2013, o CODAIP, bem como o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI) passou a ser vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) na cidade de Curitiba, PR. Desde sua primeira edição, o CODAIP é o principal fórum de discussão das temáticas relacionadas ao direito de autor e interesse público no Brasil.

Ao reconhecer os temas centrais abordados no congresso, percebe-se que há uma mudança gradativa dos assuntos discutidos ao longo dos anos. As mudanças ocorreram para acompanhar as discussões relacionadas, por exemplo, ao avanço das tecnologias de informação e comunicação como pode ser percebido no Quadro 1.

QUADRO 1: Temas Centrais das edições analisadas do CODAIP

EVENTO	TEMA CENTRAL
XII CODAIP 2018	DA INTERNET E AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS AUTORAIS
XI CODAIP 2017	A REVOLUÇÃO DA INTERNET E AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS AUTORAIS
X CODAIP 2016	DIREITOS AUTORAIS EM PERSPECTIVA: O DESPERTAR PARA O INTERESSE PÚBLICO
IX CODAIP 2015	DIREITO AUTORAL E AMBIENTE DIGITAL: 20 ANOS DA AGENDA DIGITAL DA OMPI
VIII CODAIP 2014	INCLUSÃO TECNOLÓGICA E CULTURAL: MOVIMENTOS RUMO À SOCIEDADE DEMOCRÁTICA DO CONHECIMENTO
VII CODAIP 2013	DIREITO AUTORAL EM REFORMA: NOVOS INSTRUMENTOS DE DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIAL
VI CODAIP 2012	ECONOMIA CRIATIVA NO BRASIL
V CODAIP 2011	DIREITO AUTORAL E ECONOMIA CRIATIVA E A ECONOMIA CRIATIVA – DIREITOS – DIREITOS AUTORAIS E NOVOS MODELOS DE DESENVOLVIMENTO
IV CODAIP 2010	SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E AO DOMÍNIO PÚBLICO
II CODAIP 2008	ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Fonte: As autoras (2019) com base nos Anais do Congresso.

A partir das palavras-chave indicadas pelos autores para representar seus trabalhos, foi possível criar uma nuvem de palavras apresentada na Figura 1. Os termos Direitos Autorais, Direito de Autor, Propriedade Intelectual, Autor, Informação, Internet, Sociedade, são alguns dos conceitos que se destacam e representam as temáticas abordadas no congresso.



FIGURA 1: Nuvem de palavras-chave dos trabalhos publicados nos anais do CODAIP



Fonte: As autoras (2019).

O CODAIP tem como principal objetivo propiciar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual. Anualmente, o congresso se consolida como um importante “espaço de discussão no campo do Direito Autoral e do interesse público trazendo ao debate questões relativas ao acesso à informação, à educação, à cultura e ao desenvolvimento”⁷.

3 TRAJETÓRIA METODOLÓGICA

Para alcançar os objetivos apresentados na introdução deste trabalho, desenvolveu-se uma pesquisa exploratória e fez uso da bibliometria para a identificar e descrever alguns indicadores de produção e ligação evidenciados a partir da análise da produção científica do CODAIP.

Inicialmente, fez-se uma busca na página no GEDAI para identificar os anais de todas as edições do CODAIP. Entretanto, os anais da primeira e da terceira edição do congresso não foram encontrados na página do grupo de pesquisa. Dessa forma, um e-mail foi enviado solicitando o arquivo em pdf dos referidos anais, entretanto, não se obteve resposta. Portanto, nesta pesquisa foram analisados os dez anais do CODAIP, referentes às edições de 2008 e de 2010 a 2018.

A partir dos anais, criou-se uma planilha no software Excel e foram transpostos os dados de edição do congresso, autor, título do trabalho, palavras-chave, eixo temático, instituição e

⁷ WACHOWICZ, Marcos; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STAUT JÚNIOR, Sérgio; COSTA, José Augusto Fontoura (Coord.). *Anais do VII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Curitiba, PR: GEDAI, 2013.

ano. A partir desses dados foi possível gerar os indicadores de produção e de ligação que foram analisados nesta pesquisa.

Os dados dos artigos também foram transpostos para o software Zotero⁸, com o objetivo de gerar um arquivo em formato ris para gerar a rede de coautoria apresentada na Figura 1. O Zotero é um software livre que tem a funcionalidade de gerenciador bibliográfico para coletar, organizar, citar e compartilhar dados bibliográficos.

O arquivo em formato ris foi carregado no software VOSviewer⁹ que é um software livre para a construção e visualização de redes bibliométricas que podem incluir periódicos, pesquisadores, palavras-chave, etc. Essas redes podem ser construídas baseadas em citações, acoplamento bibliográfico, cocitação ou relações de coautoria.

A partir dos dados coletados e normalizados conforme descrito anteriormente, foi possível analisar no capítulo 5 os indicadores de produção: quantidade de artigos apresentados no evento, tipos de autoria, autores mais produtivos. Também foi possível analisar o indicador de ligação, índice de colaboração, por meio da rede de coautoria.

4 ANÁLISE DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO (CODAIP) SOB UMA PERSPECTIVA BIBLIOMÉTRICA

Os estudos métricos da informação são:

o conjunto de estudos relacionados à avaliação da informação, particularmente da ciência, nos diferentes suportes, baseados em recursos quantitativos como procedimentos de análise. Fundamentados em conceitos da Ciência da Informação, da Sociologia da Ciência, Matemática, Estatística e Computação, são estudos de natureza teórico-conceitual, quando contribuem para o avanço do conhecimento da própria temática, propondo novos conceitos e indicadores, bem como reflexões e análises relativas à área. São de natureza metodológica, quando se propõem a dar sustentação aos trabalhos teóricos da área onde estão aplicados¹⁰.

A bibliometria, um dos estudos métricos, surgiu no século XX como um instrumento estatístico de avaliação de acervos bibliográficos. Seu foco era, principalmente, a racionalização de recursos dentro das bibliotecas, tendo sempre o suporte papel como objeto. Buscava mensurar

⁸ CORPORATION FOR DIGITAL SCHOLARSHIP. **Zotero**. Vienna, VA, 2019. Disponível em: <https://www.zotero.org/>. Acesso em: 1 out. 2019.

⁹ CENTRE FOR SCIENCE AND TECHNOLOGY STUDIES. LEIDEN UNIVERSITY. **VOSViewer**. Netherlands, 2019. Disponível em: <https://www.vosviewer.com/> Acesso em: 1 out. 2019.

¹⁰ OLIVEIRA, E. F. T.; GRACIO, M. C. C. **Questões métricas em organização da informação**. Marília, SP: PPGCI/UNESP, 2016.



o espaço ocupado, custo do material e o uso da bibliografia por parte de pesquisadores quando no desenvolvimento das pesquisas¹¹.

Inicialmente foi denominada de bibliografia estatística e, posteriormente, o termo bibliometria foi criado por Paul Otlet em 1934¹², considerada uma técnica quantitativa e estatística de medição dos índices de produção e disseminação do conhecimento científico¹³.

É possível caracterizar os estudos bibliométricos como procedimento metodológicos que contribuem para a visualização do comportamento da ciência em uma área do conhecimento ou comunidade científica. E, analisar a produção científica de um domínio, por meio desses estudos, possibilita conhecer e explorar suas características teóricas, epistemológicas e metodológicas, bem como a elite científica e as relações existentes entre os atores do domínio analisado¹⁴.

A pesquisa bibliométrica atual é destinada a três grupos-alvo principais segundo Glänzel¹⁵, a saber:

Bibliometria para profissionais da bibliometria (G1): a bibliometria como metodologia, isto é, está preocupada com o seu próprio desenvolvimento conceitual-teórico-metodológico.

Bibliometria aplicada às disciplinas científicas (G2): pesquisas “aplicadas” e forma o maior e mais diversificado grupo de interesse na bibliometria.

Bibliometria para a política científica e gestão (G3): trata da avaliação da pesquisa com fins de orientar políticas científicas. Esse grupo-alvo é considerado por Glänzel o tópico mais importante da bibliometria contemporânea.

¹¹ ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. Bibliometria: evolução histórica e questões atuais. **Em Questão**: Revista da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 11-32, jan./jun. 2006.

GABRIEL JUNIOR, R. F. **Geração de indicadores de produção e citação científica em revistas de Ciência da Informação**: estudo aplicado à base de dados BRAPCI. 148 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Marília, SP: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014. Disponível em: <http://200.145.6.238/handle/11449/123338> Acesso em: 19 maio 2018.

¹² OTLET, Paul. **Tratado de documentação**: o livro sobre o livro: teoria e prática. Organização: Antonio Agenor Briquet de Lemos. Tradução de Taiguara Villela Aldabalde et. al. Brasília: Briquet de Lemos Livros, 2018. Disponível em: http://www.cfb.org.br/wp-content/uploads/2018/09/otlet_tratado_de_documenta%C3%A7%C3%A3o.prnto.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

¹³ FONSECA, Edson Nery da (Org). **Bibliometria**: teoria e prática. São Paulo: Cultrix, Ed. da USP, 1986. ARAÚJO, op. cit.

¹⁴ ARBOIT, A. E.; BUFREM, L. S.; FREITAS, J. L. Configuração epistemológica da Ciência da Informação na literatura periódica brasileira por meio de análise de citações (1972-2008). **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 15, n.1, p. 18-43, jan./abr. 2010.

GRÁCIO, M. C. C. A.; OLIVEIRA, E. F. T. Produção e comunicação da informação em CT&I – GT7 da ANCI: análise bibliométrica no período 2003/2009. **Iinc em Revista**, Rio de Janeiro, v.7, n.1, p. 248–263, março 2011. DOI: 10.18617/iinc.v7i1.412 Acesso em: 1 out. 2019.

ROSAS, F. S.; GRÁCIO, M. C. C. Colaboração científica como procedimento para a análise de um domínio: uma aplicação na área de zootecnia. **Encontros Bibli**: Revista Eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da Informação, v. 20, n. 43, p. 115-132, 2015. DOI: 10.5007/1518-2924.2015v20n43p115 Acesso em: 01 out. 2019.

¹⁵ GLÄNZEL, W. **Bibliometrics as a research field**: a course on theory and application of bibliometric indicators. Bélgica, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.97.5311&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.



Esta pesquisa se caracteriza como a bibliometria aplicada a uma disciplina científica, mais especificamente o direito de autor e o interesse público. Dessa forma, compreende-se que reconhecer a produção científica apresentada em doze anos do CODAIP é um primeiro passo para chegar a um panorama da evolução do estudo do tema direito de autor e interesse público ao longo dos anos no Brasil.

Como parte do estudo bibliométrico aqui apresentado, foram analisados os seguintes indicadores de produção: quantidade de artigos apresentados no evento, tipos de autoria, autores mais produtivos. Também foi analisado o indicador de ligação, índice de colaboração, por meio das redes de coautoria.

Nas edições de 2008, 2010 a 2018 do CODAIP foram publicados 346 trabalhos por 347 autores. A análise demonstra que 2018 foi o ano com maior número de trabalhos apresentados no CODAIP, foram 56 artigos. E, em 2012, o menor número de comunicações apresentadas, 16 trabalhos foram publicados nos anais do evento (GRÁFICO 1).

GRÁFICO 1: Artigos por edição do evento.



Fonte: As autoras (2019).

Também foram analisadas as características de autoria dos artigos publicados no CODAIP, como tipo de autoria (QUADRO 2) e os autores mais produtivos (QUADRO 3).

A maioria dos artigos publicados em 2008, 2010 a 2018 são artigos escritos por um único autor, totalizando 182 artigos. A autoria compartilhada por dois autores também é bem expressiva no corpus desta pesquisa, totalizando 148 trabalhos. Há ainda artigos publicados por três autores (14 trabalhos) e quatro autores (2 trabalhos).



QUADRO 2: Tipos de autoria dos artigos do corpus da pesquisa

TIPO DE AUTORIA DOS ARTIGOS DO CORPUS DA PESQUISA			
TIPO DE AUTORIA	QUANTIDADE DE AUTORES	NÚMERO DE PUBLICAÇÕES	TOTAL
AUTORIA ÚNICA	1 AUTOR	182	182
AUTORIA COMPARTILHADA	2 AUTORES	148	164
	3 AUTORES	14	
	4 AUTORES	2	
TOTAL			346

Fonte: As autoras (2019).

No Quadro 2 são indicados os autores com quatro ou mais artigos publicados nas edições do CODAIP analisadas neste artigo. Também foram identificados 14 autores que publicaram 3 artigos cada e 53 autores que publicaram dois artigos.

O autor mais produtivo, Allan Rocha de Souza da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), publicou 16 artigos nas edições do CODAIP analisadas nesta pesquisa. Entre eles, 1 trabalho foi publicado em autoria única, 15 trabalhos em autoria compartilhada, sendo que em 4 deles ele foi o autor principal e em 11 artigos coautor.

O segundo autor mais produtivo do corpus analisado é Marcos Wachowicz da Universidade Federal do Paraná (UFPR), com 13 trabalhos publicados nas edições do CODAIP analisadas nesta pesquisa. E o terceiro mais produtivo é Luiz Gonzaga Silva Adolfo da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com 12 trabalhos.

QUADRO 3: Autores que publicaram quatro ou mais artigos nas edições do CODAIP

Nº	AUTORES	ARTIGOS
1	SOUZA, AR	15
2	WACHOWICZ, M	13
3	ADOLFO, LGS	12
4	PIRES, E	8
5	LINKE, SH	7
6	PELLEGRINI, GKF	6
7	SILVA, ROC	6
8	MEDEIROS, HG	5
9	TRINDADE, RO	5
10	BRAUN, M	4
11	DIAS, FV	4
12	FAIRBANKS, ASP	4
13	KRETSCHMANN, A	4

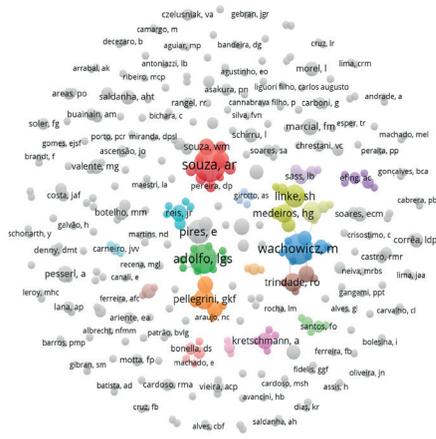
Nº	AUTORES	ARTIGOS
14	MARCIAL, FM	4
15	PESSERL, A	4
16	QUEIROZ, DPC	4
17	REIS, JR	4
18	SALDANHA, AHT	4
19	SOUZA, WM	4
20	VIRTUOSO, BB	4

Fonte: As autoras (2019).

Para visualizar as relações de coautoria dos trabalhos publicados no CODAIP em 2008 e de 2010 a 2018, foi criada uma rede de coautoria apresentada na Figura 2. Os autores são representados pelas esferas e as linhas representam as ligações entre os autores. Quanto maior a esfera, maior o número de publicações no corpus desta pesquisa, e quanto mais espessa a linha, mais forte a ligação entre os autores.

É possível calcular o índice de colaboração da rede de coautoria por meio da fórmula $IC = \sum i.N_i/N$, pois segundo Spinak¹⁶ o índice de colaboração (IC) é a soma do produto da quantidade de autores (i) com o número de trabalhos com i autores (N_i) divididos pelo total de trabalhos (N). Dessa forma, o índice de colaboração da rede de coautoria apresentada na Figura 2 é $IC = 1,52$. Portanto, em média, cada artigo foi produzido por 1,52 autores o que evidencia um baixo grau de colaboração nas publicações do CODAIP.

FIGURA 2: Rede de coautoria das publicações das edições de 2008 e de 2010 a 2018 do CODAIP



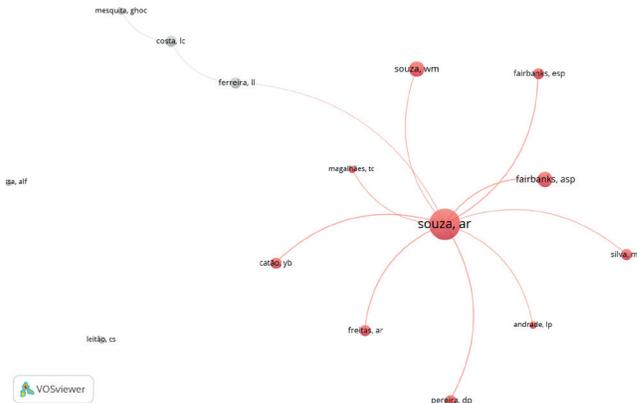
VOSviewer

Fonte: As autoras (2019).

¹⁶ SPINAK, E. *Dicionário enciclopédico de bibliometria, cienciometria e informetria*. Caracas: UNESCO, CII/II, 1996.

Ao analisar a rede, três clusters se sobressaem devido ao número de conexões. No cluster apresentado na Figura 3, o autor **Souza, AR**, autor mais produtivo da rede, é também quem tem o maior número de conexões. Sua ligação com **Ferreira, LL** expande o cluster, quem tem uma publicação com **Costa, LC**, que por sua vez tem também uma publicação com **Mesquita, GHOC**.

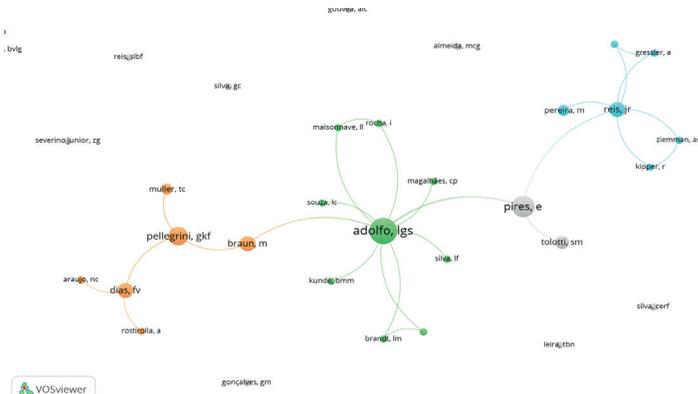
FIGURA 3: Cluster 1 da rede de coautoria



Fonte: As autoras (2019).

No cluster da Figura 4, **Adolfo, LGS** é o autor central e é ele quem estabelece as duas principais conexões que formam o cluster. Uma das ligações se dá entre **Adolfo, LGS** e **Pires, E**, os autores têm quatro artigos publicados em coautoria e a forte ligação também é evidenciada pela relação de orientador/orientando respectivamente no doutorado. Por sua vez, **Pires, E** tem uma publicação com **Reis, JR**, seu orientador de mestrado. No mesmo cluster, a ligação de **Adolfo, LGS** e **Braun, M** também expande o cluster e da mesma forma há uma relação orientador/orientanda de mestrado entre os autores.

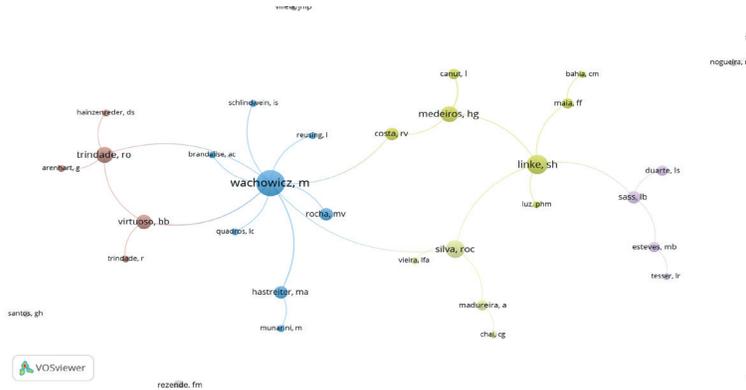
FIGURA 4: Cluster 2 da rede de coautoria



Fonte: As autoras (2019).

No cluster da Figura 5 o autor central é **Wachowicz, M**, quem estabelece diferentes relações de autoria, uma vez que tem 13 artigos publicados no congresso. **Wachowicz, M** além da relação de coautoria, também é orientador de **Virtuoso, BB**, **Reusing, L**, **Brandalise, AC**, **Costa, RV**, **Schindwein, IS**, **Silva, ROC**, **Trindade, RO** e **Quadros, LC**.

FIGURA 5: Cluster 3 da rede de coautoria



Fonte: As autoras (2019).

Por meio das análises apresentadas neste capítulo, fica evidente o papel chave dos autores mais produtivos na colaboração da comunidade científica do CODAIP. O índice de colaboração evidencia que ainda é baixa a publicação em coautoria no contexto do congresso, entretanto, há clusters expressivos como é percebido nas Figuras 3, 4 e 5. Destaca-se que “a colaboração científica vem se configurando como uma resposta à profissionalização da ciência”¹⁷. Dessa forma, compreende-se que a prática de coautoria deve ser incentivada como uma possibilidade de viabilizar e potencializar o desenvolvimento de pesquisas por meio do conhecimento coletivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desenvolvimento desta pesquisa, foram analisados dez anais do CODAIP que representaram a produção científica desse domínio para o estudo em questão. O CODAIP tem doze edições até o ano de 2018, entretanto, não foi possível localizar dois anais do evento, o da primeira e da terceira edição, o que pode ser considerado uma limitação desta pesquisa.

A partir da compilação dos dados referentes à produção científica do CODAIP, foi possível identificar a publicação de 346 trabalhos por 347 autores. Além disso, foram descritos os indicadores de produção. O ano de 2018 teve o maior número de trabalhos apresentados, totalizando 56 trabalhos.

¹⁷ GRÁCIO, M. C. C. Colaboração científica: indicadores relacionais de coautoria. *Brazilian Journal of Information Science*, v. 12 No 2, n. 2, 2018. DOI: 10.5016/brajis.v12i2.7976 Acesso em: 01 out. 2019.



Contatou-se que a autoria única é a mais frequente no corpus da pesquisa, seguida pela autoria compartilhada por dois autores. Este resultado é justificado pelas regras de submissão do evento, que indica a autoria de no máximo dois autores por artigo. Entretanto, ao analisar o corpus da pesquisa, percebe-se que forem abertas exceções uma vez que foram identificados artigos com três e até quatro autores.

Também foram indicados os autores com quatro ou mais artigos publicados no CODAIP. E, o autor mais produtivo é Allan Rocha Souza. O terceiro objetivo específico foi alcançado com a apresentação da rede de coautoria e o indicador de colaboração que evidenciou baixo grau de colaboração nas publicações do CODAIP.

Recomenda-se como pesquisas futuras a inserção dos dados da primeira e terceira edição do CODAIP para que se possa ter um panorama completo do congresso. Também é interessante identificar outros indicadores de ligação como a centralidade da rede, a análise de citação por meio da análise de cocitação e acoplamento bibliográfico e a análise de coocorrência de palavras. O estudo desses indicadores possibilitará reconhecer as correntes teóricas que influenciam esse domínio, bem como tendências de pesquisa.

De maneira geral, o CODAIP tem uma produção científica robusta e evidencia um aumento da colaboração entre os autores ao longo dos anos, se for levado em conta o aumento de artigos publicados em coautoria deste a primeira edição do evento. O corpus desta pesquisa pode ser ainda mais explorado para uma compreensão aprofundada do comportamento da comunidade científica envolvida no CODAIP.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. Bibliometria: evolução histórica e questões atuais. **Em Questão**: Revista da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 11-32, jan./jun. 2006.

ARBOIT, A. E.; BUFREM, L. S.; FREITAS, J. L. Configuração epistemológica da Ciência da Informação na literatura periódica brasileira por meio de análise de citações (1972-2008). **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 15, n.1, p. 18-43, jan./abr. 2010.

FONSECA, Edson Nery da (Org). **Bibliometria: teoria e prática**. São Paulo: Cultrix, Ed. da USP, 1986.

GABRIEL JUNIOR, R. F. **Geração de indicadores de produção e citação científica em revistas de Ciência da Informação: estudo aplicado à base de dados BRAPCI**. 148 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Marília, SP: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014. Disponível em: <http://200.145.6.238/handle/11449/123338>. Acesso em: 19 maio 2018.

GLÄNZEL, W. **Bibliometrics as a research field: a course on theory and application of bibliometric indicators**. Bélgica, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.97.5311&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 9 jan. 2011.

GRÁCIO, M. C. C. Colaboração científica: indicadores relacionais de coautoria. **Brazilian Journal of Information Science**, v. 12 No 2, n. 2, 2018. DOI: 10.5016/braajs.v12i2.7976 Acesso em: 01 out. 2019.



GRÁCIO, M. C. C. A; OLIVEIRA, E. F. T. Produção e comunicação da informação em CT&I – GT7 da ANCIB: análise bibliométrica no período 2003/2009. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v.7, n.1, p. 248–263, março 2011. DOI: 10.18617/liinc.v7i1.412 Acesso em: 1 out. 2019.

OTLET, Paul. **Tratado de documentação**: o livro sobre o livro: teoria e prática. Organização: Antonio Agenor Briquet de Lemos. Tradução de Taiguara Villela Aldabalde et. al. Brasília: Briquet de Lemos Livros, 2018. Disponível em: http://www.cfb.org.br/wp-content/uploads/2018/09/otlet_tratado_de_documenta%C3%A7%C3%A3o.pronto.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

ROSAS, F. S.; GRÁCIO, M. C. C. Colaboração científica como procedimento para a análise de um domínio: uma aplicação na área de zootecnia. **Encontros Bibli**: Revista Eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da Informação, v. 20, n. 43, p. 115-132, 2015. DOI: 10.5007/1518-2924.2015v20n43p115 Acesso em: 01 out. 2019.

SPINAK, E. **Dicionário enciclopédico de bibliometria, cienciometria e infometria**. Caracas: UNESCO, CII/II, 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Notícias da UFSC. **Palestra aborda interesse público em relação aos direitos autorais**. Florianópolis, 2007. Disponível em: <https://noticias.ufsc.br/2007/05/palestra-aborda-interesse-publico-em-relacao-aos-direitos-autorais/>. Acesso em: 22 set. 2019.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Estudos de direito de autor e interesse público**: anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2008.

WACHOWICZ, Marcos; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STAUT JÚNIOR, Sérgio; COSTA, José Augusto Fontoura (Coord.). **Anais do VII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba, PR: GEDAI, 2013.





A PROTEÇÃO AUTORAL NOS TEXTOS CIENTÍFICOS¹

Francisco Humberto Cunha Filho²
Mateus Rodrigues Lins³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo verificar como os direitos autorais protegem o texto científico, analisando o processo criativo de uma obra. Investigou-se a ramificação do direito intelectual, as especificidades da composição do ato criativo como elemento estético, a interpretação da criação segundo a norma jurídica e o texto científico como objeto dos direitos autorais. Analisou-se a composição do texto científico a partir do ato criativo, discutindo critérios objetivos para a proteção jurídica a esta obra. A metodologia utilizada é classificada como bibliográfica, pura, qualitativa, descritiva e exploratória. Conclui-se que o texto científico deve ser analisado a partir da contribuição substancial do pesquisador, analisando a teoria desenvolvida e a forma que esta teoria é escrita. Observou-se que essa percepção estabelece limites e analisa extensões da autoria no texto científico, pois, por mais que o autor utilize argumentos de outros pesquisadores para a construção de sua pesquisa, este produz um texto original quando observadas contribuições substanciais para a construção de uma nova teoria.

Palavras-chave: Texto científico. Ato criativo. Limites da autoria.

INTRODUÇÃO

A obra autoral origina-se com o ato criativo, o qual é responsável por estabelecer uma conexão entre o sujeito e o objeto do direito autoral por meio do instituto da autoria. A identificação da autoria nos textos científicos perpassa pela compreensão do ato criativo, na identificação de seus desdobramentos constitutivos. Desse modo, o texto científico, por ser escrito com exposições expressas de textos e teorias de outros autores, possui uma percepção de autoria mais densa e exige uma observação mais rebuscada se comparada a uma obra literária ou artística. Questiona-se, a partir dessa verificação, de que forma os direitos autorais protegem o texto científico?

¹ Área Temática: DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos Culturais e a Regulamentação dos Direitos Autorais.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (1990), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004) e Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano - Bicocca (2018). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), instituição na qual lidera o Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais. Advogado da União - Categoria Especial. E-mail: humbertocunha@unifor.br

³ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (PPGD/UNIFOR). Escritor. Desenvolve pesquisa e publicações na área do Direito do Trabalho e dos Direitos Autorais. E-mail: mateusrlins@gmail.com

A compreensão do ato criativo e a proteção autoral destinada aos textos científicos necessitam de critérios para a identificação da autoria de cada pesquisador. Assim, para além de repercutir em como os trabalhos científicos devem ser protegidos, esses critérios também sintetizam em que medida os direitos autorais resguardam as criações textuais dessa natureza.

Dessa forma, o presente trabalho se justifica na compreensão dinâmica do ato criativo como elemento necessário à produção de textos científicos e na proteção jurídica que o ordenamento destina a essa obra específica.

O trabalho tem como objetivo geral verificar como os direitos autorais protegem o texto científico, analisando o processo criativo de uma obra. Como objetivos específicos, pretende-se compreender o ato criativo como elemento estético na perspectiva dos direitos autorais, interpretar o ato criativo de acordo com a norma jurídica e o texto científico como objeto dos direitos autorais, para, então, discutir critérios para a proteção normativa a essa obra.

Quanto à metodologia, a pesquisa classifica-se como bibliográfica. Foram utilizados livros e periódicos que analisam temas da legislação autoral brasileira e a estética do ato criativo. Este trabalho contém estudos embasados nas ideias de Helena Braga Avancini, Carlos Alberto Bittar, Ariano Suassuna, Carlos Velázquez, Ariano Suassuna e outros autores. Quanto à aplicação dos resultados, a pesquisa é pura e qualitativa. Quanto aos objetivos, o estudo é classificado como descritivo e exploratório, uma vez que se busca analisar fenômenos jurídicos a fim de promover o aprimoramento de ideias.

1 O DIREITO INTELECTUAL A PARTIR DO ATO CRIATIVO

O direito intelectual incide sobre as criações humanas, externalizadas do campo metafísico ao físico a partir de manifestações sensíveis, estéticas ou utilitárias (BITTAR, 2015). Essas constituições compreendem a transmissão de saberes e a sensibilidade dos seres humanos, em sua individualidade e coletividade, bem como, a satisfação das necessidades essenciais da humanidade inseridas em um panorama cotidiano.

Essa distinção constitutiva perpassa um panorama estético e outro prático que, ao serem verificados pelo ordenamento jurídico, integram os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial. Carlos Alberto Bittar (2015) verifica a divisão do direito intelectual nesses dois ramos, defendendo uma autonomia sistêmica entre ambos a partir da concepção e das formas de proteção de seus respectivos objetos.

Contudo, observa-se que, em um panorama internacional, a convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967, ao trazer a definição do que seria “propriedade intelectual” em seu art. 2º, VII, não fez qualquer divisão formal acerca do tema, deixando que tratados internacionais e que o ordenamento jurídico de cada país o fizessem. Desse modo, fortaleceu-se a Convenção de Paris sobre direitos industriais e a Convenção de Berna sobre direitos de autor.



O direito brasileiro trata cada ramo com base em suas peculiaridades, a partir de legislações específicas, quais sejam, a Lei nº 9610/98 que regula os direitos autorais e a Lei nº 9279/96 que regulamentam direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Em ambas legislações, verifica-se o ato criativo envolvido no desenvolvimento do objeto amparado pela proteção jurídica. A principal distinção é se o objeto possui condição estética – direito autoral – ou cunho utilitário – direito industrial (BITTAR, 2015).

Nesse sentido, este tópico explora o ato criativo inerente aos requisitos estéticos de uma obra, analisando, portanto, a textura dos direitos autorais.

1.1 O ato criativo como elemento estético

Conforme lição de Ariano Suassuna (2018), a estética, nas épocas clássicas, era captada como a “Filosofia do Belo”. Segundo o autor, o “Belo” era uma propriedade do objeto relativa ao seu modo de ser compreendido e estudado. Para tanto, dividia-se no “Belo” da arte (em acepção ampla para as produções humanas) e no “Belo” da natureza. Essa bipartição dividiu distintas prevalências de acordo com cada momento histórico, havendo uma hierarquia do natural sobre a arte na captação platônica e, em seguida, da arte sobre o natural no idealismo germânico (SUASSUNA, 2018).

A edificação do “Belo” e sua conexão com os distintos elementos sociais em constante evolução atrelaram a compreensão da estética aos espaços ocupados pela humanidade e por ela transformados, alterando percepções de acordo com a cultura de cada povo. O comportamento com que habitamos o mundo está intimamente relacionado à estética que desenvolvemos para e a partir dele (VELÁZQUEZ, 2015). Desse modo, estar e se comportar em determinada sociedade, ativa ganchos criativos de interação com o ambiente que caracterizam a solidificação de valores culturais (ROBINSON, 2019). A cultura transpõe uma relação da sociedade com o ambiente, podendo ser vista como fruto de uma atividade estética empregada aos processos da vivência humana. Assim, o ato criativo, frente à sua concepção, transcende uma percepção do sensível a partir da preocupação com o estético (BITTAR, 2015).

O estético é a forma como os seres humanos enxergam o ambiente tendo a maleabilidade de aplicar diferentes interpretações sobre um mesmo objeto a depender da leitura subjetiva de cada indivíduo pertencente ao espaço cultural. De acordo com Carlos Alberto Bittar (2015), a estética não se consubstancia apenas em um adereço, mas em uma constituição social quanto à solidificação de uma identidade cultural própria. Nesse sentido, o processo de observação estético como ato criativo recai mais facilmente sobre os elementos artísticos e literários, tendo uma menor densidade de percepção e análise nos escritos científicos.

O ato criativo se comporta como uma espécie de linguagem universal do ser humano enquanto ser social, a qual se consubstancia no agir particular de um indivíduo que materializa um objeto no mundo material, inserindo-o na realidade humana e o tornando passivo de interpre-



tações sociais (AGUIAR, TOREZAN, 2011). Trata-se de uma compreensão imaginativa do mundo real pertencente a um sujeito que, ao somar experiências próprias transcende o plano ideal para o real, afastando-se do intangível com a concepção de uma nova obra.

A legislação autoral brasileira, Lei nº 9610/98, apresenta em seu art. 7º a terminologia “criações de espírito” na intenção de traduzir a subjetividade do ato criativo inserido no processo catártico do ser humano, o qual, como observador, extrai elementos já existentes no ambiente para adicionar novos elementos ao mundo. Nessa linha, o ato criativo resulta de um processo subjetivo interligado a uma cadeia de decisões do autor, simples e complexas, guiadas ou não pela consciência, as quais se misturam com vivências pessoais e interpretações de contextos sociais, direcionadas à construção formal ou material da obra estética (LEVY, *online*). Esse processo do fazer criativo concretiza ideias em uma obra pertencente ao plano real, tornando-a apta a ser compreendida por outros indivíduos de diferentes formas (BITTAR, 2015). Por esse motivo, a obra é considerada uma emanção da personalidade do autor, pois há uma grande carga subjetiva no ato criativo dedicada a experimentações pessoais que integram uma zona íntima do criador (ZANINI, 2015). Assim, por mais que duas obras se confundam quanto aos seus objetivos e intenções, ressalvado o plágio, jamais serão materializadas de igual forma se criadas por diferentes autores, exatamente por causa da carga subjetiva que existe no ato criativo.

Jean-Jacques Rousseau (1992, p. 31), em sua obra *Discours sur les sciences et les arts*⁴, capta bem a necessária interação entre a produção criativa e a sociedade:

L'esprit a ses besoins, ainsi que le corps. Ceux-ci sont les fondements de la société, les autres en sont l'agrément. Tandis que le gouvernement et les lois pourvoient à la sûreté et au bien-être des hommes assemblés, les sciences, les lettres et les arts, moins despotiques et plus puissants peut-être, étendent les guirlandes de fleurs sur les chaînes de fer dont ils sont chargés, étouffent en eux le sentiment de cette liberté originelle pour laquelle ils semblaient être nés (...).⁵

A relação da estética do ato criativo com o espaço jurídico, que atribui proteção ao resultado de um agir humano que cria uma obra material, vai de encontro à relação entre direito e cultura, compreendida por Humberto Cunha Filho (2018) como contemporânea e intensa a ponto de lembrar o mito de gêmeos, o qual, segundo o autor, apresenta irmãos gêmeos perpetuados na mitologia que sofrem consequências geradas pelo agir um do outro. Em outras palavras, “o que se faz na cultura repercute no direito e vice-versa” (CUNHA FILHO, 2018, P. 16).

⁴ Tradução livre dos autores: “Discurso Sobre as Ciências e as Artes”

⁵ Tradução livre dos autores: “A mente tem suas necessidades, assim como o corpo. Estes são os fundamentos da sociedade, os outros são sua aprovação. Enquanto o governo e as leis garantem a segurança e o bem-estar dos homens reunidos, as ciências, letras e artes, menos despóticas e talvez mais poderosas, estendem as guirlandas de flores sobre as cadeias de ferro das quais eles estão carregados, sufocam neles o sentimento dessa liberdade original pela qual pareciam ter nascido”

Portanto, o ato criativo representa uma projeção criativa que, a partir do momento em que se torna material e concreta, desfruta da proteção de direitos intelectuais, os quais, no presente trabalho, voltam-se à estética da obra científica.

2 A TEXTURA DOS DIREITOS AUTORAIS E A INTERPRETAÇÃO DO ATO CRIATIVO SEGUNDO A NORMA JURÍDICA

O art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma em seu item 1 que toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos bens que deste resultam. Há, neste item, relação intrínseca com os três desdobramentos essenciais dos Direitos Culturais, definidos por Cunha Filho (2018) como as memórias coletivas, a arte e o fluxo de saberes.

A compreensão de algumas criações autorais como elementos integrantes do campo das artes, das memórias coletivas e do fluxo de saberes, aliada a uma interpretação sistêmica ao item 1 do art. 27 da Declaração, já seria, por si, suficiente para evidenciar uma relação dos direitos autorais com os direitos humanos. Contudo, a Declaração é ainda mais clara, abrangente e precisa ao afirmar, em seu item 2, que todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

Nesta disposição, observa-se que todas as produções de cunho científico, artístico ou literário, gozam de proteção quanto à autoria. Autoria esta, que é o instituto responsável pelo desdobramento dos interesses morais e materiais do sujeito criador da obra. Esta dinâmica revela o comportamento dos direitos autorais como direitos humanos.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 incorporou os direitos autorais com status de direitos fundamentais ao positivá-los em seu art. 5º, XXVII que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. A legislação que a Constituição se refere é a Lei nº 9610/98.

Nessa compreensão, os direitos autorais apresentam textura de direitos humanos, fundamentais e intelectuais. São correlatos à dignidade da pessoa humana em razão da condição do ato criativo para a produção de uma obra no mundo concreto.

2.1 Autoria e a proteção do ato criativo

O direito autoral brasileiro, por meio da Lei nº 9610/98, inclina-se a valorizar a proteção do autor dentro do processo criativo. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à criação autoral, baseou-se no sistema francês do *Droit D’auteur*, que se contrapõe ao sistema americano do *Copyright*, cuja proteção volta-se à obra autoral e não ao sujeito que a concebe (AVANCINI, 2011). Essa reflexão tem como ponto de partida o ato criativo



no campo de sua subjetividade, verificada como uma reflexão incorpórea do ser humano e uma externalização da dignidade humana de cada indivíduo criador.

Nesse sentido, Luís Marcelo Algarve (2018, p. 84), pontua:

Nota-se que a proteção da personalidade criativa possui estreita conexão com a questão da dignidade da pessoa humana, considerados os direitos de personalidade como aquele que refletem os atributos particulares capazes de diferenciar cada ser humano. A defesa da criação humana é, verdadeiramente, a defesa da personalidade humana, tendo em vista que o mote da dignidade da pessoa humana é exatamente a noção de diferenciação dos seres humanos em relação aos demais seres vivos, sendo, a personalidade criativa, um fator de distinção merecedor de proteção universal.

Para a Lei de Direito Autoral (LDA), o autor, sujeito dos direitos autorais, é conceituado pelo artigo 11 como “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, enquanto a obra, objeto dos direitos autorais, é retrata em rol extensivo pelo art. 7º do mesmo diploma. A conexão existente entre o autor e obra ocorre no momento em que a produção criativa se insere no mundo, exatamente quando o ato criativo é externalizado (SANTOS, 2009). A esse ponto de convergência é dado o nome de autoria.

O instituto da autoria é responsável por garantir ao autor a manutenção de seus direitos morais e patrimoniais de autor, os quais passam a existir a partir que da conexão entre autor e obra por meio do ato criativo, independentemente de registro, conforme preleciona o art. 18 da LDA.

Sobre a bipartição dos direitos autorais em morais e patrimoniais, Roberto Senise Lisboa (2005, p. 501) pontua:

Os direitos autorais não são direitos meramente patrimoniais, pois se constituem como categoria com especificidade própria, ante a existência de direitos morais do criador da obra, a serem devidamente protegidos. Pelo fato de os direitos intelectuais possuírem aspectos morais e patrimoniais, pode-se afirmar que os direitos autorais são direitos *sui generis*, o que perfeitamente explica a sistematização própria que lhe é conferida.

Previstos no art. 24 da LDA, os direitos morais do autor são inerentes à própria razão de ser da autoria, protegendo o elo de conexão entre autor e obra. Dessa forma, a legislação retrata os seguintes direitos: a) reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; b) ter o nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; c) conservar a obra inédita; d) assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; e) modificar a obra, antes ou depois de utilizada; f) retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; g) ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por



meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Essa previsão normativa harmoniza-se com o artigo 6 *bis* da Convenção de Berna, primeiro instrumento internacional sobre direitos autorais do qual o Brasil é signatário (UNESCO, 1886). A Convenção, em 1928, ao inserir artigo 6 bis, passou a abordar, os direitos morais do autor de forma expressa, gerando assim, a garantia de proteção à paternidade da obra nos países signatários da completude deste acordo (MORAES, 2008).

Os direitos morais de autor possuem a característica de direitos personalíssimos exatamente em razão da conexão íntima com o ato criativo e pela natureza da proteção envolvê-lo diretamente com natureza *erga omnes* (LARA; ZAMBONI, *online*). De acordo com lição de Ingo Sarlet (2017), os direitos personalíssimos são intransmissíveis e correspondem a todos os sujeitos de direito em razão de sua própria condição humana. Isso se evidencia diante da análise à subjetividade que compõe o ato criativo como habilidade potencial de todo indivíduo social.

Essa compreensão reforça a interpretação sistêmica do art. 27 da LDA com o art. 11 do Código Civil que caracteriza os direitos da personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis, impossibilitados, em regra, de sofrer qualquer limitação voluntária. Nesse sentido, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015) reforça que os direitos morais de autor possuem o momento da materialização da obra como termo inicial de sua existência e perduram após a morte do autor, ocasião em que serão transmitidos aos herdeiros até caírem em domínio público ou a obra não mais existir.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais, apesar de originados pelo ato criativo e decorrerem do elo da autoria, estes se referem à exploração econômica da obra e, para isso, tem por limitação os direitos morais de autor (BITTAR, 2015). Portanto, não possuem o exercício condicionado ao ato criativo, mas enfrentam limitações decorrentes dele.

Com previsão no art. 28 da LDA, os direitos patrimoniais são exclusivos do autor para que este possa utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica como lhe convier, dentro das limitações legais.

Nesse sentido, no panorama patrimonial, o autor é percebido como o proprietário de um bem sobre o qual tem o poder de disposição. É o exercício desse poder que viabiliza ao autor a exploração econômica de sua criação artística, científica ou literária. Também é por meio dele que se notabiliza os direitos patrimoniais como disponíveis e alienáveis.

Observa-se que o absoluto exercício dos direitos patrimoniais não se confunde com uma alienação plena da obra, vez que o que se explora é apenas o uso temporário da obra por um tempo pré-estabelecido, como acontece nos contratos de cessão de direitos, ou pelo período em que as obras estiverem disponíveis no mercado, como ocorre, por exemplo, nos contratos de edição (GONÇALVES, 2014).



Ao estudar os direitos patrimoniais de autor, distintos contratos jurídicos podem vir a regulamentar a utilização, disposição e fruição da obra quanto à exploração comercial desta, estando sempre adstritos às previsões legislativas, como as do art. 4º, art. 31º e art. 39º da LDA⁶.

De tal forma, verifica-se a relação intrínseca da norma jurídica com o ato criativo para a proteção e identificação dos direitos autorais relativos às produções artísticas, literárias e científicas. É por causa do ato criativo que o sujeito conecta-se à obra por meio da autoria.

3 O TEXTO CIENTÍFICO COMO OBJETO DOS DIREITOS AUTORAIS

O ato criativo como elemento estético é de mais difícil constatação frente à produção de livros, artigos e projetos e outras obras científicas. Isso ocorre porque a produção científica escrita no Brasil, em muitos casos, surge embasada em pensamentos de pesquisadores preteritos e, por vezes, algumas dessas pesquisas se caracterizam por uma simples compilação e emanção de referenciais teóricos sem, de fato, dimensionarem um posicionamento próprio do pesquisador com o trabalho desenvolvido.

A autoria dessas produções também passa a ser compreendida dentro de um panorama ético, vez que há casos estritos de omissão nas citações de autores, inclusão indevida de referenciais e uso inadequado de dados em produções acadêmicas (FERNANDES, FERNANDES, GOLDIM, 2008, *online*). Esses casos, além de prejudicarem pesquisas sérias que são desenvolvidas em território nacional e colaborarem com movimentos de fragilização da ciência, prejudicam a identificação da autoria da obra e a fazem ser concebida de forma imprecisa.

Para Márcia Santana Fernandes, Carolina Fernández Fernandes e José Roberto Goldim (2008, *online*), a autoria de uma obra deve estar baseada somente em contribuições substanciais a ela. Contudo, observa-se que a autoria não se delimita apenas ao prisma material, apesar de originar-se dele.

Nesse sentido, a autoria de uma obra científica quando reúne mais de um pesquisador deve considerar contribuições efetivas feitas por cada um deles. Em áreas como a das Ciências da Saúde, em que se exige uma participação coletiva para a construção científica, deve-se verificar a colaboração ativa de cada pesquisador envolvido para a composição do produto final da pesquisa (FERNANDES, FERNANDES, GOLDIM, 2008, *online*).

De acordo com o art. 15º, §1º da LDA, “não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio”. Assim, a inclusão de pesquisadores que não participaram efetivamente da obra corrobora para a solidifi-

⁶ O art. 4º da LDA trata da interpretação restritiva aos negócios jurídicos sobre direitos autorais; o art. 31 trata da independência entre as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas; o art. 39 da LDA estabelece que os direitos patrimoniais de autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.

cação de uma falsa autoria a qual, pode vir a ser contestada a qualquer momento, vez que há a ausência do ato criativo deste pesquisador.

O art. 137 do Código de Ética Médica, o art. 38 do Código de Ética Odontológica, os arts. 25, 26 e 27 do Código de Ética Profissional do Biólogo, o art. 55 do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, o art. 20 do Código de Ética e Conduta do Nutricionista e o art. 8 do Código de Ética Profissional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional são alguns exemplos legais do campo das Ciências da Saúde que vedam, expressamente, a inclusão de autores desprovidos de contribuições substanciais às produções científicas.

Frente à compreensão do comportamento do ato criativo na produção de escritos científicos, para além de uma discussão ética, esta deve ser compreendida quanto à proteção dos direitos autorais a partir de duas perspectivas, quais sejam: a) Proteção Formal; b) Proteção Material.

Os textos científicos edificados em ideias e produções científicas de outros pesquisadores compreendem o ato criativo a partir do agrupamento de todos os argumentos científicos coletados para a construção de uma nova teoria. Esta teoria, a partir do momento em que se torna fática e concreta, goza de proteção de direitos autorais. A esta proteção, atribui-se a característica de proteção material.

A proteção material diz respeito ao impacto da pesquisa no panorama científico ou social, trata-se na constatação do ato criativo para a produção de um caminho científico novo e ainda não pensado, seja referente a uma hipótese meramente teórica ou uma constatação realizada a partir de uma experimentação científica ou com impacto social.

Já o modo como essas ideias são expressas e desenvolvidas, embasadas a partir da descrição de métodos inovadores, passam a compor a proteção formal do texto científico.

A proteção formal também tem o ato criativo como base para a sua constatação e retrata a composição estética em que a teoria é apresentada. A escrita científica, que carrega a ideia principal do trabalho, será utilizada como referência em outras produções acadêmicas e, desse modo, a forma escrita que contém o desenvolvimento científico e metodológico tem resguardada proteção. Nesse ponto, a proteção de textos acadêmicos equipara-se à produção de livros literários.

Assim, para gozarem do reconhecimento da autoria e seus reflexos nos direitos autorais, os pesquisadores envolvidos devem contribuir de forma substancial para a composição do texto científico, indo além da mera concatenação de ideias já existentes em trabalhos pretéritos e, de fato, consolidando o ato criativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito intelectual protege as criações humanas que são um produto das manifestações sensíveis, estéticas ou utilitárias. Tal categoria jurídica se divide em direitos de autor e direitos de propriedade industrial, sendo o primeiro ramo voltado à proteção das obras esteticamente constituídas, enquanto o segundo volta-se às de cunho utilitário.



Ambos os ramos possuem como fato constitutivo de seu objeto de proteção a observância do ato criativo que, para os direitos autorais, deve ser compreendido a partir de sua dimensão estética. O estético é a forma como os seres humanos enxergam o ambiente e interagem com ele, tendo a maleabilidade de aplicar diferentes interpretações sobre um mesmo objeto a depender da leitura de cada indivíduo pertencente ao espaço cultural. O ato criativo se comporta como uma espécie de linguagem universal do ser humano enquanto ser social, a qual se consubstancia no agir subjetivo de um indivíduo que materializa determinado objeto no mundo material.

Nesse sentido, o ato criativo representa uma projeção que, a partir do momento em que se torna concreta, desfruta da proteção de direitos intelectuais. Essa proteção se dá em razão do instituto da autoria o qual, a partir da criação, transforma-se no elo que conecta sujeito (autor) e objeto (obra) dos direitos autorais. É a partir desse instituto que o direito autoral garante ao autor o exercício de seus direitos morais e patrimoniais.

Os direitos morais de autor no ordenamento jurídico brasileiro se coadunam com o artigo 6 *bis* da Convenção de Berna e retratam um direito de caráter personalíssimo que, em interpretação sistêmica do art. 27 da LDA com o art. 11 do Código Civil, apresentam-se com as características da irrenunciabilidade e indisponibilidade. Já os direitos patrimoniais, referentes à exploração econômica da obra por parte do autor, apesar de originados criativamente, não condicionam seu exercício ao ato criativo, mas enfrentam limitações decorrentes dele.

É, nesse contexto, que o presente trabalho analisou o comportamento dos direitos autorais frente à produção científica. O ato criativo nas produções científicas é de difícil percepção se comparado ao ato criativo que origina uma obra literária ou artística. Essa constatação que perpassa por um panorama ético atinentes às produções acadêmicas deve ser compreendida a partir das contribuições substanciais dos pesquisadores ao texto científico. Nessa esteira, a proteção dos direitos autorais da produção científica se dá sob o escopo da proteção formal e sob o escopo da proteção material.

Enquanto a proteção formal é atinente à estética textual, compreendida pela escrita que desenvolve a teoria da pesquisa científica, a proteção material diz respeito à própria tese criada para a concepção da pesquisa.

Portanto, conclui-se que o texto científico deve ser analisado a partir da contribuição substancial do pesquisador, analisando a teoria desenvolvida e a forma que esta teoria é escrita. Essa percepção estabelece limites e analisa extensões da autoria no texto científico, pois, por mais que o autor utilize argumentos de outros pesquisadores para a construção de sua pesquisa, este produz um texto original quando observadas contribuições substanciais para a construção de uma nova teoria. Desse modo, a partir da constatação do ato criativo que origina a obra científica, surgem para o autor todos os direitos morais e patrimoniais a ele inerentes, conforme a previsão legislativa.

REFERÊNCIAS

ALGARVE, Luís Marcelo. **Direitos autorais e ghostwriter**: o caso “O doce veneno do escorpião” à luz das doutrinas do Droit d’Auteur do Copyright. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

AVANCINI, Helena Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. SANTOS, Manoel dos. **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6.ed. São Paulo: Forense, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

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: 21 set. 2019.

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/19610.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

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: 20 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Odontologia. **Código de Ética Odontológica**. Disponível em: http://www.crofb.com.br/admin/files/arquivos/codigo_etica.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Biologia. **Código de Ética Profissional do Biólogo**. Disponível em: http://www.crbio04.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=55&Itemid=85. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Enfermagem. **Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem**. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2012/03/resolucao_311_anexo.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Nutrição. **Código de Ética e Conduta do Nutricionista**. Disponível em: <http://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2018/04/codigo-de-etica.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. **Código de Ética Profissional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional**. Disponível em: <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=2767>. Acesso em: 29 set. 2019.

CUNHA FILHO, Humberto. **Teoria dos Direitos Culturais**: fundamentos e finalidades. São Paulo: Edições SESC, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.



FERNANDES, Márcia Santana; FERNANDES, Carolina Fernández; GOLDIM, José Roberto. **Autoria, direitos autorais e produção científica**: aspectos éticos e legais. Revista HCPA. Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 26-32, 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/164511>. Acesso em 28 set. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3 : contratos e atos unilaterais, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. Ghost Writer: Autonomia Privada e a Possibilidade Jurídica da Renúncia aos Direitos Morais de Autor. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS; DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA. 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ff08mdi9>. Acesso em: 23 set. 2019.

LEVÝ, Jiří. **The process of creation of a work of literature and its reception**. Tradução de Patrick Corness. 1971. Disponível em: <https://utr1.ff.cuni.cz/UTR1FF-400-version1-Geneze.pdf>. Acesso em: 25 de ago. 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direitos reais e direitos intelectuais. 3ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, v.4

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor**: Repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf. Acesso em: 23 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. 14 jul. 1967. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

ROBINSON, Ken. **Escolas Criativas**: a revolução que está transformando a educação. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé. Porto Alegre: Penso, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discours sur les Sciences et les Arts**. Édition électronique: Les Échos du Maquis, 2011. Disponível em: <https://philosophie.cegepr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-sur-les-sciences-et-les-Arts-1750.pdf>. Acesso em: 23 set, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUASSUNA, Ariano. **Iniciação à estética**. 16 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

TOREZAN, Zeila Facci; AGUIAR, Fernando. **O ato criativo e o sujeito na sublimação**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 16, n. 4, p. 593-601, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v16n4/a10v16n4.pdf>. Acesso em 22 set. 2019.

VELÁZQUEZ, Carlos. **Mas afinal o que é estética?** Por uma redescoberta da educação sensível. Lisboa: Chiado Editora, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015





UMA ANÁLISE CRÍTICA DA QUESTÃO DO ACESSO AO CONHECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa¹

Andreu Wilson Pereira Leandro²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar questões relacionadas ao direito de acesso à cultura, mais precisamente às produções científicas. Sob a luz da carta magna, far-se-á leitura de novos movimentos do Brasil e do mundo no sentido da abertura do acesso a essas produções. Serão analisados os aspectos fundamentais do direito ao acesso à cultura e em que medida se encaixam com a nova tendência do meio acadêmico, bem como quais benefícios são gerados a partir dela. Serão analisadas, ainda, métricas que depuram a qualidade das instituições de ensino superior e dos cientistas, a fim de que compreenda as possíveis falhas e acertos desses métodos. Uma vez compreendido o contexto será possível mensurar se esses métodos facilitam ou dificultam o processo científico. Além disso, o estudo busca entender como se pode alcançar um incremento à dinamicidade do meio científico, o que pode contribuir para um meio mais efetivo em seu objetivo, qual seja, a busca pelo conhecimento. Por meio do estudo bibliográfico de outros autores e a percepção dos movimentos acadêmicos, o trabalho pondera os interesses públicos e privados envolvidos nas questões sobre direito de autor e direito de acesso à cultura.

Palavras-chave: acesso aberto; acesso ao conhecimento; Revistas científicas

1 INTRODUÇÃO

O conhecimento, é a fonte que desenha a formação humana: o poder de transformar, criar, destruir, curar e tantas outras habilidades são derivações da especial inclinação à curiosidade e à compreensão que carrega este símio. A sociedade grega antiga, que mostra essa inclinação, era fortemente interessada pela arte do pensamento. Muitas foram as tentativas para desvendar os complexos mecanismos da natureza. Tanto em se tratando das reveladoras métricas de Tales de Mileto quanto da dialética aporética de Sócrates, o objetivo era o mesmo, a compreensão do mundo. Não à toa, nessa sociedade, os conceitos de arte e ciência se aproximam. O conhecimento para o homem é assim tão caro que chega a aproximar o bom saber a um

¹ Graduando pelo departamento de Direito da PUC-Rio. Membro do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC em concorrência desleal, do qual Andreu Wilson é co-coordenador. E-mail: josearistobulocaldas@gmail.com

² Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional no Departamento de Direito da PUC-Rio. Bolsista Capes. Chief Diversity Officer e Head of Energy & Natural Resources Practice em Lima Feigelson Advogados E-mail: andreuwilson@gmail.com

estado de arte, em que se percebe “[...] intercambialidade dos termos *téchne* (arte) e *epistémé* (ciência) durante todo o século V a.c [...]”³ no mundo grego.

“Somente o que está suficientemente determinado pode ser conhecido e fixado, já o que está totalmente indeterminado (como o caos), não pode ser identificado e fixado: para se identificar deve ser primeiramente transposto em certa medida a um estado determinado, por débil que seja, isto é, uma ordem [...]”⁴. Aí se tem o papel da Universidade, na linha histórica, é essa a instituição que busca gestar o conhecimento, busca ordenar o caos, transmutando-o em ordem e conhecimento, busca dúvida e transforma em verdade (ainda que provisória e sempre sujeita à revisão). Desde a primeira - em Nalanda, Bihar, Índia - que contava com mais de 1.500 professores e 10.000 estudantes⁵, já se percebe a posição dessa nova instituição como verdadeira ode ao saber. Na atual quadra do mundo, são elas as responsáveis pela maioria esmagadora do avanço das ciências. De um modo geral, é delas que brotam descobertas, inovações e soluções que tanto se almeja frente às questões do mundo.

Não basta, contudo, que exista uma sólida produção de conhecimento, é preciso que ele esteja livre para circular entre as universidades, o que facilita tanto a produção conjunta de ideias quanto, pelo público em geral, que pode perceber acréscimo significativo na cultura geral dos povos. O saber nada afeta se permanece enclausurado pelas paredes das “torres de marfim”, serve de tanto quanto se nunca houvesse saído da boca do pensador.

Na atual sociedade, além de o conhecimento ser fortemente centrado dentro das universidades, esse conhecimento é extremamente concentrado em alguns dos países ricos do mundo, sobretudo em universidades norte-americanas, canadenses, inglesas, alemãs, australianas e holandesas, sendo mais recente a ascensão de universidades de países emergentes como China, Brasil e Turquia, ainda que numa posição inferior em tais *rankings*⁶.

No entanto, apesar de a pesquisa ser, em termos globais, largamente financiada por entes públicas⁷, quer as universidades sejam públicas ou privadas⁸, não apenas na realidade brasileira, mas em todo o mundo, tanto a validação do que seja pesquisa de ponta quanto o

³ PUENTES, Fernando Rey. *A Techné em Aristóteles*. *Hypnos*, ano 3, n. 4, p. 1, 1998. Disponível em: <http://www.hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/viewFile/304/320>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁴ BENSE, Max. *Pequena Estética*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 61

⁵ WIKIPÉDIA. *Universidade*. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade>. Acesso em: 23 set. 2019

⁶ Exemplificativamente, aduz-se que o *ranking* da Times Higher Education World University Rankings 2020, das 200 melhores universidades do mundo, 60 estão localizadas nos Estados Unidos, 23 no Reino Unido, 23 na Alemanha, 11 na Austrália e Holanda. Disponível em: <https://www.timeshighereducation.com/news/world-university-rankings-2020-results-announced>. Acesso em: 29 set. 2019

⁷ Nas universidades dos Estados Unidos, 60% dos recursos vêm do governo; nas da Europa, 77%. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/nos-paises-desenvolvidos-o-dinheiro-que-financia-a-ciencia-e-publico/>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁸ No mundo desenvolvido, universidades e outras instituições de pesquisa são financiadas majoritariamente com recursos públicos – isso vale até mesmo para as universidades que cobram mensalidades. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/nos-paises-desenvolvidos-o-dinheiro-que-financia-a-ciencia-e-publico/>. Acesso em: 30 set. 2019.



acesso às pesquisas mais significativas de uma pletera de campos de saber são concentradas em *big publishers*⁹, sobretudo nos países subdesenvolvidos.

Numa primeira perspectiva, a barreira que impõe por meio do alto custo às universidades e aos leitores para que tenham acesso a essas publicações, isto é, acabam por selecionar quem lê essa produção e; numa, segunda perspectiva, selecionam o que essas pessoas lerão, uma vez que o processo de escolha dos artigos também é feito pelas revistas.

Com efeito, é preciso fazer uma inquirição crítica quanto ao papel efetivamente desempenhado pelas *big publishers* e indagar sobre se tal atuação é benéfica à promoção do conhecimento científico nos âmbitos nacional e internacional, bem como se a publicação nessas revistas pode servir como *proxy* de qualidade da pesquisa acadêmica, como parece crer uma parcela da academia e dos governos, crescentemente buscando ter uma análise quantitativa quanto à qualidade e produtividade dos professores e pesquisadores¹⁰.

2 BASE CONSTITUCIONAL DA CULTURA

A produção de conhecimento aos olhos da carta-magna de 1988 é matéria bastante cara; na leitura de Afonso Arinos - marco na história constitucional brasileira do século XX - “[...] a *pesquisa científica* básica e *tecnológica* receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o *bem público* e o progresso [...]”¹¹. Além de se preocupar com a produção em si, o diploma reserva momento ao acesso quando coloca “autonomia tecnológica do País” e a “[...] constituição [...] de ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, *difusão* e *transferência de tecnologia* [...]”¹² como objetivos a serem conquistados por essa sociedade. Bem como insta a qualidade de patrimônio cultural brasileiro às “[...] criações científicas [...] e tecnológicas [...]”¹³ e, enquanto tais, a necessidade de “*difusão*”¹⁴ e “*valorização*”¹⁵ desses bens. A fim de que se atinja tal momento de eficiência no avanço científico, é preciso evidenciar os entraves que atrasam o desenvolvimento de proporções largas e postura aberta com a comunidade nacional.

A constituição em seus artigos 215 e 216 dispõe sobre esses direitos os quais Afonso Arinos reputa qualidade de princípios que, tangentes à noção de cultura inspiram a crítica a ser feita. Elenca o autor:

⁹ Grandes revistas de renome pelas quais os pesquisadores fazem suas publicações visando o reconhecimento do trabalho pela relevância que têm essas publicadoras

¹⁰ COSTAS, Rodrigo; FRANSSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. *Scientometrics*, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 26 set. 2019

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**: – 42. Ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional .99, de 14.12.2017 – São Paulo: Malheiros, 2019. p. 862.

¹² Artigo 219 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

¹³ Art. 216, III CF.

¹⁴ Art. 215, § 3º, II CF.

¹⁵ Art. 215, § 3º, I CF.



[...] (a) Direito de criação cultural, compreendidas as *criações científicas e tecnológicas*; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão de cultura (...) (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de *propriedade de interesse público*¹⁶.

O professor Allan Rocha de Souza, completa,

Por estas características não podem ser estes bens excluídos da apreciação do público e nem ser o seu acesso injustificadamente restringido ou negado. Desta característica decorre também a obrigatoriedade de contínuo enriquecimento deste patrimônio e da sucessiva ampliação do acesso livre¹⁷.

Ainda, em importante colocação, o Professor Denis Borges Barbosa “Lá também se determina que o estímulo da tecnologia é a concessão de propriedade dos resultados - voltar-se-á predominantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”¹⁸.

Em outras palavras, é preciso evidenciar as formas e os meios que constantemente ferem esses princípios ao entravar o avanço tecnológico e científico a fim alavancar-se esse progresso. Identifica-se, portanto, dois principais fatores: o problema do acesso à produção científica, em que desempenham grande papel as revistas científicas; e, os procedimentos de metrificação de qualidade desse conhecimento. Ambos funcionam numa lógica simbiótica, na qual características de uma implicam resultados na outra.

3 O PROBLEMA DAS PUBLISHERS

A primeira delas a ser tocada, o acesso à produção científica que, num contexto global funciona numa lógica industrial no qual os largos investimentos da comunidade, seja em forma de verba pública para pesquisa nas universidades seja em forma de anos de dedicação à construção daquela ideia, são ressignificados como mera mercadoria, o que termina por afastar essa criação da sociedade que propiciou seu invento ou descoberta, ao invés de aproximá-la.

Como sabido, a comunidade científica é largamente custeada por recursos públicos no Brasil, seja nas universidades públicas (que concentram a larga parcela da produção científica

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**: – 42. Ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional .99, de 14.12.2017 – São Paulo: Malheiros, 2019. P. 317 e 318.

¹⁷ SOUZA, Allan Rocha de. **Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas**: Entre a Proteção e o Acesso. 2010. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 123

¹⁸ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 112.

brasileira) seja nas universidades privadas, apoiadas por uma série de programas governamentais tanto para o corpo docente quanto para os discentes nos variados acadêmicos (iniciação científica, pós-graduação e pesquisadores doutores).

Neste sentido constata o ranking internacional do Centro para Ciência e Estudos em Tecnologia organizado pela Universidade holandesa *Leiden Universiteit*¹⁹; e o diretor científico da Fapesp, professor Carlos Henrique de Brito Cruz²⁰. Apenas 16 dentre as 100 Universidades que mais produzem ciência no país, até 2018, são privadas e a maioria dessas está significativamente abaixo, em termos de produção, das Universidades públicas. Em outras palavras, o Estado é o grande financiador e fomentador das pesquisas científicas em âmbito nacional.

Não apenas no Brasil, mas na comunidade internacional como um todo, essa realidade contrasta com o formato mercadológico. Como explica Stephen Buranyi²¹- essa indústria rende vultosos lucros com margens inclusive maiores que as de empresas como a *Google* e a *Amazon*, a exemplo da *Elsevier* que traz sólidos 36% de margem de lucros. Mais à frente em sua matéria, aponta a arapuca em que se está inserido: o Estado paga para que os pesquisadores pesquisem, os paga novamente para que avaliem se o trabalho produzido é válido (*peer review*²²); e paga a revista para obter os frutos da produção (que em primeiro lugar foi pelo próprio Estado bancada)²³. É a partir dessa lógica que as *big publishers* suprimem seus custos, isto é, numa lógica qual pode-se denominar parasitária, elas cobram ao público aquilo que ele próprio financiou; nem os pesquisadores, nem o contribuinte têm o devido acesso a esse bem que a todos pertence.

Deve-se, portanto, perquirir se há contribuição das *publishers* ao desenvolvimento científico. O argumento dessas empresas é no sentido de considerar que fazem trabalho cuja própria comunidade científica não poderia fazer ou não faz²⁴. Contudo, o trabalho principal dessas revistas não é por elas mesmas produzido, isto é, a produção do trabalho e o cheque de validade. Além de apresentarem pontos controvertidos naquilo que efetivamente fazem: a escolha dos trabalhos e a distribuição.

¹⁹ Disponível em: <https://www.leidenranking.com/ranking/2018/list>. Acesso em: 26/09/2019

²⁰ Disponível em: <http://ciencianarua.net/wp-content/uploads/2019/06/100-univ-inst-com-mais-artigos-2014-a-2018-BRASIL-corrigido-upe-20190614.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019

²¹ Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2017/jun/27/profitable-business-scientific-publishing-bad-for-science>. Acesso em: 26 set. 2019

²² Consiste em submeter o trabalho científico ao escrutínio de um ou mais especialistas do mesmo escalão que o autor, que na maioria das vezes se mantêm anônimos ao autor. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Revis%C3%A3o_por_pares. Acesso em: 24 set. 2019

²³ Scientists create work under their own direction – funded largely by governments – and give it to publishers for free; the publisher pays scientific editors who judge whether the work is worth publishing and check its grammar, but the bulk of the editorial burden – checking the scientific validity and evaluating the experiments, a process known as peer review – is done by working scientists on a volunteer basis. The publishers then sell the product back to government-funded institutional and university libraries, to be read by scientists – who, in a collective sense, created the product in the first place”. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2017/jun/27/profitable-business-scientific-publishing-bad-for-science>. Acesso em: 29 set. 2019

²⁴ [...] A representative of RELX Group, the official name of Elsevier since 2015, told me that it and other publishers “serve the research community by doing things that they need that they either cannot, or do not do on their own, and charge a fair price for that service [...]”. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2017/jun/27/profitable-business-scientific-publishing-bad-for-science>. Acesso em: 29 set. 2019



Como já foi abordado, as pesquisas científicas são prioritariamente subsidiadas pelo Estado, a outra ponta importante dessa linha é a forma com que se sua checa a validade e qualidade. O *Peer Review*, Evandro José Pereira em sua dissertação de mestrado na UNICAMP, explica - “[...] a revisão pelos pares consiste em um método organizado para avaliar trabalhos acadêmicos, usado por cientistas, visando garantir que os procedimentos utilizados na pesquisa estejam corretos [...]”²⁵.

Esse sistema de avaliação é padrão nas universidades em todo o mundo, mas o contexto em que se insere pode ser problemático ao avanço da ciência. No mesmo trabalho, o pesquisador inquire quem escolhe e como escolhe, de fato, o que será publicado²⁶. A questão do autor revela-se cara ao presente estudo quando se percebe que é comum, nesse tipo de revista, que “[...] costuma ser necessária uma validação da agência [...] no qual a última palavra é dada pelos gestores [...]”²⁷, isto é, quando a diretiva que se sucede é de empresa, com preocupações mercadológicas.

Às *publishers* importa que suas revistas sejam lucrativas, que se mantenham na linha tradicional, que sejam as escolhidas pelo consumidor, o que implica necessidade de estabilidade. Por quanto esse raciocínio seja desejável em se tratando de mercado, o objetivo deve ser a inovação tecnológica, a descoberta científica, porta para o novo. Em sentido negativo, coloca Evandro José, o sentimento dos *referees*²⁸ fica lastreado no “o princípio da precaução”, cujo efeito é desincentivar-se a abertura a trabalhos disruptivos, o que “[...] desmotiva principalmente jovens pesquisadores [...]”²⁹. Dessa forma, paira sobre as *reviews* uma aura de tradicionalismo, que pode manter desacelerado o ritmo de descobertas da humanidade.

Além dessa debatida barreira ao amplo acesso, há outra nuance que desvia o processo científico de sua finalidade. A influência que exercem os rankings mundiais tais como o *The*

²⁵ PEREIRA, Evandro José. **Práticas e implicações do peer review na trajetória dos egressos da pós-graduação**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Área de Concentração Modernidade e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. p. 40.

²⁶ O ponto nevrálgico da discussão está, portanto, justamente na relação entre a revisão pelos pares e a tomada de decisão que deriva deste processo de avaliação. Quem estabelece os controles da ciência? Como eles estão organizados e para onde eles vão? PEREIRA, Evandro José. **Práticas e implicações do peer review na trajetória dos egressos da pós-graduação**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Área de Concentração Modernidade e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. p. 49.

²⁷ Por exemplo, em algumas práticas da revisão pelos pares, costuma ser necessária uma validação da agência, ou seja, o par precisa ter sua decisão referendada pela agência ou conselho, podendo assim ser visto apenas como um intermediário no processo de avaliação. Isso ocorre quando os pares fazem apenas recomendações, participando de um processo decisório no qual a última palavra é dada pelos gestores de tais órgãos ou agências de fomento”. PEREIRA, Evandro José. **Práticas e implicações do peer review na trajetória dos egressos da pós-graduação**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Área de Concentração Modernidade e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. p. 50.

²⁸ Usa-se esse termo para se referir aos revisores ou árbitros dessas produções

²⁹ [...] o princípio da precaução costuma reger o universo dos revisores e avaliadores. Isso porque, para o revisor, permitir que um trabalho não tradicional seja publicado ou premiado é uma falta grave o que muitas vezes o incentiva a optar por emitir um parecer negativo. A consequência de tal postura reforça uma das críticas à metodologia de revisão pelos pares sustentada até hoje: barreira às inovações e incentivo a publicações ‘tradicionais’ em termos de conteúdo na forma. Um dos efeitos disto é a desmotivação gerada pela rejeição dos trabalhos, especialmente para jovens pesquisadores, pois são eles que têm maior probabilidade de terem a publicação de seus trabalhos negada. PEREIRA, Evandro José. **Práticas e implicações do peer review na trajetória dos egressos da pós-graduação**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Área de Concentração Modernidade e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. p. 46.



*World University Rankings*³⁰ na medição de impacto que têm cada Universidade com suas produções e a influência na medição da qualidade do pesquisador em si com métodos como o *h-index*.

O primeiro a ser abordado, *h-index*, é uma proposta para metrificar a produtividade e impacto dos pesquisadores em todo o globo. Funciona de maneira demasiadamente simples³¹ de forma que, como explicam os pesquisadores da *Leiden Universiteit* Rodrigo Costas e Thomas Franssen, se torna imprecisa “[...] perhaps the only additional information provided by the h-index [...] is that it provides some rough indication about the spread of citations within the publication profile of an individual [...]”³². A partir desse contexto, segue o raciocínio dos pesquisadores “[...] the h-index has a preference towards scholars who produce many moderately cited publications over those who prefer to produce a few high impact papers [...]”³³.

O problema se dá pela soma do uso mundial desses sistemas sem qualquer crítica³⁴ com a subversão qualidade e impacto por quantidade. Essa soma é responsável por cristalizar uma lógica que vai de encontro às finalidades da pesquisa científica. Nesse sentido - inserindo-se essa forma numa configuração de mercado, no contexto das grandes *publishers* - têm-se cenário em que os pesquisadores mais antigos contam com a preferência nas pontuações, o que não necessariamente reflete o valor de suas produções ao avanço das ideias. Dessa forma, basta que se disponha de tempo e quantidade para que as publicações de alguém ganhem notoriedade³⁵.

³⁰ A própria companhia se define: “The is the data provider underpinning university excellence in every continent across the world. As the company behind the world’s most influential university ranking, and with almost five decades of experience as a source of analysis and insight on higher education, we have unparalleled expertise on the trends underpinning university performance globally [...]”. Disponível em: <https://www.timeshighereducation.com/about-us>. Acesso em: 29 set. 2019

³¹ Let’s suppose two researchers (A and B), both with 10 publications and 100 citations each, but A having one paper with 100 citations and the rest uncited ($h\text{-index} = 1$), and B receiving 10 citations in each of her papers ($h\text{-index} = 10$)” - COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. *Scientometrics*, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 29 set. 2019

³² COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. *Scientometrics*, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em:

³³ COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. *Scientometrics*, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em:

³⁴ Indicators like the h-index are usually uncritically incorporated in these systems, ignoring issues related with their accuracy and usefulness. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 29 set. 2019

³⁵ Os autores da universidade holandesa, explicam “Researchers with larger outputs of not necessarily higher impact are preferred over more selective ones. The h-index is a size-dependent indicator, therefore it is intertwined with the output size, age, career length or collaboration networks of scholars, leading to higher scores for more senior and prolific scholars [...]”. COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. *Scientometrics*, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em:



Essa qualidade avaliativa colabora para a construção de um contexto que valoriza o tradicional e o simples ao invés do inovador. Outros problemas são, ainda, explorados pelo autor³⁶ de maneira a evidenciar a inconsistência desse método e de outros similares. O ponto principal, aqui, é perceber que essa metodologia coaduna com uma realidade pouco móvel de notoriedade. Nas palavras do autor, de maneira eminentemente pertinente ao presente excerto, é preciso ter em mente que a “Science is grounded in a global collaborative effort, in which a vast eco-system of scholars interact and produce new scientific knowledge.”³⁷. A fim de favorecer essa noção, deve-se formar um ambiente aberto, em que as produções possam circular, sem a necessidade das grandes empresas *publishers* para escolher o tradicional e seguro.

Além da problemática a envolver os cientistas singularmente considerados, há contravérsia a respeito da métrica usada para ranquear instituições. Existe um número expressivo de críticas acerca da forma com que rankings internacionais, especificamente o *THE* e o popularmente conhecido como Ranking de Shanghai ou *Academic Ranking of World Universities*. Como coloca Lee Harvey Editor em seu artigo *Rankings of Higher Education Institutions: A Critical Review*, são muitas as distorções envolvidas, posto que, em geral, “*Ranking offers a simplistic approach to evaluation*”³⁸. Esse problema metodológico se mostra nas palavras de Stella e Woodhouse “[...] rankings are largely based on what can be measured rather than what is relevant and important [...]”³⁹. Ainda, o que agrava mais a confiabilidade desse processo, o *Ranking Forum of Swiss Universities* aponta “Often it is unclear why a particular definition was chosen, how well it is founded by whom it was decided and how open and reflective the decision process was. And yet, such ranking lists have considerable influence when used to measure the quality of universities [...]”⁴⁰.

Além da questão metodológica, essas métricas, em geral, adotam postura centrada em suas próprias realidades, isto é, não há, para eles, de se compreender dinâmicas como as da América Latina. Philip G. Altbach, um autor americano, pesquisador e fundador do Centro de Educação Superior Internacional da *Boston College* aponta

³⁶ [...] data quality and transparency issues of these platforms, the uncritical incorporation of the h-index from these online platforms in formal academic evaluations may create even more problematic situations in which the biases and limitations of these sources and indicators are also incorporated into the evaluations, potentially creating new additional problems in research evaluation (e.g. unfairness, manipulability, etc.) [...]. COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. **Scientometrics**, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 29 set. 2019

³⁷ COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around ‘the cautionary use’ of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. **Scientometrics**, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 29 set. 2019

³⁸ LEE HARVEY EDITOR. Rankings of Higher Education Institutions: a critical review. **Quality in Higher Education**, v. 14, n. 3, p. 187-207, 2008. DOI: 10.1080/13538320802507711.

³⁹ STELLA, A.; WOODHOUSE, D. Ranking of higher education institutions. **Occasional Publications Series**, Melbourne, n. 6, 2006. Disponível em: http://www.auqa.edu.au/files/publications/ranking_of_higher_education_institutions_final.pdf. Acesso em: 29 set. 2019

⁴⁰ UNIVERSITY RANKINGS. **Ranking methodology**: How are universities ranked? [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://www.universityrankings.ch/methodology/on_rankings/ranking_methodology. Acesso em: 26 set. 2019.



Publication counts often stress established refereed journals included in such databases as those of the Institute for Scientific Information (ISI). These are mainly journals published in English and selected with the norms of the major academic systems of the United States and Britain in mind.⁴¹

A partir dessa lógica, as instituições que produzem ciência, fora desse contexto linguístico e normativo, estarão sujeitas a verificações vagas e muitas vezes descabidas. A implicação direta dessa situação é a menor probabilidade dos trabalhos que produzem não contarem nas publicações de revistas como a *Elsevier*, uma vez que, como debatido, a qualidade não é necessariamente o critério dessas revistas. Conclui Harvey Editor,

[...] rankings provide a real threat to quality processes. The simplistic measurement and idiosyncratic construction of league tables appear to have more popular appeal and even credibility amongst a range of stakeholders, including political decision-makers, than the meticulous hard work of quality agencies [...].⁴²

Uma saída que parece plausível, é a abertura dessa produção que, em sendo livre, não sofre com tantas barreiras. No Brasil, a elaboração de excertos científicos registra aumento significativos. Entre os anos de 2011 a 2016, atingiu-se a marca de pouco mais de duzentos e cinquenta mil artigos científicos adicionados à “science web”, o que coloca o Brasil como o décimo terceiro país do mundo em publicações dessa categoria⁴³. Não apenas em quantidade, mas em qualidade também é possível que se afirme melhora. A dada produção, como mostra o estudo realizado pela *Clarivates Analytics*, cresceu em número de citações por artigo “Brazil’s impact has increased year-on-year from 0.73 in 2011 to 0.86 in 2016, a rise of 18% [...]”⁴⁴. Contudo, a realidade estática e questionável desse meio ainda se mantém. Embora os números sejam positivos, seriam substancialmente superiores num contexto de livre circulação do conhecimento no meio científico. Nesse sentido, o professor Allan rocha de Souza coloca “A livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de

⁴¹ ALTBACH, Philip. The dilemmas of ranking. *International Higher Education*, n. 42, mar. 2015. Disponível em: <https://ejournals.bc.edu/index.php/ihe/article/view/7878>. Acesso em: 26 set. 2019

⁴² O autor aqui chama esse sistema de métrica obtuso de “*league tables*” posto que em seu trabalho mostra como são similares o método para metrificar universidades e times de futebol. A analogia vem justamente para evidenciar a má qualidade do sistema, uma vez que métricas de instituições de ensino precisam de análises extremamente mais profundas para que se possa ceder-las credibilidade. LEE HARVEY EDITOR. Rankings of Higher Education Institutions: a critical review. *Quality in Higher Education*, v. 14, n. 3, p. 187-207, 2008. DOI: 10.1080/1353832080250771.

⁴³ CROSS, Di; THOMSON, Simon; SINCLAIR, Alexandra. *Research in Brazil: a report for CAPES by Clarivate Analytics*. [Brasília, DF]: CAPES, Clarivates Analytics, 2017. p. 8.

⁴⁴ CROSS, Di; THOMSON, Simon; SINCLAIR, Alexandra. *Research in Brazil: a report for CAPES by Clarivate Analytics*. [Brasília, DF]: CAPES, Clarivates Analytics, 2017. p. 9.



fruição dos bens culturais, que perfazem o segundo mandamento constitucional do núcleo estrito destes direitos [...]”⁴⁵.

4 CONHECIMENTO: SEU ACESSO NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

É necessário considerar o estágio de complexidade de nossa sociedade, uma vez que a forma com que o leitor acessa a obra é fato que influencia o debate. Graças ao uso da internet, portas se abrem em relação à produção científica, que se torna dinâmica em sua difusão. Essa consideração vai ao encontro da afirmativa de Lemos e Branco Júnior: “Já se entende que o autor não trabalha mais exclusivamente sozinho. É preciso compreender quem é o autor na sociedade da informação.”⁴⁶ ocasião em que debatem o clássico direito de autor em face às necessidades dessa nova era. No sentido dessa afirmativa, a produção científica deve se adequar aos moldes da sociedade de informação.

Há de se salientar, então, que o cerne da discussão aqui travada é em grande medida a ponderação entre o Direito de Autor, incorporado pelo interesse econômico das *publishers*, e o melhor interesse da comunidade como um todo, representado pela função social do direito em questão, em conjunto ao amplo acesso ao conhecimento constitucionalmente considerado. Como bem delimitou Guilherme Carboni, professor da USP, o objetivo é fazer da esfera pública, como dantes fora, “[...] espaço destinado à livre formação da opinião pública [...]”⁴⁷. Nesse mesmo sentido, o professor da UERJ Allan Rocha de Souza em entrevista aponta que “[...] o problema do direito de autor contemporâneo é sua restritividade, que impede usos corriqueiros, banais [...] e por conta disso, vai perdendo sua legitimidade social [...]”⁴⁸ o professor coloca ainda que “[...] é necessário ponderação entre os interesses educacionais e dos investidores e autores, o que implica a divulgação do material, principalmente o científico, que é financiado com dinheiro público [...]”⁴⁹. Nesse contexto, é preciso fazer uma leitura mais ampla do mundo para que se possa afirmar qual é a justa medida de proteção tendo em vista o objetivo desse direito.

⁴⁵ SOUZA, Allan Rocha de. **Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas**: Entre a Proteção e o Acesso. 2010. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 104.

⁴⁶ Na ocasião os autores debatem o Direito de Autor em face das transformações do mundo, isto é, desvendam a nova função social do Direito de Autor na efusiva realidade cibernética. LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 148-167, 2006. p. 18.

⁴⁷ Na citação, Carboni (2005) coloca o que chama de “desafio”, de forma a elucidar o peso da questão para os moldes modernos de sociedade “O desafio que se impõe é o de equacionar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma a que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública”. Posteriormente irá usar ainda conceitos importantes ao presente estudo tais como “direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e proteção dos bens de cultura, como forma de propriedade de interesse público.” (CARBONI, 2005).

⁴⁸ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WCxs48pZKyc>. Acesso em: 29 set. 2019

⁴⁹ O professor faz ainda análise mais detalhada acerca desse tema. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WCxs48pZKyc>. Acesso em: 29 set. 2019

Na comunidade internacional já se percebe posicionamento acerca do assunto, o que pode ser observado na Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação de 2003. O documento nascido em Genebra versa no sentido da abolição de barreiras. Seu intuito é, pois, possibilitar, por meio do diálogo entre criações científicas e contribuição universal e equitativa de ideias, uma comunidade geral mais rica em termos de conhecimento, que trabalhe conjuntamente como um todo colaborativo em contraste a ideia de largo arquipélago de singularidades isoladas. Fica clara a vontade do documento, em sua declaração número 28, na qual toca especificamente no problema da ciência⁵⁰. Na ocasião, mostra a magnitude da questão ao, inclusive sugerir, as iniciativas de acesso abertas a publicações científicas, posto que entende que dorme aí o grande valor comunitário de uma sociedade moderna, isto é, sua grande herança é a ciência.

A ideia proposta pelo diploma está inserida em uma corrente ideológica, que registra larga e crescente aplicação por meio de uma nova forma de difusão do conhecimento, o chamado *open access model*⁵¹. O instituto Alemão Max Planck, mundialmente conhecido como uma instituição de ponta no campo da pesquisa científica e tecnológica mostra essa tendência em sua pesquisa,

This increase is reflected in the output in pure open access journals, which has been growing steadily by 1% of total publications year on year. The current level is around 13% of total research papers, a surge that – interestingly – continues regardless of the presence or absence of any policy and support structure at a given research institution”⁵².

⁵⁰ Segue o conteúdo de outras declarações do mesmo documento pertinentes ao tema do acesso à informação e ao conhecimento:

(24) A capacidade de todos para obter acesso e contribuir com informações, ideias e conhecimento é essencial em uma Sociedade da Informação inclusiva.

(25) O intercâmbio e o fortalecimento do conhecimento global para o desenvolvimento podem ser aprimorados por meio da remoção das barreiras ao acesso equitativo à informação para a realização de atividades econômicas, sociais, políticas, de saúde, culturais, educacionais e científicas, facilitando o acesso à informação em domínio público, inclusive por meio do desenho universal e do uso de tecnologias auxiliares.

(26) Um domínio público rico é um elemento essencial para o crescimento da Sociedade da Informação, criando múltiplos benefícios, tais como um público instruído, novos empregos, inovação, oportunidades de negócios e o avanço das ciências. A informação de domínio público deve ser facilmente acessível para dar suporte à Sociedade da Informação e deve ser protegida da apropriação indevida. Instituições públicas, como bibliotecas e arquivos, museus, coleções culturais e outros locais de acesso comunitário, devem ser reforçadas de modo a promover a preservação dos registros documentais e o acesso livre e equitativo à informação.

(28) Nos empenhamos em promover o acesso universal, com igualdade de oportunidades para todos, o conhecimento científico e a criação e difusão de informações técnicas e científicas, incluindo as iniciativas de acesso aberto a publicações científicas. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_Documentos-CMSI.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵¹ **Open access** is a mechanism by which research outputs are distributed online, free of cost or other barriers, and, in its most precise meaning, with the addition of an open license that removes most restrictions on use and reuse.” em tradução livre: O acesso aberto é um mecanismo pelo qual os resultados da pesquisa são distribuídos on-line, sem custos ou outras barreiras e, no seu significado mais preciso, com a adição de uma licença aberta que remove a maioria das restrições de uso e reutilização. Definição disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Open_access#:~:Definitions. Acesso em: 29 set. 2019

⁵² Em tradução livre: Esse crescimento é refletido nos resultados das revistas de puro acesso aberto, que vem crescendo firmes 1% em total de publicações ano após ano. O nível atual é por volta de 13% dos artigos de pesquisa, uma onda que - curiosamente - continua independente da presença ou ausência de qualquer política ou estrutura de apoio na dada instituição de pesquisa. SCHIMMER, Ralf; GESCHUHN, Kai Karin; VOGLER, Andreas. Disrupting the subscrip-



Em contraste ao método mais antigo: *article processing charge* (APCs).

De maneira geral, esse novo esquema orbita em torno do princípio da colaboração, isto é, cria-se uma plataforma em que o conteúdo científico fica livre das barreiras de mercado para ser amplamente consumido e reproduzido. Com o *streaming* gratuito online das obras, a produção científica pode crescer a níveis vultosos, posto que os pesquisadores ganham uma fonte imediata e quase inesgotável de base bibliográfica num novo formato em que toda informação está ao devido alcance. Para isso, prática nevrálgica desse formato que contribui no sentido de uma grande base informacional comum é o *free license*⁵³, com a qual extinguem-se as preocupações pertinentes aos *copyrights* envolvendo licença para uso e *royalties*.

No específico caso das obras acadêmicas, a partir do caso Linux⁵⁴, foi criado o contrato GNU *General Public License* ou Licença Pública Geral GNU que serve aos programas de computador. De maneira paralela, a ideia é aplicada às obras científicas por meio do *copyleft*. Essa categoria ainda reside dentro do conceito de direito de autor, mas

[...] *copyleft* em muito se assemelha ao domínio público, já que permite qualquer uso, alteração, cópia e distribuição da obra sem a necessidade de autorização específica do autor, que já a forneceu a todos os interessados por meio de uma licença. Entretanto, distingue-se do domínio público por não permitir que as obras derivadas sejam licenciadas de outra forma que não segundo o *copyleft* [...]⁵⁵.

tion journals business model for the necessary large-scale transformation to open access. **Max Planck Digital Library Open Access Policy White Paper**, München, Germany, p. 1-11, apr. 2015. p. 2.

⁵³ A ideia de licenciamento livre “*free license*” surge a partir de outro movimento que segue a mesma direção, o “*free software*” ou programa de computador livre. Esse conceito surge no intuito de mudar a perspectiva dos programas de computadores do uso privado para o uso comum por entender que, uma vez na rede esses programas não mais serviam ao particular, mas à comunidade como um todo. Ao entender que a sociedade deveria ser livre para criar, transformar, gozar e lucrar com o que já havia ela mesma produzido, coloca o programa como livre objeto de estudo e uso geral. Nesse contexto surgiram algumas liberdades fundamentais a respeito dessa categoria de acesso, quais sejam “(i) A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; (ii) A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades; (iii) A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo e; (iv) A liberdade de aperfeiçoar o programa, e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie.” LEMOS, Ronaldo; MANZUETO, Cristiane. **Software Livre e Creative Commons**. Rio de Janeiro: FGV, Escola de Direito, 2005. p. 6.

⁵⁴ Em breve explicação: o caso em questão nasce do sentimento inconformado de Richard Stallman, então integrante do MIT, quanto a proibição de se acessar o código fonte de um software. Propôs então um sistema operacional completamente livre, “assim, todas as pessoas poderiam ter acesso não só aos programas mas também aos códigos em que foram escritos”. “Para evitar que os esforços do movimento fossem apropriados indevidamente e patenteados por algum empreendedor oportunista a Free Software Foundation inventou a Licença Pública Geral, GPL em inglês, conhecida como *copyleft* em contraposição ao *copyright*. Ela é a garantia que os esforços coletivos não serão indevidamente considerados propriedade de alguém” [...] “Linus Torvald conseguiu compilar todos os programas e ferramentas do movimento GNU” [...] “o que viabilizou o sistema operacional. Torvald denominou este seu esforço de Linux, ou seja, “Linus for Unix””. A variada equipe é composta por “estudantes, especialistas, amantes da computação, diletantes, gente à procura de fama, empresas em busca de lucro, profissionais de altíssimo nível, entre tantos outros. **Difícilmente uma empresa privada terá condições de acompanhar o ritmo de inovações incrementais de uma rede tão variada e tão inteligente.**” Disponível em: http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02. Acesso em: 10 set. 2019.

⁵⁵ MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: uma opção pela razão – eficiências tecnológica, econômica e social* – II. **Revista da ABPI**, n. 72, 2006. p. 21.

Sendo assim, um mundo em que a produção científica circule o universo acadêmico sob o princípio da colaboração já está, na mais humilde das hipóteses, sendo construído. Nos mais diversos continentes, universidades referência têm enxergado o valor acadêmico-científico engendrado por esse novo método abordado. Nesse contexto, várias delas têm se unido para incentivar essa mudança. Uma das universidades que encabeçam o movimento nos Estados Unidos é a *California State University*, que recentemente encerrou contratação com a *Elsevier*, grande revista científica no estilo APC. Junto com a notícia, outras universidades norte-americanas mostraram apoio a essa decisão e ao projeto que daí se seguiu, como *Iowa State University*, *Louisiana State University*, *Temple University*, *University of Massachusetts Amherst* e outras⁵⁶. O projeto sustentado é a abertura da biblioteca bibliográfica ao melhor estilo “*open access*” com a base filosófica: “Every student needs equitable access to information.”⁵⁷. Essa aceção não se limita a seu conjunto de alunos, mas ao conjunto universal de pessoas ao redor do mundo.

Outros movimentos, de caráter inclusive governamental, apresentam uma abordagem mais assertiva, como na Europa os *European Commission and the European Research Council*, que planejam tornar o sistema “*open access*” obrigatório para toda publicação científica⁵⁸. Vê-se da comunidade científica fortes pressões para tornar o novo formato em padrão, o que está refletido na fala: em “2016, the EU Ministers of science and innovation, assembled in the Competitiveness Council, resolved that all European scientific publications should be immediately accessible by 2020.”⁵⁹. Esse sentimento forte a favor da abertura pode ser entendido pelas palavras do Holandês Sander Dekker, ex ministro da educação, pesquisa e ciência dos Países Baixos “Research and innovation generate economic growth and more jobs and provide solutions to societal challenges. And that means a stronger Europe.”⁶⁰ da mesma forma, almeja-se um Brasil mais forte nesse contexto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos pontos foram abordados ao longo do estudo, em que se objetiva mostrar a importância de uma revisão crítica das formas utilizadas na difusão e na seleção dos trabalhos científicos. Como foi mostrado, há profunda imprecisão em métricas como *h-index* e ranques de universidades, que contribuem para a manutenção de uma perspectiva estática da produção acadêmica tanto num contexto institucional quanto num contexto individual dessa produção.

⁵⁶ UNIVERSITY OF CALIFORNIA. Office of Scholarly Communication. **UC and Elsevier: Why It Matters**. Califórnia: OSC, 2019. 4 p. Disponível em: <https://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-at-uc/publisher-negotiations/uc-and-elsevier-impact/>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁵⁷ Em tradução livre: todo estudante precisa de acesso equitativo à informação. Disponível em: http://libraries.calstate.edu/wp-content/uploads/2016/02/factsheet_cold.pdf. Acesso: 10 set. 2019.

⁵⁸ Disponível em: <https://blogs.plos.org/plos/2018/09/open-access-publishing-forges-ahead-in-europe/>. Acesso em: 26 set. 2019

⁵⁹ Disponível em: <https://blogs.plos.org/plos/2018/09/open-access-publishing-forges-ahead-in-europe/>. Acesso em: 26 set. 2019

⁶⁰ Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2016/may/28/eu-ministers-2020-target-free-access-scientific-papers>. Acesso em: 26 set. 2019



Além disso, uma percepção mercadológica que atrasa o desenvolvimento ao desincentivar novos autores com ideias distintas.

Viu-se também que existe um movimento na comunidade internacional, expressada por meio das declarações na União Europeia, das uniões universitárias nos Estados Unidos e do encontro da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação em que representantes de 175 países participaram da primeira fase em 2003. Movimento em que há um direcionamento forte no sentido da abertura ao acesso de obras científicas, que almeja ao facilitar o acesso, ajudar a produção de conhecimento para que se supere as questões impostas pelo mundo.

Não apenas que existe o movimento, mas que já existem saídas plausíveis para se alcançar essa fase de abertura. Por meio do *copyleft* e revistas de modelo *open access* já há, em construção, esse contexto futuro. É necessário, portanto, que se incentive esse caminho, uma vez que ele leva a uma realidade de cultura científica, em que mais pessoas terão mais conhecimento, portanto, mais capacidade para criar, criticar e colaborar para o avanço irrefreável da ciência.

REFERÊNCIAS

ALTBACH, Philip. The dilemmas of ranking. **International Higher Education**, n. 42, mar. 2015. Disponível em: <https://ejournals.bc.edu/index.php/ihe/article/view/7878>. Acesso em: 26 set. 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 951 p.

BENSE, Max. **Pequena Estética**. São Paulo: Perspectiva, 1971.

BOTHWELL, Ellie. The World University Rankings 2020: results announced. **Times Higher Education**, p. 1-5, set. 2019. Disponível em: <https://www.timeshighereducation.com/news/world-university-rankings-2020-results-announced#survey-answer>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BURANYI, Stephen. Is the staggeringly profitable business of scientific publishing bad for science? **The Guardian**, p. 1-6, jun. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2017/jun/27/profitable-business-scientific-publishing-bad-for-science>. Acesso em: 26 set. 2019.

CAIRES, Luiza. Nos países desenvolvidos, o dinheiro que financia a ciência na universidade é público. **Jornal da USP**, p. 1-4, maio 2015. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/nos-paises-desenvolvidos-o-dinheiro-que-financia-a-ciencia-e-publico/>. Acesso em: 30 set. 2019.

CALIFORNIA STATE UNIVERSITY LIBRARIES. **Council of Library Deans**. Califórnia: [s.n.], 2016. 2 p. Disponível em: http://libraries.calstate.edu/wp-content/uploads/2016/02/factsheet_cold.pdf. Acesso: 10 set. 2019.

CARBONI, Guilherme C. Conflitos entre Direito de Autor e Direito de Acesso ao Conhecimento, à Cultura e à Informação. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO – INTERCOM, 28., 2005. **Anais**



eletrônicos [...] São Paulo: INTERCOM, 2005. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/169402428068978874121792571018890052385.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019

CENTRE FOR SCIENCE AND TECHNOLOGY STUDIES. **CWTS Leiden Ranking 2018**. [Holanda do Sul]: CWTS, 2018. Disponível em: <https://www.leidenranking.com/ranking/2018/list>. Acesso em: 29 set. 2019

CIÊNCIA NA RUA. **As 100 universidades brasileiras que mais publicam artigos científicos em revistas de circulação internacional; 2014-2018**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <http://ciencianaru.net/wp-content/uploads/2019/06/100-univ-inst-com-mais-artigos-2014-a-2018-BRASIL-corrigido-upe-20190614.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação Genebra 2003 e Túnis 2005**. São Paulo: CGI, 2014. 120 p. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

COSTAS, Rodrigo; FRANSSEN, Thomas. Reflections around 'the cautionary use' of the h-index: response to Teixeira da Silva and Dobránszki. **Scientometrics**, v. 115, p. 1125, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5880859/>. Acesso em: 26 set. 2019

CROSS, Di; THOMSON, Simon; SINCLAIR, Alexandra. **Research in Brazil: a report for CAPES by Clarivate Analytics**. [Brasília, DF]: CAPES, Clarivates Analytics, 2017

ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SÉRGIO AROUCA. **Allan Rocha de Souza – Acesso Aberto – Entrevista**. [Rio de Janeiro]: Fiocruz, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WCxs48p-ZKyc>. Acesso em:

KHOMAMI, Nadia. All scientific papers to be free by 2020 under EU proposals. **The Guardian**, p. 1-3, may 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2016/may/28/eu-ministers-2020-target-free-access-scientific-papers>. Acesso em: 29 set. 2019

LEE HARVEY EDITOR. Rankings of Higher Education Institutions: a critical review. **Quality in Higher Education**, v. 14, n. 3, p. 187-207, 2008. DOI: 10.1080/13538320802507711

LEMOS, Ronaldo; MANZUETO, Cristiane. **Software Livre e Creative Commons**. Rio de Janeiro: FGV, Escola de Direito, 2005.

MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e Software Livre: uma opção pela razão – eficiências tecnológica, econômica e social – II. **Revista da ABPI**, n. 72, 2006.

PEREIRA, Evandro José. **Práticas e implicações do peer review na trajetória dos egressos da pós-graduação**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Área de Concentração Modernidade e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016.

PUNTES, Fernando Rey. A *Techné* em Aristóteles. **Hypnos**, ano 3, n. 4, p. 1, 1998. Disponível em: <http://www.hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/viewFile/304/320>. Acesso em: 24 set. 2019

SCHILTZ, Marc. Science without publication paywalls: coalition s for the realisation of full and immediate open access. **Open Access Publishing Forges Ahead in Europe**, p. 1-3, set. 2018. Disponível em: <https://blogs.plos.org/plos/2018/09/open-access-publishing-forges-ahead-in-europe/>. Acesso em: 29 set. 2019

SCHIMMER, Ralf; GESCHUHN, Kai Karin; VOGLER, Andreas. Disrupting the subscription journals business model for the necessary large-scale transformation to open access. **Max Planck Digital Library Open Access Policy White Paper**, München, Germany, p. 1-11, apr. 2015.



SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. 936 p.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica**. [Brasília, DF]: Software Livre, 2018a. 7 p. Disponível em: http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02. Acesso em: 10 set. 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. **Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas: Entre a Proteção e o Acesso**. 2010. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

STELLA, A.; WOODHOUSE, D. Ranking of higher education institutions. **Occasional Publications Series**, Melbourne, n. 6, 2006, Disponível em: http://www.auqa.edu.au/files/publications/ranking_of_higher_education_institutions_final.pdf. Acesso em: 29 set. 2019

TIMES HIGHER EDUCATION. **Helping the world's universities to achieve excellence**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://www.timeshighereducation.com/about-us>. Acesso em:

UNIVERSITY OF CALIFORNIA. Office of Scholarly Communication. **UC and Elsevier: Why It Matters**. Califórnia: OSC, 2019. 4 p. Disponível em: <https://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-at-uc/publisher-negotiations/uc-and-elsevier-impact/>. Acesso em: 10 set. 2019.

UNIVERSITY RANKINGS. **Ranking methodology: How are universities ranked?** [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://www.universityrankings.ch/methodology/on_rankings/ranking_methodology. Acesso em: 26 set. 2019.

WIKIPÉDIA. **Open access**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Open_access#Definitions. Acesso em: 29 set. 2019

WIKIPÉDIA. **Revisão por pares**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Revisão_por_pares. Acesso em: 24 set. 2019

WIKIPÉDIA. **Universidade**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade>. Acesso em: 23 set. 2019





ORIGINALIDADE E DOMÍNIO PÚBLICO: A IMPORTÂNCIA DE CRIAÇÕES PRETÉRITAS PARA O SURGIMENTO DE NOVAS OBRAS

Eduardo Miceli Fanti Fajardo¹

RESUMO: O presente artigo busca explicitar a importância das criações pretéritas para o surgimento de novas obras literárias, artísticas e científicas dentro das estruturas vigentes do Direito Autoral e desenvolvimento tecnológico. Dessa forma, destaca o quesito da originalidade como filtro para a proteção autoral, a impossibilidade da originalidade ser absoluta em relação a toda e qualquer criação anterior e ressalta a importância do domínio público, seja como um manancial cultural pré-existente, seja na sua função de preservação de obras e ferramenta de acesso à cultura e informação.

Palavras-chave: 1. Originalidade. 2. Domínio público. 3. Direito autoral.

1 INTRODUÇÃO

As criações do espírito² surgem na sociedade pela atividade intelectual humana³. Assim, novos *bens intelectuais* são inseridos na sociedade; obras literárias, artísticas e científicas, pela ação de um (ou mais) indivíduos e passam a integrar o arcabouço comunitário da humanidade. A transposição de uma mera *ideia* para o seu *suporte* – para sua *forma de expressão*⁴ – dá ensejo à tutela dos direitos autorais. O autor, ao encontrar o *corpus mechanicum* de sua predileção, o utiliza como instrumento para entregar ao público um discurso⁵, utilizando o meio corpóreo como extensão da sua expressão imaterial.

Destarte, só é possível tratar dos direitos de um autor quando existir uma obra cuja criação lhe possa ser atribuída⁶. Dado que o único filtro para que uma criação alcance o *status de oeuvre* é a *originalidade*⁷, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não exige qualquer

¹ Bacharel e pós-graduando em Direito pela PUC-RJ; advogado inscrito nos quadros da OAB-RJ.

² A Lei nº 9.610/98 dispõe, nos incisos do seu artigo 7º, quais obras intelectuais gozam de proteção, utilizando-se do termo “criações do espírito”.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 1. Em que pese as edições posteriores da obra, a frase inaugural cunhada pelo professor angolano é ideal para o presente ensaio.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 11-13.

⁵ KANT, Immanuel. *Of the Injustice of Counterfeiting Books*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>. Acesso em 12 de junho de 2019.

⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos morais do autor*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>. Acessado em 25 de abril de 2019.

⁷ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

registro para pleitear a proteção dos direitos autorais⁸, a barreira de entrada para ter direitos de exclusividade sobre sua criação é consideravelmente baixa – não há qualquer controle acerca de tal quesito. Não obstante a diluição de tal quesito na contemporaneidade⁹, uma vez ultrapassado tal filtro, o *direito de exclusivo*¹⁰ recai sobre o vínculo entre autor e obra a longevíssima¹¹ proteção legal. Assim, tal expressão de determinada ideia ganha sua forma *protegida*, apartada de um lugar comum, para que seu originador possa explorá-la economicamente¹². Esta pode ser considerada a maneira tradicional de concessão de direitos autorais.

Nessa toada, é importante colocar tal tradição, ainda que brevemente, sob o microscópio. O Iluminismo Europeu pode ser considerado o fundador da noção de que o fruto de uma atividade intelectual pode ter um único beneficiário¹³. Sob a ótica do feixe dos direitos de caráter existencial do autor, comumente denominado *moral*, há uma possível atribuição de “direito natural”, dado seu vínculo próximo à personalidade¹⁴ e da obra ser um resultado do trabalho do autor – uma interpretação extensiva da visão de Locke sobre a propriedade, aqui abarcando as criações intelectuais¹⁵.

Na seara *patrimonial* dos direitos do autor, o pragmatismo e a visão utilitária prevalecem. É corriqueira a justificativa de que os direitos de exclusivo sobre a criação intelectual *estimularia* o desenvolvimento destas; seria uma maneira eficiente de recompensar pecuniariamente os que investiram tempo na criação intelectual e incentivar novas etapas no desenvolvimento artístico, científico e cultural¹⁶. Posto isso, faz-se necessário questionar, ainda que brevemente, como se sustentam tais justificativas, se a política pública de exclusividades permite de fato um equilíbrio entre a defesa dos direitos de obras já criadas e o desenvolvimento de novas *opi*. Agrava-se o questionamento quando, dentro da ascensão de uma *economia informacional interligada*, cinquenta mil indivíduos conseguem, em coautoria, criar a Wikipédia, sem contraprestação fi-

⁸ Lei nº 9.610/98. Art. 18. “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.”

⁹ “Explica-se: como uma parcela dos criadores profissionais busca um reconhecimento de um público considerável (e de seu capital econômico – portanto, não apenas do aplauso, mas do recheio das carteiras), o grau de autonomia existencial na *confecção do produto artístico* é substancialmente reduzido.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018)

¹⁰ BRANCO, Sergio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 53.

¹¹ A Convenção de Berna, internalizada pelo Decreto nº 75.699 de 6 de maio de 1975, estabelece em seu artigo 7º um prazo mínimo de proteção de cinquenta anos após a morte do autor. A Lei de Direitos Autorais pátria é mais generosa; a proteção ao feixe patrimonial dos direitos autorais por setenta anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do criador.

¹² SANTOS, Manoel J. Pereira. *A questão da autoria e da originalidade em direito de autor*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) *Direito autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 115.

¹³ HESSE, Carla. *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance*. *Daedalus* Vol. 131, No. 2, On Intellectual Property (Spring, 2002), pp. 26-45. Disponível em https://www.jstor.org/stable/20027756?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 13 de junho de 2019.

¹⁴ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 18.

¹⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira. *A questão da autoria e da originalidade em direito de autor*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) *Direito autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 115.

¹⁶ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.

nanceira¹⁷; ou, ainda, quando se observa o desenvolvimento de *free softwares*, protegidos no ordenamento pátrio pelos direitos autorais, sem qualquer pretensão pecuniária¹⁸.

Quando se desafia a noção do estímulo pecuniário, na qual o dinheiro não se mostra o catalisador e a principal motivação para que criadores desenvolvam suas artes – pelo contrário; por vezes servem de inibidores –, a fundamentação utilitarista é abalada¹⁹. Considere a comparação feita pelo professor Denis Borges Barbosa entre o volume de obras de compositores anteriores à exclusividade de uso das obras e dos seus pares, alguns séculos depois²⁰: Beethoven compôs 849 *opi*; Vivaldi mais de 500 concertos, 43 óperas e publicou mais de 100 *opi*; Georg Philipp Telemann germinou mais de 8.000 *opi*. George Gerswhin, já inserido no contexto de *copyright* familiar à contemporaneidade, engendrou 19 peças clássicas, 35 musicais da Broadway e contribuiu para outras 22 peças e 7 filmes. Leonard Bernstein, nascido em 1918, tem 3 sinfonias, 2 óperas e 5 musicais na carreira. Sob a égide dos direitos autorais, que, em tese, estimulariam a atividade criativa dos artistas, há um declínio em *volume* de obras bastante significativo. Percebe-se, diante do breve exposto, o sepultamento do argumento utilitarista da *proteção como estímulo*.

O propósito aqui não é condenar a tradição dos direitos autorais por si só. O fundamental é que se questione o quanto a rigidez desse sistema engessa o desenvolvimento de novas ideias a partir de outras já expressas. Ao permitir que o titular dos direitos patrimoniais de uma obra possa suprimir a atividade intelectual de alguém que foi influenciado ou impactado por tal criação, que gera algo a partir dela, se torna essencial perscrutar se não há uma mera reprodução dos mesmos institutos criados há séculos – uma *fé* nos direitos intelectuais, apenas por ser a maneira estabelecida no passado²¹.

Agrava-se a discussão, ainda, em dois *fronts*: a duração dos direitos patrimoniais sobre as obras sofreu extensões na segunda metade do Século XX, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, e; a ubiquidade *online* e os desafios que isso traz ao arcabouço protetivo clássico dos direitos autorais.

No caso brasileiro, a Lei de Direitos Autorais de 1998 definiu, em seu artigo 41, que os direitos patrimoniais perduram por setenta anos após o falecimento do autor, a contar de 1º de janeiro subsequente ao seu falecimento – um aumento de dez anos em relação ao dispositivo equivalente da Lei nº 5.988/73²², e vinte anos mais longa que o mínimo convencionado

¹⁷ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 5-7.

¹⁸ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 69-77.

¹⁹ LEMLEY, Mark A. *Faith-Based Intellectual Property*. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em 13 de junho de 2019.

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. *On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright*. IJIPM - "International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries". Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/papers/artifacts.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2019.

²¹ LEMLEY, Mark A. *Faith-Based Intellectual Property*. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em 13 de junho de 2019.

²² Lei nº 5.988/73, Art. 42. "Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida. (...) §2º Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhes transmitir pelo período de sessenta anos, a contar do 1º



na Convenção da União de Berna. No caso estadunidense, que adota uma visão utilitarista se comparada aos direitos autorais ancoradas no seu aspecto moral, central na *civil law*²³, o aumento protetivo é ainda mais notável. A contar de 1962, o Congresso dos Estados Unidos da América aumentou os termos de *copyrights* onze vezes em quarenta anos. Em 1998, o *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* estendeu o prazo do amparo legal por vinte anos, e, considerando que o requisito renovatório para manutenção dos direitos patrimoniais foi abolido do ordenamento jurídico americano em 1976, todas as criações passaram a ter um único prazo protetivo – o máximo²⁴.

Acerca da migração do consumo e produção de conteúdo para plataformas *online*, a dificuldade em germinar novas obras a partir de outras pré-existentes é aumentada. As criações derivadas nos fóruns na rede mundial de computadores, as alterações de imagens, pinturas e ilustrações com novos fins – que indubitavelmente incorrem no quesito *originalidade* e *criatividade* –, qualquer *fan fiction*, *remixes*, enfim, toda e qualquer construção criativa pautada em trabalhos ainda protegidos é, via Internet, alcançável pelos seus titulares. Imbuídos de um espírito justiceiro de impedir o uso não autorizado – trocando em miúdos, sem a devida compensação monetária –, os titulares podem, sejam eles próprios ou implementando códigos para fazê-lo automaticamente, derrubar, sem rédeas, os conteúdos *derivados*²⁵. Como se verá adiante, não há *originalidade absoluta*, o que torna qualquer uso de obras protegidas uma zona *gris*, que serve de palco para que o detentor dos direitos autorais se digladie com quem gera novas obras influenciadas por uma expressão já protegida.

Para que se entenda a forma que as circunstâncias acima citadas podem influenciar no desenvolvimento de novas criações do espírito, é essencial que se entenda o *domínio público*. É mister compreendê-lo não como “um fim a ser evitado” para os oligopolistas detentores de *copyrights* valiosíssimos, mas também na sua função anterior à própria manifestação criativa em seu suporte – uma caixa de ferramentas da qual toda e qualquer criação nasce. Fundamental, ainda, discutir sobre a impossibilidade da originalidade *ex nihilo*, de como toda e qualquer “novidade” tutelável surge de um *constructo* social e cultural. Por fim, o presente ensaio busca tornar claro o crucial papel do domínio público na conservação de obras artísticas, científicas e literárias para retomar a problemática exposta em *supra* e as dificuldades na manutenção de um sistema estanque de defesa dos direitos autorais que persiste em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo²⁶.

de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.”

²³ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 17.

²⁴ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 134.

²⁵ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 159-161

²⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19-20. De forma luminar, a autora, ainda que tratando sobre direitos reais, discorre sobre as dificuldades de sustentar velhas características dos institutos jurídicos, quando estes estão em descompasso com as relações jurídicas atuais.

2 A IMPOSSIBILIDADE DA ORIGINALIDADE EX NIHILO

O professor Manoel Joaquim Pereira dos Santos, ao traçar um panorama histórico-crítico sobre originalidade, conclui que “parece haver um certo consenso de que a presença de escolhas criativas no processo produtivo é o único teste adequado para se determinar se a obra é merecedora de proteção via *copyright*”²⁷. Ou seja, antes da atribuição da tutela, há de existir um processo criativo, que revestirá o resultado com a originalidade mínima. Abole-se a noção de que o simples esforço justificaria a proteção; a doutrina *sweat of the brow* encontra, aqui, um obstáculo significativo²⁸.

Percebe-se, ainda, que há um *status quo ante* em relação à gênese criativa. Há um ferramental disponível, não protegido pelo direito de exclusivo, da qual uma nova criação necessariamente surge. Em que pese a definição do domínio público como “conjunto de obras cujo prazo de proteção por direitos autorais já tenha expirado”²⁹, torna-se essencial enxergá-lo também no momento anterior à obra; como um manancial cultural pré-existente. Não há uma geração intelectual espontânea – a cultura é reflexo das circunstâncias nas quais a sociedade está inserida³⁰.

O filósofo escocês David Hume ilustra tal visão de maneira eficiente. Ao ensinar impressões e ideias, o pensador britânico estabelece que cada ideia simples se forma após uma impressão simples, correspondente. Toda ideia simples – aquela que não admite distinção ou separação em si – nasce de uma impressão, seja ela uma sensação ou reflexão. Neste desiderato, uma ideia complexa é a junção de duas (ou mais) ideias simples, que pode sempre ser dividida até seu substrato idealístico simples. Assim, é impossível ter alguma ideia que não tenha nascido de impressões, e que não tenha sido, necessariamente, *experienciada* de alguma maneira pelo indivíduo³¹.

Imagina-se unicórnios pois o ser humano conhece um cavalo e um chifre; cria-se uma das mais tradicionais cantigas de ninar, *Wiegenlied*, pois Johannes Brahms conhecia a técnica para fazer grandes concertos e era familiarizado com as melodias populares austríacas³². Ou, ainda, cria-se um dos maiores fenômenos culturais do Século XX porque George Lucas conhece o *monomito*³³, a saga arquetipal, as películas de Akira Kurosawa, os filmes estrelados por John Wayne e a

²⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira. *A questão da autoria e da originalidade em direito de autor*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) *Direito autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 140.

²⁸ O caso *Feist Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co. Inc.*, julgada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1991 é emblemática para este tema. A decisão dispõe: “as a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a *de minimis quantum* of creativity. Rural’s white pages, limited to basic subscriber information and arranged alphabetically, fall short of the mark.” (*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)). Em tradução livre, “em matéria constitucional, *copyright* protege apenas os elementos constituintes de uma obra que possuam mais que o *quantum* mínimo de criatividade. As páginas telefônicas da Rural, limitadas às informações básicas de assinantes e dispostas alfabeticamente, não alcançam tal critério.”

²⁹ BRANCO, Sergio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 57.

³⁰ BRANCO, Sergio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 56.

³¹ HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 1965 p. 4-5.

³² THOMPSON, Derek. *Hit makers: como nascem as tendências*. Tradução de Ana Duarte. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018. p. 10-14.

³³ CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. São Paulo: Editora Pensamento, 14ª reimpressão, 2013. p. 13-31.



estética de *Flash Gordon*, criada por Alex Raymond³⁴. Ao homenagear e referenciar já conhecidas criações e misturá-las de maneira peculiar, George Lucas fez com que *Star Wars* se tornasse um dos produtos mais influentes e *originais* da contemporaneidade. A originalidade, aqui, é a capacidade de um indivíduo conhecer, absorver, compilar informações pré-existentes e moldá-la, com suas próprias visões e contribuições – o *quantum* criativo – em algo novo e digno da proteção autoral.

Da mesma forma fez um dos mais influentes nomes das artes do século passado: Walt Disney, trazendo as obras clássicas dos Irmãos Grimm ao encontro dos desenhos animados sincronizados com áudio. Ao dar ares menos sombrios ao trabalho dos tedescos de Hesse, sem sombra de dúvidas Disney perpassou os filtros da criatividade e originalidade; ao incrementar sua obra com as influências culturais ao seu redor no seu exercício intelectual, novas obras nasceram e marcaram o século XX³⁵.

Nesta toada, vale olhar com mais esmero o conceito de *originalidade* em si. O desafio de defini-lo teoricamente passa pelo seu *escopo* – por vezes, o termo abarca quase tudo e, em outros casos, quase nada³⁶. Mais do que isso; qualquer definição de originalidade carrega consigo implicações da verdadeira relevância dos direitos patrimoniais do autor. Explica-se: quanto menos valorizado o *copyright*, menos valioso ele é para os autores, e, por conseguinte, mais encorajada é a originalidade³⁷.

Exposta as dificuldades de uma classificação teórica da originalidade, Eleonora Rosati enxerga o conceito sendo encaixado em quatro famílias na sua *aplicação*. Do mais restritivo ao mais abrangente, são eles: a visão da União Europeia de “a criação intelectual do próprio autor; o padrão estadunidense do “grau mínimo de criatividade”, como mencionado em *supra* no caso *Feist v. Rural*; o olhar canadense do “exercício não-automático ou não-trivial de habilidades e escolhas” e, por fim; o padrão do Reino Unido de “habilidade e trabalho”³⁸.

O conceito de *originalidade* pode ser, ainda, dividido em *objetivo* e *subjetivo*, além de em *absoluta* ou *relativa*. Entende-se por subjetiva a originalidade que diz respeito à *forma de exteriorização da ideia*, não à própria ideia ali exprimida – como é sabido, não há proteção à ideia em si, mas ao vínculo entre criador e obra³⁹. Posto isso, a originalidade *objetiva* seria aquela próxima à *novidade*, no sentido de que é necessária uma característica inovadora, cotidiana nos juízos para concessão de privilégios da propriedade industrial – que exigem uma avaliação meramente objetiva. No caso de uma obra artística, protegida por direito do autor, a ideia ali exprimida não precisa trazer necessariamente uma temática objetivamente nova⁴⁰; protege-se a *forma* de expressão.

³⁴ THOMPSON, Derek. *Hit makers: como nascem as tendências*. Tradução de Ana Duarte. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018. p. 120-122.

³⁵ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 23.

³⁶ ROSATI, Eleonora. *Originality in EU copyright*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 59.

³⁷ Eleonora Rosati destaca a visão de Richard Posner, no original: “The less originality is valued, the less valuable to authors and readers is copyright protection, which encourages originality.” (ROSATI, Eleonora. *Originality in EU copyright*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 59.)

³⁸ ROSATI, Eleonora. *Originality in EU copyright*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 60

³⁹ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: Editora FTD, 2ª edição, 2008. p. 89.

⁴⁰ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 120.

A classificação da originalidade como *absoluta* não diz respeito à uma novidade independente de qualquer outra; ela precisa ser, nesse contexto, vista como a oposição à originalidade *derivada*. No seu viés *absoluto*, a originalidade diz respeito à inexistência de um vínculo prévio com outra criação do espírito, enquanto no feixe *derivado* há um liame com uma obra anterior a ser considerado, cujo direito de autor deverá ser respeitado, como no caso, *exempli gratia*, de uma tradução⁴¹. Finda esta breve digressão, sem qualquer pretensão de esgotar tão vasto tema, faz-se necessário retomar a temática da impossibilidade de uma criação *integralmente* original, sem qualquer diálogo com ideias e criações anteriormente expressas, afastada da classificação recém-discutida acima.

Ao descrever o gênio criativo de Walt Disney, o professor Lawrence Lessig traz uma antiga campanha da empresa Apple para outro contexto: “*rip, mix and burn*”⁴². É a forma de expressão capaz de utilizar a cultura ao redor como pilares e construir novas peças sobre essa base. Tal *modus operandi* criativo, inclusive, não é exclusivo de Walt Disney, mas utilizado por absolutamente todos os que desbravam a atividade intelectual na criação de novos bens. Não há originalidade *ex nihilo*; toda e qualquer criação humana deriva, necessariamente, de um constructo histórico, social e cultural, sem as quais uma nova obra, considerada *original* para os fins de tutela, seria impossível. Nas palavras do professor Denis Borges Barbosa, “o criador sempre consome elementos da criação de autores precedentes, muitas vezes, mas não sempre, já em domínio o público.”⁴³

Nesse sentido, resta evidente a importância do domínio público – *lato sensu* – anterior à criação intelectual. Ao tratar da problemática de um segundo “cercamento dos campos”⁴⁴, James Boyle menciona um voto do ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis:

“The general rule of law is that the noblest of human productions – knowledge, truths ascertained, conceptions and ideas – became, after voluntary communication to other, free as the air to common use.”⁴⁵

Não se pode tentar um encaixe da fala do magistrado estadunidense no sistema de proteção dos direitos autorais no sentido estrito; seria incompatível com o direito de exclusivo e a proteção temporária para exploração econômica da obra. O que deve se extrair é o *impacto* social e cultural que conhecimento, ideias e conceitos exercem uma vez compartilhados. Conteúdos, uma vez internalizados, são acessados de maneira automática pela mente humana⁴⁶,

⁴¹ NETTO, José Carlos Costa. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: Editora FTD, 2ª edição, 2008. p. 90.

⁴² LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 24.

⁴³ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 59.

⁴⁴ BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 53, December 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=470883>. Acesso em 25 de junho de 2019.

⁴⁵ Em tradução livre, “A regra geral da lei é a de que as mais nobres produções humanas – conhecimento, verdade determinadas, conceitos e ideias – se tornam, depois de voluntariamente comunicadas a outro, livres como ar para o uso comum.” **International News Service v. Associated Press**, 248 U.S. 215 (1918)

⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011. p. 33-35



sendo reproduzidos, ressignificados e disseminados. Há um conhecimento comum que alicerça novas criações humanas, que necessariamente se relaciona com criações pretéritas.

2.1 O caso da dramaturgia

A dramaturgia ilustra este ferramental prévio, não protegido pelo direito de exclusivo. No caso do cinema, é corriqueiro encontrar tropos, temas e estruturas similares ou idênticos em obras diversas, sem que se evoque uma violação aos criadores que os utilizaram anteriormente.

James Cameron, por exemplo, quando lançou a obra *Avatar*, no apagar das luzes dos anos 2000, teve sua obra como alvo de uma série de comparações da temática e estrutura da sua obra ao filme *Pocahontas*, lançado 14 anos antes⁴⁷. Mais do que isso; encontram-se tropos narrativos tradicionais como dos *westerns*, popularizados por John Wayne, ou, ainda, de outra obra do próprio Cameron, *Titanic*, vencedora de onze prêmios da Academia de Artes e Ciências Cinematográficas.

Em que pese as particularidades da defesa dos direitos de natureza *existencial*⁴⁸ do autor da obra audiovisual no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁹, essa similitude temática e estrutural não são necessariamente violações do direito autoral de uma, duas ou três obras; elas são replicações de um conhecimento prévio, de uma tradição cultural narrativa milenar, do ferramental anterior às criações do espírito e comuns à sociedade, e que não podem ser cooptados para a exclusividade que a propriedade intelectual, em senso lato, carrega consigo⁵⁰.

James Cameron certamente traz uma carga de originalidade mais do que digna na proteção autoral, mesmo recorrendo à clássicas formas e tropos narrativos. Os primeiros estudos técnicos da dramaturgia, ao menos na cultura ocidental, se dão com Aristóteles⁵¹. Buscando analisar o *drama* de maneira lógica e estrutural, o pensador helênico buscava os substratos essenciais desse gênero literário – o *plot* como força motriz da peça, o protagonista como subsidiário à trama, o nexos de causalidade que conduz a narrativa, a purgação de emoções por meio da pena e do terror, dentre outros.⁵² Ao fazê-lo, Aristóteles encontra uma lógica estrutural, uma gama de princípios que, naquele tempo, seriam inescapáveis para aqueles que buscavam a produção intelectual dramática.

⁴⁷ GUERRA, Flávia. **O futuro azul de James Cameron**. O Estado de São Paulo. Disponível em <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,o-futuro-azul-de-james-cameron,482618>. Acessado em: 10 maio 2019.

⁴⁸ Acerca dos direitos comumente denominados *morais* do autor: “De fato, ela não é rigorosamente adequada. José de Oliveira Ascensão, que prefere a expressão “direitos pessoais”, é um dos que criticam o termo “direito moral”, que teria sido traduzido da língua francesa sem adaptação.” (MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 9)

⁴⁹ Lei 9.610/98, Art. 25. “Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.”

⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 936.

⁵¹ MACIEL, Luiz Carlos. **O poder do clímax: fundamentos do roteiro de cinema e TV**. São Paulo: Giostri Editora, 2017, p. 33.

⁵² LAWSON, John Howard. **Theory and Technique of Playwriting and Screenwriting**. 1949. p. 34-37. Disponível em <http://www.thestickingplace.com/wp-content/uploads/2014/09/Lawson-Theory-and-Technique-of-Playwriting-and-Screenwriting-book.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.



O arcabouço designado pelo filósofo grego permearia toda criação dramática até a Renascença, quando a comédia engatinhava na abordagem dos aspectos sociais e humanos, afastando-se do *métron*, da lógica divina, germinando as quebras de tradição dramática dos séculos XVIII e XIX⁵³.

Fundamental, nesta breve digressão, notar dois aspectos: (a) a pretensão aristotélica é a de encontrar um denominador lógico e comum ao gênero dramático, e; (b) a consequência desse estudo e dessa estruturação é sentida desde a Grécia Antiga até a consolidação do cinema de Hollywood. A divisão de uma peça em princípio, meio e fim⁵⁴ proposta antes de Cristo é até hoje a didática para a escrita audiovisual. Aquilo proposto pelo helênico antigo dialoga com os estudos arquetipais, com a estruturação narrativa em atos (ou fábulas), da adaptação dos ritos de passagem⁵⁵. É um conhecimento universal, comum e atávico às mais diversas sociedades⁵⁶.

Dentro dessa brevíssima análise dramática, percebe-se, portanto, que há no domínio público, no seu momento *anterior* à criação intelectual, um manancial cultural, fruto dos movimentos históricos e sociais, que permitem que novas criações intelectuais sejam engendradas. Mais do que um rol que enumera o que pode ou não ser objeto de proteção pelos direitos autorais⁵⁷, essencial entender que tais conhecimentos são públicos, universais. Tais conhecimentos, se inapropriáveis ou já decorrido o prazo de expiração da proteção, fazem parte do domínio público, em tese, de maneira incondicional, universal e definitiva⁵⁸. Se tornam parte desse vastíssimo reservatório científico, literário, artístico, a partir do qual novas obras serão criadas – uma originalidade que se destacará daquilo já edificado anteriormente.

⁵³ LAWSON, John Howard. **Theory and Technique of Playwriting and Screenwriting**. 1949. p. 41. Disponível em <http://www.thestickingplace.com/wp-content/uploads/2014/09/Lawson-Theory-and-Technique-of-Playwriting-and-Screenwriting-book.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

⁵⁴ “Um todo é aquilo que possui começo, meio e fim.” (ARISTÓTELES, **A Poética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2014. p. 52)

⁵⁵ “De facto, a história da narrativa no cinema (apenas uma breve e recente página da vasta história das narrativas) foi produzindo modelos e formas que fazem sobressair a hegemonia de uma forte resistência à mudança estrutural. Como se de um lento fenómeno geológico se tratasse, essa resistência é fruto da confluência histórica da saga arquetipal, do monomito, das organizações dramáticas em actos e da adaptação dos ritos de passagem estudados por Van Gennep à sequência “separação – iniciação [ou margem] – regresso” e a uma matriz narrativa do “itinerário do herói” [apesar da mutação moderna e contemporânea deste último em herói relutante, passivo, negligente ou em anti-herói, ou, ainda, em “homem sem qualidades”, ou da sua pulverização em histórias de múltiplo protagonismo”. (MENDES, João Maria. **Culturas narrativas dominantes: o caso do cinema**. Universidade Autónoma de Lisboa. p. 26.)

⁵⁶ CAMPBELL, Joseph. **O herói de mil faces**. São Paulo: Editora Pensamento, 14ª reimpressão, 2013. p. 372-374.

⁵⁷ Lei 9.610, Art. 8º. “Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.”

⁵⁸ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 318.



3 O DOMÍNIO PÚBLICO E SUA FUNÇÃO PRESERVADORA

Uma vez superada a impossibilidade da originalidade *ex nihilo* e a importância do domínio público no momento prévio à criação intelectual, é essencial demonstrar seu peso uma vez expirada a proteção temporal do direito de exclusiva. O domínio público amplo garante o acesso às obras intelectuais, estimula o desenvolvimento de novas obras sem a necessidade de autorização prévia⁵⁹ – uma busca que se mostra, em diversas oportunidades, demasiado cara⁶⁰ e, dado que não há obrigatoriedade do registro da criação do espírito para que exista a proteção, uma caça no escuro aos titulares dos direitos autorais.

O domínio público alia, ainda, dois lados da mesma moeda: a conservação das obras intelectuais e o aumento das possibilidades de acesso à cultura, educação e o estímulo à liberdade de expressão⁶¹. Uma obra, uma vez expirada sua exclusividade temporária, pode ser adaptada, traduzida, arranjada, orquestrada por um determinado indivíduo, que está vedado de se opor às novas adaptações do material fonte⁶². Nota-se, portanto, que a criação do espírito poderá ser perpetuada no seio cultural, artístico e científico da sociedade, dando-se novas interpretações e ressignificando a expressão do autor originário.

Por não necessitar da autorização prévia dos titulares de direitos autorais, há duas liberdades essenciais e conectadas entre si: a *criativa* e a *jurídica*. Podendo utilizar a obra livremente, não há que se preocupar se tal emprego excede as limitações aos direitos autorais, previstos no artigo 46 e seguintes da Lei de Direitos Autorais. Mesmo com o grande avanço que se deu com a consolidação jurisprudencial⁶³ e o luminar Enunciado 115⁶⁴, aprovado na III Jornada de Direito Comercial de 2019, o uso da obra em domínio público não precisa recorrer às limitações ou embarcar na zona cinza do *fair use*⁶⁵. Destarte, há a plena liberdade para novas criações sem que exista o receio jurídico de uma pretensão eventual dos detentores dos direitos patrimoniais da obra.

⁵⁹ BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 252.

⁶⁰ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 95-99.

⁶¹ BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 253.

⁶² Lei 9.610/98, Art. 14. “É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.”

⁶³ O Recurso Especial nº 964.404/ES é emblemático para a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais. O voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino é essencial: “O âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressaí após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais. Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino. REsp 964404-ES, DJ 23.5.2011)

⁶⁴ Enunciado 115 da III Jornada de Direito Comercial – As limitações de direitos autorais estabelecidas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88.

⁶⁵ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 99.

3.1. Caso Eldred v. Ashcroft

Eric Eldred, em meados da década de 90, deu início à construção de um acervo digital de obras em domínio público. O aposentado digitalizava tais criações do espírito – com textos explicativos e *links* para outros sítios na rede mundial de computadores – e as disponibilizava *online*⁶⁶. Trata-se, aqui, de uma adaptação de obras em domínio público para uma forma mais acessível à contemporaneidade.

Com o *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos da América, que estendeu os prazos de *copyright* por vinte anos, as obras que entrariam em domínio público em 1998 só ingressariam de fato em 2019, manietando a atividade de preservação das obras e facilitação do acesso à cultura realizado por Eldred. Ao optar por realizar a adaptação à revelia da extensão legislativa, Eldred violaria uma segunda lei aprovada em 1998, a *No Electronic Theft Act*, o que daria ensejo à persecução penal⁶⁷.

Anos depois, o caso seria apreciado pela Suprema Corte do Estados Unidos⁶⁸, com a seguinte questão em tela: o quanto o critério temporal da *Section 8* do Artigo 1º da Constituição americana⁶⁹ estava de fato sendo observado com as diversas extensões de prazo de *copyright*, e quais os limites do congresso estadunidense para privilegiar os detentores dos direitos patrimoniais. O critério temporal no direito autoral brasileiro tem sua previsão constitucional no artigo 5º, XVII⁷⁰; inventos industriais encontram o fundamento de seu privilégio temporário no inciso XXIX do mesmo artigo⁷¹.

Mais do que uma mera ponderação acerca das limitações do Poder Legislativo diante do dispositivo constitucional, há uma discussão fundamental acerca dos direitos autorais: o quanto o privilégio, o direito de exclusivo, se choca com o interesse público, com a liberdade criativa, o acesso à cultura, à informação. Quando não há a coordenação de interesses gerais, tais como o desenvolvimento cultural e educacional⁷² com o proveito econômico privado que os direitos patrimoniais da obra, por essência, concedem, há de se questionar a estrutura vigente da tutela autoral.

⁶⁶ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 214.

⁶⁷ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 215.

⁶⁸ **Eldred v. Ashcroft**, 537 U.S. 186 (2003)

⁶⁹ “The Congress shall have Power To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. Em tradução livre, “O Congresso detém o poder para promover evolução científica e artística, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo aos respectivos escritos e descobertas.” Constituição dos Estados Unidos da América, Artigo 1º, Seção 8.

⁷⁰ Constituição Federal, 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;”

⁷¹ Constituição Federal, Art. 5º, “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;”

⁷² SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 239.



Destaca o mestre Denis Borges Barbosa a fúlgida fala do professor Christophe Geiger: “a exclusividade é uma ilha num mar de uso livre das criações”⁷³. Quando tal ilha toma proporções continentais, visitar o cerne da função social dos direitos autorais e de que forma é possível manter o equilíbrio entre os interesses privados e públicos dentro do consolidado sistema dos direitos autorais é essencial.

A simples renovação do *copyright*, no caso americano, ou do feixe dos direitos patrimoniais do autor, no caso brasileiro, torna, de uma só vez, a disseminação de cultura e informação uma tarefa hercúlea. Como já citado, dada a ausência do requisito registral para a concessão de proteção às criações do espírito – elemento comum aos ordenamentos brasileiro e americano –, não há uma maneira de identificar quem detém quais direitos autorais. Não existe uma forma estruturada de buscar a autorização do uso de obra; no ambiente da liberdade contratual e negocial, é demasiado penoso manter o registro atualizado de quem detém quais frações de quais direitos patrimoniais relativas a determinada obra, especialmente se a legislação pátria dispensa o registro obrigatório, abrindo mão de uma presença regulatória que auxiliaria os que produzem novos bens intelectuais derivados⁷⁴. Ao adotar uma proteção mais pautada no caráter *existencial*, ancorada no *dever moral* de proteger a criação do autor⁷⁵, a legislação pátria privilegia, mesmo que involuntariamente, o autor ao invés do interesse público.

A extensão substancial dos prazos de *copyright* também coloca sob os holofotes a discussão do ciclo comercial das obras. O professor Lawrence Lessig aponta que a maioria dos livros publicados deixam de ser impressos e comercializados em menos de um ano⁷⁶. Ainda assim, tais obras literárias, gozam do prazo máximo de proteção. Uma obra comercialmente malsucedida, cujos direitos patrimoniais teriam baixíssimo valor, ainda assim terão, no Brasil, que aguardar 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor e os setenta anos de proteção patrimonial que a seguem. A obra desse autor, para ser digitalizada e compartilhada, para os fins de preservação e disseminação cultural, tal como fez Eric Eldred, teria que esperar tal lapso de várias décadas.

Mesmo que a obra não seja comercializada ou dê qualquer proveito econômico ao autor ou seus sucessores⁷⁷, é, *a priori*, *contra legis* a reprodução parcial ou integral, a edição, a adaptação, a tradução, a inclusão em fonograma ou produção audiovisual, a distribuição extracontratual, a utilização direta ou indireta em representação, recitação, declamação, execução musical, emprego de alto-falante, radiodifusão sonora ou televisiva, captação de transmissão e radiodifusão em locais de frequência coletiva, sonorização ambiental, exibição audiovisual,

⁷³ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 316.

⁷⁴ SINGER, Joseph William. **No Freedom Without Regulation: Hidden Lessons of the Subprime Crisis**. New Haven and London: Yale University Press, 2015. p. 4-5.

⁷⁵ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.

⁷⁶ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 134.

⁷⁷ Lei 9.610/98, 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. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.”



emprego de satélites artificiais, em sistemas óticos, telefônicos ou não, em exposição de obras de arte e quaisquer modalidades que venham a ser inventadas⁷⁸ de tal obra.

Destarte, quem realiza qualquer uma das condutas exposta em *supra*, abre mão da legalidade para exercer sua atividade intelectual e materializá-la em um novo bem intelectual. Naturalmente, a liberdade, tanto criativa quanto jurídica, vive à sombra de um possível litígio.

É uma faca de dois gumes – ao eleger a proteção ampla, sem necessidade registral para a proteção ou sem um requisito renovatório periódico, toda e qualquer obra goza da proteção temporal máxima e o autor, mesmo que ignorante à legislação autoral, está sempre amparado. Com o aumento de prazos de proteção nos últimos cinquenta anos e o *longa manus* da proteção autoral que é a Internet, tal decisão legislativa cria um desequilíbrio cada vez mais evidente entre os privilegiados pelo direito de exclusiva e os que gostariam de utilizar a criatividade à la Walt Disney para engendrar novas obras.

3.2 O requisito registral como aliado do domínio público

Mesmo sob a égide da antiga Lei de Direitos Autorais, revogada pela Lei nº 9.610 de 1998, o registro da obra sempre foi *facultativo* para os fins de proteção dos direitos autorais⁷⁹. O registro não é *constitutivo* do direito; ele é meramente *declarativo*, dado que a proteção é anterior ao ato formal⁸⁰. Surge uma obra, publicada *online* e sem o devido registro – perdurará o direito de exclusivo por setenta anos após a morte do autor. Isso se dá tanto para os grandes *hits* culturais quanto para obras sem valor comercial após poucos anos. Se uma das preocupações da visão utilitária é dar o retorno pecuniário ao criador do bem intelectual concedendo-lhe a *exclusividade* na exploração, se tal bem não lhe provém tal retorno, não há propósito para que ela persista incontestemente por décadas.

O registro da criação intelectual tem o potencial de mitigar o extremismo da referida situação. Não necessariamente abolir a natureza *declarativa* do registro, amparando o autor desde antes do ato formal, mas exigindo uma renovação periódica para a manutenção dos direitos de exclusiva sobre os direitos de exploração econômica – o feixe patrimonial dos direitos autorais – de maneira próxima ao que a legislação faculta, por exemplo, ao proprietário de desenho industrial⁸¹. Assim, os titulares dos direitos que não o fizessem, veriam suas obras ingressarem em

⁷⁸ São as hipóteses legais das quais depende a autorização prévia e expressa do autor para que a obra seja utilizada, prevista no artigo 29 da Lei 9.610/98.

⁷⁹ Lei nº 5.988/73, Art. 17. “Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual **poderá** registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.”

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980. p. 96.

⁸¹ Lei nº 9.279/96, Art. 108. “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.”



domínio público, expandindo de forma absoluta seu uso por terceiros interessados, e retirando o véu de obscuridade que permeia a busca por autorização para o uso de obras pouco conhecidas. Mais do que isso; a renovação periódica serviria como uma averbação de quem detém tais direitos diante de um órgão público, facilitando terceiros interessados que buscam explorar a obra.

Aponta Lawrence Lessig que, nos Estados Unidos, 85% dos titulares de *copyright* não renovaram seus direitos patrimoniais em 1973⁸². Apenas 15% das obras foram prorrogadas; uma enxurrada de criações do espírito estava livre para ser adaptada, compartilhada, reeditada, enfim, a ter uso comunitário sem restrições. O domínio público, com tal requisito, encontrava-se em maior equilíbrio com os interesses econômicos individuais.

A renovação periódica, mediante uma prestação pecuniária, privilegiaria quem ainda de fato explora obras economicamente, mitigando a maximização de prazos que é inescapável no ordenamento jurídico pátrio e privilegiando o domínio público e o interesse comunitário em criar obras derivadas, conservá-las e disseminá-las, tal como Eric Eldred fez há mais de duas décadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente ensaio de forma alguma é a iconoclastia dos institutos para lá de consolidados dos direitos autorais. A intenção é ponderar se, na contemporaneidade, os fundamentos que estabeleceram tais proteções resistem à ação do tempo e estão perfeitamente alinhadas com as novas tecnologias e as dinâmicas sociais e relacionamentos⁸³.

É fundamental questionar as tradicionais justificativas – se a noção de que o titular do direito de exclusivo pode sustar, unilateralmente, qualquer uso da sua obra consegue sobreviver sob a égide de uma tecnologia na qual a cópia é uma condição *sine qua non* para seu funcionamento⁸⁴. Essencial, ainda, questionar se a zona *gris* do *fair use*⁸⁵ permite de fato que novos criadores exerçam suas atividades intelectuais sem o receio de ter suas criações retiradas de circulação ou responder por indenizações milionárias⁸⁶.

Sem a necessidade de uma atualização registral periódica para manutenção dos direitos patrimoniais, com a ampliação de prazos e do *alcance* tecnológico que a Internet permite aos titulares, a criatividade derivada encontra-se em xeque. Há um desequilíbrio evidente entre a liberdade criativa e o interesse de reservar a obra à exploração privada, cujo ingresso em domínio

⁸² LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 135.

⁸³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido – Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2004. p. 10.

⁸⁴ BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 53, December 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=470883>. Acesso em: 25 jun. 2019.

⁸⁵ LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property**. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em. 13 jun. 2019.

⁸⁶ LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004. p. 52.

público é cada vez mais distante, e, por vezes, tenta ser completamente evitada, sobrepondo proteções intelectuais distintas sobre um mesmo bem⁸⁷.

Há de se considerar, ainda, que um número considerável de obras engendradas na contemporaneidade é dotado de um *quantum* de originalidade mínimo, esfumando as fronteiras distintivas entre uma e outra criação⁸⁸. Com o inchaço da proteção autoral, seja no prazo, seja no alcance, há um sufocamento dos espaços para que novos criadores se aventurem na confecção de bens intelectuais.

Compreender que a criatividade e originalidade humana não são absolutas é de imensurável importância para tratar da temática de direitos autorais. Visualizar que, na essência, absolutamente todas os novos bens intelectuais pressupõe uma rede histórica, social e cultural, totalmente interligada, é mister numa contemporaneidade na qual a economia é pautada nas conexões tecnológicas e virtuais, com personagens autônomos e um ingresso no mercado de forma mais horizontal do que vertical, e, em muitos casos, criam novos bens intelectuais sem buscar a contraprestação pecuniária⁸⁹.

Essa compreensão passa, necessariamente, pela importância do domínio público e pelas limitações aos direitos autorais; o primeiro de forma absoluta e sem restrições ao novo criador, *a priori* e *a posteriori* à criação intelectual, enquanto o segundo, por meio da sua interpretação extensiva, municia a originalidade derivada, inata ao ser humano. Em harmonia, ambos são imprescindíveis para que sequer exista uma obra a ser protegida pelos direitos autorais.

REFERÊNCIAS

Bibliografia tradicional

ARISTÓTELES, **A Poética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980.

⁸⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 315.

⁸⁸ "Noutros termos, 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. Ou seja, o caráter artesanal das obras intelectuais nesse mister foi sendo transformado em bens culturais de consumo massificado, o que, respectivamente, demanda uma produção intensificada. Não obstante, a partir do momento em que intermediários profissionais passam a ser necessários para a ampliação do comércio artístico, também se observa a criação de mercados em seus mais diversos nichos. Cinemas, teatros, galerias, museus, todos precisam de novidades e variações em seus acervos, e como o consumidor passou a ser voz ativa entre o sucesso ou o fracasso de uma produção, também se notou uma queda no grau de originalidade dos bens intelectuais massificados." (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.)

⁸⁹ BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006. p. 2-3.



BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido – Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2004.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006.

BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

CAMPBELL, Joseph. **O herói de mil faces**. São Paulo: Editora Pensamento, 14ª reimpressão, 2013.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HUME, David. **Treatise of Human Nature**. Oxford: Oxford University Press, 1965 p. 4-5.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004.

MACIEL, Luiz Carlos. **O poder do clímax: fundamentos do roteiro de cinema e TV**. São Paulo: Giostri Editora, 2017,

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, João Maria. **Culturas narrativas dominantes: o caso do cinema**. Universidade Autónoma de Lisboa.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: Editora FTD, 2ª edição, 2008.

ROSATI, Eleonora. **Originality in EU copyright**. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2013

SANTOS, Manoel J. Pereira. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014.

SINGER, Joseph William. **No Freedom Without Regulation: Hidden Lessons of the Subprime Crisis**. New Haven and London: Yale University Press, 2015

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006

THOMPSON, Derek. **Hit makers: como nascem as tendências**. Tradução de Ana Duarte. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Referências extraídas da internet

BARBOSA, Denis Borges. **On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright.** IJIPM - "International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries". Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/papers/artifacts.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain.** Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 53, December 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=470883>. Acesso em: 25 jun. 2019.

GUERRA, Flavia. **O futuro azul de James Cameron.** O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,o-futuro-azul-de-james-cameron,482618>. Acesso em: 10 maio 2019.

HESSE, Carla. **The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance.** *Daedalus* Vol. 131, No. 2, On Intellectual Property (Spring, 2002), pp. 26-45. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20027756?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 13 jun. 2019.

KANT, Immanuel. **Of the Injustice of Counterfeiting Books.** Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

LAWSON, John Howard. **Theory and Technique of Playwriting and Screenwriting.** 1949. p. 34-37. Disponível em: <http://www.thestickingplace.com/wp-content/uploads/2014/09/Lawson-Theory-and-Technique-of-Playwriting-and-Screenwriting-book.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

LEMLEY, Mark A. **Faith-Based Intellectual Property.** 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos morais do autor.** *Civílica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civílica.com/direitos-morais-autor/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

Referências pretorianas

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. REsp 964404-ES, DJ 23.5.2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States of America. *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918)

_____. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003)

Referências legislativas

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988.**

_____. **Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610/98.**

_____. **Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96**

_____. **Lei de Direitos Autorais, Lei nº 5.988/73**

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America.**



The background features a complex pattern of light green circuit board traces and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons: a musical note, an open book, a thumbs-up, a laptop, and two people silhouettes. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E TUTELA JURÍDICA

CAPÍTULO 7



CONTROLE EXPRESSIVO E PROPRIEDADE INTELECTUAL: BREVES LINHAS SOBRE UMA FALÁCIA

Beatriz Brito Beserra¹

Pedro Marcos Nunes Barbosa²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar importantes questões do campo do direito da propriedade no universo das artes plásticas, por intermédio da obra do ícone da Pop Art, Andy Warhol. Retratando produtos de consumo da sociedade norte-americana sem qualquer relação contratual com as respectivas marcas, Warhol delas se aproveitou, aumentando, por outro lado, sua visibilidade. A complexidade dessa relação é a base da reflexão contida nesse estudo sobre os princípios de originalidade e cópia, de cultura e consumo e de propriedade e controle. O texto amplia a discussão, incluindo os preceitos da *Appropriation Art*. Conceitos como os atinentes a concorrência, ao princípio livre da cópia de bens e serviços de terceiros e ao aproveitamento parasitário são utilizados e discutidos, a luz da interpretação de importantes fontes secundárias do Direito.

Palavras-chave: direito da propriedade; *pop art*; *appropriation art*; aproveitamento parasitário

O que é incrível sobre este país é que os consumidores mais ricos e os mais pobres compram essencialmente as mesmas coisas. Você pode estar assistindo TV, ver uma Coca-Cola, e você saberá que o presidente toma Coca-Cola, Elizabeth Taylor toma Coca-Cola, e você pensa que também pode, você, tomar uma. Uma coca é uma coca, e não há dinheiro que te faça ter uma coca melhor do que a que o vagabundo da esquina está tomando. Todas são iguais e todas são boas: Liz Taylor sabe disso, o *presidente sabe disso*, o *vagabundo sabe disso*, e *você sabe disso*.³

Andy Warhol⁴

¹ Acadêmica do sétimo 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 WARHOL, Andy. **The Philosophy of Andy Warhol**: “From a to b and back again”. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1975, p. 100

⁴ O artista plástico e cineasta norte-americano Andy Warhol, nascido Andrew Warhola em 1928 e falecido em 1987, foi um dos maiores expoentes da *pop art*. Se destacou pelo uso de conceitos da publicidade em seus trabalhos, que ilustravam objetos de consumo e temas do cotidiano. Formado em *design* pelo Instituto de Tecnologia Carnegie, foi ilustrador de revistas famosas como a *New Yorker* e a *Vogue*, realizou sua primeira exposição no Museum of Modern Art – MoMA, de Nova York, em 1956 e produziu suas principais obras entre os anos 60 e 80 – *Chelsea Girls* e *Plastic Inevitable*, as *32 Campbell’s Soup Cans* e o conjunto de serigrafias de celebridades, como Elizabeth Taylor, Mao Tse- Tung, Elvis Presley e Marilyn Monroe, de objetos icônicos como a garrafa de Coca-Cola e de personagens marcantes, como o Mickey. <https://www.moma.org/andywarhol>, acessado em 14 set. 2019, às 10:00; <https://www.encyclopedia.itaucultural.org.br/andywarhol> - 23.02.2017, acessado em 14 set. 2019, às 11:10; <https://www.tate.org.uk/andywarhol-andywarholattemodernexhibition-12mar-6sep2020>, acessado em 14 set. 2019, às 9:13; <https://www.warhol.org/menu-andywarhol-life>, acessado em 14.09.2019, às 12:05

É preciso que os valores tremam. Um valor que não treme é um valor *morto*.

*Gaston Bachelar*⁵

1 PROLEGÔMEROS

Quando se cogita a ótica artística do artífice estadunidense Andy Warhol (1928-1987*) é praticamente impossível não realizar uma projeção mnemônica da icônica obra de arte que ocupa uma das ‘paredes’ mais importantes do MoMA – The Museum of Modern Art, de Nova York – e que, atualmente, faz parte da coleção permanente da instituição. Funde-se a identidade que o coletivo tem sobre *uma* referência do artista com o pertencimento das características sobre o próprio museu: seria o MoMa o mesmo sem tal produto do engenho de Warhol?

Produzidas no ano de 1962, as 32 telas de sopas Campbell⁶ estão expostas na ordem cronológica em que os produtos (*rectius*, insumos sob o ponto de vista do artífice, bens de consumo sob o ponto de vista do destinatário comum/final da sopa, o consumidor) foram introduzidos no mercado pelo titular do registro marca⁷ e representam um momento relevante para a história da arte – a estreia da *Pop Art*⁸.

Warhol causou um ‘choque mundial’ sob o ponto de vista cultural ao conjugar em sua obra as técnicas da serigrafia⁹ com as imagens comerciais de embalamentos de sopa que sua mãe costumava servir em casa. Retratar algo que se vê todos os dias e que as pessoas conhecem – como artigos de consumo –, teria sido um conselho dado pessoalmente a ele por Muriel Latow, dona da Galeria de Arte Latow, situada no Upper East Side de Manhattan.

Tanto a técnica escolhida pelo artista, quanto os objetos que lhe inspiravam iam na direção oposta do expressionismo abstrato¹⁰ dominante naquele momento, o que fez com que o

⁵ BACHELAR, Gaston. **A poética do espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 73

⁶ Sopas enlatadas produzidas pela empresa norte-americana Campbell Soup Company ou Campbell’s, criada em 1869, com sede em Camden, Nova Jérsei. campbells.com

⁷ Por exemplo, no Brasil o INPI consigna o registro da primeira marca de tal estirpe, sob o número 002414945, depositado no já longínquo ano de 25.10.1959, com a especificação de alimentos de carnes, aves, ovo etc). O direito de propriedade, contudo, só foi objeto de concessão dez anos depois em 25.10.1969 – o que denota que o acúmulo de processos administrativos não decididos pelo então DNPI (órgão) ou hoje INPI (autarquia) já é um problema de décadas.

⁸ “Movimento artístico surgido nos anos 50 e desenvolvido na década seguinte na Inglaterra e nos Estados Unidos, cuja inspiração foi a cultura popular e comercial. Seguindo o artista pop Richard Hamilton, em 1957, suas principais características são: popular, transitório, descartável, de baixo custo, produzido em massa, jovem, espirituoso, sexy, charmoso, glamoroso, um grande negócio”. Livre tradução do verbete Pop Art, tate.org.uk

⁹ “Técnica de impressão de gravura que reproduz desenhos de cores planas através de uma armação de madeira e tela feita de tecido de seda, náilon ou rede metálica, sobre uma base que pode ser de papel, tecido, metal ou outros. O processo se dá a partir da aplicação de tinta sobre partes permeáveis e impermeáveis da tela, que a filtra formando o desenho a ser impresso. O termo sinônimo silkscreen é normalmente utilizado num contexto comercial”. enciclopédia.itaucultural.org.br

¹⁰ “Também conhecido como Escola de Nova York, foi um movimento de vanguarda artística surgido na década de 1940, em Nova York, nos Estados Unidos. Reunindo influências do Expressionismo alemão e do Abstracionismo, esse movimento transformou a cidade num dos grandes centros de arte mundiais. Influenciados pelo existencialismo, pela psicanálise, pelo surrealismo e pelo jazz, seus principais expoentes romperam com a pintura tradicional e se lançaram em novas experiências. Jackson Pollock praticava a *Action Painting*, em ações performáticas em imensas



seu trabalho fosse alvo de diversas críticas. Ou seja, tendo em vista que havia um descolamento com o discurso estilístico predominante no contexto temporal de suas criações, o nicho artístico tratou suas criações com o estranhamento típico daquilo que é munido de um alto grau de originalidade. Aliás, em geral, as obras que importam em uma ruptura do status quo do metiê engendram tal tipo de incômodo¹¹, ao mesmo tempo em que servem para dar legitimação às causas¹² de tutela da propriedade intelectual.

Justamente pelo fato das sopas Campbell serem, naquela época, artigos de consumo do cotidiano norte-americano, muito se questionava se a obra de Warhol seria um tipo de publicidade manietada¹³, algo bolado conjuntamente à sociedade empresária titular do registro marca, já que o artista, inclusive, utilizava os rótulos das latas como convites para suas exposições. Ou seja, não estava evidente a uma parcela da crítica se se tratava de obras autorais de cunho publicitário¹⁴, ou se se tratava de criações estéticas sem necessário apelo comercial intrínseco e proeminente. Portanto, pode-se afirmar que de modo distinto deste artigo ora lido pelo interlocutor em que o significante Campbell traduz um tipo de experiência ao leitor, aquela mimetização das imagens da sopa pelo artífice norte-americano permitiu uma nova forma de sensação¹⁵.

Todavia, como já mencionado, o que impulsionou o artista a retratar itens de consumo do 'dia a dia' foi o amplo alcance pretendido junto ao público que se identificaria com o que estava sendo exposto. Warhol acreditava que o objetivo principal de sua arte seria perdido se houvesse em sua base, seu alicerce existencial-criativo, um laço puramente comercial. Em

telas sobre o chão. Mark Rothko priorizava, por sua vez, a objetividade das cores na técnica *Color Field Painting*". <https://www.encyclopedia.itaucultural.org.br/expressionismoabstrato-17.09.2018>, acessado em 14 set. 2019, às 15:58; <https://www.todamateria.com.br/expressionismoabstrato>, acessado em 14 set. 2019, às 16:21

¹¹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, Vol. 15, Janeiro/Março de 2018.

¹² Que cabe insistir é sempre de uma obrigação de resultado (aspectos qualitativos descritos por lei: originalidade, atividade inventiva, ato inventivo, distintividade etc) e nunca de meio (investimentos ou esforço).

¹³ Questão interessante, mas não objeto deste artigo, é saber quais as distinções de consequência quanto aos resultados jurídicos de: (a) uma obra publicitária; (b) uma expressão de publicidade; (c) uma criação autoral comum; e (d) uma criação autoral sob encomenda.

¹⁴ "A largou-se a publicidade comercial com a imprensa, sobretudo, nos últimos tempos, com a radiofonia e a televisão. Empregam-se para tal efeito todos os meios de apregoar e de convencer, difundindo os nomes comerciais, os títulos de estabelecimentos, as marcas de indústria e de comércio. São as mercadorias, expostas aos olhares dos fregueses e mesmo colocadas ao alcance de seu tacto, assim por suas qualidades, formas ou padrões, os mais convincentes fatores de venda" FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. **O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil** - Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 215

¹⁵ "O professor de psicologia das artes plásticas, no colégio de França, René Huyghe, no seu dialogue avec Le visible de mostra que um dos sinais mais característicos do tempo atual é a substituição do texto pela imagem. Estamos irresistivelmente emigrando da civilização do livro para a da imagem. A apreensão das ideias e das coisas que (excetuada a captação física) são apreendidas pela ideia da coisa, hoje, é feita, cada vez mais, por meio de sensações figurativas e não textuais. A sensação difere do pensamento porque não dialoga com o seu objeto. A sensação identifica-se com o seu objeto; registra-o e sofre seus efeitos. Não é apenas o meio, mas o modo de aquisição que se transforma. A vida da inteligência acha-se ameaçada. A imagem substituiu o texto. A vida sensorial ocupa o lugar que a vida intelectual preenchia. E, assim como o texto escrito veio substituir o método milenar da transmissão oral, x fenômeno análogo ocorre atualmente na substituição gradual da linguagem escrita pela imagem" BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Edição, São Paulo: LEJUS, 1999, p. 90



outras palavras, ao mesmo tempo em que Warhol procurava elementos comuns de identidade¹⁶, igualmente buscava uma originalidade¹⁷ pela ruptura estilística regente, sem perder mão da autenticidade que poderia lhe ser denegada na hipótese de um work made for hire pela companhia de sopas. Não buscara que terceiros vissem ter abdicado de sua aura¹⁸ genuína.

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL, TITULARIDADE, CONTROLE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sob a ótica jurídica, mais especificamente da propriedade intelectual, este é um caso interessante a ser estudado já que, retratando os produtos de importante titular de marcas sem qualquer relação contratual estabelecida com as mesmas, Warhol desenvolveu, cada vez mais, seus trabalhos e expandiu sua fama.

Ao mesmo tempo que se ‘aproveitou’ de marcas mundialmente consagradas, reputadas¹⁹, quando já reconhecido por seu trabalho, Warhol gerou visibilidade para elas, chegando a ser patrocinado por alguns titulares daqueles signos posteriormente. Seria tal ‘oportunismo’²⁰ do artífice compatível com o sistema jurídico? Não se conhece na literatura especializada qualquer acusação séria de que o autor da obra exposta no MoMA quis exercer alguma forma de usurpação²¹ ainda que, por ventura, alguém possa ter se ‘confundido’ a respeito dos originadores. Os mercados (bens de consumo do gênero alimentício e obras de arte) eram distintos, o que

¹⁶ “Tornamo-nos conscientes de que o “pertencimento” e a “identidade” não têm a solidez de uma rocha, não são garantidos para toda a vida, são bastante negociáveis e revogáveis, e de que as decisões que o próprio indivíduo toma os caminhos que percorre, a maneira como age - e a determinação de se manter firme a tudo isso - são fatores cruciais tanto para o “pertencimento” quanto para a “identidade.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2005, p. 17

¹⁷ “Não se contesta que em toda invenção há uma parte não original, que lhe serve de suporte; mas o direito do inventor não recai sobre aquilo que já pertence ao domínio comum, senão apenas sobre a sua criação, isto é, sobre a inovação por ele realizada” CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª Edição Atualizada por Denis Borges Barbosa e Newton Silveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 132

¹⁸ “Não que desaparece nessas circunstâncias pode ser compreendido sob o conceito de aura. O que desaparece na época da reprodução técnica da obra de arte é a sua aura. Esse processo é sintomático, e seu significado estende-se para além do âmbito da arte. A técnica da reprodução, assim podemos formular, separa aquilo que foi reproduzido e o âmbito da tradição. Ao multiplicar a reprodução, ela substitui a existência única por uma existência serial. E, na medida em que a reprodução permite que o receptor tenha acesso à obra em qualquer circunstância, ela a atualiza” BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. *A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica*. In BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. DETLEV, Schöttker. SUSAN, Buck-Morss MIRIAM, Hasen. **Benjamin e a obra de arte: técnica, imagem, percepção**. Tradução Marijane Lisboa e Vera Ribeiro; organização Tadeu Capistrano. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 13

¹⁹ “Reputação não é clientela; esta pode emanar daquela’, com ela não se confunde. Reputação é o crédito ou renome que gozam os produtos no mercado. Clientela é o complexo das pessoas habituadas a negociar com um estabelecimento comercial ou industrial; é a freguesia, the degree of favor enjoyed by a particular shop trade as indicated by its custom, na definição do CENTURY DICTIONARY” BARBOSA, Rui. **As cessões de clientela**. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. XIX

²⁰ “Oportunismo is a subtle and pervasive condition of human nature” WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism**. Firms, Markets, relational Contracting. New York: The Free Press, 1985, p. 6

²¹ Para uma interessante ótica sobre o fenômeno da usurpação vide LINKE, Sarah Helena & TRINDADE, Rangel Oliveira. Plágio às avessas: o caso S. Westphal e o direito autoral na internet. Revista Eletrônica do IBPI: NEDAC, **Anais do 1º Seminário em Direito, Artes e Políticas Culturais**, 09 e 10.06.2011



é inegável. Poderia se falar em concorrência? De que maneira isto pode ser enxergado como o exercício do princípio livre da cópia²² de bens e serviços de terceiros ou como aproveitamento parasitário²³ ainda que não fosse o caso de concorrência?

É impreterível consagrar que a cópia de bens e serviços de terceiros é em princípio livre, não devendo ser condenada per se. Tampouco é convincente o fato de que o signo distintivo contemplado pela obra de Warhol, por ser munido de significativa reputação²⁴, pudesse legitimar eventual anseio do proprietário em promover a censura privada da obra sob o jugo de seu direito de propriedade²⁵.

Por isso, embora o Direito possa ser direcionado à vedar a cópia em certos contextos, por delimitada extensão de tempo, em peculiares territórios, o mesmo deve ser instrumentalizado zelar pela função social²⁶, de forma a se atingir um equilíbrio que permita, por exemplo, incentivos para novos investimentos – sem os quais a economia interrompe seu fluxo de renovação e continuidade. Em outras palavras, deve se atentar se o exercício do direito (de propriedade sobre a marca, por exemplo) não significará em uma desproporcional externalidade negativa²⁷ contra o mercado (inclusive o cultural). Rachel Sztajn discorre acerca desta temática em sua obra *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*, publicada em 2004:

²² “A cópia, mesmo repetida, de elementos empresariais é por si irrelevante: o princípio é o da liberdade” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 446

²³ “Ora, o que teoria dos agissements parasitaires tem em vista é alargar a protecção do valor económico de certos investimentos a todos os intervenientes económicos no mercado, atingindo-se com esta categoria actos que a concorrência desleal deixaria impunes. Na verdade, tratar-se-ia, apesar da inexistência de uma clientela comum, de uma extensão do instituto da concorrência parasitária, sendo a generalidade da doutrina francesa levada a reconhecer, actualmente, que o verdadeiro parasitismo económico se situa ao nível das relações extraconcorrenciais. O alargamento do conceito de actos parasitários foi sendo, igualmente, e de forma progressiva, aceite na doutrina de direito comparado, em especial, na Alemanha e nos EUA” AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Parasitismo Económico e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57.

²⁴ “Marca, ao invés de garantia estatal de qualidade, incorpora todas as características que o mercado atribui ao bem. Incorpora, portanto, a reputação do bem e é um poderoso veículo de transporte de preferências. Tão poderoso que, por vezes, é capaz por si só de concentrar as preferências, constituindo um poderoso meio de criação de monopólios. Não há mais qualquer resquício da certificação estatal de qualidade. No mundo moderno, essa função é exercida pelas regras administrativas de certificação de produtos e pelos dispositivos do direito do consumidor” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 140

²⁵ Neste campo de pensamento vide BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. “**Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos**”. Rio de Janeiro, Editora Foco, In *Direito Digital: direito privado e internet – 2ª Ed.* Coordenada por Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi.

²⁶ RODRIGUES, Clovis Costa. **Concorrência Desleal**. Rio de Janeiro: Editora Peixoto S.A, 1945, p. 17.

²⁷ “Quando uma pessoa acorda com outra a venda de precioso selo, priva terceiro daquele bem que poderia, eventualmente, interessar-lhe. A abertura de nova pizzaria abalará outras já instaladas na mesma região. A compra de um automóvel é capaz de gerar o aumento da poluição. Contratos de transferência de tecnologia interessam à nação. O pagamento de royalties a empresas estrangeiras traz efeitos sobre a balança comercial do país, envolvendo a todos nós. O licenciamento exclusivo de uma patente de remédios pode mostrar-se questão de saúde pública. Os exemplos de efeitos externos dos contratos são inúmeros. O direito comercial não pode passar ao largo das externalidades, como faz a doutrina tradicional ao abraçar individualismo oitocentescos. Mais uma vez, o direito económico e o direito comercial entrelaçam seus Objetivos” FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.



Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a ideia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. Intervenções em mercados podem ser tanto reguladoras quanto moderadoras do conjunto de operações neles realizadas. Aquelas são intervenções disciplinadoras de certos mercados, estas as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado.

De acordo com Denis Barbosa²⁸ - que endossa uma ótica *tradicionalista* sobre o ambiente da concorrência desleal em sua vertente privada²⁹, existem três requisitos para que a concorrência entre agentes econômicos seja configurada: (i) que as atividades sejam desempenhadas ao mesmo tempo; (ii) que elas se voltem para o mesmo produto ou serviço; e (iii) que a venda ocorra no mesmo mercado geográfico.

Não é preciso muito esforço intelectual para concluir que não há de se falar em concorrência³⁰ (sequer potencial) entre Warhol (suas obras) e a Campbell Soup Company. Embora ambos os sujeitos de direito sejam norte-americanos e atuassem na mesma localidade geográfica, enquanto o primeiro é um artista plástico, a segunda é uma titular de marca responsável pela produção de variados produtos enlatados.

Ao apreciar obras de Warhol em museus como o MoMA e o Whitney Museum of American Art, entre outros, é natural que se retome o questionamento feito à época de sua produção, sobre a relação do artista com os proprietários das marcas por ele retratadas. Muito se observa a utilização equivocada dos termos confusão e associação. Aqui, se faz mais do que necessária a seguinte ressalva feita por Denis Barbosa³¹:

Haverá confusão “quando não podemos reconhecer as distinções, as diferenças; quando as coisas se tomam umas pelas outras; quando se misturam umas com as outras”. Haverá associação nas hipóteses em que, mesmo não cabendo confusão – o consumidor não toma um signo por outro – há intensa relação simbólica entre uma marca e outra, ou assimilação entre a marca e a linguagem comum de um segmento de mercado, com risco

²⁸ BARBOSA, Denis Borges. **A Doutrina da Concorrência**. Rio de Janeiro, 2002.

²⁹ Como já tivemos a oportunidade de ventilar, ainda que de modo célere, na obra BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, é ainda necessário que se considere o fator preço na hora de cotejar a existência de concorrência efetiva entre os agentes econômicos.

³⁰ “Usually, one who acts in such a way as to deliberately harm another will be liable for any resulting injuries. When one decides to open a new business and compete with those already engaged in a given line of commerce, it is fairly certain that existing firms will suffer an injury in the form of reduced profits. They may even be driven out of business. It might seem, therefore, that entering a new market should lead to tort economy and our citizens. Consequently, competition is tolerated, and indeed encouraged, in many contexts, despite the economic harm it may inflict on merchants already in the field. However, there are limits on how competition can be conducted. Much unfair competition law is an attempt to balance the economic harm new firms will inflict on established merchants, against the benefits to the public from enhanced rivalry. Understanding this tension puts many unfair trade problems in a clearer context. SCHECHTER, Roger E. **Unfair trade practices and intellectual property**. Minnesota (EUA): West Publishing Company, 1992, 2ª Ed., p. 42

³¹ BARBOSA, Denis Borges. **Da confusão e da associação de marcas** In http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/marca_de_industria.pdf, acessado 10 set. 2019, às 14:27

de que o público possa entender que o signo tem como referência um produto ou serviço distinto do real, ou uma origem diversa da verdadeira.

É preciso, portanto, enfrentar uma constatação de índole favorável ao proprietário: ao se apreciar as obras de Warhol elas seriam facilmente associáveis com as marcas por ele retratadas. Ainda sob um ponto de vista pro-titular, nada impediria a sociedade empresária alegar de que tal associação fez com que o *goodwill*³² da companhia Campbell's fosse diluído, de modo a ocorrer um aproveitamento indevido da reputação alheia. Afinal, era a intenção do artista cativar o público ao utilizar como objeto o que este consumia no cotidiano e o mérito de tornar um produto em item de consumo diário da maior parte da população norte-americana era uma conquista já realizada pela companhia.

Tal reflexão, entretanto, parte de duas premissas completamente equivocadas: (i) ao projetar tal hipótese para o Brasil é importante ventilar que o signo que identifica os produtos de sopa não é qualificado³³ como uma marca de alto renome de modo a transbordar a exclusividade sobre a sua especialidade; e (ii) se se fosse autorizado – ainda que uma marca de alto renome – cercear a liberdade criativa de terceiros, em um tipo de corpus mysticum de função divergente da distintividade (e.g. sobre o direito de impedir a criação alheia de uma obra utilitária, ornamental ou oeuvre estética), estar-se-ia legitimando a odiosa (pelo desrespeito ao princípio da especialidade de tutela), inconstitucional (art. 1º, IV, 5º, XXIX, 170, IV e V da CRFB) e ilegal (art. 124, XVII, da Lei 9.279/96; e art. 8º, VII, da Lei 9.610/98) conduta da sobreposição de direitos. Independentemente de qual seja a potência etimológica de uma marca, eventual registro não pode cercear o uso do mesmo signo – que o leitor escuse os autores pela tautologia – em um contexto em que não haja o uso como e enquanto elemento distintivo.

Muitas vezes no 'aproveitamento parasitário' ocorre a diluição da marca detentora da fama, ou seja, ela perde progressivamente o poder distintivo de seu sinal que, por sua vez, ocorre quando este não exerce mais a fundamental função de identificar um produto ou serviço e sua origem.

Em retorno ao cotejo crítico de uma ótica reacionária, em prol do único interesse do proprietário (e, possivelmente, ao arrepio dos outros cinco núcleos de interesses partícipes de qualquer relação jurídica que verse sobre um bem tutelado pela propriedade intelectual): (a) originador, (b) Estado, (c) concorrência/rivalidade, (d) consumidor/destinatário cultural, e (e) meio ambiente); não se pode negar que Warhol, ao utilizar marcas muito famosas nos Estados Unidos como insumo de trabalho, colheu frutos os quais não semeou ou, como a doutrina norte-americana denomina, "no one should reap where he has not sown". Tal característica é cardinal para aqueles que são defensores de uma intensa tutela contra os chamados atos de parasitismo.

³² "O *goodwill*, ou clientela resultante das qualidades pessoais da empresa, não se limita à marca. Mas, em relação a esta, o *goodwill* é a consequência da fidelização". BARBOSA, Denis Borges. **O fator semiológico na construção do signo marcário**. Rio de Janeiro, 2006, p. 49

³³ A lista taxativa e atualizada resta disponível para consulta no site do INPI: http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/arquivos/inpi-marcas_-marcas-de-alto-renome-em-vigencia_-06-08-2019_padrao.pdf, acessado em 18 set. 2019, às 22:25.



Nesse ponto, cabe a introdução da questão da apropriação na arte, ou Appropriation Art³⁴. Este movimento se encontra, na maior parte das vezes, sob a forma de paradoxos e autocontradições, nos quais as categorias do mundo da arte – como, por exemplo, a autoria, a originalidade, as inspirações e influências, o valor econômico e outras – são problematizadas.

A definição de apropriação no presente contexto se dá como a aquisição, em uma obra de arte, de um objeto real ou mesmo de outra obra de arte pré-existente. É relevante esclarecer que esse movimento artístico não consiste no plágio expressivo, tendo em vista que se passar pelo criador ou criadora da arte apropriada definitivamente, não é o intuito desejado pelo movimento.

Entretanto, embora os estudiosos do tema percebam que, de fato, não se trata de uma usurpação, muitos leigos no assunto costumam frequentemente criticar tais artistas. O que aqueles não imaginam é que, dentre as intenções desse movimento artístico, está aquela de ter sua obra reconhecida como originada de um determinado insumo: a apropriação.

As 32 telas de sopas Campbell, conhecidas como Campbell's Soup Can series, ocupam o posto de um dos mais famosos exemplos de Appropriation Art, do mesmo modo que Warhol é tido como um de seus ícones. Apesar disto, não se deve confundir Appropriation Art (como metodologia) com Pop Art (estilo), são movimentos artísticos distintos, embora conexos.

Ao se proceder a análise da arte à luz do direito de propriedade, constata-se o quão complexa e polêmica e essa reflexão. São inúmeros os desafios para os cânones e a jurisprudência contidos na arte contemporânea, em especial a Pop Art e arte da apropriação, objeto desse brevíssimo estudo.

Os binômios individualidade vs. coletividade, originalidade vs. cópia, cultura vs. consumo e processo vs. resultado estão e continuarão em pauta no exercício de compreensão e equacionamento da produção de informação no mundo contemporâneo. Arte e direito estão nesse esforço, em que pese ambos terem como únicas semelhanças o fato de (i) não serem ciências; e (ii) dependerem do intérprete.

3 NOTAS CONCLUDENTES

Vistos de maneira célere a simulação entre o virtual *discurso* proprietário (e.g. Campbell) e aquele do artífice não concorrente, é possível notar que a hipertrofia da exclusividade sobre um

³⁴ "Appropriation is the intentional borrowing, copying, and alteration of existing images and objects. A strategy that has been used by artists for millennia, it took on new significance in the mid-20th-century with the rise of consumerism and the proliferation of images through mass media outlets from magazines to television. Pop artists reveled in reproducing, juxtaposing, and repeating everyday images from popular culture in their wide-ranging work. In doing so, they both mirrored and critiqued the ideas, desires, and cultural trends of their time. As Andy Warhol stated, "Pop artists did images that anyone walking down the street would recognize in a split second – comics, picnic tables, men's pants, celebrities, refrigerators, Coke bottles." Today, appropriating, sampling, and remixing elements of popular culture is common practice for artists working in many different mediums, but such strategies continue to challenge notions of originality and authorship, and to push the boundaries of what it means to be an artist". <https://www.moma.org/momalearning/popart/appropriation>, acessado em 13 set. 2019, às 22:00

signo distintivo não é legítimo face à livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 *caput* da CRFB) *per se*, ou, quanto mais, às restrições à liberdade de expressão (art. 5º, IX, 216, I, 220, *caput* e parágrafo 2º, da CRFB).

A exclusiva sobre um elemento distintivo não pode se espalhar para funções utilitárias, ornamentais ou estéticas alheias³⁵, sob pena de tratar a propriedade como regra e a liberdade como uma exceção³⁶. *In casu*, tudo é facilitado pelo fato de que não se pode falar em dano reputacional³⁷, já que é possível argumentar, por sinal, (i) que o artifice é melhor reputado do que o próprio titular do signo Campbell's; (ii) que a própria escassez da existência humana face à indeterminabilidade temporal de uma pessoa jurídica; e (iii) que enquanto os produtos de Warhol são quantitativa e qualitativamente escassos, não há limites para a fungível produção da companhia.

Há um outro ponto fundamental que precisa ser destacado: tanto a obra de arte de Warhol, quanto o *trade dress* e a marca correlacionados ao produtor de sopa são espécies de bem de produção. Tal definição é relevante visto que a doutrina³⁸ já identificava, para tais tipos de bens, desde o início do século passado a diferenciação entre *titularidade* e *controle*. Se assim o é com os falidos e seus bens (art. 99, VI, da Lei 11.101/2005), com o proprietário e o imóvel comercial locado há mais de cinco anos (art. 51 da Lei 8.245/1991), e com os bens tombados (art. 11 do Decreto-Lei 25/1937), o titular de uma marca/*trade dress* não tem sob seu jugo o poder de *calar* o crítico ou de cercear *interpretações* estéticas sobre seu bem imaterial.

Pode haver propriedade sem que haja controle, pois tal como vaticinado por Eros Roberto Grau³⁹, há obras que são tidas como *alográficas* em que terceiros (como um intérprete, artifice etc) irão 'completar' ou 'inovar' na dimensão sobre o *insumo alheio*. Aqui resta a conexão com o último argumento que tutela a (a autonomia de) Warhol mesmo fora dos rincões de um país que é extremamente caro à liberdade de expressão: a partir do momento em que houve significativo *contributo mínimo* do artista na *transformação criativa* do bem de consumo (imagem da lata de sopa) em novo bem de produção (cultural, é verdade), até o dispositivo sobre especificação civil⁴⁰ permitira aquilo que foi feito por Andy Warhol.

³⁵ "In order to highlight that distinction, both the PTO and the courts have concluded that trademark and copyright protection should be alternative and not concurrent. Thus, if a word, symbol or slogan functions as a trademark, it does not constitute a work of authorship. Commercial prints and labels that do not function as a trademark, on the other hand, are copyrightable subject matter" McMANIS, Charles R. **Intellectual Property and Unfair Competition**. St. Paul: West Publishing Co, 2004, p. 260

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 209 e seguintes

³⁷ "A reputação do industrial ou do comerciante assenta no crédito. Crédito em seu duplo aspecto: o moral que ele conquista pela honradez, e o profissional, que adquire pela sua capacidade de trabalho" LEONARDOS, Thomas. **Concurrença Desleal**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1936, p. 34

³⁸ BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 3

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Música e o Direito**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf>, acessado em 18.09.2019, às 23:05.

⁴⁰ Código Civil: Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.



Provavelmente sem conhecer todos os riscos jurídicos que correu, e portanto sem sofrer com o possível chilling effect de uma abusiva cease and desist letter, Warhol produziu uma ‘criatura’ que continua fazendo tudo aquilo que uma obra de arte pode proporcionar: crítica, desgosto, prazer, decepção, inveja, enfim, influências estéticas em novas obras.

REFERÊNCIAS

LIVROS

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Parasitismo Económico e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002

BACHELAR, Gaston. **A poética do espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1993

BARBOSA, Denis Borges. A Doutrina da Concorrência. Rio de Janeiro, 2002 In BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **E-stabelecimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2018 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. “Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos”. Rio de Janeiro, Editora Foco, In Direito Digital: direito privado e internet – 2ª Ed. Coordenada por Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, Vol. 15, Janeiro/Março de 2018

BARBOSA, Rui. **As cessões de clientela**. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2005

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Ed., São Paulo: LEJUS, 1999

BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica. In BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. DETLEV, Schöttker. SUSAN, Buck-Morss

MIRIAM, Hasen. **Benjamin e a obra de arte: técnica, imagem, percepção**. Tradução Marijane Lisboa e Vera Ribeiro; organização Tadeu Capistrano. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012 BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª Ed. Atualizada por Denis Borges Barbosa e Newton Silveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. Rio de Janeiro: Edição Saraiva, 1976

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962



FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.**

2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2010

LEONARDOS, Thomas. **Concurrença Desleal.** Rio de Janeiro: Livraria Academica, 1936 McMANIS, Charles R. **Intellectual Property and Unfair Competition.** St. Paul: West Publishing Co, 2004

RODRIGUES, Clovis Costa. **Concorrência Desleal.** Rio de Janeiro: Editora Peixoto S.A, 1945 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial.** São Paulo: Marcial Pons, 2015

SCHECHTER, Roger E. **Unfair trade practices and intellectual property.** Minnesota (EUA): West Publishing Company, 1992, 2ª Ed.

SZTAJN, Rachel Sztajn. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004

WARHOL, Andy. **The Phylosophy of Andy Warhol: "From a to b and back again".** Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1975

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting.** New York: The Free Press, 1985

TESES

BARBOSA, Denis Borges. **O fator semiológico na construção do signo marcário.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, Rio de Janeiro, 2006

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais.** Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – Ufpr, Curitiba, 2013

SITES

<https://www.bn.org.br>

<https://www.campbells.com>

<http://www.denisbarbosa.addr.com>

<https://www.encyclopedia.itaucultural.org.br>

<https://www.HISouR.com>

<https://www.inpi.gov.br>

<https://www.moma.org>

<https://www.stf.jus.br>

<https://www.tate.org.uk>

<https://www.todamateria.com.br>

<https://www.warhol.org>





AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, SEUS REFLEXOS, E O NOVO PROJETO EUROPEU DE COMBATE À FALSIFICAÇÃO DE PRODUTOS: UM ESTUDO PROPOSITIVO.

Lucas Silveira Duarte¹.

RESUMO: O presente estudo surgiu a partir das nuances que envolvem o mercado de consumo e a circulação de produtos falsificados, os quais violam Direitos de Propriedade Intelectual, direitos do consumidor, o meio ambiente e a saúde pública. Neste sentido, partiu-se da seguinte problemática: qual a viabilidade, em termos globais, de se estabelecer um controle real sobre a circulação de mercadorias, ante a todas as mazelas e dificuldades postas em termos estruturais para fins de reduzir os danos causados pelos produtos de qualidade duvidosa implementando *blockchain*? A partir de uma necessária contextualização realizada através da coleta de dados e das regras e políticas aplicadas em prol da coibição dessas atividades, chegou-se temporalmente ao ano de 2018, momento no qual a União Europeia passou a olhar para a tecnologia *blockchain* como a saída para reformular a cadeia de suprimentos como um todo. Para conceber as devidas conclusões, tratou-se, na primeira parte do estudo, da confusão terminológica entre contrafação, pirataria e falsificação, para, em seguida, entender-se do problema através dos estudos e estatísticas mais recentes que dialogam com o assunto. No segundo momento, a análise foi estritamente jurídica, direcionada aos regramentos e políticas internacionais e nacionais existentes e o seu grau de eficácia e abrangência sobre o fenômeno em discussão. Por fim, a análise direcionou-se ao projeto europeu de combate à falsificação de produtos e aos desafios apresentados para a consecução de seu ideal principal. A conclusão foi a de que, idealmente, o projeto é inovador e pode ensejar as tão almejadas mudanças relacionadas ao cumprimento real da lei, tanto na esfera dos Direitos de Propriedade Intelectual, quanto no atingimento de uma melhora no quadro da saúde pública e do meio ambiente. Mesmo com a confirmação dessas probabilidades, a pergunta que fica sem qualquer resposta é: e se esse mercado for de fato eliminado? A complexidade do tema é ímpar, e o estudo, apesar de objetivar o fomento da discussão em detrimento de respostas definitivas, é relevante por todos os *poréns* apresentados.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Falsificação. *Blockchain*.

¹ Graduado no Curso de Direito da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS e Mestrando em Direito Privado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Músico, Pesquisador e Advogado nas áreas do Direito Empresarial e do Direito da Propriedade Intelectual.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito é, indubitavelmente, uma das principais ferramentas de gestão da vida em sociedade e que, por isso, seus meandros sofrem por um processo constante de repaginação diante das novas demandas sociais e das complexidades que trazem consigo.

O ramo do Direito da Propriedade Intelectual, nos moldes em que está posto hoje, pode ser considerado jovem dentre seus pares no mundo jurídico, e foi concebido exatamente através de diversos processos de transformação social que tinham como pilares o desenvolvimento de uma era industrial onde surgiram novos mercados e, principalmente, nasceram novas ferramentas facilitadoras de um fenômeno nunca antes imaginado em larga escala, qual seja, o da réplica em massa de um mesmo exemplar.

Na esteira da reprodução de produtos, ensejada pela inovação tecnológica decorrente dos primeiros inventos de natureza industrial, deu-se vida, em campos outrora não explorados, ao fenômeno da competição. Assim, o aprimoramento cada vez mais veloz da tecnologia permitiu o surgimento de uma sociedade industrial, com novas formas de competição e de produção de bens prontos para o consumo, além de moldar um ambiente criativo aberto o suficiente para que não apenas os “autorizados” a operar pudessem o fazer.

Utilizou-se o termo acima entre aspas exatamente para enfatizar o cerne da discussão que envolve o Direito da Propriedade Intelectual. Com as mutações realizadas, tal esfera jurídica se dedica a tratar de aspectos que envolvem a competição nos diversos mercados, bem como, e, principalmente, a garantia de remuneração aos criadores de obras culturais e invenções com finalidade utilitária, gerando uma espécie de monopólio no qual os não autorizados passam a ser considerados violadores de direito alheio.

Os dois sub-ramos, o Direito Autoral e a Propriedade Industrial, funcionam como formas de monetização do mercado criativo e controle, por consequência, de práticas consideradas pela lei como passíveis de reprimenda e punição.

Para a presente pesquisa, ambos os sub-ramos serão relevantes, embora o segundo seja elevado ao enfoque principal. Conforme dito, o mercado funciona dentro e fora da lei, o que gera produção lícita, bem como aquela considerada clandestina. Esta, tem se mostrado cada vez mais complexa, profissional e lucrativa, não estando no seu horizonte a preocupação com a qualidade e segurança do que se produz.

O comércio de produtos falsificados, o qual vem sobrevivendo a diversas políticas com diferentes *approaches* que buscam exatamente frear a ilicitude da fabricação dessas mercadorias, que geram lucros sem o devido controle de qualidade, proveniência e segurança, continua a ser uma grande preocupação global, segundo o que se pormenorizará nos próximos tópicos. As infrações ocorrem em face de todos os objetos de proteção da Propriedade Intelectual (PI), como as marcas, as patentes de invenção, os modelos de utilidade e, inevitavelmente, os direitos autorais.



Do vestuário aos medicamentos, dos produtos supostamente “verdes” aos eletrônicos, há muito dinheiro circulando através de um comércio marginal sistematizado que se utiliza de mão de obra barata, matéria prima sem selo de procedência e espaços sem os mínimos requisitos necessários de funcionamento. Além da violação de direitos de natureza intelectual, há diversas outras áreas dentro e fora do Direito que acabam sendo tocadas por esse fenômeno, como o é fortemente a saúde e o meio ambiente.

Alternativas para o controle desses fluxos já foram implementadas mundo a fora, tais como as políticas adotadas no Brasil através do trabalho desenvolvido pelo CNCP (Conselho Nacional de Combate à Pirataria), bem como as diversas medidas a nível internacional como o TRIPS, o ACTA e as parcerias transpacífica e transatlântica. Apesar dos inúmeros fóruns de discussão e esforços de natureza diversificada, a alteração do quadro é insuficiente, necessitando de uma nova proposição.

E o propósito deste estudo é buscar compreender se o mais recente projeto de combate à falsificação que está em fase inicial de pesquisa e desenvolvimento na União Europeia é capaz de enfrentar o problema concretamente e não apenas contornar problemas pontuais em termos continentais. O escopo principal do referido projeto é conceber um mercado de consumo com ferramentas de controle automatizadas e seguras nas operações de manufatura, transporte, fiscalização e chegada do produto ao consumidor final. O incremento é tecnológico, sendo baseado na tecnologia *blockchain*, surgida da criptomoeda *bitcoin*, e que vem chamando a atenção tanto do setor público, quanto do privado, sobre a potencial inserção do elemento *trust* em diversos nichos de serviço e estruturas organizacionais.

Afora a discussão ideológica, há de se atentar para o fato que está posto: a despeito de qualquer pesar ou dúvida quanto à veracidade de determinadas informações ou estatísticas, a falsificação de produtos gera malefícios das mais diversas ordens, conforme se detalhará. É partir deste *status quo* que se realiza o presente estudo, numa perspectiva propositiva e crítica do novo projeto europeu destinado ao comércio como todo e, principalmente, ao combate à clandestinidade.

Na primeira parte, tratar-se-á de distinções conceituais envolvendo contrafação, pirataria e falsificação, além das consequências que o mercado ilegal traz em termos, econômicos, sociais e ambientais; na segunda parte, debruçar-se-á sobre as normas e políticas públicas que tratam da matéria em âmbito nacional e internacional, para que se busque compreender o *status quo* do problema; e por fim, à terceira parte caberá tratar objetivamente do projeto europeu e suas possíveis consequências no mercado de consumo globalizado.

o que se refere à metodologia, a presente pesquisa qualitativa será construída através do método indutivo de abordagem, tomando por base exposições doutrinárias, regadas de opiniões dos estudiosos da área. Pelo fato de se estar diante de um tema bastante atual, o método dialético será de extrema relevância no sentido da busca pelo caminho mais equilibrado na construção de noções que contribuam para a evolução da Propriedade Intelectual como ferramenta importante para o desenvolvimento da sociedade.



Por fim, a técnica de coletas de dados será desenvolvida por meio de pesquisa documental e bibliográfica, de modo que se fará a análise de livros, artigos, revistas, estatísticas e outros meios de informação para que o intuito comparativo do estudo seja devidamente alcançado.

2 O FENÔMENO DA CONTRAFAÇÃO: CONCEITOS, ABRANGÊNCIA E REFLEXOS

Caberá neste ponto, apresentar aos desavisados ou desatentos as diferenças entre os termos contrafação, pirataria e falsificação, com o fim de traçar algumas diferenças entre termos muitas vezes empregados como sinônimos, para entender a abrangência da utilização do mesmo. O último dos subtópicos funcionará de conector entre o Direito e algumas das outras áreas do conhecimento necessárias para a pré-compreensão do que se busca refletir.

2.1 A abrangência terminológica da contrafação e sua similaridade/sinonímia com a pirataria

O Acordo TRIPS cuidou de distinguir, mesmo que de forma pouco elaborada, o alcance de ambos os termos, conforme a Nota de rodapé 14 do Art. 51 (OMC, 1994):

Para os fins propostos nesse Acordo:

- a) “produtos com marca contrafeita” significam quaisquer produtos, incluindo embalagens, que ostentem sem autorização uma marca a qual é igual a outra marca validamente registrada e relacionada a produtos da mesma natureza, ou que não podem ser distinguidas em aspectos essenciais de outra marca, e que, assim, infrinja direitos do proprietário da marca de acordo com a lei do país de importação;
- b) “produtos com direitos autorais pirateados” significam quaisquer bens que são cópias feitas sem o consentimento do titular dos direitos ou pessoa autorizada pelo próprio titular a fazê-lo no país de produção e que é feita direta ou indiretamente de um artigo em que a realização desta cópia constitui uma violação de direitos autorais ou de um direito relacionado ao abrigo da lei do país de importação. (tradução nossa)

O conteúdo da nota exarada demonstra o cuidado que os redatores do paradigmático tratado internacional tiveram em discernir práticas de falsificação de produtos. Neste sentido, o pacto fez um alerta no sentido de que o termo contrafação se limitaria à Propriedade Industrial (mesmo que a passagem se tenha focado nas marcas) relacionado aos direitos de PI, enquanto a pirataria seria um termo limitado às práticas de violação a direitos autorais. Contudo, a doutrina jurídica especializada acabou misturando as terminologias, utilizando ambos os termos como sinônimos em muitas ocasiões.

O professor José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 2014) foi um dos juristas que, citando Hermano Duval, Pierre-Yves Gautier, Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière e a própria LDA



brasileira, estendeu o emprego de contrafação aos direitos autorais, o que gera a sensação de que eventual esforço na separação conceitual entre os termos seria uma mera espécie de preciosismo sem finalidades objetivas. Da mesma forma o fez Emília Malgueliro Campos, empregando o vocábulo pirataria de maneira genérica, igualmente abrangendo todo e qualquer tipo de violação a direitos de PI (CAMPOS, 2011).

Conforme se verá no último tópico deste estudo, o novo projeto europeu adota um tom generalista, empregando a expressão “anticontrafação” para intitular os *papers* publicados sobre a matéria, os quais falam em uma nova estrutura de proteção a “direitos de PI”.

O que vale destacar, em meio a esse imbróglio conceitual, é que o presente estudo adota um tom extensivo sobre as violações e utiliza das definições conceituais trabalhadas no TRIPS e minuciosamente distinguidas por Pedro Mizukami e Oona Castro no livro *Brasil Pirata, Brasil Original* (2016), onde delimitam o termo pirataria à violação de direitos autorais, o termo contrafação a violação dos direitos de marca, e a falsificação como um termo mais abrangente, que, neste estudo, será aplicado para abarcar todas as formas de violação a direitos de Propriedade Intelectual.

2.2 Reflexos sociais, econômicos, ambientais e à saúde pública do mercado de produtos falsificados

Os direitos de PI, além de edificarem monopólios e operarem de forma a internalizarem as externalidades positivas que proporcionam, fazem parte de uma cadeia produtiva que preenche (via de regra) os pressupostos de regulamentação capazes de assegurarem a qualidade, segurança e proveniência dos produtos que circulam no mercado (TIMM, 2019). Por isso, a violação a tais direitos enseja habitualmente, realizando-se o raciocínio inverso, na não realização do controle da produção e, por consequência quase inafastável, na não informação ao consumidor acerca de dados verificáveis e/ou verdadeiros. Por isso, produtos falsificados são produtos inseguros por sua natureza.

Tal insegurança invade outras esferas da vida em sociedade que vão além da Propriedade Intelectual. A saúde pública é um dos principais eixos afetados, tendo em vista que há um mercado de consumo moldado através de diversos itens da área médica, estética e afins que são produzidos e vendidos clandestinamente. A clandestinidade não preenche, naturalmente, os requisitos técnicos para fins de evitar acidentes de consumo de gravidade considerável.

A Organização Mundial da Saúde publicou no final da década passada (OMS, 2008) uma pesquisa sobre o tamanho do mercado de medicamentos contrafeitos, concluindo que de 20% a 30% dos produtos que circulavam em grande parte dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento (as zonas mencionadas foram o Leste Europeu, a América Latina, a África e a Ásia) eram falsificados ou comercializados de forma irregular.

O resultado de uma economia tão vultuosa nesta área, conforme estes e outros dados (vide resolução publicada pela ANVISA sobre a circulação de 11 lotes falsificados do medicamento Sustent®, utilizado no tratamento do câncer) (2018), gera efeitos reversos e novas doenças.



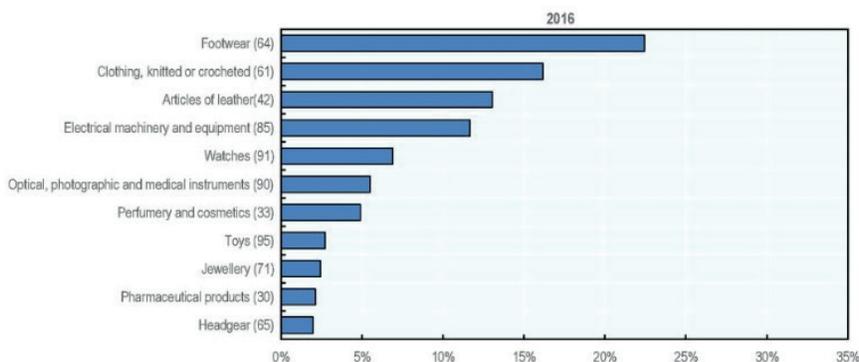
Da mesma forma ocorre quando se fala do meio ambiente. O Professor Luciano Benetti Timm, já mencionado, que hoje ocupa o cargo de Secretário Nacional do Consumidor, tratou do tema recentemente em artigo publicado na revista JOTA (TIMM, 2019), expondo resumidamente que:

Além disso, deve ser mencionado o risco ambiental que tais produtos podem oferecer, a exemplo do emprego de defensivos agrícolas que violem direitos de propriedade intelectual (fungicidas, pesticidas etc.) na produção de cultivares que integram a cadeia de produção alimentícia e têxtil (dentre outras), cujo descarte não se submete a nenhum processo de logística reversa e cuja composição normalmente não obedece à legislação brasileira. Isso pode levar a externalidades negativas, como a contaminação de solos e de lençóis freáticos e a intoxicação de populações que habitem a localidade das fazendas em que tais produtos sejam aplicados, além de gerar prejuízos significativos à biota, que podem se estender para além da área circundante ao local de aplicação. E tudo isso sem deixar de mencionar todos os efeitos nefastos que o consumo dos bens produzidos com o emprego de tais defensivos traz ao organismo.

Vinculados a tais práticas - e, não necessariamente adentrando no grupo de ações clandestinas e/ou que violam direitos de PI - estão os mecanismos conhecidos como *greenwashing*, os quais se referem à utilização de selos ecológicos mentirosos ou omissos que buscam convencer o consumidor de que determinado produto é responsável no quesito ambiental e que, portanto, deve ser consumido em detrimento de outros (SASS, 2016).

Consoante será abordado na sequência, esse é um dos grandes enfoques do projeto europeu, pois a prova da autenticidade do produto e das informações sobre o seu processo é medida necessária para o desenrolar de um horizonte econômico verdadeiramente responsável. Destarte, a complexidade do problema está posta, em diversos níveis e com diversas variantes.

Dados mais atualizados foram publicados em 2019 pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e servem para se ter um panorama geral da falsificação em diferentes nichos de mercado tais como vestuário, equipamentos elétricos, médicos, perfumaria, brinquedos e medicamentos. O gráfico abaixo demonstra a porcentagem de apreensões por nicho:

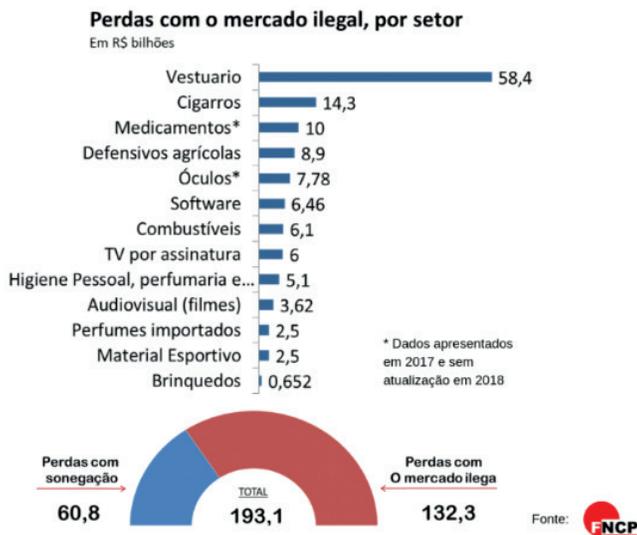


Fonte: OCDE, 2019

Através destes dados (a sequência do ranking se refere aos calçados, em primeiro lugar, e na sequência vem: roupas, artigos de couro, equipamentos e máquinas, relógios, equipamentos médicos, perfumaria e cosméticos, brinquedos, joias, produtos farmacêuticos e produtos de chapalaria), é possível identificar o quão estruturados são os mercados nos grupos listados, o que confirma o tamanho do problema ante a permanência dos níveis de apreensão (o report da OCDE traz números de 2014 à 2016 e comprova certo grau de permanência e até, a depender do país, de aumento da exportação de produtos falsificados). Dentre os países com maior número de exportações de produtos contrafeitos estão China, Índia e Emirados Árabes.

Os métodos estatísticos empregados pela OCDE concluíram, por fim, que o comércio de produtos falsificados apresenta uma curva de crescimento representando, no ano de 2016, cerca de 3,3% do comércio mundial, com a geração de receitas em torno de 500 bilhões de dólares.

Falando especificamente sobre o Brasil, a realidade em termos de exportação é menos grave, sendo que o “x da questão” é o número gigante de importações de produtos falsificados. O gráfico abaixo traça importantes inferências quanto aos mercados mais atingidos, e o que o país, em tese, deixaria de arrecadar.



Fonte: FNCP, 2018

Apesar das possíveis críticas que os números apresentados possam sofrer, constata-se que os produtos falsificados fazem parte de um complexo contexto social clandestino (inserir nota), o qual vem sendo objeto de estudos para atualização em termos legais e de implementação de novas políticas que possam gerar uma desidratação da circulação destes itens, diante de ilícitos que invadem a esfera não apenas da Propriedade Intelectual, mas também, de outros ramos do Direito, da saúde pública, do meio ambiente e do mercado como um todo.

3 AS REGRAS APLICÁVEIS E AS POLÍTICAS DE CONTROLE EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Após serem perpassados os tópicos que servem para situar o leitor sobre a problemática posta, cabe neste momento trazer à análise algumas das mais relevantes regras aplicáveis ao tema e as políticas adotadas através da consecução daquelas, com o fim de preparar o terreno para o último tópico deste estudo, no qual serão trazidos os pilares do novo projeto “anticontrafação” europeu.

Aqui será o momento para traçar um panorama geral das tensões globais e da dificuldade de implementação de sistemas internacionais justos ante ao clássico embate entre economias desenvolvidas e em desenvolvimento.

3.1 Tratados e políticas internacionais sobre o comércio de produtos falsificados

O regime internacional concebido pós Segunda Guerra Mundial, e que volta suas atenções para a punição e coibição do comércio de produtos falsificados, baseia-se na união inevitável e complexa entre o público e o privado. Os elementos estruturantes postos envolvem um *mix* de iniciativas que vão desde a promoção de políticas educativas direcionadas ao consumidor, até o aumento da fiscalização e do escopo de proteção da lei (BARBOSA, 2009).

O Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement* ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), criado em meio às rodadas de diálogo e negociação que moldaram a OMC (Organização Mundial do Comércio), é um dos tratados mais relevantes no assunto e estabelece uma série de parâmetros básicos a serem seguidos em termos de proteção à PI e aos produtos que decorrem de sua utilização.

O seu surgimento alterou as práticas a nível de comércio internacional, com uma tensão bastante grande entre a estrutura normativa protetiva voltada para a garantia das propriedades intelectuais e as novas regras de proteção ambiental e de garantia do acesso ao conhecimento e à informação (LESSIG, 2006).

Neste contexto, os Estados Unidos da América são um país protagonista nos diálogos que envolvem a garantia dos direitos de PI (REUTERS, 2019) e, ante a seu estrondoso poderio econômico, impulsiona o debate e implementa diversas ações com o fim de moldar o comércio internacional livre da falsificação de produtos, da clandestinidade e da violação de direitos (o que, em muitas oportunidades, nada mais é do que uma vontade egoísta de manter a liderança de mercado) (MIZUKAMI; CASTRO, 2016).

Uma das medidas de impacto significativo praticadas pelos americanos foi o *Special 301*, um relatório que trata de demandas enfrentadas pelo país envolvendo PI e comércio, no qual



se apresenta, anualmente, uma lista de países avaliados de acordo com sua reputação e *status* em termos de políticas positivas voltadas para tais áreas. O nível considerado mais preocupante que um país pode estar é o *Priority Foreign Country* (“País Estrangeiro Prioritário”), o que pode gerar represálias e/ou embargos econômicos (MEDEIROS, 2009).

Tal medida, apesar de ter perdido certa relevância com a chegada do TRIPS e da busca pelo ideal de multilateralismo nos diálogos internacionais, ainda é capaz de funcionar como delimitador quando o assunto é cooperação e parceria entre países.

Importante salientar que mesmo com a chegada do TRIPS, as constantes pressões bilaterais exercidas principalmente por países desenvolvidos sobre os em desenvolvimento continua vigorando, fato que gera um ambiente estratégico voltado para a implementação de medidas TRIPS-PLUS as quais, como o próprio nome diz, vão além do que prevê dito tratado, gerando um ambiente desigual constante de negociação (DRAHOS, 2001).

A União Europeia é outro bom exemplo da problemática da desigualdade de condições posta, agindo de forma similar aos norte-americanos quando o assunto é a suposta proteção da soberania nacional e das regras locais que tratam do comércio de bens e da PI.

Sobre isso, cabe recordar o grande número de apreensões ocorridas entre 2008 e 2010 de medicamentos em trânsito entre países como Índia, Brasil, México e Venezuela e que serviriam para tratar doenças como HIV, esquizofrenia e hipertensão.

A repercussão das apreensões gerou diversas consultas à OMC e uma demanda formal ao Tribunal Permanente dos Povos², o qual confirmou ser ilegal o ato de impedir a circulação de mercadorias realizado pelos países europeus, ante ao flagrante desrespeito ao TRIPS, ao Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, e à CUP (Convenção da União de Paris), pois ambos os regramentos impedem a implementação de restrições injustificadas que barrem a liberdade de trânsito de bens e o comércio legítimo. Além disso, um dos pontos levados em consideração foi, obviamente, o flagrante dano à saúde pública ocorrido nos países destinatários, diante do número de pacientes que aguardavam por aquelas remessas de medicamentos (REIS; FARIA, 2010).

Dentre esse complexo imbróglio global, exurgiu, a partir do ano de 2006, a proposta de um novo acordo comercial chamado ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement ou Acordo Internacional Anti-contrafação), especificamente voltado para consecução de melhores resultados no âmbito da aplicação dos direitos de PI. Os integrantes até então são: União Europeia, Estados Unidos, Austrália, Canadá, Japão, Marrocos, Nova Zelândia, Singapura, Coreia do Sul, México e Suíça.

O ponto chave do que tem sido negociado é a busca da melhoria dos mecanismos de cooperação internacional na proteção da PI, além da implementação de um novo e mais eficaz sistema punitivo com atenção especial ao comércio eletrônico. Juntamente com tais medidas,

² O TPP (Tribunal Permanente dos Povos), fundado em 1979 na Itália, é um órgão de caráter não-governamental, do gênero dos “tribunais de opinião”, e que já se reuniu em diversas oportunidades para julgar situações envolvendo violações aos direitos humanos.



encontra-se a previsão de uma renovação dos mecanismos fiscalizatórios, principalmente no que toca às fronteiras.

Em sobre esse ponto, há previsão expressa no TRIPS (OMC, 1994), o que tem gerado diversas discussões, tanto no âmbito acadêmico, quanto na prática. O art. 51 estabelece o seguinte:

Os Membros deverão, em conformidade com as disposições a seguir enunciadas, adotar os procedimentos para permitir que um titular, que tenha motivos válidos para suspeitar que a importação de bens com marca contrafeita ou pirateados possa ocorrer, apresente um requerimento por escrito junto às autoridades competentes, administrativa ou judicial, para a suspensão pelas autoridades aduaneiras da liberação para livre circulação dessas mercadorias. Os Membros podem permitir que tal pedido seja feito em relação a mercadorias que envolvam outras infrações a direitos de propriedade intelectual, desde que os requisitos da presente seção estejam preenchidos. Os Membros também podem prever processos correspondentes relativos à suspensão pelas autoridades aduaneiras da liberação de bens que violem direitos de propriedade intelectual destinados à exportação dos seus territórios.

Os fatores que comprometem a aplicação precisa dessa norma e geram grandes embates possuem vinculação com a disparidade e confusão dos diplomas legislativos locais em choque; a ausência de um ambiente de real cooperação; o aumento constante da discricionariedade de cada unidade fiscalizatória (insegurança jurídica); e os constantes conflitos entre os órgãos administrativos competentes e o Poder Judiciário.

Sem embargo, o dispositivo supracitado demonstra a relevância que o elemento circulação de mercadorias entre fronteiras possui no combate à falsificação. A questão é que, mesmo em países com forte fiscalização, apenas parte das entradas sofre real verificação, pelas limitações físicas, técnicas e econômicas existentes (MEDEIROS, 2009).

Além desses exemplos (até porque o objetivo não é tratar de todas as medidas adotadas pelo mundo afora pós criação da OMC), há de se atentar para o fato de que o que fomenta as discussões sobre o panorama ideal de proteção aos direitos de PI e às regras de competição à nível internacional são os órgãos representativos de cada país, tais como as associações de gestão coletiva (quando o assunto são os direitos autorais), os escritórios/institutos nacionais de propriedade industrial, e demais interessados (normalmente titulares dos direitos em debate).

3.2 A lei brasileira e as medidas em vigor

Mesmo que o intuito não seja chegar a exaustão dos tópicos aqui propostos, todos os aspectos elencados são relevantes para se compreender tudo o que envolve o problema da falsificação e como esse quebra-cabeça tem sido enfrentado.

No que toca à realidade da República Federativa do Brasil, o panorama legal voltado para a proteção dos direitos de PI dialoga com o TRIPS³ (acordo em que é signatário) através das Leis nº 9.279/96 (que trata da Propriedade Industrial), 9.610/98 (que trata dos direitos autorais) e 9.609/98 (que trata dos *softwares*) (SILVEIRA, 2011).

Apesar dos esforços para se ter um regramento abrangente e eficaz contra as violações aos direitos de PI, a legislação brasileira sofre críticas pela falta de objetividade e confusões conceituais, além de clara obediência aos anseios dos países desenvolvidos em restringir o acesso à cultura e ao conhecimento desmedidamente sem o alcance concreto dos ideais neles traçados, tendo em vista a complexidade dos problemas trazidos pela *internet* como meio natural de compartilhamento, somados ao *boom* comércio eletrônico.

No viés punitivo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 18, § 6º, inc. II, do CDC) e o Código Penal (Título III – Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial) possuem previsões acerca da área em questão.

Neste aspecto, o que vem sendo incessantemente criticado pelos titulares de direitos de PI é o fato de que os crimes previstos no Título III do Código Penal são todos de ação penal privada, com apenas algumas exceções, como a violação de direitos de autor com claro intuito de lucro (Art. 184, §1º) e a falsificação de medicamentos (Art. 273). Não obstante sejam tópicos relevantes, há de se atentar para as seguintes questões: a) a estrutura sobrecarregada do Judiciário brasileiro limita consideravelmente a aplicação desses dispositivos, gerando, no máximo, um ambiente seletivo de punições; b) punir não equivale a reduzir práticas ilegais (vide o caso histórico da guerra contra as drogas).

Levando em conta as limitações que as sanções possuem, importantes são as medidas de cunho fiscalizatório que barram os fluxos de mercadorias e funcionam como política de prevenção do fortalecimento da clandestinidade. O regramento base que disciplina a matéria é o Decreto nº 6.759/09, chamado de Regulamento Aduaneiro. São as polícias e autoridades alfândegárias as responsáveis por, além de realizar a cobrança de taxas de importação e exportação, aplicar o Art. 51 do TRIPS, detendo o poder de suspender/impedir a circulação de determinado lote de mercadoria no Brasil, quando o conteúdo transladado eiva-se de suspeita de alguma violação a direito de outrem, por exemplo.

Em termos de políticas públicas, o Brasil criou, em 2004, o CNCP (Conselho Nacional de Combate à Pirataria), o qual gerou, para os anos subsequentes, um número maior de operações da polícia e um número igualmente crescente de informativos de cunho educativo.

O resultado até o corrente ano, contudo, não é tão consistente em termos estatísticos. Apesar do número crescente de apreensões pela Polícia Federal e alfândegas, o mercado clandestino não enfraqueceu, apresentando aumento em determinados nichos, ante a desafios já mencionados, como o comércio eletrônico (OCDE, 2019). Outrossim, o que se

³ Cabe ressaltar que as leis que tratam da PI mencionadas acima vão além dos parâmetros do TRIPS, em diversos aspectos, tais como os prazos e hipóteses fáticas de proteção.



extrai de positivo é que há debate no Brasil (algo infelizmente recente em âmbito nacional) e que portanto, há possibilidade de avanço no âmbito da PI, embora seja uma assunto ainda bastante esquecido no âmbito das universidades e demais centros de pesquisa e debate (MIZUKAMI; CASTRO, 2016).

E sobre os debates que tem ocorrido, não há como desconsiderar o papel de protagonismo que o Brasil tem exercido no tema meio ambiente, sendo que os avanços do debate promovido pela Rio+20 na direção de uma economia verdadeiramente verde⁴ são os dos pilares para o desenvolvimento do país (SENADO, 2012). O *porém* aqui são as medidas práticas adotadas, as quais não foram capazes de se comunicar com o mercado de produtos falsificados suficientemente para que sinais concretos de mudança tenham sido denotados

É por conta da constatação dessa insuficiência estrutural que medidas de cunho tecnológico passam a ganhar importância quando as necessidades de ruptura são cada vez mais gritantes. E uma das possíveis medidas que se apresenta é o modelo europeu em desenvolvimento, do qual se tratará a partir de agora.

4 O PROJETO EUROPEU PARA UMA NOVA INFRAESTRUTURA ANTICONTRAFAÇÃO

Neste tópico, que é o último do presente estudo, realizar-se-á a necessária descrição da tecnologia *blockchain*⁵ e suas possíveis aplicações em diversos âmbitos da sociedade. Posteriormente, far-se-ão apontamentos contextualizadores do novo projeto europeu de combate à falsificação de produtos com alguns exercícios de futurologia.

Cumprе mencionar que, apesar do desconhecimento de muitos, a(s) *blockchain(s)* vem passando por um processo crescente de experimentos sobre sua possível implementação em áreas que carecem de transparência e segurança. Acerca disso, a União Europeia tomou a dianteira e criou um mapa *mundi* interativo com algumas iniciativas envolvendo a tecnologia, o que comprova a vasta pesquisa aplicada na área.

4.1 A tecnologia blockchain: conceito e aplicabilidades

Para introduzir o tema da *blockchain* ao leitor deste estudo, utiliza-se da abordagem realizada por Willian Mougayar, especialista na área, o qual concebeu uma definição técnica, uma definição corporativa e uma definição legal para a tecnologia em análise. Nesta perspectiva, expôs que (MOUGAYAR, 2017):

⁴ A economia verde é aquela que dialoga verdadeiramente com uma produção consciente em termos ecológicos, através de práticas sustentáveis relacionadas ao trabalho, o consumo e o emprego de novas tecnologias.

⁵ Importante elucidar que o termo pode ser empregado, a depender da estrutura da frase, como substantivo feminino, masculino e ainda no plural, por se tratar de uma “cadeia de blocos”.



Tecnicamente, o *blockchain* é um banco de dados de back-end que mantém um registro distribuído que pode ser inspecionado abertamente. Em modelos de negócios, o *blockchain* é uma rede de troca para movimento de transações, valores, ativos entre pares, sem a assistência de intermediários. Legalmente falando, o *blockchain* valida transações, substituindo entidades anteriormente confiáveis.

Num viés conceitual mais abrangente, pode-se dizer que a *blockchain* 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; TAPSCOTT Alex, 2016).

O surgimento desta tecnologia, conforme já exposto noutra oportunidade (DUARTE, 2018) se deu com a chegada da criptomoeda *bitcoin* ao mercado, criada por Satoshi Nakamoto. Em realidade, a estrutura concebida através da tecnologia *blockchain* é a condição para a existência do grande e complexo mercado das criptomoedas hoje existente.

Para além desse propósito inicial, as pesquisas sobre o tema tem se alargado, conforme introduzido acima, colocando em cheque as clássicas estruturas vinculadas aos sistemas financeiros, contratuais e de registros públicos e uma miríade de outras áreas. No Brasil, por exemplo, o BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento) está implementando gradualmente a tecnologia para garantir a todos os cidadãos o rastreamento do montante recolhido a título impostos e o destino dos investimentos realizados pela respectiva instituição financeira (CE, 2019).

No âmbito do Ministério do Planejamento brasileiro, há o desenvolvimento de uma plataforma de verificação da autenticidade dos documentos pessoais utilizados pelo país afora, com o fim de iniciar um processo de confiança plena entre governo e sociedade, conforme relatou recentemente Adriane Medeiros, chefe do Departamento de Tecnologia da Informação do respectivo Ministério (ALLISON, 2017). Há, ainda, no sul do país, um processo em desenvolvimento para a implementação da tecnologia nos Cartórios de Registro de Imóvel dos Municípios de Pelotas e Morro Alto (CE, 2019).

O avanço e substituição das “tecnologias velhas” pelas novas é um processo natural pelo qual o mundo vem passando, principalmente com a efemeridade dos fenômenos atrelados a *internet*. O que tem sido repensado, na visão do autor desta pesquisa, é a aproximação dos recursos tecnológicos com as demandas do setor público, o que demorou consideravelmente para ocorrer, gerando um *gap* na confiança entre a sociedade e os serviços prestados pelos governos e entidades vinculadas (como é o caso das próprias instituições financeiras) na transição entre os séculos.

Isto é, a tecnologia não tem se limitado a criar novos produtos e recursos, ela tem sido pensada também para resolver problemas, como é o caso da *blockchain*.



4.2 O novo projeto europeu anticontrafação

Nesta conjectura constante entre tecnologia e demandas estruturais, arquiteta-se no âmbito da União Europeia um novo plano de ação de combate ao mercado de produtos falsificados, através do incremento da *blockchain* como ferramenta para o controle de toda a cadeia produtiva até a chegada ao consumidor.

O primeiro passo nessa direção foi dado com a criação do *EU Blockathon competition* em 2018, em uma parceria entre CE e o EUIPO (Escritório de Propriedade Intelectual Europeu) (CE; EUIPO, 2018). A competição buscou eleger as melhores estratégias aplicando *blockchain* ao mercado de consumo em todas as esferas, sendo que os competidores foram demandados a resolver problemas que envolvem: a) a possibilidade de qualquer ente e/ou o próprio consumidor possuiria de checar a autenticidade do produto que está comprando além todo o processo que o concebeu; b) encontrar soluções alfandegárias para validar a autenticidade de encomendas ou remessas inteiras para aqueles podem ser rastreados rapidamente através de maiores recursos destinados a melhorar o trabalho das alfândegas; c) desenvolver arranjos que permitissem aos operadores logísticos obter um registro confiável e contribuir para o rastreamento de produtos autênticos que passam de um operador para outro, para que eles possam melhorar a confiança e a transparência junto aos próprios órgãos de fiscalização.

A partir desses desafios, algumas equipes foram premiadas pelos resultados alcançados, contribuindo com o avanço nas proposições e a criação de um ecossistema adequado para a evolução dessas pesquisas.

Logo após o evento, foi criado o *Anti-Counterfeiting Blockathon Forum*, um canal de debates (bastante estruturado no meio virtual) para fomento das discussões e aberto a contribuições externas. A missão central, conforme a própria plataforma *online* exprime, é definir, pilotar e implementar o próximo nível de combate ao mercado clandestino.

Apesar do transcurso de pouco tempo desde a sua criação, foi publicado o primeiro *paper* (CE; EUIPO, 2018) técnico traçando as principais estratégias até então desenvolvidas e os pontos sob os quais a infraestrutura pensada deve/deverá agir.

A figura abaixo define as quatro perspectivas a serem alcançadas pelo projeto, que são autenticidade, transporte, observância e proveniência.



Fonte: CE; EUIPO, 2018.

O pressuposto para implementação desse mercado confiável de circulação de mercadorias é a *tokenização* dos bens vendidos no mercado. Esse recurso nada mais é do que um processo técnico de criação de uma unidade digital de um produto ou processo para distingui-lo de outro ou, ainda, provar a sua própria autenticidade ou falsidade.

Com a perfectibilização desse processo de *tokenização*, os detentores dos direitos de PI recebem um acesso a um portal que será o ambiente para todas as transações envolvendo a produção, transporte e entrega dos produtos às lojas e/ou aos consumidores. Nesse portal, os titulares dos direitos terão o poder de autorizar outras partes, como fabricantes, a criar e manipular os *tokens* em seu nome e registrar eventos e informações sobre os produtos.

Esse ambiente de trocas criará automaticamente carteiras digitais para que a identidade de um produto e a transferência contínua desta identidade entre os pares possa criar uma prova matemática de que os produtos são genuínos.

A partir dessas informações, extrai-se o panorama ideal para cada uma das quatro perspectivas elencadas acima.

No que se refere à autenticidade, a estrutura elaborada permite que todo e qualquer comprador (consumidor final ou não) possa checar, se o mesmo é autêntico e se as informações constantes em seu rótulo ou descrição são verdadeiras.

Com relação à perspectiva do transporte, há a possibilidade de simplificação do processo de verificação de lotes e containers, principalmente quando da sua circulação entre fronteiras, ante a eliminação do procedimento de conferência detalhada e pela possibilidade de verificação da autenticidade do material ali constante, automaticamente, via *scanners*.

A perspectiva da observância (*enforcement*) trata, por sua vez, da possibilidade da geração automática de alertas a detentores de direitos e autoridades competentes sobre eventual risco em que determinada carga possa se encontrar em qualquer fase da cadeia de suprimentos, com o registro de todas as ações promovidas pelas alfândegas.

Além disso, cabe salientar que sob a perspectiva do direito, a partir do momento em que se cria uma estrutura de fiscalização nesses moldes, toda e qualquer carga que não preencha os requisitos aqui elencados pode ser automaticamente apreendida pela autoridade respectiva (art. 51 do TRIPS).

Por último, a perspectiva da proveniência é a responsável por elevar o requisito da transparência a um estágio nunca antes experimentado no mercado de consumo. Com base nas proposições realizadas, todo e qualquer participante da cadeia de suprimentos pode acessar o histórico relacionado aos produtos adquiridos (no caso dos compradores), transportados e verificados (no caso das empresas de transporte, alfândegas e demais autoridades interessadas).

Importante salientar que toda essa infraestrutura altera uma vasta gama de procedimentos hoje adotados, além do formato de confecção final e transporte dos produtos. Por isso, o elemento custo não pode ser deixado de lado, apesar de ser um tópico bastante recorrente a questão da plena viabilidade de implementação desse plano, gradualmente, sem grandes acréscimos de despesas. O cerne do plano é, a partir de uma estrutura tecnológica complexa, sim-



plificar o processo de circulação de mercadorias e, com isso, eliminar o comércio de produtos falsificados, com informações falsas, ou nocivos por sua natureza.

Os desafios elencados no *paper* para a implementação real do *blockchain* como ferramenta de controle do mercado dizem respeito: a) a forma ideal de diálogo entre o sistema vigente e o proposto; b) quais seriam as primeiras “camadas” a serem enfocadas para a implementação da nova infraestrutura; c) como lidar com mercadorias complexas, tais como um equipamento médico, que possui partes tão importantes no quesito autenticidade quanto o próprio produto final; e d) a dependência da garantia de que a infraestrutura torne-se regra de procedimento, obrigando todos os integrantes a procederem de acordo com o que fora aqui resumido.

A fase de pesquisa e desenvolvimento é ainda inicial, embora tudo o que já foi construído em tão pouco tempo. A tendência é que haja, em algum futuro próximo, e mesmo que através de pressupostos diferentes, a implementação na prática dos ideais traçados nesse projeto, ante a necessidade imposta pelo século XXI em se eliminar esse vasto mercado de produtos falsificados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo serviu para advertir o leitor, profissional do Direito ou não, da importância que o tema dos produtos falsificados possui na atual sociedade de consumo. A violação dos direitos de PI e a falta de segurança das informações sobre a autenticidade dos produtos e seus componentes é um problema concreto, alicerçado o suficiente para vencer as barreiras legais, fiscalizatórias e comerciais hoje existentes no mercado.

Diversos pontos poderiam ter recebido maior atenção, o que restou inviável tendo em vista a natureza propositiva e limitada desta pesquisa. Elencar todos os tópicos pendentes de destaque não é uma tarefa possível, bastando enfatizar que o enfoque, indubitavelmente, não é defender apenas áreas o direito de concorrência, a propriedade industrial e os direitos autorais. Há muitos danos ao meio ambiente e à saúde pública que decorrem exatamente da impossibilidade de se coibir que as pessoas consumam produtos de qualidade duvidosa ou estritamente ruins.

Políticas educacionais são importantes nesse viés, embora haja elementos psicológicos atrelados ao consumo que jamais serão resolvidos por uma propaganda governamental de 10 segundos em prol de um “Brasil original”. Aos interessados, basta acessar ao que Thorstein Veblen (1899) outrora explicitou, quando falou da vontade constante do ser humano em ascender socialmente e a qualquer custo.

Neste sentido, ou o mercado clandestino é eliminado, ou passa-se a conviver com a sua presença, através da contabilização de seus danos nos exercícios de futurologia de gestão. Aliás, este é um tópico que, apesar de não ter cabido na presente pesquisa, possui grande relevância quando o analista não se veste com antolhos. A pergunta que fica neste ponto é: como ficaria uma sociedade sem tal clandestinidade, tendo em vista ser um mercado gerador de emprego, renda e sustentação de muitos cidadãos ao redor do globo?



Sem adentrar nos pormenores, as proposições aqui lançadas serviram exatamente para apresentar o tamanho do problema, a impossibilidade de o Direito lidar sozinho com estes e a necessidade de se repensar os métodos até então aplicados em termos de controle e regulação do comércio. Esse repensar envolve, em pleno início de século XXI, a necessária utilização das tecnologias que tem se desenvolvido, pois se o mercado avança nesse sentido, as políticas também precisam o fazer.

No que se refere precisamente à Propriedade Intelectual, salienta-se que o modelo idealizado pelos europeus possui diversos traços que vem sendo, de uma forma ou de outra, requeridos há considerável tempo pelos titulares dos direitos, tais como a autenticidade dos produtos e a prova de que houve acordo entre quem deseja usar e quem pode ceder o uso de determinadas objetos protegidos.

E, respondendo ao questionamento central da pesquisa, é possível, a partir de medidas tecnológicas, reduzir exponencialmente o mercado de produtos falsificados, embora isso desafie a relação dispare entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e coloque em cheque a vida de muitas das pessoas que dele extraem seu sustento. Esse é um elemento primordial que deve necessariamente ser levado em conta quando se pensa na alteração de sistemas sociais complexos.

Relevante ainda mencionar que os Estados Unidos da América foram apontados em recente pesquisa como os maiores consumidores de produtos piratas na internet do mundo (MUSO, 2017). Os europeus, por sua vez, foram acusados de omitir o resultado de uma pesquisa sobre a pirataria⁶, tendo em vista o resultado contrário gerado (de acordo com a pesquisa, a pirataria online não prejudicaria o mercado lícito) (SANDERS, 2017).

Cumprе salientar que, legalmente falando, a ideia é de que o projeto de implementação da *blockchain* não enseja na necessária revisão de todo o regramento jurídico que trata da matéria, exatamente pelo fato de que o objetivo é fazer cumprir a lei, sem excessos, abusos ou omissões (idealmente falando).

REFERÊNCIAS

ALLISON, Ian. **Ethereum identity system uPort working with Brazil's Ministry of Planning**. Disponível em: <https://www.ibtimes.co.uk/ethereum-identity-system-uport-working-brazils-ministry-planning-1636253>. Acesso em: 25 set. 2019.

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/>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁶ De acordo com o que fora publicado à época, a pesquisa só acabou sendo publicizada após a congressista Julia Rega, membra do Partido Pirata Alemão, obter acesso a um exemplar da pesquisa que já estava arquivada há dois anos.



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: 29 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.759/09, de 05 de fevereiro de 2009**. Regulamento aduaneiro do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/D6759.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de defesa do consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

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. Acesso em: 29 set. 2019.

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. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9279.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

CAMPOS, Emília Magueiro. Medidas de fronteira para proteção da propriedade intelectual. In: BRENDLER, Gustavo; CAOVIALLA, Renato; TIMM, Luciano Benetti. **Propriedade Intelectual**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

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. Acesso em: 29 set. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. **Anti-counterfeiting blockchain use case**. Out. 2018. Disponível em: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/Blockathon/Blockathon-Forum_Blockchain-Use-Case.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Blockathon report**. Out. 2018. Disponível em: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/Blockathon/Blockathon_Report.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.



COMISSÃO EUROPEIA. **Iniative map**. Disponível em: <https://www.eublockchainforum.eu/initiative-map>. Acesso em: 20 set. 2019.

DUARTE, Lucas Silveira. Propriedade intelectual, novas tecnologias e o direito de acesso: a busca pelo equilíbrio em meio às transformações promovidas pela sociedade informacional. In: **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse público**. Curitiba: Gedai Publicações, 2018. p. 941.

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://euipo.europa.eu/ohimportal/pt/web/observatory/ip-contribution#ip-contribution_1. Acesso em: 18 set. 2019.

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, 2006.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Efetivação dos direitos de propriedade intelectual através de medidas de fronteira: regulação no acordo TRIPS e na negociação do Acordo Comercial Anti-Contrafação (ACTA)**. IN: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti; CASTRO, Oona. **Brasil pirata, brasil original**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Folio Digital. 2016.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet**. Tradução: Vivian Sbravatti. Rio de Janeiro: Alta Books. 2017.

MUSO. **Annual piracy reports**. Disponível em: <https://www.muso.com/annual-piracy-reports/>. Acesso em: 15 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods**. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/trade/trends-in-trade-in-counterfeit-and-pirated-goods_g2g9f533-en#page2. Acesso em: 18 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Counterfeit drugs kill!**. Disponível em: https://www.gphf.org/images/downloads/library/whoimpact2008_counterfeit_drugs_kil_l.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

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.

SENADO FEDERAL. **A Rio+20 e a mudança dos países para uma “economia verde”: desenvolvimento econômico e social sem perda de serviços ecossistêmicos e com baixa emissão de gases poluentes para o meio ambiente**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/rio20-mudanca-dos-paises-economia-verde-desenvolvimento-economico-e-social-perda-de-servicos-ecossistemicos-e-com-baixa-emissao-de-gases-poluentes-meio-ambiente.aspx>. Acesso em: 29 set. 2019.



PAESANI, Lilian Minardi. **Manual de propriedade intelectual**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

REUTERS. **Trump orders crackdown on counterfeit sales online**. In: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-counterfeit/trump-orders-crackdown-on-counterfeit-sales-online-idUSKCN1RF1V7>.

REIS, Renata; FARIA, Janaina E.P. **Apreensões de medicamentos genéricos e a condenação da UE no Tribunal Permanente dos Povos**. In: <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/apreens%C3%B5es-de-medicamentos-gen%C3%A9ricos-e-a-condena%C3%A7%C3%A3o-da-ue-no-tribunal>. Acesso em: 20 set. 2019.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Manole, 2011.

SANDERS, Linley. **INSIDE THE PIRACY STUDY THE EUROPEAN UNION HID: ILLEGAL DOWNLOADS DON'T HARM OVERALL SALES**. Disponível em: <https://www.newsweek.com/secret-piracy-study-european-union-669436>. Acesso em: 20 set. 2019.

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.

VEBLER, Thorstein. **A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições**. Tradução de Olivia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural. 1983.





A ALIENAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL PASSÍVEL DE EVICÇÃO

Andreu Wilson P. Leandro¹

Fabrcio Massimo Hespagnol Valle²

RESUMO: A propriedade intelectual, como os bens corpóreos, deve ser revestida de mecanismos que garantam a sua oponibilidade, e impeçam cadeias de aquisição enganosas. A principal garantia que protege seu titular disto é a evicção. Assim entendida, a evicção adquirirá os moldes necessários para obstar a alienação de patente/registro *a non domino*. Todavia, os moldes funcionalizadores da PI demandam, outrossim, que garanta a atividade de sua função social perante os adquirentes que ativamente intentarem contra ela. Para perceber isto, imprescindível será notar a relação com a usucapião (talvez o principal instituto que garante a função social diante de uma cadeia aquisitiva que se tornou vetusta para o potencial da propriedade). Enfim, para que a PI passível de evicção não se afaste da comunidade enquanto perdurarem as dúvidas a respeito de sua titularidade, pode-se versar contratualmente sobre a possibilidade de ser evicta, o que tornaria o contrato aleatório. Entende-se que, com boa-fé e honestidade a respeito do risco de evicção, mantém-se o contrato na economia e em plena licitude, pois a causa deste deixa de ser o bem e se translada para um feixe de possibilidades – a álea. Por conseguinte, percebe-se que o enriquecimento não se auferirá sobre o bem-evicto, mas sobre os riscos, não havendo enriquecimento ilícito e sequer sem causa. Assim desenvolve-se a relação entre a propriedade intelectual duvidosa e o mercado.

Palavras-chave: Função social e evicção da propriedade intelectual. Evicção e usucapião da propriedade intelectual. Causa do contrato aleatório.

1 INTRODUÇÃO

A função social é o cerne da propriedade. A presente tese pressupõe esse sustentáculo central, à frente desenvolvido, para operar a manutenção da circulação dos valores dotados de oponibilidade. Assim sendo, a obediência à função social (situação jurídica passiva do proprietário) em benefício da sociedade, equaciona o caráter absoluto do direito (situação jurídica ativa) de propriedade.

O objetivo do trabalho, nesse contexto, é buscar entender como a evicção pode garantir a máxima efetividade desse princípio constitucional em sede de propriedade industrial.

¹ Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional no Departamento de Direito da PUC-Rio. Bolsista Capes. Chief Diversity Officer e Head of Energy & Natural Resources Practice em Lima Feigelson Advogados. E-mail: andreuwilson@gmail.com.

² Aluno graduando das universidades PUC-Rio e UFRJ, integrante do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da PUC-Rio sobre Concorrência Desleal, chefiado pelo doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa. E-mail: fabriciomassim@gmail.com.

Outrossim, para que a evicção não extirpe sua economicidade por completo em virtude de longos litígios, e visto que é propriedade resolúvel pelo decorrer do tempo, analisamos como a mais estrita boa-fé e a veracidade podem manter os contratos no mercado, e o enriquecimento que deles advir, pela aleatoriedade.

Ainda é importante frisar que, para versar sobre uma evicção, o contrato encontra-se vetado para o microsistema consumerista, onde as vulnerabilidades são incontestáveis devido à imponente assimetria informacional do estado da coisa em prejuízo do consumidor, que não a conhece. No Direito do Consumidor, a visibilidade da situação jurídico-contratual³ é uma incessante Batalha de Austerlitz⁴: Napoleão, conhecedor da neblina contínua no local, deixou poucos soldados acima da colina visível, e só o general sabia o que realmente estava embaixo dela – Napoleão é o estipulante; Austerlitz, o contrato; o visível topo da colina é o instrumento contratual; e abaixo da névoa há a nebulosa situação fático-jurídica, escondida dos (numericamente superiores) austríacos e russos: os derrotados consumidores. O consectário é a restrição das ideias aqui presentes ao âmbito comercial, onde a guerra tem sua aceitabilidade⁵.

2 A EVICÇÃO E A SUA FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, deve-se compreender o conceito de evicção. Caio Mário da Silva Pereira define como “a perda da coisa, por força de sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo”⁶. Por sua vez, Washington de Barros, décadas antes, igualmente a define como a perda da coisa adquirida por força de decisão judicial “fundada em motivo jurídico anterior”⁷.

Enquanto ambos partem da perspectiva do adquirente, Orlando Gomes, por sua vez erige sua conceituação de acordo com o *verus dominus*, explicando-a como uma garantia “própria dos contratos comutativos que cria a obrigação de transferir o domínio de determinada coisa”⁸.

Independentemente da ótica com que se avalia, a evicção zela pela desconstrução de uma situação que o ordenamento classifica como insustentável: a alienação *a non domino* e os

³ Cláudia Lima Marques, em sua obra bíblica (“**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**”. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016), invoca a tese da vulnerabilidade informacional como sendo o precípuo fator edificante do desequilíbrio contratual consumerista – “em resumo, em minha opinião, existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores, que podemos chamar de vulnerabilidade informacional”, (p. 326); “presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade” (p. 339). É nesse aspecto que abordamos a inaplicabilidade: já há uma abissal distância entre o consumidor e a informação.

⁴ CHANDLER, David G. **The campaigns of Napoleon**. SCRIBNER: New York, 1966 (p. 381 e seguintes).

⁵ “concorrência e luta de boxe é tudo igual”, *in* BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**, tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. III: fontes das obrigações. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963 (p. 88).

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 2: direito das obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962 (p. 64).

⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 15ª ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, FORENSE: 1995 (p. 96).

fatos dela decorrentes. Em questões concernentes a direitos reais, a primazia da verdade material sobre a formal é quase absoluta, devido à organização centrípeta da economia de mercado ao entorno da propriedade⁹, que demanda uma proteção elevada desse direito. Nesse diapasão, a evicção é instituto cristalizante da suplantação da propriedade factícia sobre a aparente, quando estiverem em desacordo. Em consequência, a evicção atua no contrato, claudicante em virtude de um erro de direito (em oposição ao vício oculto e o erro de fato¹⁰), e retira sua eficácia.

Havendo esse “defeito” oculto (de direito) no bem-objeto de uma obrigação, a própria obrigação encontra-se congenitamente inquinada. A doutrina clássica se limita a tal afirmação, e se precipita por aclamar a nulidade do ato. De fato, tal liame obrigacional carece de uma solenidade (forma) intrínseca¹¹: a aquiescência do proprietário. Assente sobre essa doutrina, percebe-se que essa transação jurídica é nula, conferida pela inexistência jurídica¹² derivada da falta do direito de propriedade a ser transferido. Logo, tendo em vista que o enriquecimento é um dado econômico (numérico) da transação jurídica, e se estabelece na mesma causalidade, a natureza dos ganhos havidos pelo evicto sobre a coisa alheia é de enriquecimento sem causa, e não ilícito – este apenas não há (inexistência), pois a estrutura da transação é nula.

Insta, então, perceber que o Código Civil Brasileiro sistematiza três gradações de causas para indicar as consequências da evicção: a mais gravosa é a que busca reprimir a má-fé (onde há ruptura máxima com a função social), e comina a pena de indenização por perdas e danos – os ganhos serão de enriquecimento ilícito. Intermediária, há a evicção sobre bem adquirido de boa-fé: a nulidade dessa aquisição não gera, *de per se*, a necessidade de uma cláusula represiva como na hipótese anterior, o que se dá em respeito à (teoria da) aparência¹³, fundamental nos grandes portes e dinamização das sociedades pós-modernas¹⁴ – aqui, o enriquecimento é

⁹ MACKAAY, Ejan; STÉPHANE, Rousseau; tradução Rachel SZTAJN. **Análise econômica do direito** – 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015: “os direitos de propriedade efetivos são condição essencial para o funcionamento de uma economia de mercado” (p. 232).

¹⁰ “Funda-se a evicção no mesmo princípio de garantia em que se assenta a teoria dos vícios redibitórios”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (p. 109).

¹¹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. Nas p. 328-330 o autor discorre sobre a teoria clássica dos planos do negócio jurídico, e localiza a nulidade naqueles negócios que não chegam a existir (violação ao plano da existência), o que ocorre por três motivos: incapacidade absoluta do agente; ilicitude/impossibilidade do objeto; e **ausência de forma intrínseca** (este último exemplificado pela falta de outorga uxória).

¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. A falta de direito incorporado no patrimônio (de quem o alega possuir) corresponde à falta de ‘objeto’ (conteúdo), que o autor denomina ‘elemento geral do negócio jurídico’ (p. 31-32).

¹³ “Ela tem lugar nas situações nas quais há um conflito de valores, duas orientações jurídicas que, aparentemente, colidem: de um lado o direito de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem e, de outro, a proteção daqueles de boa-fé” (NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**, 7ª ed. Rio de Janeiro: GZ EDITORA, 2017 – p. 180). O autor traz à tona a teoria para explicar a opção do legislador por afastar por completo as regras que confrontem o pagamento feito ao credor putativo (critério do tudo ou nada no confronto entre regras). Nós, na presente tese, usamos a teoria para navegar em uma zona intermediária e explicar a redução dos ônus sofridos pelo evicto.

¹⁴ ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda.: “A ‘idade da ironia’ foi substituída pela ‘idade do glamour’, em que a aparência é consagrada como única realidade. A modernidade, assim, muda de um período do eu ‘autêntico’ para um período do eu ‘irônico’ e para uma cultura contemporânea do que poderia ser chamado de eu ‘associativo’” (p. 103). E, ainda, “Poderíamos descrever a moderna construção da ordem como um esforço contínuo de implantar as fundações institucionais da confiança: oferecendo uma estrutura estável para o



apenas sem causa¹⁵. É hipótese em que há apenas uma busca pelo retorno ao *status quo ante*, sem qualquer autêntica penalidade¹⁶. Por último, há a circunstância da plena liberalidade, na qual sequer incide a garantia (552, CC).

O Código Civil, na hipótese intermediária – evicção sobre bem adquirido de boa-fé, sendo desconhecida a possibilidade –, estabelece um diálogo com a nova teoria das nulidades, ao mitigar¹⁷ os seus efeitos pela perspectiva funcional dos negócios jurídicos¹⁸ (em oposição à estrutural), não estabelecendo normas sancionadoras, mesmo que, estruturalmente, insurja-se contra o clímax do capitalismo e da economia de mercado – a propriedade. Destarte, com exceção da má-fé, não há enriquecimento ilícito.

Segue-se disto o enriquecimento sem causa como embasamento para que exsurja a norma do artigo 450 do nosso Código Civil¹⁹, a proporcionar uma restituição máxima das perdas do evicto²⁰, mas somente se limitando à correção do panorama e desconstrução dos fatos erigidos em uma situação falaz, sem qualquer verdadeira sanção – distinção desembaraçada por H. L. A. Hart²¹.

Conclui-se que a evicção opera o mais próximo possível da nulidade – busca um retorno situacional econômico ao *status quo ante* –, sem a abominar, em virtude do respeito que urge ser conservado perante a (teoria da) aparência e da função social da propriedade. Isto se plasma na limitação da recomposição do parâmetro real e material, sem a norma punitiva e desincentiva-

investimento da confiança e tornando aceitável a crença de que os valores presentemente estimados continuariam a ser estimados e desejados, e de que as regras para a busca e obtenção desses valores continuariam a ser observadas, não seriam infringidas e seriam imunes à passagem do tempo” (p. 192).

¹⁵ Como aduzido, não há a aquiescência do proprietário. Segundo a doutrina da destinação jurídica dos bens: “tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence [...] ao seu titular” como cita KONDER, Carlos Nelson, citando Fernando Noronha, p. 370. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Obrigações**: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁶ Hart, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961. Remete-se ao seu capítulo III (“LAWS, COMMANDS, AND ORDERS”), em especial o item I. (“Varieties of Imperatives”) onde sustenta a **distinção entre nulidade – mera consequência jurídica – e sanção – utilização ativa do poder** –, argumento juspositivista consagrado, que usou para derrogar a concepção de direito de R. DWORKIN.

No mesmo sentido, especificamente sobre o enriquecimento sem causa: “é instrumento de proteção estática do patrimônio, posto menos intenso, abarca casos que não seriam cobertos pela responsabilidade civil, uma vez que não há ilicitude (*stricto sensu*) ou dano”, KONDER, coordenado por TEPEDINO, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷ O instituto da evicção deve ser concebido dentro da **unidade do contexto codificado** em que se encontra. Nesta, percebe-se a extensa gradação dos efeitos da evicção que se mencionou: desde a abominável má-fé (art. 186), onde as perdas e danos insurgem como verdadeira pena, até a louvável liberalidade do contrato unilateral e gratuito (art. 552), onde sequer incide.

¹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes De. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Editora Almedina: Rio de Janeiro, 2017.

¹⁹ Art. 450 do Código Civil Brasileiro: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou:

I – à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;

II – à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;

III – às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.”.

²⁰ Enunciados do Conselho de Justiça Federal nº 434 (“A ausência de denunciação da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma.”) e nº 29 (“A interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denunciação direta de qualquer dos responsáveis pelo vício.”), a sacramentarem amplos meios processuais para granjear tal recomposição patrimonial.

²¹ Vide nota de rodapé nº 13.

dora, a indenizatória por perdas e danos. Ela (a teoria da evicção) pretende uma mera retificação da nulidade, apenas corrigível em sua inteireza pelo alicerce do instituto do enriquecimento sem causa, pois é o seu fundamento.

A causalidade obterá papel central na discussão final sobre contratos aleatórios.

2.1 Evicção no âmago da propriedade intelectual

A gênese da controvérsia sobre o cabimento da evicção sobre bens dessa categoria se situa na natureza da PI, e vaticina João da Gama Cerqueira sobre isto, no primeiro volume de seu “Tratado da PI”, ao perceber: **I-** a patrimonialidade pura dos direitos do criador (à parte dos seus direitos morais que estarão protegidos junto à sua personalidade); **II-** a incongruência em se posicionar tais direitos no campo obrigacional; a então **III-** irrefutabilidade da sua situação entre os direitos reais, em especial; o **IV-** direito de propriedade, independentemente da sua evanescência, pois a categorização jurídica do direito (que recai sobre a criação industrial) difere da percepção da natureza do objeto desse direito (a criação em si)²². É cediço, o epíteto “propriedade intelectual” corresponde a uma das funções constitucionais de propriedade.

Em segundo plano, entendida a natureza como direito de propriedade, carece perceber o cabimento da evicção. Insurge-se, aqui, o entendimento neoconstitucionalista²³ do direito, que promove uma integração universal do ordenamento. Entendendo-o como um verdadeiro sistema, que pulveriza as antigas muralhas entre os ramos jurídicos (inclusive o público-privado), pode-se remeter ao Código Civil para integração normativa do microsistema da propriedade intelectual, e transportar o instituto juscivilista da evicção. Enfim, a evicção será o remédio diante da percepção judicial de direito preexistente à alienação da propriedade intelectual.

Resta a modelagem que o instituto jurídico adquire ao abarcar os bens intangíveis objeto desse direito. Entre as principais vicissitudes, encontram-se a temporalidade (resolubilidade imposta por ser impraticável eternizar-se a artificialidade da exclusiva) e, principalmente, o conceito próprio de funcionalização. Sobre este, algumas meditações são inafastáveis.

A funcionalização da propriedade objetiva relativizar a sua oponibilidade, pois, na toada da explanação de José Afonso da Silva (“Curso de Direito Constitucional Positivo”), o princípio da função social é fonte normativa de aplicabilidade imediata e eficácia plena²⁴, que integra a estrutura da propriedade e a inclui em regime de Direito Público, ou seja, no interesse público, o qual passa a torná-la, também, uma situação jurídica passiva, com deveres (perante a coletividade).

²² CERQUEIRA, João da Gama, **Tratado da Propriedade Intelectual**. Atualizado por: Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 2ª tiragem, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora Saraiva, 4ª ed., 3ª tiragem, 2014. Na obra, o autor sustenta que o direito passou a ser encarado como uma unidade constitucional, na qual os princípios constitucionais têm força normativa para serem diretamente aplicados, mesmo sem densificação positiva de regras. Essa visão, apesar de não ser o foco, atesta nos termos mais extremos a comunicação direta entre normas gerais e as situações de fato.

²⁴ SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. – São Paulo: MALHEIROS EDITORA LTDA., 2005 (p. 270 e seguintes).



A mácula à função social é conferida por duas espécies de condutas que infringem esse interesse público. Mais comum é a conduta negativa, em que o titular da propriedade não faz uso ativo do direito, olvidando o interesse social em vê-lo ativo na comunidade, produzindo riquezas. Desse modo, se Tício, titular de patente de invenção, não a corporificar ou não utilizar suas corporificações, o direito caduca em 2 anos, como prevê o art. 80 da LPI. Inobstante, o artigo apenas prevê o absoluto desuso: a função social, de revés, pondera-se, princípio que é: o uso minorado de uma invenção importantíssima para o desenvolvimento socioeconômico, também pode conferir a lesão à função social. A outra conduta é a positiva: a infração ostensiva. Isto se dá, e.g., caso Tício, ao invés de tornar sua patente ociosa, explorá-la em atividade ilícita, ou de modo a ofender os bons costumes.

Logo, o direito de exclusiva será concedido em contrapartida ao compartilhamento de informações evolutivas com o Estado, contudo, mesmo antes de chegarem ao domínio público²⁵, estará sob balizas funcionalizadoras.

Dito isto, a evicção surgirá, no regime normativo da propriedade intelectual, para proporcionar a manutenção do registro, enquanto operar a reatribuição subjetiva da sua titularidade àquele último legitimado da cadeia aquisitiva, que tiver o direito e o interesse de assumir o encargo de sua funcionalização. Será cabido à hipótese de erro sobre o direito do alienante, mas, também, diante de dualidade de autorias, quando uma delas (a que se apropriou) alienar a quem contrarie sua função social.

Sob esse prisma, serão abordados os dois casos específicos: **I- evicção do registro sobre uma cópia servil**; **II- evicção contra o adquirente que não obedecer à função social**. Em todas as ocasiões, a evicção permitiria celeridade e economicidade, pois dispensaria a anulação do registro (do evicto) para constituição de um novo em prol do evictor (o que ainda poderia ser considerado impossível, devido ao vácuo de registros que resultaria em domínio público – evita-se a querela), e garantiria a manutenção do exercício do direito na moldura de sua função.

Soergue, antes, um adendo quanto à adjudicação²⁶, que, consagrada em texto positivo²⁷, insurge-se para bradar sua posição institucional. É cediço, o *iter* da adjudicatória é o meio contumaz à reclamação de um(a) registro/patente insidioso(a). Inobstante, a evicção não deixa de ser uma adjudicação, apenas com o diferencial do distanciamento entre o bem-adjudicado e aquele que deu causa à “reipersecussão” pelo *versus dominus*. Assim, a adjudicação atesta a adequabilidade de evicção.

²⁵ “função social [...] justifica seu caráter temporário e limitado”. AMORIM, Ana Clara. **Parasitismo econômico e direito**. EDIÇÕES ALMEDINA, SA: Coimbra, 2009 (p. 29).

²⁶ BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre a adjudicatória em marcas. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nota_adjudicatoria_marcas.pdf. Acesso em: 15 set. 2019

²⁷ “Art. 49. No caso de inobservância do disposto no art. 6º, o inventor poderá, alternativamente, reivindicar, em ação judicial, a adjudicação da patente. Art. 112 § 2º No caso de inobservância do disposto no art. 94, o autor poderá, alternativamente, reivindicar a adjudicação do registro. Art. 166. O titular de uma marca registrada em país signatário da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial poderá, alternativamente, reivindicar, através de ação judicial, a adjudicação do registro, nos termos previstos no art. 6º septies (1) daquela Convenção.”, todos da Lei de Propriedade Industrial.



2.1.1 Evição do registro de uma cópia servil

Na primeira hipótese, do registro resultante de uma cópia servil²⁸, estar-se-ia face a uma manobra de deslealdade concorrencial, pela qual se adquiriu um conhecimento monopolizável, e se fraudou o princípio da novidade, alegando ser o criador, para constituir a titularidade, e aliená-la. Nessa situação, surgem duas opções para o concorrente-vítima: primeiramente, peticionar a declaração de nulidade da patente/do registro, entretanto sua criação recairia em domínio público, pois, como já se mencionou, novidade não há mais. Logo, contentar-se-ia em reaver, do seu concorrente, uma indenização.

Em segundo lugar, a tese de evicção. Como bem procede da doutrina imperiosa de João da Gama Cerqueira²⁹, a propriedade intelectual deriva imediatamente do direito natural, requerendo a Lei somente para regulamentá-la e concretizá-la nas normas humanas, e não para dar-lhe fundamento. Prossegue disto que a Lei apenas estabelece um ‘acordo’ pelo qual o Estado reconhece direito preexistente, fundamentado no trabalho, de auferir (temporariamente) as vantagens de seu labor, como retribuição pelo enriquecimento informacional que engendrou e divulgou.

Por sua vez, dentro da concepção jurídica subjacente a esse reconhecimento, não seria admissível sua perfectibilização sem a anuência do *verus dominus*, ou seja, d’aquela que trabalhou. Essa é a *ratio* da distinção do direito de pedir patente, para o (consecutivo) direito ao pedido de patente e o (final) direito ao privilégio de patente³⁰: o direito de pedir patente é automaticamente garantido ao originador da obra intelectual no ato de sua criação, não obstante, a patente, em si, apenas existirá se ele realizar o ato próprio de seu requerimento³¹. Seria de plena aceitação pelo ordenamento pátrio, portanto, que não maculasse o ‘acordo’ com o Estado caso o (verdadeiro) criador lesado preencha interesse em sua manutenção, corrigindo um dos polos subjetivos, a incluir-se no pacto o criador, e tornar-se titular no lugar do adquirente derivado.

²⁸ Conceito: “reprodução exata e globalmente considerada de um produto quanto às suas características peculiares de formato, confecção ou apresentação e, em geral, quanto a elementos não essenciais para o seu funcionamento técnico, constitui o exemplo paradigmático dos atos de confusão”. AMORIM, Ana Clara. *Op. cit.*, p. 154-155. Válido, também, lembrar que não requer a autêntica confusão, mas seu mero risco diante do “consumidor comum”, p. 158.

²⁹ CERQUEIRA, João da Gama, **Tratado da Propriedade Intelectual**. Atualizado por: Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 2ª tiragem, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 94 (“a propriedade do autor é de direito natural estrito, não dependendo da lei positiva senão na sua regulamentação”).

³⁰ “A rigor, existem três direitos no tocante à patente de invenção: a pretensão ao exame estatal dos pressupostos da concessão do privilégio, que é o direito de pedir patente; o direito ao pedido de patente, uma vez exercida a primeira pretensão; e o direito exclusivo resultante da constituição do privilégio, após o exame estatal”, *in* BARBOSA, Denis Borges. (p. 2). **O inventor e o titular da patente de invenção**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf>. Acesso em: 16set. 2019

³¹ “Posto pela doutrina clássica brasileira como um direito de autor, a pretensão à patente nasce efetivamente do ato de criação: uma vez obtida a solução técnica nova para um problema de caráter industrial, nasce o direito de pedir patente. Como vimos, o texto constitucional em vigor assegura primariamente ao autor da invenção tal pretensão, e não a qualquer outro postulante (erfinderprinzip)”. BARBOSA, Denis Borges. **O inventor e o titular da patente de invenção**. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/inexistencia_efeitos_periodo_graca.pdf (p. 2). Acesso em: 10 set. 2019



Faz-se positivado esse entendimento, pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, cujo desígnio é, estritamente, a continuidade do exercício da função social pelos atos jurídicos³². Nesse passo, rejeita-se apenas o contrato translativo de propriedade entre o titular aparente e o adquirente, sem retirar eficácia do acordo de reconhecimento do direito de propriedade pelo Estado.

Exemplifique-se: se Caio, passeando pelas ruas do Rio de Janeiro, verifica que Tício comercializa seus produtos de marca própria com distinguibilidade, e, estimando-a, registra-a no INPI como se houvesse criado, Tício, que poderia então adjudicá-la, poderá se utilizar da evicção para perseguir o bem ao longo da cadeia aquisitiva, sem atingir o direito de propriedade.

Logo, é inevitável o retorno à teoria pós-moderna das nulidades, que impede o entendimento de que o registro seria nulo, e de que a mera nulidade estrutural impediria a sua retribuição (evicção). Segundo a nova teoria, o esmero com a permanência da propriedade na moldura dos interesses coletivos supera a classificação ficcional de inexistências materiais, e permite a aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, e.g., pelo artigo 172 do Código Civil³³. De forma assindética: o registro é válido, a sociedade pode ter sua troca preservada, e o verdadeiro criador tem seu direito de proporcionar a promoção da função social de sua criação até que recaia em domínio público.

2.1.2 Evicção contra o adquirente que não obedecer à função social

Como colocado, o respeito à função social da propriedade é condição para sua manutenção. Nesse sentido, fora dela a propriedade não subsiste: o direito caduca. Entretanto, no panorama em que Caio e Tício, paralelamente, exercitem atividades inventivas/criadoras substancialmente idênticas, mas a inércia de Caio permita que seu concorrente, de boa-fé, obtivesse a propriedade industrial, Caio poderá **impedir** que qualquer um da cadeia aquisitiva consecutiva a Tício exorbite sua função social. O direito, caso caducasse, o prejudicaria consideravelmente, pois sua obra se encontraria, de súbito, no domínio público. Outrossim, se se compreender esse prejuízo como corolário natural de sua inércia para impugnar a apropriação pelo concorrente, tem-se o revés de que a patente é puramente declaratória, pois apenas reconhecem o direito que o criador tem sobre sua obra, cuja fundamentação é o trabalho – a atividade inventiva (reconhecimento/solenidade substancial para usufruir do resultado desse trabalho). É por esse entendimento que ele continuaria a poder usufruir (restritivamente à área geográfica inicial) da novidade desenvolvida mesmo após a promoção do monopólio em benefício do outro criador. Faz-se, pois, direito seu sobrepor-se ao titular não-criador (adquirente) para evencar o bem e garantir a funcionalização de sua criação em todo o território nacional.

A proposta parece radical a uma análise *prima facie*, conquanto se abre uma identidade consequencial com os efeitos da “**Evicção do registro de uma cópia servil**” (*supra*, 2.1.1.).

³² Enunciado nº 22 do Conselho Federal de Justiça: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”.

³³ Código Civil: “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”

Sem embargo, pela compreensão da usucapião das propriedades intelectuais, percebe-se a proporcionalidade das consequências. Doravante explica-se em breves linhas aquilo que nos é relevante sobre a usucapião da PI.

Por decorrência do tempo, a inação do titular do registro gera uma abertura para o outro criador usucapir. Como sustenta Pedro Marcos Nunes Barbosa³⁴, a usucapião não é, em si, uma prescrição: citando Orlando Gomes³⁵, o autor percebe que a prescrição suprime as pretensões (carga negativa) enquanto a usucapião cria direitos (carga positiva) que, apenas por vias indutivas, seguir-se-ia por extinções prescritivas.

Feita a distinção, o autor importa a usucapião para o âmbito da propriedade industrial com moldes inclusivos, pois sua natureza permite uma coexistência material. Não requer, assim, que o titular perca seu direito: os direitos dele e do usucapiente serão concomitantes.

O requisito para tanto é a posse (contínua e pacífica) do usucapiente que complete a função social no lugar da inércia do usucapido. Logo, raciocina o autor com a grande idiosincrasia carnelutiana da propriedade intelectual: a posse³⁶. Diferentemente das coisas (*corporis possessio*, um poder físico), aqui a posse será um poder fático-jurídico (*iuris possessio*), que se atesta pelo “*uso contínuo e reiterado* do objeto tecnológico alheio”³⁷. Conclui, finalmente, que esse uso garante uma usucapião inclusiva, expandindo o polo ativo da propriedade industrial para incluir este criador que busca garantir a função social.

Para reiterar a possibilidade, o autor cita as licenças compulsórias como exemplos de exploração da função social da propriedade intelectual por outrem além do originador, que se consagra por intermédio do caráter ubíquo da propriedade.

Consoante, visto acima que a inércia do titular-adquirente permite a inclusão (usucapião) daquele que busca ampliar sua função social, é pela proporcionalidade que entendemos a perda da propriedade por aquele que, não inerte, mas ativamente, contrariar a função social da propriedade, para o criador-utente que pretender mantê-la dentro da legalidade. Equilibra-se a conduta mais gravosa do titular-adquirente com uma antecipação temporal para o outro criador junto à perda da titularidade (que já ocorreria).

³⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**: o caso da usucapião de patentes. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2012 (p. 94).

³⁵ “A prescrição é um modo de extinguir pretensões. A usucapião, um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, conquanto acarrete, por via de consequência, a extinção do direito para o antigo titular. A prescrição opera com base na inércia do sujeito de direito durante certo lapso de tempo. A usucapião supõe a posse continuada. A prescrição extingue as pretensões reais e pessoais, tendo largo campo de aplicação, enquanto a usucapião restringe-se aos direitos reais, dos quais é modo de aquisição. Os direitos pessoais não se adquirem por usucapião. A prescrição é negativa; como ensina Lafayette, nasce da inércia, e tem por efeito dissolver a obrigação, paralisando, destarte, o direito correlato; não gera direitos. A usucapião é positiva” in GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 179.

³⁶ “posse de direitos, como a expressão do exercício de um poder, uma influência juridicamente relevante, sobre algo incorpóreo, posto que o direito não se confunde com seu objeto (que pode, ou não, ter relevância material, física)”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Op cit*, p. 141.

³⁷ “ainda que o argumento da literalidade seja um tanto frágil, o disposto no artigo 1.196 do Código Civil conceitua como possuidor aquele que tem “*de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”. Tal pode ocorrer no âmbito patentário, *mutatis mutandi*, com relação ao *uso contínuo e reiterado* do objeto tecnológico alheio”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Op cit*, p. 140.



Avançando na correlação com a usucapião, pode-se ampliar aqueles que são capazes de usucapir, para além de um utente anterior à apropriação. Na teoria da usucapião, basta o uso relevante, manso e pacífico, para que a patente seja titularizada pelo utente. Nesse mesmo passo, a teoria da evicção também não requer o trabalho criador, mas o trabalho funcionalizador empenhado em buscar a adequação socioeconômica do bem, diante de uma atitude mais gravosa que a inércia do titular. A grande diferença para quem não for criador será o requisito do uso específico, pois fundamenta-se na *surrectio*.

Destarte, adequa-se à situação a possibilidade do criador antecipar-se e, percebendo a desobediência ao princípio da função social pelo titular-adquirente da exclusiva, utilizar-se da evicção para adquirir a propriedade intelectual da criação, e dar continuidade à sua promoção escorreita e monopolista na sociedade.

3 O CONTRATO ALEATÓRIO

Analise-se, agora, o instituto da aleatoriedade. Para Caio Mário, são os “*contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, dependentes de um acontecimento incerto*”.³⁸

Alinha-se a ele Orlando Gomes, dizendo que “*há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício (...) sendo incerto o direito à prestação*”³⁹, e do mesmo modo teorizou Washington de Barros, afirmando a aleatoriedade quando “*as prestações de uma ou de ambas as partes são incertas, porque a sua extensão ou quantidade está na dependência de fato ignorado e de que pode resultar perda em vez de lucro*”⁴⁰.

Por conseguinte, extrai-se da doutrina o critério definidor de aleatoriedade sendo a interiorização de uma incerteza⁴¹, sobrepondo-a ao parâmetro da normalidade. Do mesmo modo que a análise filológica nos revela (“*álea*”, do latim “*sorte*”), o contrato será aleatório sempre que as partes volitivamente conceberem uma prestação substancialmente dúbia em sua monta, subordinada a um critério certo e objetivo.

4 A POSSIBILIDADE DE EVICÇÃO E A ÁLEA CONTRATUAL

Inobstante, a evicção apenas age diante da opção legal de sustentar seus riscos sobre o alienante. É uma garantia da Lei para o adquirente, afastável (artigo 448, CC)⁴². Ocorre que, como procede da “*Análise econômica do Direito*”, a normatização jurídica sempre dá prosseguimento a uma reavaliação comportamental. Sob essa ótica, caso fizesse da evicção

³⁸ PEREIRA, *op cit*, p. 47-48.

³⁹ GOMES, Orlando. *Op cit*, p. 74-75.

⁴⁰ MONTEIRO, *op cit*, p. 74.

⁴¹ Paula de Greco Bandeira traduziria isso na concepção de variação jurídica/patrimonial, em contraposição à álea puramente econômica. **Contratos aleatórios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. Ed. São Paulo: Atlas. “quando o adquirente cientemente dispensa a garantia, sabendo duvidoso o direito do alienante, sujeita-se a um contrato aleatório” (p. 522).

um risco moral (“moral hazard”) onerando o adquirente, haveria uma premiação ao comportamento oportunista daquele que alienasse os bens alheios (como se defere das lições de Mackaay e Rousseau em “Law and Economics”)⁴³. A regra geral, por sua vez, não avalia todas as possibilidades.

Nesse diapasão, o cabimento de transferência contratual do ônus de suportar a evicção (ou seja, o ônus de garantir uso e gozo do bem⁴⁴) pode ser uma ferramenta útil para a movimentação econômica do acaso, tornando o contrato aleatório. A interiorização do risco seria simplesmente contrabalançada pela majoração do prêmio, de acordo com que a incerteza terá seu custo: a desvalorização do bem (agora, incerto).

Por conseguinte, a coincidência entre a álea interiorizada da prestação com a possível oscilação realidade-aparência da propriedade (dúvida sobre possível evicção) torna o contrato a *non domino* legítimo, lícito e eficaz, precisamente porque o contrato, e o enriquecimento, passam a ter uma causa.

Quando se contrata por um bem (in)corpóreo, a causa⁴⁵ do contrato, ou seja, o nexo entre o pacto e seus efeitos, reside nas qualidades atuais deste⁴⁶. Não obstante, a causalidade do contrato aleatório é preenchida pela possibilidade de qualidades/quantidades futuras⁴⁷. Isto posto, os contratantes sempre poderão versar sobre bens passíveis de evicção, desde que se traslade a álea para a causa do contrato, tornando as próprias chances, motivação contratual⁴⁸. Isto encontra-se normatizado pela já mencionada justificação do direito do evictor para receber o locupletamento do alienante proveniente do seu imóvel (que exceda as perdas do evicto): ela (a justificação) é a falta de causa

⁴³ MACKAAY, Ejan; STÉPHANE, Rousseau; tradução Rachel SZTAJN. **Análise econômica do direito** – 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (p. 109). MONTEIRO. *Op cit*, p. 64.

⁴⁵ “Entendendo-se a causa como a função econômico-social do negócio, considera-se que esta é dada pela síntese de seus elementos essenciais”, que é “a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais”. MORAES, Maria Celina Bodin De. A causa do contrato. Publicado na **Revista Trimestral de Direito Civil**, n.21, p. 95-119, 2005; e disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf> (p. 12). Acesso em: 02 out. 019

⁴⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, L.DA, 1969. O autor defende, ao longo de seu livro, que a causa do contrato é a sua função socioeconômica propulsora. Em acordo, defendemos que no seguro a causa é, justamente, a busca por uma proteção inibidora de condições econômicas futuras (de risco) para o segurado.

⁴⁷ Como o contrato de seguro, o aperfeiçoamento ocorre com a mera “transferência do risco de uma pessoa para a outra” (ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 62), e não com a ocorrência do sinistro. A sua causa é uma projeção econômica prospectiva.

⁴⁸ Em condução antagônica, Paula Greco Bandeira (*op cit*, p. 41-42, apoiada em Gionvanni di Giandomenico) exemplifica que a causa do contrato sobre a “venda a risco” pode não ser preenchida pela álea, mas sim pela “intenção de transferir a propriedade”, o que se reiteraria diante de um preço míudo. Oponho duas reflexões: primeiramente, como Maria Celina afirma, “a causa permite [...] que se qualifique o negócio jurídico” (*op cit*, p. 4) – logo, sendo esta singularmente a transferência, o contrato não é aleatório, pois se está versando sobre uma certeza e ignorando a evicção, mesmo que conste sobre esta no contrato, ou seja, o risco manteve-se externo ao encontro das vontades, mesmo que interno nas consciências das partes. Em segundo lugar, sendo a transferência a causa/função contratual, e detendo um preço infinitesimal, tem-se a clássica hipótese de simulação: não é uma compra e venda, mas uma doação!



para o enriquecimento do alienante⁴⁹ (conclusão do 2. *supra*). O contingenciamento da evicção, ao introjetar-se na polpa do contrato, preenche com uma causa o enriquecimento do alienante.

A última conclusão é fundamental, ratificando a aprovação jurídica que passa a ter o contrato: os ganhos dele provenientes são jurídicos, e a norma do artigo 450 do Código Civil perde seu cabimento, sua fundamentação.

Adentre-se em um exemplo. Suponha-se que antes de transitada em julgada a ação evictora, Caio, futuro evicto, informe sobre tais possibilidades a Tício, que quer alugar a sua marca registrada. Nessa toada, caso Tício remanesça com o *animus contrahendi*, e o contrato passe a explicitamente abordar o bem intangível passível de evicção, o ‘aluguel’ naturalmente ajusta-se a uma equivalência material da sua contraprestação, que, então, congloba essa dúvida. Ou seja, Caio está assumindo o ônus de receber menos, enquanto Tício pode ter sua expectativa contratual lesada com a evicção. O enriquecimento passa a ter uma causa (a álea, e não o direito real em si – inexistente) e, vindo a ocorrer a evicção, **não terá o evictor direito nos ganhos do evicto**, pois não se deram sobre sua marca, mas sobre uma gama de chances. Destarte, o contrato não é afligido pela nulidade, como seria caso versasse sobre uma afirmação quimérica do inexistente direito de propriedade, não havendo, sequer, o que corrigir pelo enriquecimento sem causa⁵⁰.

Suscita-se, aqui, um herdeiro do romano *pactum de non praestanda evictione*, pelo qual se afastava a responsabilidade pela evicção atribuída pela lei, mas nos moldes da organização econômica pós-moderna: a retromencionada fonte normativa constante do artigo 448, então, afasta aquela do 450.

Com efeito, a análise pode tornar-se mais lúcida com a correspondente conceitual da causa, nos direitos não causalistas: a teoria da consideration⁵¹. Nesses ordenamentos, como estabeleceu o caso-paradigma Marie v. Curie, o contrato requer um equilíbrio (consideration), em sua formação para vincular as partes, devendo sempre (com raras exceções nos Estados Unidos) haver um cariz comutativo. O contratante não se compromete sem um retorno, sem um interesse.

Sob tal teoria, coincidente precisa da causalista – que vê justamente na compensação econômica que a parte recebe, a propulsão (a causa) para pactuar –, o retorno da contratação (consideration, causa) sobre um bem cujo *verus dominus* é duvidoso será, juntamente com o que mais ganhar pelo o vínculo, a expectativa de continuidade do direito sobre o bem. Esta será a prestação pretendida. Destarte, o cenário presente deverá ser concretamente e assiduamente informado, de modo a permitir ao adquirente calcular a sua condição futura: qualquer disparidade informacional ensejará a revisão ou a ruptura

⁴⁹ VENOSA, *op cit* (p. 522).

⁵⁰ Diametralmente oposto, VENOSA, *op cit*: “a exclusão da evicção não dispensa a devolução das quantias pagas, sob pena de ocorrer injusto enriquecimento, excluindo-se apenas a indenização disposta no instituto.”. Não desmotivados, nós partimos contra sua tese, justamente da própria fala deste de que “os princípios aplicáveis são os do enriquecimento sem causa.”, p. 522.

⁵¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. 1ª ed. Coimbra editora L.DA: Coimbra, 1969 (p. 335).

contratual (artigo 139 do Código Civil, o vício de consentimento erro). É o que se chama na doutrina de risco específico⁵².

Isso ocorre porquanto o contrato passou a ser integrado por um espectro de possibilidades, deixou de ser constituído de uma certeza, passando a carecer de uma larga instrução sobre a situação probabilística do bem para que a (difícil) compreensão e prospecção dos fatos seja alcançável.

Nas linhas conceituais da economia também se expõe o assunto. Mankwin, N. Gregory, em “Introdução à Economia”, define os determinantes da demanda individual, sendo eles o preço, a renda, o preço dos produtos relacionados, os gostos e as expectativas. Esta, não de somenos, protagoniza a fala aqui presente.

Não infrutífera, essa conclusão leva à inserção dos bens duvidosos no mercado, estreitada pelas mesmas mais estrita boa-fé e honestidade, uma metáfora do contrato de Seguro⁵³. Supera-se, assim, a exclusão destes do mercado pelos longos períodos de dúvida, de litígio, e premia-se a cooperação.

Conclui-se pela aclamada funcionalização do bem, que resgata a supracitada teoria das nulidades ‘modernas’ (modulação dos efeitos da declaração de nulidade diante da ótica zetética e funcional dos institutos⁵⁴), como mais uma garantia de plena eficácia ao contrato até o momento da evicção, ao lado do preenchimento da causa do enriquecimento.

4.1 Conclusão: alienação da propriedade intelectual passível de evicção

O presente artigo teve seu pilar central sendo a função social da propriedade. Sob as diretrizes desse princípio se garantiu a evicção da propriedade intelectual, permitindo ao verdadeiro titular prosseguir com a inclusão escorreita da sua invenção na comunidade, e romper uma cadeia aquisitiva viciada. Um dos argumentos de grande relevo foi a necessidade recorrente de aplicação subsidiária do direito civil. Viu-se ainda que a evicção é instituto com acentuada relevância em duas situações.

Primeiramente, a patente/o registro que foi concedida ao resultado de uma cópia servil. Nessa situação, não houve o trabalho, que é a fundamentação para aquisição da propriedade intelectual, inquinando a cadeia aquisitiva desde a origem.

Em segundo lugar, o inventor que não impugnou a patente de quem teve uma atividade inventiva coincidente à sua, poderá utilizar-se da evicção para ir além da usucapião inclusiva, e proibir o uso ativo e ostensivo que contrarie a função social por adquirentes perversos. Paralela-

⁵² Esta cláusula que estipula a responsabilidade específica pelos estritos riscos nela contidos de evicção, opõe-se à cláusula excludente genericamente estipulada, sem valor segundo a melhor doutrina. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (p. 111). Na mesma linha, Paula Greco Bandeira (*op. cit.*), que exemplifica com uma cláusula que apenas garantiu contra o desfalque na quantidade contratada da coisa. Ela não se estenderá à garantia de qualidade da coisa, apenas protegível na seara dos vícios redibitórios (p. 193).

⁵³ Código Civil: “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a **mais estrita boa-fé e veracidade**, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” (grifos nossos).

⁵⁴ SOUZA, *op. cit.*



mente, aquele que for mero utente, posterior ao pedido de patente, também poderá insurgir-se, com o adendo de ser requisitado o uso contínuo e reiterado.

É nessa mesma ótica da função social pela qual não permitimos que a dúvida evicção criasse um obstáculo para a inserção da invenção na comunidade, e percebemos uma possibilidade de manter esses bens em plena performance: através da boa-fé do proprietário-aparente, que grite os riscos para que todos a ouçam, e abrace a aleatoriedade contratual.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

AMORIM, Ana Clara. **Parasitismo económico e direito**. EDIÇÕES ALMEDINA, SA: Coimbra, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Paula de Greco. **Contratos aleatórios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**, tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2017.

_____. **Nota sobre a adjudicatória em marcas**. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nota_adjudicatoria_marcas.pdf. Acesso em: 15 set. 2019

_____. **O inventor e o titular da patente de invenção**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf>. Acesso em: 16 set. 2019

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**: o caso da usucapião de patentes. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Editora Saraiva, 4ª ed., 3ª tiragem, 2014.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, LTDA, 1969.

CERQUEIRA, João da Gama, **Tratado da Propriedade Intelectual**. Atualizado por: Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 2ª tiragem, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

CHANDLER, David G. **The campaigns of Napoleon**. SCRIBNER: New York, 1966.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 15ª ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, FORENSE: 1995.

_____. **Direitos reais**. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Hart, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

MACKAAY, Ejan; STÉPHANE, Rousseau; tradução Rachel SZTAJN. **Análise econômica do direito** – 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 2: direito das obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

MORAES, Maria Celina Bodin De. A causa do contrato. Publicado na **Revista Trimestral de Direito Civil**, n.21, p. 95-119, 2005; e disponível em:<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**, 7ª ed. Rio de Janeiro: GZ EDITORA, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. III: fontes das obrigações. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. – São Paulo: MALHEIROS EDITORA LTDA., 2005.

SOUZA, Eduardo Nunes De. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Editora Almedina: Rio de Janeiro, 2017.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Obrigações**: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. Ed. São Paulo: Atlas.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda.





REFLEXÕES SOBRE A CADUCIDADE PARCIAL DE MARCAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA *COMMON LAW*

Clara Affeld Martins de Lima¹;
Júlia Gessner Strack²

RESUMO: É notória a relevância das marcas no cenário econômico internacional, o que justifica a preocupação dos agentes do mercado em adotar medidas para garantir a proteção e preservação dos seus signos distintivos ao longo dos anos. Nesse sentido, algumas figuras jurídicas possuem um papel essencial para garantir a proteção das marcas no mercado em relação à sua efetiva utilização: o princípio da especialidade das marcas e o instituto da caducidade parcial. Tendo em vista a escassa jurisprudência e conceitualização doutrinária sobre a matéria da caducidade parcial das marcas no Brasil, o presente artigo tem por objetivo (i) investigar – se existentes - quais requisitos são fixados pelos Tribunais brasileiros para a decretação da caducidade parcial de uma marca, e (ii) traçar um paralelo com o entendimento dos países de *Common Law* – especificamente Inglaterra e Estados Unidos - sobre a matéria, onde o tema possui entendimentos consolidados por parte dos Tribunais.

Palavras-chave: Direito Marcário; Caducidade Parcial; Common Law.

I INTRODUÇÃO

É notória a relevância das marcas no cenário econômico mundial, o que justifica a preocupação dos agentes do mercado em adotar medidas para garantir a proteção e preservação dos seus signos distintivos ao longo dos anos. No entanto, é imprescindível que se atente, no momento do registro de uma marca, ao princípio da especialidade, que assegura a proteção marcária apenas para os produtos ou serviços correspondentes à atividade do titular³. Para cum-

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Extensionista do Centro de Pesquisa de Propriedade Intelectual (CPPI), vinculado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil - UFRGS, sob coordenação da Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody. Participante do Grupo Interdisciplinar de Propriedade Intelectual UFRGS/CNPq, sob coordenação da Prof. Dra. Kelly Bruch.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Extensionista do Centro de Pesquisa de Propriedade Intelectual (CPPI), vinculado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil - UFRGS, sob coordenação da Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody. Participante do Grupo Interdisciplinar de Propriedade Intelectual UFRGS/CNPq, sob coordenação da Prof. Dra. Kelly Bruch.

³ Nas palavras de Michele Copetti, “o princípio da especialidade concede ao titular o uso exclusivo em sua atividade precípua. (...) A proteção assegurada à marca recai sobre produtos ou serviços correspondentes à atividade do titular, objetivando distingui-los de outros idênticos ou similares, porém de origem diversa”. (COPETTI, Michele. **Afinidade entre marcas:** uma questão de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 53).

prir com a destinação de tal princípio, a Lei de Propriedade Industrial (LPI) estabelece, em seu artigo 144, que o uso de uma marca deverá compreender os produtos ou serviços constantes do seu certificado, sob pena de caducar parcialmente o registro marcário em relação aos “não semelhantes ou afins” daqueles para os quais a marca foi comprovadamente usada.

Em contraponto à escassa jurisprudência brasileira acerca desta matéria, os países da *Common Law* apresentam entendimentos mais consolidados, por parte dos Tribunais, quanto ao problema da abrangência de uma marca e a possibilidade de caducidade frente à efetiva utilização desta no mercado. Nesse sentido, é possível identificar precedentes americanos que estabeleceram testes com critérios objetivos, para fins de apurar a afinidade entre produtos e serviços e a possibilidade de confusão entre consumidores. Na Inglaterra, do mesmo modo, verifica-se a consolidação, através de precedentes, de critérios objetivos para fins de alcançar a denominada “*fair specification of a trademark*” (isto é, a justa amplitude da especificação de uma marca à luz do uso realmente feito por esta no mercado).

Assim, tendo em vista a abrangência dos termos utilizados pela LPI em seu artigo 144 (mais precisamente em relação aos conceitos de semelhança e afinidade), o presente artigo tem por objetivo investigar se são fixados pelos Tribunais Federais Brasileiros requisitos ou critérios objetivos a serem utilizados pelo magistrado para a decretação da caducidade parcial de uma marca, bem como para a análise de afinidade entre produtos e/ou serviços, tal como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos. Para tanto, será abordado, em um primeiro momento, o panorama do instituto da caducidade parcial de marcas no Brasil. Em um segundo momento, serão apontadas as particularidades de dois precedentes paradigmáticos dos países de *Common Law* referidos, para, então, serem apresentados os resultados obtidos através do levantamento jurisprudencial nos Tribunais pátrios. Por fim, através da comparação do cenário existente entres estes países, o artigo será finalizado com suas conclusões.

II A CADUCIDADE PARCIAL DE MARCAS NO BRASIL

Antes de adentrar à análise específica sobre a caducidade parcial, é necessário compreender, em linhas gerais, o instituto da caducidade total das marcas no direito brasileiro. Tal instituto consiste em uma das formas de extinção do registro de uma marca, objetivando impedir que registros sejam mantidos em pleno vigor, embora sem uso efetivo⁴. Segundo o artigo 143 da LPI, o registro marcário caducará a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil na data do requerimento, ou tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos. Essa sanção é evitada, porém, se o titular justificar o desuso da marca por razões legítimas, cabendo-lhe o ônus de provar o uso da marca ou justificar seu desuso.

⁴ Apelação/Reexame necessário 2005.51.01.522975-7; TRF2 - 2ª Turma Especializada; Relatora Liliane Roriz; Julgado em 17/02/2009.

Quanto ao legítimo interesse da parte que objetiva a decretação da caducidade de uma marca, João Carlos Tinoco Soares esclarece o seguinte:

Necessário, portanto, se torna que o interessado ao requerer o pedido de caducidade do registro de uma marca tenha a obrigação de comprovar o seu legítimo interesse. Este poderá ser alicerçado pelo requerimento de pedido de registro de marca igual ou semelhante, para os mesmos produtos, mercadorias ou serviços e bem assim para os pertencentes a gênero de atividade afim. Em assim procedendo e objetivando a caducidade do registro que lhe é anterior e conflitante, terá possibilidade de obter o de sua pretendida marca (SOARES, 1988)

Importante referir que a natureza do produto e/ou serviço irá influenciar na análise do uso efetivo da marca, detalhe que deve ser considerado na decisão de manter ou extinguir uma marca (ou parte desta) por falta de uso. Por exemplo, ao passo que não parece justo exigir de um estaleiro marítimo a montagem de vinte navios por mês para fins de comprovação do efetivo uso da marca, parece justo se exigir a venda de vinte camisetas por mês para fins de comprovação do uso de uma marca de confecção (MACHADO, 2015). Ou seja, a verificação do efetivo uso deve ser realizado a partir de uma análise casuística, observando-se os padrões de mercado de cada produto e/ou serviço.

A caducidade parcial no sistema brasileiro de marcas, por sua vez, é regida pelo artigo 144 da LPI, que dispõe que:

Art. 144. O uso da marca deverá compreender produtos ou serviços constantes do certificado, sob pena de caducar parcialmente o registro em relação aos não semelhantes ou afins daqueles para os quais a marca foi comprovadamente usada

Em outras palavras, o sistema brasileiro refere que, em se tratando de marca registrada para identificar uma variedade de produtos ou serviços, a caducidade poderá ser decretada parcialmente àqueles produtos ou serviços para os quais não foi comprovado o uso pelo registrante, desde que (i) estes não pertençam ao mesmo segmento de mercado ou (ii) não possuam afinidade com os produtos para os quais o uso foi comprovado (INPI, 2019). Trata-se de um remédio para um sistema doente, eis que o registro sem utilização efetiva pode contribuir para a contaminação de todo o sistema (MACHADO, 2015).

A título ilustrativo, apresentamos a hipótese seguinte: uma sociedade empresária que atua no ramo de bebidas decide registrar sua marca “X” em duas classes de produto: bebidas alcoólicas e não-alcoólicas. Verificando que a sociedade, com mais de 5 (cinco) anos de constituição regular, tão somente fabricou e vendeu produtos não-alcoólicos, poderá ser requerida a caducidade parcial no que toca à classe de produto jamais utilizada - no caso, bebidas alcoólicas. Contudo, à luz do dispositivo 144 da LPI, a caducidade apenas será reconhecida se, a partir da análise da afinidade entre os produtos, reconhecer-se que bebidas al-



coólicas não são produtos semelhantes ou afins de bebidas não alcoólicas - o que, na prática, pode se tornar uma análise complexa.

Ainda, para a melhor compreensão do instituto da caducidade parcial, é essencial o estudo do princípio da especialidade das marcas, um dos princípios basilares do sistema marcário. Tal princípio admite a coexistência de marcas iguais para produtos e/ou serviços diferentes, desde que a convivência não gere confusão ou associação aos olhos do consumidor (COPETTI, 2010). Aurélio Wander Bastos define o princípio da especialidade como:

Princípio pelo qual se assegura a proteção marcária para os produtos, mercadorias ou serviços correspondentes à atividade do titular. Corresponde à esfera dentro da qual se aplica a proteção conferida à marca. De acordo com este princípio, o sinal registrado como marca terá amparo legal apenas para determinados produtos ou serviços, idênticos ou similares àquele a que se destina a proteção conferida, dentro de determinado segmento comercial ou industrial, e não todo o setor ou mercado. Nos casos dos produtos compreendidos em setores completamente diversos, como, por exemplo, alimentos e máquinas calculadoras, o titular da marca não poderá impedir que outro utilize o mesmo sinal ou denominação, podendo, perfeitamente haver a coexistência de ambos os registros, já que não há risco de confusão (BASTOS, 1997)

Logo, à luz do princípio da especialidade, é imprescindível que se assegure a proteção marcária apenas para os produtos ou serviços correspondentes à atividade do titular, sob pena da possibilidade de decretação da caducidade parcial.

Contudo, nota-se que a complexidade da análise da caducidade parcial reside na definição de dois parâmetros essenciais estabelecidos pelo artigo 144 da LPI: da não semelhança e não afinidade dos produtos ou serviços caducados em relação aos que a marca foi comprovadamente utilizada. Tais parâmetros possuem como objetivo claro impedir que haja duas marcas idênticas ou muito semelhantes em relação a produtos e serviços não suficientemente distintos, o que poderia ocasionar a confusão do consumidor quanto à origem destes. Nessa perspectiva, mesmo que o registrante não comprove o uso de todos os produtos/serviços indicados em seu registro, não se pode declarar a caducidade parcial de um produto/serviço muito similar ou afim daquele que está sendo efetivamente utilizado pelo titular, sob pena de risco de confusão.

No direito brasileiro, porém, o exame acerca da semelhança e afinidade entre produtos e serviços ainda carece de critérios objetivos e bem determinados⁵. Neste tocante, importante ressaltar que a divisão de produtos e serviços em classes é mera formalidade administrativa, sendo possível, inclusive, que produtos ou serviços inseridos em classes diversas guardem entre si uma relação de afinidade (COPETTI, 2010).

⁵ Michele Copetti refere que, apesar de não se tratar de conceito recente nas leis brasileiras, a afinidade não encontra critérios de análise solidificados na jurisprudência nacional, além de serem escassos os pronunciamentos da doutrina. (COPETTI, op. cit, p. 54).



O Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), por exemplo, considera produtos afins “aqueles que, embora de espécies distintas, guardam, uns com os outros, certa relação, seja em função do gênero a que pertencem, seja em razão das suas finalidades/destino ou, ainda, das novas tecnologias” (INPI, 2019). Ainda, sobre o risco de confusão entre os consumidores, Clóvis Costa Rodrigues, um dos autores do Código de 1945, demonstrava pessimismo quanto à possibilidade de uma análise objetiva de do assunto:

Apesar de a experiência demonstrar que, no tocante ao exame comparativo de marcas, isto é, na verificação da possibilidade de risco de confusão, tudo resulta de meras impressões pessoais, reflexo de nosso estado de alma, da nossa condição auditiva e da nossa percepção visual, que é um depoimento instável, subordinado à flutuação de múltiplos fatores psíquicos e imponderáveis (RODRIGUES, 1945)

Assim, neste cenário de subjetividade quanto à análise de similaridade entre produtos e serviços e possíveis critérios objetivos de decretação da caducidade parcial de uma marca, vale trazer à tona alguns precedentes significativos no âmbito da *Common Law* que tratam de sistematizar tais assuntos.

III A AFINIDADE ENTRE PRODUTOS E SERVIÇOS CONFORME O ENTENDIMENTO DA U.S. FEDERAL CIRCUIT: O TESTE DUPONT

Os testes para apurar a afinidade entre produtos e serviços e a possibilidade de confusão entre os consumidores há muito tempo foram consagrados nos Estados Unidos. No direito marcário americano, um dos testes mais utilizados no âmbito dos tribunais federais para aferição de afinidade de mercado e possibilidade de associação entre marcas é o teste *DuPont*, criado pelo *U.S. Federal Circuit*. O objetivo do teste é, a partir de critérios objetivos e sistemáticos, definir o grau de similitude entre produtos e serviços e averiguar a possibilidade de confusão entre o público consumidor, o que, por sua vez, guarda estreita relação com a análise da caducidade parcial.

Os treze fatores conhecidos como os “*DuPont factors*” são:

1. A similaridade das marcas em relação à aparência, som, conotação e impressão comercial;
2. A similaridade da natureza dos bens e serviços descritos no registro da marca;
3. A similaridade dos canais de comércio em que são veiculados os produtos/serviços;
4. As condições de venda dos produtos e o perfil dos consumidores - ou seja, se o padrão de consumidores do produto/serviço é impulsivo, cuidadoso ou sofisticado.
5. A fama da marca antecedente (número de vendas, propagandas, tempo de mercado);



6. A quantidade e a natureza das marcas similares usadas em bens similares aos analisados;
7. A natureza e a extensão de provas concretas de confusão entre o público consumidor;
8. O período e as condições sob as quais houve a coexistência entre as marcas sem evidências concretas de confusão entre os consumidores;
9. A variedade de bens em que a marca é (ou não) utilizada - ou seja, quanto maior for a gama de produtos que uma marca designa, mais provável será que um consumidor confunda a origem com um produto posterior que se utiliza de uma marca semelhante;
10. A interação entre os mercados da marca antecedente e a marca registrante:
 - (a) se houve “consentimento” na utilização da marca;
 - (b) se houve disposições contratuais destinadas a impedir confusão entre as marcas, ou seja, limitações ao uso continuado das marcas por cada parte;
 - (c) se houve cessão da marca, tentativa de registro e boa-fé no aproveitamento do mercado correlato;
 - (d) se houve lacunas e impedimentos imputáveis ao titular da marca antecedente que indicassem a ausência de confusão;
11. A medida em que o titular da marca tem o direito de excluir terceiros da utilização de sua marca em seus respectivos produtos - ou seja, quando mais a marca for genérica, vulgar ou não distintiva no seu ramo de atividade, menor será sua “legitimidade” de abster outros comerciantes de utilizarem o mesmo signo;
12. A extensão da possibilidade de confusão entre os consumidores - se é mínima ou considerável;
13. Qualquer outro fato comprovativo dos efeitos do uso da marca.

Assim, em casos de comparação entre marcas e verificação da possibilidade de confusão, o *Federal Circuit* americano sugere que, em cada caso concreto, haja a ponderação, fator por fator - ressalvados aqueles que não forem aplicáveis à hipótese -, dos treze critérios listados acima. Dessa forma, é possível garantir uma análise mais objetiva e detalhada acerca da semelhança entre produtos e serviços e o risco concreto de confusão entre os consumidores.

IV A PERDA PARCIAL DE DIREITOS DO TITULAR DE UMA MARCA CONFORME OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA SUPREME COURT OF ENGLAND AND WALES

Neste capítulo, far-se-á uma breve análise do caso *Maier & Anor v Asos Plc & Anor [2015]*, precedente famoso da *Supreme Court of England and Wales*, que buscou investigar a

amplitude da especificação de uma marca à luz do uso realmente feito por esta no mercado. Tal precedente passou a embasar diversas decisões inglesas posteriores concernentes a este tema, o que ressalta a sua importância para fins da presente pesquisa⁶.

No caso supracitado, a discussão englobava duas diferentes marcas: a primeira, denominada ASSOS, fora registrada em todos os países membros da União Europeia (tratando-se de uma marca comunitária), para a fabricação e comercialização de roupas para ciclistas, principalmente através de lojas especializadas; a segunda, denominada ASOS, fora registrada somente no Reino Unido, para identificar um varejo de moda e beleza *on-line*. Ambas as marcas foram registradas na classe 25 da Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice, a qual engloba, em termos gerais, vestuário, calçados e chapelaria.

Em dezembro de 2011, a empresa Roger Maier Assos of Switzerland SA (detentora da primeira marca) ajuizou ação contra a empresa ASOS plc (detentora da segunda marca), alegando que a comercialização, por parte desta empresa, de roupas, sapatos e outros acessórios na União Europeia, através da internet, configurava infração da sua marca. Em sua defesa, a ré alegou que a marca da autora deveria ser parcialmente revogada, pois estaria sendo usada tão somente para a comercialização de roupas e acessórios voltados especificamente para a prática de ciclismo - razão pela qual não seria justificável o registro da marca na integralidade da Classe 25 da Classificação de Nice.

Na primeira instância, o magistrado tratou de analisar o escopo do uso da Classe 25 por parte da autora, para verificar se haveria subsídios em relação ao pleito da ré de limitação do registro original daquela. Foi decidido que o registro da primeira marca (denominada ASSOS) deveria ser restringido a determinados bens dentro da Classe 25, para abranger apenas “roupas especializadas para ciclistas, jaquetas, camisetas, camisas pólo, roupas desportivas e bonés”. Ambas as partes apelaram e, especificamente no ponto que interessa à presente análise, a parte autora alegou que o juiz de primeiro grau incorreu em erro ao restringir a classificação da marca ASSOS da forma descrita.

Assim, ao analisar a questão, a *Supreme Court of England and Wales* acabou estabelecendo critérios objetivos para fins de alcançar a denominada “*fair specification of a trade mark*” (isto é, a justa amplitude da especificação de uma marca à luz do uso realmente feito por esta no mercado). Cumpre referir que o precedente ora em baila tem como plano de fundo normativo o Regulamento (CE) n. 207/2009 do Conselho da União Europeia⁷, que dispõe, no artigo 51, sobre a perda dos direitos do titular da marca comunitária, nos seguintes termos:

Art. 51. Causas de extinção.

⁶ A título exemplificativo, citamos as seguintes: [2017] EWHC 3242 (Ch) - disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/3242.html>; [2016] EWHC 3103 (Ch) - disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/3103.html>; [2016] EWHC B37 - disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/B37.html>; [2016] EWHC 49 - disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2016/49.html>; e [2017] EWCA Civ 1834 - disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1834.html>.

⁷ Versão traduzida para português disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0207&from=pt>.



1. Será declarada a perda dos direitos do titular da marca comunitária, na sequência de pedido apresentado ao Instituto ou de pedido reconvenicional em acção de contrafacção:

a) Quando, durante um período ininterrupto de cinco anos, a marca não seja objecto de utilização séria na Comunidade em relação aos produtos ou serviços para que foi registada e se não existirem motivos justos para a sua não utilização; todavia, ninguém poderá alegar a extinção dos direitos do titular se, entre o termo desse período e a apresentação do pedido ou do pedido reconvenicional, a marca tiver sido objecto de um início ou reinício de utilização séria; no entanto, o início ou reinício da utilização durante o período de três meses anterior à apresentação do pedido ou do pedido reconvenicional, desde que esse período não tenha sido iniciado antes do termo do período ininterrupto de cinco anos de não utilização, não será tido em consideração se os preparativos para o início ou reinício da utilização apenas começarem depois de o titular ter tido conhecimento da possibilidade de vir a ser apresentado o pedido ou o pedido reconvenicional;

b) Se, por motivo de actividade ou inactividade do seu titular, a marca se tiver transformado na designação comercial usual do produto ou serviço para que foi registada;

c) Se, na sequência da utilização feita pelo titular da marca ou com o seu consentimento em relação aos produtos ou serviços para que foi registada, a marca puder induzir o público em erro, nomeadamente acerca da natureza, da qualidade ou da proveniência geográfica desses produtos ou serviços.

2. Se a causa de extinção só se verificar em relação a uma parte dos produtos ou serviços para os quais a marca comunitária foi registada, a perda dos direitos do titular só será declarada em relação aos produtos ou serviços em causa.

Observa-se, nesse sentido, que o ponto 2 do artigo 51 do Regulamento (CE) n. 207/2009 pode ser aproximado do artigo 144 da LPI (analisado acima), na medida em que ambos preveem a possibilidade de perda parcial dos direitos do titular de uma marca, no caso de não comprovação do uso desta na integralidade dos termos constantes do registro.

Feita essa breve contextualização, adentrar-se-á no mérito do precedente em questão. Foram ponderadas, na decisão da *Supreme Court of England and Wales*, duas máximas conflitantes. De um lado, a Corte considerou que não se deve autorizar o monopólio de uma marca em relação a uma categoria genérica de bens e/ou serviços simplesmente porque tal marca é usada em relação a uma pequena parcela desta categoria. Sob essa perspectiva, uma marca deve permanecer registrada somente em respeito aos bens e/ou serviços que genuinamente são comercializados sob o signo distintivo.

Por outro lado, também foi considerado que não é possível exigir que o proprietário de uma marca utilize esta em relação a todas as variantes possíveis dos bens e/ou serviços cobertos pelo registro. Tal exigência acabaria por retirar do titular da marca a proteção em relação a todos aqueles outros bens e/ou serviços que, apesar de não idênticos, são classificados pelo consumidor médio como pertencentes ao mesmo grupo daqueles para os quais a marca foi efetivamente usada.

Sopesando ambos os pontos acima citados, a Corte concluiu que tal conflito deve ser ponderado considerando: (i) a amplitude das categorias de bens e/ou serviços para as quais a marca está registrada e (ii) até que ponto essas categorias são descritas em termos genéricos. Nesse sentido, caso tais categorias utilizem termos suficientemente amplos, a ponto de permitir o seu desmembramento em várias subcategorias independentes e coerentes, a prova de uso da marca em relação a uma destas não constituirá prova de uso em relação às demais. Todavia, caso não seja possível efetuar um desmembramento substancial da categoria específica em relação à qual o uso da marca foi comprovado, a prova de uso será suficiente para toda a categoria.

Complementou-se que referida ponderação deve ser feita através dos olhos do consumidor médio, levando em consideração a finalidade e o uso pretendido dos bens e/ou serviços em questão (critérios estes que são empregados pelos consumidores no ato de escolha e compra de produtos e/ou serviços, para fins de atender às suas necessidades específicas). Assim, a missão do julgador é alcançar, ao final desta análise, uma especificação justa da marca, o que significa determinar como o consumidor médio descreveria os produtos e/ou serviços em relação aos quais a marca foi usada, com base nos critérios da finalidade e uso pretendido.

Concluída tal análise, a Corte entendeu que a nova classificação da marca ASSOS, tal como definida na primeira instância, não se revelava arbitrária, tendo em vista que foram aplicados todos os critérios acima descritos, eis que o magistrado de primeiro grau: (i) investigou qual era o uso da marca no período relevante; (ii) identificou o consumidor médio dos produtos comercializados pela marca, para fins de analisar se tal consumidor consideraria justa a classificação “vestuário, calçados e chapelaria” ou usaria uma mais específica; (iii) considerou apropriadamente a finalidade e uso pretendido dos produtos comercializados pela marca. Deste exame resultaram subcategorias suficientemente distintas umas das outras, não se podendo admitir que uma marca que fora utilizada apenas para a comercialização de roupas específicas teria seu uso descrito pelo consumidor médio como “vestuário casual em geral”.

V ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Através da busca dos termos “*caducidade parcial*” e “*marca*” nos sistemas de jurisprudência dos Tribunais Federais e dos Tribunais Superiores, foram encontrados seis casos em que a questão da caducidade parcial foi enfrentada pelos magistrados, apenas no Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁸, conforme tabela elucidativa abaixo:

⁸ Os casos encontrados foram: Apelação Cível nº 20055101522975-7, julgada em 17/02/2019 pela 2ª Turma Especializada do TRF2; Apelação Cível nº 0109176-17.2015.4.02.5101, julgada em 02/08/2018 pela Turma Especializada I do TRF2; Apelação Cível nº 0807994-91.2011.4.02.5101, julgada em 26/05/2015 pela Turma Especializada I do TRF2; Apelação Cível nº 0811402-90.2011.4.02.5101, julgada em 11/12/2014 pela Turma Especializada I do TRF2; Apelação Cível nº 0808639-53.2010.4.02.5101, julgada em 26/03/2013 pela Turma Especializada I do TRF2; Apelação Cível nº 2004.51.01.534303-3, julgada em 25/05/2010 pela 2ª Turma Especializada do TRF2.



N. do Processo	Marca(s) cuja caducidade parcial estava em discussão	Houve decretação de caducidade parcial?	Foram definidos critérios objetivos para a análise da caducidade?	Foi analisada a semelhança/afinidade entre os bens/serviços protegidos?
20055101522975-7	“AS ANDORINHAS BRASILEIRAS”	Sim	Parcialmente	Sim
0109176-17.2015.4.02.5101	“SANTA CLARA”	Sim	Não	Não
0807994-91.2011.4.02.5101	“PUCCI”	Sim	Não	Não
0811402-90.2011.4.02.5101	“SAPO”	Sim	Não	Não
0808639-53.2010.4.02.5101	“MAX & CO.”	Sim	Não	Não
2004.51.01.534303-3	“3R”	Não	Não	Sim

Primeiramente, chama atenção o fato de que cinco dos seis acórdãos analisados concluíram por decretar/manter a caducidade parcial das marcas analisadas, o que sugere um posicionamento bastante rígido por parte do Tribunal quanto à questão do não-uso. Ademais, dentre os seis casos analisados, apenas um deles (Apelação Cível n. 20055101522975-7) buscou delimitar certos critérios objetivos para a análise do pedido de decretação de caducidade parcial de marca - quais sejam: o desuso da marca pelo prazo de cinco anos; o requerimento da caducidade, por parte de qualquer interessado em explorar a mesma marca, no mesmo segmento mercadológico; a não comprovação, por parte do titular da marca, de um motivo de força maior a justificar o desuso. Porém, mesmo nesta hipótese, nota-se que os critérios delimitados se resumem à mera reprodução do artigo 143 da LPI, razão pela qual não se enfrentou o problema da abrangência dos termos utilizados pelo artigo 144, conforme explicado acima.

Por outro lado, no referido caso, foi sopesado o fato de que os serviços para os quais a marca era registrada (nas classes 38.20⁹ e 38.30¹⁰), embora pertencessem ao mesmo segmento geral de transporte, eram enquadrados em ramificações diversas, que se revestiam de especificidades que as tornavam autônomas entre si, tendo restado comprovado o uso em relação apenas a uma destas ramificações. Nesse sentido, observa-se uma certa racionalidade no embasamento da decretação da caducidade parcial da marca, embora não tenha se adentrado na possibilidade de confusão destas ramificações pelos consumidores, conforme proposto pelo teste *DuPont*.

Além do caso supra referido, depreende-se que houve apenas um único caso que aprofundou a análise da semelhança e afinidade entre os bens, bem como da possibilidade de confusão entre os consumidores (a Apelação Cível n. 2004.51.01.534303-3). Neste caso, o voto vencido proferido pela relatora analisou a semelhança fonética e gráfica entre as marcas em

⁹ Serviços de transporte de carga, armazenagem e embalagem de mercadorias em geral.

¹⁰ Serviços de transporte de passageiros, viagem e turismo.

discussão, bem como considerou a afinidade entre os segmentos mercadológicos dos produtos comercializados (produtos eletrônicos), mesmo que os produtos se encontrassem em classes distintas de acordo com a Classificação de Nice: (8) 09¹¹ e (7) 09¹². Segundo a relatora, as marcas e os seus respectivos mercados seriam suficientemente semelhantes e interligados para causar confusão aos consumidores acerca da procedência dos produtos.

Ainda, em tal caso, observa-se que o mesmo voto vencido sustentou que *“em se tratando de marca que assinale uma gama de produtos/serviços, deve ser provado o uso, por item da classificação de produtos/serviços, em pelo menos, um produto ou serviço de cada item da classe em que a marca estiver registrada”*. Entendemos se tratar de posição um pouco extremista, que vai no sentido contrário do entendimento das cortes inglesas, que sustentam não ser possível exigir que o proprietário de uma marca utilize esta em relação a todas as variantes possíveis dos bens e/ou serviços cobertos pelo registro.

Os demais casos não se valeram de nenhum critério objetivo para a análise da afinidade entre os produtos constantes nos registros das marcas, apesar da do artigo 144 da LPI expressamente referir que não caducará parcialmente o registro em relação aos bens/serviços que, embora o uso não seja comprovado, sejam semelhantes ou afins daqueles para os quais a marca foi comprovadamente usada. Observa-se, em tais casos, a realização de uma análise simplista da questão, limitada somente às provas de uso ou desuso da marca em determinado período, levando em conta apenas os mercados específicos nos quais os produtos e/ou serviços estariam inseridos. Deixou-se de considerar, contudo, a possível correlação com os demais mercados cujo uso da marca não fora efetivamente comprovado.

VI CONCLUSÕES

Através da análise da jurisprudência e da doutrina pátria, foi possível observar que, no Brasil, o sistema marcário ainda carece de uma análise mais profunda das peculiaridades que envolvem a decretação da caducidade parcial de uma marca. A quase totalidade dos casos analisados, por exemplo, limitou sua análise tão somente ao critério do uso ou desuso da marca em relação aos produtos ou serviços descritos no registro, sem considerar, no entanto, (i) até que ponto as categorias de bens e/ou serviços para as quais a marca estava registrada são genéricas e poderiam ser desmembradas em subcategorias, sem prejuízos à concorrência e aos consumidores, (ii) se a finalidade e uso pretendido dos produtos e/ou serviços comercializados pela marca eram semelhantes ou afins, e, como consequência, (iii) até que ponto o consumidor poderia ser confundido pelas marcas, caso haja a decretação da caducidade parcial.

¹¹ Bobinas elétricas; bobinas eletromagnéticas; comutadores; conexões elétricas (tomadas, bocais); retificadores; dimmer (interruptor de variação gradual de intensidade luminosa); disjuntores; interruptores; inversores; limitadores; relés; sirenes; transformadores; reatores; ignitores; contactores; chaves de sobrecarga e filtros de linha.

¹² Aparelhos e instrumentos eletrotécnicos e eletrônicos, incluindo aparelhos e instrumentos de sinalização, medição, monitoração, comando, regulação e comutação; derivação; instalações, as quais consistem de uma combinação dos produtos supracitados.



Desse modo, tendo em vista a carência de enfrentamento desse tema, entendemos que a utilização dos critérios fixados pela *Common Law* aqui tratados podem servir de orientação para o melhor desenvolvimento do instituto da caducidade parcial - tanto no âmbito da doutrina, quanto dos tribunais pátrios. Nessa senda, a definição de critérios objetivos e detalhados para a decretação da caducidade parcial das marcas pode auxiliar, principalmente, na busca da finalidade essencial do direito marcário: distinguir os produtos ou serviços que a marca visa a identificar, garantindo que o consumidor possa vincular estes a determinada origem empresarial.

REFERÊNCIAS

- Apelação Cível nº 20055101522975-7, julgada em 17/02/2019 pela 2ª Turma Especializada do TRF2.
- Apelação Cível nº 0109176-17.2015.4.02.5101, julgada em 02/08/2018 pela Turma Especializada I do TRF2.
- Apelação Cível nº 0807994-91.2011.4.02.5101, julgada em 26/05/2015 pela Turma Especializada I do TRF2.
- Apelação Cível nº 0811402-90.2011.4.02.5101, julgada em 11/12/2014 pela Turma Especializada I do TRF2.
- Apelação Cível nº 0808639-53.2010.4.02.5101, julgada em 26/03/2013 pela Turma Especializada I do TRF2.
- Apelação Cível nº 2004.51.01.534303-3, julgada em 25/05/2010 pela 2ª Turma Especializada do TRF2.
- Apelação/Reexame necessário nº 2005.51.01.522975-7, julgada em 17/02/2009 pela 2ª Turma Especializada do TRF2.
- BASTOS, Aurélio Wander. **Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, p. 219, 1997.
- COPETTI, Michele. **Afinidade entre marcas: uma questão de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 128, 2010.
- INPI. **Manual de Marcas**. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%-C2%B711_An%C3%A1lise_do_requisito_da_disponibil
- In re E.I. du Pont de Nemours & Co., 476 F.2d 1357 (CCPA 1973). Disponível em: <http://www.transjurlex.com/ustm/476f2d1357.htm>
- MACHADO, Alexandre Fragoso. **O uso da marca e sua integridade**. São Paulo: Bookstart, p. 128/129, 2015.
- Maier & Anor v. Asos Plc & Anor [2015] EWCA Civ 220 (01 April 2015). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2015/220.html>.
- RODRIGUES, Clóvis Costa. **Concorrência Desleal**, Rio de Janeiro: Editora Peixoto, 1945.
- SOARES, José Antonio Tinoco. **Tratado de Propriedade Industrial**, Vol III. Ed. Resenha Tributária, São Paulo, p. 1179-1180, 1988.



DIREITO AUTORAL E ECONOMIA CRIATIVA

CAPÍTULO 8



LEI DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E AS UNIVERSIDADES: O PAPEL DO ORDENAMENTO JURÍDICO NA PROPULSÃO DA ECONOMIA CRIATIVA

João Guilherme Pereira Chaves¹

Marcos Wachowicz²

RESUMO: Este trabalho procura estudar os efeitos da Lei de Inovação nas universidades públicas do Brasil, pela análise das regulações internas da Universidade Federal do Paraná, Universidade Estadual de Ponta Grossa e Universidade Estadual de Maringá. Acredita-se que o baixo número de contratos de transferência de tecnologia das universidades brasileiras em comparação ao número de propriedade intelectual protegida pode ter razões firmadas na cultura de inovação das universidades. Utilizou-se para a exploração científica pesquisa qualitativa por análise bibliográfica, utilizando documentos e bibliografia pertinente ao tema. Ao fim da pesquisa, concluiu-se que as instituições passaram a se preocupar com sua política de inovação ao longo dos anos de vigência da Lei de Inovação, ainda que reajam de maneira lenta para a absorção da norma, o que poderia gerar um gargalo para a eficácia dos objetivos da Lei de Inovação.

Palavras-chave: Lei de inovação, Administração Pública, universidades paranaenses, cultura de inovação.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, a Lei Federal de Inovação estará em vigor por 15 anos. A procura pela inovação tem uma finalidade clara do ponto de vista do Estado brasileiro: alcance da autonomia tecnológica e desenvolvimento do mercado interno. Pelo incentivo da inovação, empresas teriam maior potencial concorrencial, universidades possuiriam maior aproximação com a sociedade civil, mais produtos brasileiros estariam no mercado por preços justos de uma livre concorrência. Novas empresas surgiriam por intermédio de novas tecnologias, gerando novos empregos no processo. Do ponto de vista externo, a dependência tecnológica e econômica do país, tão denunciada no século XX, seria ultrapassada pela autonomia tecnológica. Antes das

¹ Doutorando da USP. Professor na Faculdade de Telêmaco Borba (FATEB)

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 .

mais recentes emendas constitucionais sobre o tema, já em 1988 o constituinte escrevia no artigo 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

No presente artigo se procura discutir a conjuntura específica da Lei Federal de Inovação de 2004 (Lei nº 10.973/2004), suas modificações e sua atual eficácia, sob as lentes da universidade pública. Sabe-se que um dos principais objetivos da Lei de Inovação foi a aproximação das universidades e do setor produtivo. Dessa maneira, serão analisadas as regulações internas de três universidades públicas do Estado do Paraná, visando apresentar como as instituições alteraram sua estrutura interna após a promulgação da Lei de Inovação. Para tanto, será analisada a política de inovação das instituições e suas regulações para proteção de propriedade intelectual e transferência de tecnologia. Um dos objetivos da lei estudada foi a promoção de uma cultura de inovação no país, algo que seria impensável sem a absorção de seus dispositivos pelas universidades do país, visto se tratarem de autarquias dotadas de relativa autonomia.

Procura-se desenvolver pesquisa de caráter qualitativo. O método a ser utilizado como instrumento para a investigação do objeto será a análise bibliográfica e documental. Utilizar-se-á de fontes secundárias. A pesquisa bibliográfica será realizada em livros, *websites* e artigos acadêmicos sobre os temas pertinentes ao assunto. A análise documental, por sua vez, será realizada principalmente em legislações e regulações universitárias, como a Lei Federal de Inovação de 2004, a Lei Paranaense de Inovação de 2011 e o recente Marco da Ciência Tecnologia e Inovação de 2016 que alterou substancialmente, entre outras legislações pertinentes, a Lei de Inovação.

A escolha para o corte de levantamento de documentos tem duas razões: a) o papel central e vestibular que o sistema de inovação deveria ter por parte das universidades; b) a tentativa de discutir a temática de maneira mais distante dos atores individuais (pesquisadores, empresários, governantes, etc.) e mais próxima das estruturas que os englobam (universidades, empresas e Estado). Parte-se da hipótese que a estrutura de inovação depende não apenas da regulamentação ostensiva dos marcos legais de nível federal e estadual que foram promulgados no Brasil nas últimas duas décadas, mas de uma regulamentação interna nos entes que são chamados a campo para atuar diretamente na economia de conhecimento.

Justifica-se, ainda, a análise limitada as universidades públicas do Paraná pela sua maior proximidade estrutural e histórica. Dessa maneira, tendo um ponto de partida homogêneo (Universidades sob o mesmo arcabouço legal, sob uma mesma política e economia estatal), pode-se desenvolver uma pesquisa mais ampla tematicamente em uma região mais limitada, analisando não apenas aspectos culturais, como ainda aspectos jurídicos e econômicos.

O artigo será estruturado da seguinte maneira: em primeiro lugar, será analisada a conjuntura política e sociológica que deu luz a Lei de Inovação em 2004, demonstrando a importância que o fenômeno da inovação e do capitalismo cognitivo desenvolveu ao longo do fim do século XX e começo do século XXI, conforme pode ser expresso pelas legislações acerca de propriedade



intelectual desenvolvidas no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo ponto irá analisar quais foram as maiores mudanças trazidas pela Lei de Inovação, além das suas subsequentes reformas, demonstrando alguns conceitos-chave da norma, como os NIT e a transferência de tecnologia. Por fim, no último ponto, serão apresentados os marcos regulatórios internos das três instituições universitárias estudadas, demonstrando como se deu a adequação da lei pela academia. Espera-se, ao fim do artigo, demonstrar o desenvolvimento de uma cultura de inovação e de propriedade intelectual nas instituições acadêmicas públicas, cada vez mais focadas em sua aproximação com o setor produtivo e a sociedade civil, para o desenvolvimento sócio-econômico do país.

1 A LEI DE INOVAÇÃO DE 2004: UM APELO PARA A APROXIMAÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESAS

Os efeitos da sociedade de informação e, conseqüentemente, como readaptar o ordenamento jurídico à nova conjuntura ainda são campos de amplos debates. O Direito, eternamente indispensável para a vida em coletividade, readapta-se ao novo cenário. Imaginariam os revolucionários do século XVIII que o *laissez-faire* do Estado influenciado pelo contratualismo seria substituído pelo Direito como ferramenta de condução da economia? Considerariam sua luta causa perdida. No entanto, não conheceram a profundidade dos efeitos da então nascente sociedade de massas. As novas tecnologias criam novos meios de produção que, por sua vez, criam novos cenários econômicos com novas dificuldades para a manutenção de um ambiente de perfeita concorrência. Mais importante ainda, a homogeneidade da sociedade de massas globalizada cria uma *economia mundo* onde a transnacionalidade é a característica das grandes empresas. O Estado Nação se readequa para uma postura mais singela e mais conivente com as grandes decisões da economia global. Naturalmente, nosso Direito, hodiernamente expressão direta da soberania do Estado, se readequa as novas condições globais.

No Brasil, a condução jurídica da economia é possibilitada pela Constituição da República de 88, seguindo a tradição de definir uma ordem econômica inaugurada pela Constituição de 34. Entre os vários tópicos que o constituinte estabeleceu como nucleares para o desenvolvimento econômico do país, encontra-se no texto do artigo 219, que traz o seguinte dispositivo “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”. A autonomia tecnológica do País é uma das razões para o constituinte entender necessária a intervenção do Estado na economia.

Autonomia tecnológica significa emancipar uma economia baseada em produtos primários. O atraso tecnológico do país já é denunciado por intelectuais como Celso Furtado desde meados do século XX. Analisando a transição da economia brasileira para um sistema industrial, o autor afirma que “(...)nem sempre eram as linhas tradicionais de exportação as que se beneficiavam, pois a estrutura da procura externa se havia modificado, houve fortes deslocamentos de fatores dentro da economia em benefício da produção daqueles artigos



que encontravam mercado no exterior” (FURTADO, 1991, p. 206). Os ciclos econômicos do país sempre se ligaram a vontade do mercado exterior, como no caso atual da necessidade brasileira de exportação de produtos primários e importação de tecnologia. A independência tecnológica significaria uma modernização do Estado nesse sentido, em parceria com mais ativa participação da iniciativa privada (VAZ, 1992). Daí vem a preocupação nacional recente com a inovação tecnológica.

O fenômeno da inovação como implementação de produto ou processo novo no mercado encontra na propriedade uma das suas bases. O direito da propriedade e o direito das obrigações garantem transações privadas e a autocoordenação que age o mercado (BAGNOLI, 2009). A segurança jurídica que a propriedade dá para as relações sobre tecnologia inventiva e a sua inserção no mercado levam a necessidade de proteção por meio de propriedade intelectual. Não é por menos que a mera atividade inventiva não é requisito solitário para a concessão de patente no Direito moderno. Ainda que o fundamento da tutela constitucional das patentes seja o invento, é necessário que se destine a resolver problemas concretos (BARBOSA, 2007).

Em uma construção legislativa, não se fecha os olhos aqui para a longa história brasileira de proteção aos direitos intelectuais. Denis Borges Barbosa (2015) aponta que a lei de patentes é anterior ao Brasil independente, sendo datada de 1809 com longa história de reformas. No entanto, no que diz respeito a mais atual regulação com vistas à inovação tecnológica, nota-se que o Estado brasileiro passou a se preocupar com o conhecimento como fator econômico desde os anos 1980, com o III Plano Nacional de Pós-Graduação, política pública que já se preocupava com a consolidação da pós-graduação como chave para a articulação da produção de conhecimento e o Setor Produtivo (CARVALHO; SILVA JUNIOR, 2017).

Na década de 90 do século XX e nos primeiros anos do século XXI, desenvolveu o entroncamento legislativo mais atual que daria estrutura para a inovação tecnológica no Brasil, dando feição moderna para o país na economia de conhecimento mundial. Dentre os marcos legislativos, cita-se a Lei 9.279/96 que regulamentou a Propriedade Industrial; a Lei 9.610/98 que estabelece normas de Direitos Autorais; a Lei 11.196/05, a chamada Lei do Bem, que concede incentivos fiscais às pessoas jurídicas que realizem pesquisa e desenvolvimento e, objeto deste breve ensaio, a Lei 10.973/04 que regulamentou os incentivos estatais para entes privados focados em desenvolvimento tecnológico, conhecida por Lei de Inovação. Mais recentemente, houve mais profunda mudança legislativa no ordenamento jurídico brasileiro relacionado a C,T&I, com o Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei 13.243 de 2016), aparelhando ainda mais os entes públicos (universidades públicas e setores públicos de pesquisa) para se relacionarem com o dinamismo dos entes privados.

Importante pontuar que em 1990 foi criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a primeira edição do Manual de Oslo, com o objetivo de orientar e padronizar conceitos, metodologias e construção de estatísticas e indicadores de pesquisa e desenvolvimento de países industrializados (OCDE, 2004). O conceito do Manual de Oslo foi adotado pela legislação pátria:

Inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um 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 (OCDE, 2004, p.55).

As diretrizes do Manual de Oslo foram adotadas tanto pela Lei Federal de Inovação de 2004, quanto pela Lei Estadual de Inovação Paranaense de 2012 (PARANÁ, 2012). Dessa maneira, para a economia brasileira, entende-se que o mero crescimento tecnológico com fim em si mesmo não é suficiente para ser considerado uma atividade inovativa. Para tanto, é necessário que o produto, processo ou método seja incorporado no mercado. Em suma: o crescente número de propriedade intelectual protegida no seio das universidades públicas necessitariam estar à disposição ao consumidor final para que exista inovação.

O primeiro artigo da Lei 10.973/04 dá o tom de sua finalidade disciplinadora do projeto econômico do constituinte de 88. Os objetivos citados na letra da norma são especificamente a capacitação tecnológica, a consecução da autonomia tecnológica e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do país³. Dentre os princípios citados nos incisos do mesmo artigo, encontra-se o estímulo a atividade inovativa nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT). As ICT, definidas pela mesma lei como órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (Lei 10.973/2004, art. 2º, V), incluem, naturalmente, as instituições de ensino superior (IES).

A velocidade de informação e a mesma informação colocada ao centro da economia mundial afeta diretamente o ambiente onde é produzida e mais desenvolvida. Dessa maneira, importa para as políticas públicas a localização da pesquisa. Torna-se política (e em um segundo momento, jurídica) a preocupação a respeito de onde se está desenvolvendo conhecimento e tecnologia, tendo em vista que as implicações da pesquisa têm resultado cada vez intenso em um intervalo de tempo mais curto. Para melhor capacitação da potencial produtividade econômica que o conhecimento traz, os esforços brasileiros se viram para as universidades, empreendimento este que se traduz na Lei de Inovação. A universidade está para a sociedade de conhecimento assim como a indústria e os governos estiveram para a sociedade industrial.

Naturalmente, isso afeta o dia-a-dia da universidade, agora centro da preocupação econômica. A relação entre as IES, o Estado e o Setor Produtivo passam a se adensar, economicamente e juridicamente, visto a necessidade do Setor Produtivo em inovar para crescer, da universidade pública em realizar sua missão socioeconômica (assim como, sobreviver, visto a constante argu-

³ Na íntegra: Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)



mentação da necessidade de capital alheio daquele provido pela receita do Estado) e do Estado em apostar no seu desenvolvimento econômico interno. Daí nasce uma noção de dívida da universidade frente a sociedade, na chamada *terceira revolução acadêmica* (DUARTE; CHAVES; PETYK, 2018), onde a finalidade das instituições de ensino não é mais meramente o ensino, a pesquisa e a extensão, mas, também, uma participação no desenvolvimento socioeconômico.

A *hélice tríplice*, conforme discutida por Henry Etzkowitz em análise ao sistema americano de inovação tecnológica, exige uma participação conjunta do Estado, do Setor Produtivo e das IES, onde a universidade assumiria a feição de *universidade empreendedora*, onde, intimamente ligada aos clamores da sociedade, respeitaria cinco diretrizes básicas: *capitalização do conhecimento, interdependência, autonomia, hibridização e reflexividade* (ETZKOWITZ, 2008). A lógica de *hélice tríplice* está bastante clara na Lei de Inovação, que apresenta seus dispositivos teleologicamente focados na “promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas”, na “utilização do poder de compra do Estado para o fomento à inovação”, e no “fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICT’s” (BRASIL, 2004). A interação entre universidade e empresa, entre público e privado, está na função da legislação.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO PARA DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADO: ANTES E DEPOIS DA LEI DE INOVAÇÃO

A maior parte da pesquisa brasileira se concentra na universidade pública. *Research in Brazil*, relatório disponibilizado no ano de 2018 apresenta que entre as universidades que mais produzem conhecimento no Brasil, nenhuma delas é privada (CLARIVATE ANALYTICS, 2018). Naturalmente, a generalização não ignora a excelência do desenvolvimento em pesquisa e tecnologia de algumas instituições privadas⁴, mas os dados levantados apontam que, em 2016, 9 entre os 10 maiores depositantes de patentes de invenção eram universidades públicas brasileiras (INPI, 2017), e em 2017, 24% dos pedidos de depósito de patentes de invenção foram realizados por IES públicas, acima de empresas de médio e grande porte (INPI, 2018). A concentração da pesquisa nas universidades públicas fica clara.

Assim, a discussão sobre dispositivos legais para a aproximação das ICT com o setor produtivo com vistas em cooperação tecnológica se fez presente por algumas dificuldades específicas que faziam parte do ordenamento anterior. Primeiramente, a regulação era toda baseada em dispositivos do Direito Administrativo. Iluminados pela distinção sistêmica (utilizando-se aqui do termo cunhado por Franz Bydlinski) entre Direito Privado e Direito Público, ainda pertinentes de maneira prática e didática no nosso ordenamento jurídico (RODRIGUES JUNIOR, 2019), os negócios jurídicos que envolviam a Administração Pública são distinguidos entre contratos de

⁴ Estudo realizado pelo Instituto de Tecnologia do Paraná (TECPAR) a respeito dos intangíveis das Instituições de Ciência e Tecnologia do Estado do Paraná demonstrou que a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) possui um número bastante elevado de propriedade intelectual (ainda que apresente baixo número de licenciamento de tecnologias), ocupando o segundo lugar no Estado, atrás da Universidade Federal do Paraná (TECPAR, 2018).

Direito Privado da Administração, regidos pelo Direito Privado (como uma compra e venda de imóvel) e os contratos administrativos, regidos pelo Direito Público (como em uma concessão pública) (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

O contrato com objeto de cooperação tecnológica ou licenciamento, em princípio, não possui natureza privativa, e, sim, pública. Não se tratava de mera transmissão de ativos, visto que estes permaneciam no patrimônio público. Tal conjuntura se aproxima a finalidade de cooperação com vistas a uma política de desenvolvimento socioeconômico pela autonomia tecnológica do país – em conformidade o artigo 219 da Constituição da República (CHAVES; MIRANDA, 2019).

As atuações do Estado, pela própria natureza do moderno Direito Administrativo, são limitadas. Quando atua em intervenção direta ou indireta na economia, possui restrições diversas. Não poderia ser diferente, visto que a transparência das relações e a baixa discricionariedade do agente público, e por consequência, sua ampla vinculação aos limites impostos legalmente, são características basilares do moderno Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, buscando readaptar as relações público-privadas para dinamizar o desenvolvimento tecnológico do país, a Lei de Inovação de 2004 trouxe disposições específicas que modificaram a maneira como essa intersubjetividade se dá.

Originariamente, antes de profunda mudança trazida pela Lei 13.243 de 2016, a lei, do ponto de vista das Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT), trazia a possibilidade de compartilhar laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações suas com microempresas e empresas de pequeno porte, além de empresas nacionais e organizações de direitos privado sem fins lucrativos voltadas para pesquisa, mediante remuneração e por prazo determinado (artigo 4º); a possibilidade de participação da União e entidades autorizadas a participar do capital de empresa privada com fins de desenvolvimento tecnológico (artigo 5º); a faculdade de celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento de criação desenvolvida pela ICT, mediante publicação de edital para exclusividade da licenciada (artigo 6º); a possibilidade de prestação de serviços pela ICT à instituições públicas e privadas (artigo 8º); a oportunidade de celebrar acordos de parceria para atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica (artigo 9º); a defesa do direito do criador de participação mínima de 5% e máxima de 1/3 nos ganhos econômicos auferidos pela ICT resultantes de parcerias com o setor produtivo, com prazo específico pela lei para o recebimento do montante dos *royalties* (artigo 13); a viabilidade de afastamento pelo pesquisador público para prestar colaboração a outra ICT (artigo 14) ou para fazer atividade empresarial com vistas à inovação (artigo 15); e a necessidade de criação de um *núcleo de inovação tecnológica* (NIT), o escritório de transferência de tecnologia, para a gestão de políticas de inovação (artigo 16). Em outras palavras, tratam-se de medidas com vistas a modificar a estrutura interna das ICT, preparando-a para melhor acolher a cultura organizacional proposta pelo modelo da hélice-tríplice.

Do ponto de vista do estímulo à inovação nas empresas, a lei define que a União, as ICT e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores (artigo 19), por instrumentos de subvenção econômica, financiamento ou participação



societária, sendo que pelo uso da subvenção econômica, deverá existir contraprestação da empresa (artigo 19, §1º); a contratação de empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais privadas sem fins lucrativos para a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento (artigo 20); a promoção por agências de fomento e as ICT, em sua competência de extensão, de ações de estímulo à inovação nas micro e pequenas empresas (artigo 21); e a autorização da criação de fundos mútuos de investimento em empresas inovadoras, de acordo com a lei de valores mobiliários (artigo 23). Além das empresas, a lei também dedica espaço para o estímulo ao inventor independente, trazendo medidas de adoção de sua tecnologia por ICT, podendo esta optar pela incubação e industrialização pelo setor produtivo, caso seja do interesse do inventor (artigo 22).

Em conclusão do seu texto, a lei especifica em suas disposições finais o vínculo das suas disposições às ICT de ensino, que deverão fazer ações para a formação de recursos humanos inovadores (artigo 26); a prioridade do uso dos mecanismos da lei para ações em regiões menos desenvolvidas do país⁵; para programas de estímulo à inovação na indústria de defesa nacional e que ampliem o desenvolvimento do território brasileiro marítimo (principalmente a Zona Econômica Exclusiva e a Plataforma Continental); para empresas de pequeno porte; às empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento no Brasil (artigo 27); e, finalmente, a utilização de incentivos fiscais pela União para o fomento à inovação em empresas (artigo 28). Em resumo, tratam-se de mecanismos para intervenção indireta do Estado na economia, buscando induzir seus fins delimitados pela ordem econômica constitucional. A indução, segundo Eros Grau (2003), ocorreria quando o Estado incentiva a prática de determinados setores econômicos, seja através de benefícios fiscais ou atividades de fomento. A lei também apresenta a intervenção indireta da direção normativa, visto obrigar as ICT na criação do NIT ou em criar ações específicas de desenvolvimento da inovação, por meio do foco do ensino para tanto, por exemplo.

A Lei de Inovação dinamizou algumas relações, porém não teve o resultado esperado. Vê-se que os dados à nível nacional mostram, ao menos no que diz respeito a contratos relacionados à tecnologia, que não houve aumento significativo das negociações entre universidades e empresas depois da promulgação da Lei de Inovação. Em 2004 foram requisitadas 1.212 averbações de Contratos de Tecnologia. Em 2014, dez anos após a Lei de Inovação, foram requisitadas 1710 averbações (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2016). Houve aumento no período de dez anos, mas ainda assim discrepante se acompanhar o número de patentes depositadas no ano de 2014, que totalizaram 33.182 depósitos (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2016). Tendo em vista que a geração de conhecimento e, conseqüentemente, de propriedade industrial é amplamente concentrada nas instituições universitárias (CALDERELLI et al; 2013, p. 33), tem-se que grande parte dos depósitos partiram das universidades e não foram licenciados para o mercado, gerando uma paralização

⁵ Os focos na redução da desigualdade regional e social, no tratamento diferenciado as empresas de pequeno porte e naquelas onde existe investimento direto no Brasil estão em consonância com o texto constitucional brasileiro, onde o constituinte elegeu essas metas como princípios da ordem econômica e financeira no país (CR, art. 170, I, VII e IX). Nota-se que o tratamento diferenciado para as empresas que invistam em ciência e tecnologia diretamente no país foi revogado pela reforma da lei em 2016.

do conhecimento monopolizado por patentes. A cultura de desenvolvimento tecnológico no seio das universidades se manteve intacta, sem um desenvolvimento de uma cultura de inovação.

Assim, a reforma da lei em 2016, após 12 anos de eficácia da legislação, trouxe algumas mudanças substanciais na norma, com vistas a resolver alguns gargalos. Primeiramente, foram definidos princípios expressos na norma, pela reforma do artigo 1º, citando-se principalmente o fortalecimento operacional das ICT e a simplificação dos procedimentos de gestão e controle de resultados para projetos específicos ao tema da lei (artigo 1º, parágrafo único). Em segundo lugar, houve modificação expressa de alguns dos atores da lei. A alteração do conceito de “criador” foi ampliada, sendo que em sua versão anterior, o criador era apenas o pesquisador que fosse inventor, definido como *pessoa física* na mais recente versão (artigo 2º, III). A estrutura do NIT também foi modificada, possibilitando a lei que este seja constituído com personalidade jurídica própria, separando-se da ICT (artigo 16). A modificação aproxima o NIT a uma natureza de direito privado e segue a experiência europeia na área (FREY *et al*, 2018). Busca-se maior adequação do NIT ao dinamismo próprio do setor produtivo.

Quanto aos dispositivos de arranjos contratuais entre as ICT e o setor produtivo, pode-se citar a alteração na possibilidade de compartilhamento de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações por meio de contrapartida financeira ou não financeira (artigo 4º). Antes, o compartilhamento apenas poderia ocorrer pela contrapartida financeira e apenas para microempresa ou empresa de pequeno porte. A ampliação permite a utilização até por pessoas físicas, ampliando a participação da ICT na sociedade civil. Em relação aos contratos de transferência de tecnologia ou licenciamento, a nova redação da lei permite que a via contratual seja utilizada para negócios jurídicos relacionados a tecnologias desenvolvidas por parcerias (artigo 6º), sendo que em primeiro momento existia restrição apenas para tecnologias desenvolvidas individualmente pela ICT, além de não ser mais necessário o uso de edital para licenciamento exclusivo (artigo 6º, §1º), novamente afastando a relação de características específicas de Direito Público, pela dispensa da oferta pública.

A prestação de serviços também foi modificada (artigo 8º), possibilitando que a gestão dos contratos seja delegada para outras autoridades que não o representante máximo na ICT. Na prática, isso possibilita que todo o procedimento interno junto ao conselho de administração de uma universidade seja resumido em um procedimento simplificado junto ao NIT, onde o gestor do órgão autorizaria o negócio jurídico – e, por consequência, delegando a autorização, quebra a hierarquia fechada da burocracia nas autarquias, trocando a preocupação comum do órgão público com a segurança dos atos pela eficiência na prestação do serviço.

Outra modificação nuclear é a possibilidade de cessão total dos direitos sobre bens imateriais mediante compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável (artigo 9º). Da mesma maneira, poderá ceder os direitos ao criador, de maneira gratuita, para que exerça a exploração do bem imaterial, mediante seu próprio risco, ouvido o NIT e a autoridade máxima da instituição (artigo 11). Essa situação levanta questionamentos quanto a natureza do contrato público, aparentando-se mais com um contrato de direito privado



da Administração Pública, visto transferir completamente ativo, ainda que mantenha a finalidade de desenvolvimento econômico por interesse público.

Por fim, sob a luz do princípio da simplificação dos procedimentos de gestão, o artigo 9º-A levanta a possibilidade dos entes federativos de financiarem projetos de pesquisa e desenvolvimento diretamente aos pesquisadores, por meio de procedimentos simplificados de prestação de contas e celebração de transferência. Conforme explicitado por Frey *et al* (2018), a promoção da celeridade também leva ao desprezo de controles contábeis e financeiros que são promovidos na ICT. Novamente, uma clara aproximação à natureza do setor produtivo para facilitar a convivência negocial com as instituições públicas.

3. AS UNIVERSIDADES E A LEI DE INOVAÇÃO: ANÁLISE DOS MARCOS REGULATÓRIOS INTERNOS DE UNIVERSIDADES DO PARANÁ (UEPG, UEM, UFPR)

Conforme explicitado no ponto anterior, a Lei de Inovação e suas subsequentes atualizações buscaram reduzir o estranhamento organizacional que existe entre as instituições públicas e privadas, com vistas ao fenômeno de inovação. Neste ponto, busca-se demonstrar como as universidades públicas brasileiras internalizaram os dispositivos da lei, modificando sua estrutura interna. As universidades públicas brasileiras assumem a forma de autarquia, possuindo autonomia em relação ao seu orçamento, patrimônio próprio e uma folha de pagamento. Tal conjuntura é assegurada pela Constituição da República, no artigo 207, no chamado princípio da autonomia universitária e da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Por sua vez, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9394/1996), no artigo 53, balizou a autonomia universitária na possibilidade de criação e extinção de cursos; fixação de currículos; definição de número de vagas; prerrogativa de redigir seu próprio regimento interno; seus acordos e convênios administrativos e; a regulamentação da sua atividade de pesquisa e extensão (MIRANDA, 2019).

Defendendo a necessidade de readequação da universidade para sua relação com a sociedade civil, Henry Etzkowitz (2009), apresenta que o modelo acadêmico com foco em empreendedorismo teria apoio em cinco modificações. A primeira é a *capitalização*, onde o conhecimento desenvolvido no interior da academia passa a ser criado e transmitido para o uso. O segundo critério seria a *interdependência*, onde a universidade criaria relação íntima com a indústria e o governo. O terceiro ponto é a *independência*, onde, contrabalanceando o anterior, deve haver autonomia no ente acadêmico não se condicionando a indústria ou ao governo, apenas se apoiando nos dois. O quarto critério é o da *hibridização*, onde existe a criação de formatos organizacionais para concretizar a independência e a interdependência, como o NIT. A quinta modificação para o autor é a *reflexividade*, onde existe renovação contínua na estrutura interna da universidade, de acordo com suas relações com a indústria e o governo.



A *reflexividade*, ou seja, a contínua renovação e aperfeiçoamento da universidade e das esferas institucionais de governos e setor produtivo como resultado da sua interação contínua, é característica não apenas encontrada por Henry Etzkowitz em seu texto *Helice Triplíce*, mas, também, analisada pelos teóricos do Direito Econômico como característica das normas que envolvem esse campo do Direito (VIZEU, 2014), junto da *mobilidade* e *subsidiariedade* dessas normas. Outrossim, é de grande interesse acadêmico compreender como essas normas são absorvidas pelos destinatários (ICT) em sua regulação interna. Para tanto, analisa-se em seguida marcos normativos da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Universidade Federal do Paraná (UFPR), como base para pesquisa.

Na UFPR, o NIT (Agência de Inovação Tecnológica da UFPR – AGITEC) foi instituído em 2008, por meio da Resolução nº 16/08, com a finalidade de “(...) *transformar radicalmente a relação entre Academia e Setor Produtivo, bem como a relação dos pesquisadores com o seu próprio trabalho, ao fomentar cultura empreendedora (...)*” (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, 2008). Cumpre salientar que o NIT é órgão autônomo vinculado diretamente a reitoria da UFPR (Resolução nº 16/08, artigo 5º, §1º). Entre as justificativas da instituição do NIT pela UFPR está diretamente a obrigação definida pela Lei de Inovação de 2004. Não obstante, foi apenas em 2019, pela Resolução nº 15/19, que a ICT instituiu uma Política de Inovação. Além disso, a ICT apenas definiu sua regulação interna acerca de direitos relativos a proteção de bens imateriais em 2015, na Resolução 01/15.

Quanto a UEM, instituição de ensino superior estadual, seu NIT (Núcleo de Inovação Tecnológica da Universidade Estadual de Maringá), foi instituído em 2008, vinculado à Pro-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, por meio da Portaria nº 340/08-GRE. Entre os objetivos do NIT, está “*Difundir a cultura do patenteamento no âmbito da Universidade*” e “*Aproximar e integrar a UEM com o setor produtivo, possibilitando a transferência das inovações tecnológicas*” (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ, s/d). Em 2014, por meio da Resolução nº 058/2014-COU, a UEM regulou sua Política Institucional de Inovação e Propriedade Intelectual. Em 2018, pela Resolução nº 039/18-CAD, regulamentou a partilha dos ganhos econômicos provenientes de contratos, convênios ou instrumentos correlatos de transferência de tecnologia da universidade, em consonância com o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação de 2016.

A readequação da instituição para uma cultura organizacional voltada à inovação pode ser encontrada no Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) para o período de 2018-2022, onde entre os 10 eixos temáticos da organização da instituição se encontram a *Consolidação da UEM como uma instituição de pesquisa*, a *agilização dos serviços internos* e, principalmente, a *interação com a sociedade civil e o mercado* (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ, 2018). O PDI faz menção que a agilização dos serviços internos é necessária para todas as atividades-fim da instituição, especialmente para a pesquisa. Outrossim, ao citar a interação com a sociedade civil e o mercado, o regulamento deixa claro que ao se aproximar dessas demandas externas, a instituição não deverá abrir mão de sua autonomia

A UEPG criou o seu NIT (Agência de Inovação e Propriedade Intelectual-AGIPI) em 2008, por meio da Resolução Universitária nº 26/2008. O NIT tem entre suas finalidades “*estimular*



parcerias com empresas e órgãos públicos na formação de recursos humanos e no desenvolvimento de projetos inovadores” (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA, 2011). Da mesma forma que o NIT da UFPR, a AGIPI é órgão ligado diretamente à reitoria. A instituição regulou a participação dos docentes, servidores e discentes na exploração econômica da tecnologia gerada na universidade na Resolução Universitária nº 36 de 2008. Por fim, aprovou pela Resolução CA nº 252/2014, a regulamentação das atividades de prestação de serviços voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo no âmbito da UEPG. Assim como a UEM, o PDI da UEPG para o período de 2018-2022 faz expressão direta sobre o papel da parceria entre a instituição e entidades privadas, expressando também a necessidade da produção de bens, processos, sistemas e tecnologias para terceiros, possibilitando a captação de recursos para a instituição (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os marcos normativos apresentados permitem duas conclusões: primeiramente, houve relativa demora para as três instituições citadas inserirem a figura do NIT na sua estrutura organizacional, levando o período de quatro anos para a criação dos núcleos. O NIT tem importância nuclear para a efetividade do fenômeno de inovação baseado na teoria da hélice-tríplice que influenciou a Lei de Inovação. O fenômeno da mobilidade da norma jurídica econômica, onde a eficácia de uma norma depende da sua capacidade reativa à conjuntura econômica se apresenta de maneira lenta e, consequentemente, ineficaz no momento que necessita ser absorvida pelo órgão da Administração Pública (no caso, as universidades). Além do NIT, vê-se que uma política de inovação efetiva só foi regulamentada pelas instituições com ainda maior atraso – a UEPG em 2011, a UEM em 2014 e a UFPR em 2019.

Em segundo lugar, apesar da conclusão anterior, pode-se concluir que uma cultura de inovação vem sendo lentamente instituída nas universidades públicas, como atestado pela importância dada pelo PDI das duas instituições estaduais analisadas. Naturalmente, o triunfo da Lei de Inovação é dependente da sua validade social, necessitando ser absorvida pelos entes que participam do complexo processo de inovação. A redução da inovação a três entes (Universidade, Estado e Setor Produtivo) deve ser analisada de maneira ampla, visto que cada um desses participantes é um organismo vivo que envolve diversos atores (professores, pesquisadores, políticos, empresários, entre outros). Assim, entende-se que de um ponto de vista conjuntural, ainda que os dados apresentados não demonstrem que as universidades públicas e o setor produtivo tiveram uma maior aproximação nos últimos 15 anos, a Lei de Inovação foi eficaz em iniciar uma cultura de inovação das universidades, com base na norma interna das instituições estudadas.

Essa cultura de inovação que se inicia se baseia na já existente (e os dados claramente demonstram isso) cultura de propriedade intelectual que vige nas instituições. O número de proteção de direitos intelectuais cresce constantemente, demonstrando o perfil de pesquisa que o acadêmico brasileiro possui. A proteção de propriedade intelectual já demonstra, como apontado por Denis Borges Barbosa em citação ao longo do texto, que existe naquela ideia uma resolução para um problema



concreto. A sociedade civil, caso possua acesso à tecnologia monopolizada pela universidade, teria novas soluções para problemas anteriores. A proteção à propriedade intelectual é um fator essencial, mas será necessário o futuro desenvolvimento de uma cultura de inovação para que a universidade cumpra seu papel atual de participação na sociedade civil, levando ao consumidor as melhorias que a tecnologia desenvolvida na sua estrutura oferecem.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. São Paulo: Editora Campus, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. Inventos industriais: a patente de software no Brasil. **Revista da ABPI**. Nº 88. Mai/jun. 2007. Disponível em: abpi.org.br. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Ensaio e estudos de propriedade industrial – 2014-2015. Vol III**. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, 2015.

BRASIL. **Lei Nº 10.973 de 2 de Dezembro de 2004**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. **Lei Nº 9.279 de 14 de maio de 1996**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRUNO-FARIA, Maria de Fátima; FONSECA, Marcus Vinicius de Araújo. Cultura de Inovação: Conceitos e Modelos Teóricos. **Rac**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p.372-396, ago. 2014. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/840/84031267002/>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CALDARELLI, Carlos Eduardo et al. Análise de indicadores de produção científica e geração de conhecimento nas universidades estaduais paranaenses. In: RAIHER, Augusta Pelinski (Org.). **As Universidades Estaduais e o Desenvolvimento Regional do Paraná**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016. p. 21-45.

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES ESTRATÉGICOS. Câmara dos Deputados (Org.). **A Revisão da Lei de Patentes**: Inovação em prol da Competitividade Nacional. Brasília: Edições Câmara, 2013.

CHAVES, João Guilherme Pereira; MIRANDA, João Irineu de Resende. Análise do contrato entre Universidade Estadual de Ponta Grossa e empresa privada: a natureza jurídica dos contratos públicos de transferência de tecnologia. **Revista GEINTEC**. Vol. 9, n. 3, p. 5076-5091, jul 2019.

CORREA, Murilo Duarte da Costa; CHAVES, João Guilherme Pereira; SOUSA, Diego Petyk de. Governar pela autonomia: universidade, inovação e capitalismo cognitivo. **Revista Eccos**. N.47. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=eccos&page=article&op=view&path%5B%5D=10690>. Acesso em: 16 set. 2019.

ETZKOWITZ, Henry. **Hélice triplíce**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.

FREY, Irineu Afonso *et al.* **Manual de legislação em C&T**: análise dos marcos legais à luz da Lei 13.243/2016. Curitiba: GEDA/UFPR, 2018.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Nacional, 1991.



GARCIA, Balmes Veja. **Direito e tecnologia: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação.** São Paulo: LTr, 2008.

MIRANDA, João Irineu de Resende. As universidades públicas brasileiras na Constituição de 1988. In: AN-JOS *et al* (org.) **30 anos de Constituição para quem? Reflexos do I Congresso de Direito Público UEPG.** 2019. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

PARANÁ. **Lei nº 17.314 de 24 de setembro de 2012.** Disponível em: http://sites.pr.sebrae.com.br/wp-content/uploads/sites/35/2014/02/PARAN%C3%81_INOVA%C3%87%C3%83O_LEI_17.314.pdf. Acesso em: 16 set. 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. **Portaria nº 340/08-GRE.** 2008. Disponível em: <http://www.nit.uem.br/index.php/legislacaonit>. Acesso em: 16 set. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. **Resolução nº 058/14-COU.** 2014. Disponível em: <http://www.nit.uem.br/index.php/legislacaonit>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 028/2018-COU.** 2018. Disponível em: <http://www.scs.uem.br/2018/cou/028cou2018%20-%20PDI.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Núcleo de Inovação Tecnológica da Universidade Estadual de Maringá: objetivos e atuação.** s/d. Disponível em: <http://www.nit.uem.br/>. Acesso em: 16 set. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA. **Resolução nº 36/2008.** 2008. Disponível em: <https://www2.uepg.br/agipi/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 35/2010.** 2010. Disponível em: <https://www2.uepg.br/agipi/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 31/2011.** 2011. Disponível em: <https://www2.uepg.br/agipi/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 252/2014.** 2014. Disponível em: <https://www2.uepg.br/agipi/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Plano de Desenvolvimento Institucional: 2018-2022. Disponível em: <https://proplan.sites.uepg.br/wp-content/uploads/2018/09/PDI-2018-2022-Vol-II-ok.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. **Resolução nº 16/2008-COPLAD.** 2008. Disponível em: <http://www.inovacao.ufpr.br/portal/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 01/2015-COUN.** 2015. Disponível em: <http://www.inovacao.ufpr.br/portal/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 02/2015-COUN.** 2015. Disponível em: <http://www.inovacao.ufpr.br/portal/legislacao/>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Resolução nº 15/2019-COUN.** 2019. Disponível em: <http://www.inovacao.ufpr.br/portal/legislacao/>. Acesso em 16 set. 2019.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VIZEU, Leonardo. **Lições de Direito Econômico.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.





A CULTURA DA CÓPIA E OS PRODUTOS INSPIRADOS NA INDÚSTRIA DA MODA

Hannah Gruber Bernstein¹

Pedro Marcos Nunes Barbosa²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar a distinção de conceitos quanto ao instituto da cópia não autorizada e os produtos inspirados em bens alheios. De modo célere será a premissa estanque e rígida dos direitos de propriedade intelectual perante as práticas sociais da cópia no ambiente da moda.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual, Moda, Inspiração.

INTRUDUÇÃO

Em sentido *lato*, a moda pode ser definida como um diálogo entre a expressão pessoal e cultural que molda o processo de produção de novas criações e inovações em uma sociedade. Frise-se, no entanto, que o paradigma que 'dita' aquilo com o qual se cobre o corpo somente foi construído a partir do processo histórico-cultural da humanidade que atravessou diversos contextos durante a sua evolução.

Nesse sentido, atualmente, a palavra moda ganhou um novo significado o qual sintetiza o seu processo de amadurecimento, e como consequência desse contexto, todo o arsenal produzido pela indústria da moda, além de implicar no desenvolvimento do mercado, também provoca uma necessidade de adaptação do meio jurídico para a sua proteção. Ou seja, os originadores das produções e criações derivadas da indústria da indumentária buscam arquiteturas jurídicas para se apartarem de seus concorrentes.

No presente trabalho, pretende-se singelamente pontuar – por meio da Propriedade Intelectual – (1) a ausência carência de debates doutrinários mais profundos e meios capazes de identificar o tipo proteção intelectual passível de tutelar tais criações da indústria da moda; e (2) que novas formas de difusão e propagação de ideias, conceitos e até estilos são o motor dessa indústria. Dessa forma, sua intenção é demonstrar como são formadas novas tendências ditadas por esse mercado, e quais são as implicações das inspirações e da cópia para esse nicho.

¹ Acadêmica do 8º período do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. hannah.gruber.bernstein@gmail.com

² Professor de Propriedade Intelectual, Direito Civil e Direito Comercial do Departamento de Direito da PUC-Rio. Discente de Pós-Doutorado em Direito Civil (USP), Doutor em Direito Comercial (USP), Mestre em Direito Civil (UERJ) e Especialista em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. pedromarcos@nbb.com.br

1 OS PERFIS DA MODA

A palavra moda pode ter muitos³ significados⁴, desde aquele pertinente à maneira ou estilo de agir⁵ e se vestir até algum sistema de usos ou hábitos coletivos que tem a capacidade de caracterizar ou dialogar com uma cultura⁶ em um determinado momento. Há ainda quem considere que sua essência se baseia no conjunto de tendências ditadas pelos profissionais do mundo da moda, ou seja, que *fatores reais de poder*⁷ possam ter tamanho *controle*⁸ sobre as práticas sociais da indumentária⁹ (e logo sobre sua economia). Contudo, sua origem destina-se do latim da palavra “*modus*”, no sentido de medida, dimensão e proporção – o que com o tempo e o desenvolvimento cultural das diferentes sociedades transformou sua inicial definição. Com o intuito de não definir a moda com exclusivamente uma única categorização, é possível representá-la a partir das tendências, como um estilo difundido entre diferentes núcleos durante um certo período de tempo.

Cronologicamente, o conceito de moda pode ser alocado no final da Idade Média, séculos XIV e XV¹⁰ quando as roupas deixaram seu *predominante* ou *puro* caráter utilitário (tutela contra o

³ “Convém ainda distinguir pelo menos duas formas de usar os termos definidores. Primeiramente, o termo pode referir-se a mais de um conceito: neste caso, afirma-se que o termo é equívoco ou plurívoco, pois pode ter mais de um significado e apontar para mais de um conceito. Um segundo e mais perigoso uso, embora não infrequente, é o uso metafórico do termo” LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Fundação FGV, 2004, p. 28.

⁴ “Em Linguística, a natureza do significado deu lugar a discussões, sobretudo referentes a seu grau de “realidade”; todas concordam, entretanto, quanto a insistir no fato de que o significado não é uma “coisa”, mas uma representação psíquica da “coisa” BARTHES, Roland. **Elementos da semiologia**. Tradução, Izidoro Blikstein. 15ª Edição, Editora Pensamento-Cultrix. São Paulo/SP, 1964, p. 46.

⁵ “Os processos da natureza podem, pois, descrever-se corretamente como seqüências e não meros eventos; já não assim os da história. Não são processos de meros acontecimentos, mas processos de ações, as quais possuem uma face interior que consiste em processos de pensamento; e o que o historiador procura são estes processos de pensamento. Toda a história é história de pensamento” GARDINER, Patrick. **Teorias da História**. 5ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 307.

⁶ “Nenhuma delas é universal nem eterna; uma cultura diferente da nossa poderia admitir que as blusas fossem transparentes, e as costas, salientes; outra língua poderia decidir que os cardigãs não seriam peças fendidas por definição; em outras palavras, o tempo pode tornar possíveis associações hoje excluídas; o tempo pode reabrir sentidos fechados de longa data, ou mesmo desde sempre; a classe dos traços impossíveis forma, pois, uma reserva, mas essa reserva já não é a reserva de Moda; é, digamos, reserva de história. É concebível que, para haurir nessa reserva, ou seja, para tornar possível uma associação impossível, seja preciso outra força, que não a da Moda, pois já não se trata de realizar a passagem de um termo a outro dentro de uma mesma variante, mas a subversão de tabus e definições que a cultura transformou numa verdadeira natureza” BARTHES, Roland. **Sistema da Moda**. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 269.

⁷ “Fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

⁸ “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela” COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

⁹ “Que a moda feminina propicia aos que a dirige e exploram novos feitios para os vestidos ou a roupagem é indiscutível. Que os desenhos e figurinos possam constituir obras artísticas no verdadeiro sentido da expressão é discutível, pois as leis de propriedade literária e artística incluem nas que entram em seu regime para a devida proteção, as “obras de desenho” e as “obras de artes aplicadas”. Mas o que é incontestável é que, estabelecidas pelos costureiros que ditam a moda em Paris, em Londres ou em Roma, as linhas do vestuário feminino em cada estação do ano, é da essência da moda que esta se generalize ou, melhor, se universalize” FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. Volume 7, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 67.

¹⁰ MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. **Revista da ABPI**- nº 14- mar/abr 2016. p. 03. Disponível em: <https://www.dbaa.com.br/wp-content/uploads/a907-livia-barboza-maia.pdf>.

frio ou o que pudesse ser visto como uma ofensa ao pudor social) para trás e se apoderaram de um novo viés, o qual tinha sua finalidade fundada na *ornamentação*, no *design*¹¹. Naquela época, brotava uma raiz do que viria a ser a interface entre moda e direito, quando foram promulgadas leis que regulavam o consumo e utilização de materiais para confecção de diversos artigos, entre eles, as roupas. Dessa forma, as cores tinham grande significado para a diferenciação de classes¹², algumas cores somente poderiam ser usadas pela classe mais alta da sociedade, excluindo aqueles que estavam distantes da sensação de pertencimento a aquele contexto.

A sua difusão ocorreu no hiato do período entre Revolução Industrial e Revolução Francesa, no século XVIII e XIX¹³, naquela época houve a abolição (ao menos formal) de leis classistas, as quais regulavam o vestuário, em virtude do surgimento do desenvolvimento industrial, o qual possibilitou o aumento da produção de vestuário em uma maior escala, levando, portanto, ao início do processo de ‘democratização’ da moda. Contudo é bom asseverar, não há a *liberdade de acesso*¹⁴ ou *democracia plutocrata* ao consumo como matéria de promoção de direitos fundamentais, mas sim pela própria necessidade¹⁵ do capitalismo em produzir de modo massificado.

Com o surgimento da sociedade moderna, o capitalismo infiltrou-se na sociedade progressivamente obnubilando a memória da primeira função da moda, a ideia de finalidade única de vestuário. Ou seja, já a partir de um segundo momento do capitalismo (que inicia no século XII)¹⁶ – paradigma antagonista do sistema feudal¹⁷ – a ampliação do que é objeto de mercancia¹⁸ passa a atingir, também, o vestuário. Essa novidade ideológica substanciou as criações de moda como bens de consumo visados pela sociedade, não havendo mais distinções de classes (desde que se ignore a ‘barreira de entrada’ preço cobrado pelo bem), as quais pos-

¹¹ “*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*” SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11.

¹² Nota-se que tal origem permanece viva até hoje nos meandros dos Tribunais. Por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, os Desembargadores Federais usam becas pretas com cordas vermelhas, os Juizes Federais Convocados usam becas pretas com cordas verdes, e os membros do *parquet* (procuradores regionais da república) fazem uso de becas pretas com cordas brancas. Os detalhes de cores são utilizados como forma de distinção e, sob o ponto de vista de outros tantos, como forma de estabelecimento da hierarquia.

¹³ GIACCHETTA, André Zonaro e DOS SANTOS, Matheus Chucrí. “A Proteção do design das criações da moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção e reflexões sobre a necessidade de proteção específica para o design das criações da moda”. Capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 26 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

¹⁴ “o consumidor, por seu lado, é o melhor juiz das suas próprias necessidades, pelo que a procura livre no mercado” PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Edições Almeida, 2017, p. 27.

¹⁵ “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.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ “*Just as we would not recognize feudal relations in America, we do not allow privately created discriminatory barriers to the free market. Such property rights are incompatible with the norms governing a free and democratic society. Because we are not free in a democracy to establish either feudalism or a racial caste society, laws prohibiting those practices do not deprive us of freedom; rather, they promote it. Those laws may limit the freedom of action of racist restaurant owners, but they promote democratic liberty*” SINGER, Joseph William. **No Freedom Without Regulation**. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015, p. 50.

¹⁸ PASUKANIS, Evgeni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Coimbra: 1972, p. 75.



deriam ter acesso a essa categorização. Como consequência, nos tempos atuais, a moda afirma-se como meio de expressão e uma ferramenta para a construção social de identidade, logo também de cultura¹⁹.

Apesar disso, as criações de moda podem permanecer, na visão de alguns, dentro de um espaço negativo e leviano perante as adversidades do cotidiano²⁰. Contudo, se faz necessário reiterar que as mudanças sociais, políticas e movimentos culturais influenciam diretamente no modo de viver de uma sociedade, sejam em seus pensamentos ou ideologias. Portanto, o reflexo desse processo de acreditação coletiva²¹ conduz consequências diretas à moda, a qual carrega consigo a história e cultura de um povo em um determinado contexto histórico.

Ainda, feito brevemente a ressalva quanto de sua pertinência histórico-cultural, destaca-se também a importância da moda como veículo de comunicação do indivíduo com o mundo exterior. Inserido em um contexto social, os sentimentos de pertencimento²² e individualização da personalidade são inerentes ao ser humano, e por isso, a moda serve como uma das ferramentas na tentativa de cada indivíduo *de exprimir o que entende por ser autêntico*²³. Logo, é possível ressaltar que a moda se torna uma 'ponte' entre a linguagem interna de cada um com o mundo exterior, completo de distintas ideias de aceitação e condições. Criam-se mitos²⁴ sobre o *status* de quem porta a peça de cor x, daqueles que usam bolsas do tipo y, ou sapatos de tipo z, como castas sociais pautadas pelo ornamento do vestuário.

¹⁹ Sobre a relação entre identidade (no singular) e cultura (coletiva/social) vide o nosso BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **E-stabelecimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²⁰ GIACCHETTA, André Zonaro e DOS SANTOS, Matheus Chucrí. "A Proteção do design das criações da moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção e reflexões sobre a necessidade de proteção específica para o design das criações da moda". Capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 26 – Séria GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Curly, coordenadoras).

²¹ "Se eu tentasse produzir algo parecido com esse pedaço de papel, mesmo que o duplicasse exatamente até a última molécula, não seria dinheiro. Pelo contrário, seria falsificado, e eu estaria sujeito a uma pena de prisão e a um processo. Portanto, mais uma vez, que fatos a seu respeito fazem dele dinheiro? O esboço de uma resposta pode ser que um tipo de fenômeno só é dinheiro se pensarmos nele como dinheiro. Ser considerado dinheiro é uma condição necessária, mas não suficiente. Para que algo seja dinheiro, é necessário mais do que um conjunto de atitudes, mesmo que as atitudes sejam em parte constitutivas, e essencialmente constitutivas, do fato de um tipo de fenômeno ser dinheiro. Tenho de dizer "tipo" porque determinadas condições simbólicas podem ser falsas. Pode-se pensar que determinada nota é dinheiro quando na verdade ela é falsificada. O ponto essencial permanece o mesmo: um tipo de coisa só é dinheiro a longo prazo se for aceito como dinheiro. E o que se aplica ao dinheiro aplica-se à realidade social e institucional em geral" SEARLE, John R. **Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real**. Tradução, F. Rangel, Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 106.

²² "Brasil, a identidade nacional se constrói a partir do amálgama de inúmeras identidades culturais e étnicas que lhe conferem matizes próprios. Sua incorporação na esfera privada traduz-se num movimento de pertencimento e auto-realização, que se revela nas expressões: "sou brasileiro", "sou negro", "sou nordestino", "sou mulçumano", etc" CHOERI, Raul Cleber da Silva, **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar 2010, p. 3.

²³ "Assim o mundo social, por meio, sobretudo das propriedades e das suas distribuições, tem acesso, na própria objetividade, ao estatuto de *sistema simbólico* que, à maneira de um sistema de fonemas, se organiza segundo a lógica da diferença, do desvio diferencial, constituído assim em *distinção* significante. O espaço social e as diferenças que nele se desenham «espontaneamente» tendem a funcionar simbolicamente como *espaço dos estilos de vida* ou como conjunto de *Stände*, isto é, de grupos caracterizados por estilos de vida diferentes" BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 15ª Edição, Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2011, p. 144.

²⁴ "Mitificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de *conhecimento* a um mecanismo de *crença*" GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 14.



Contudo, diante de sociedades que *estimulam* elevados parâmetros de receptividade (sob pena de *exclusão*²⁵ ou do *limbo* daqueles que não *ostentarem* tais signos) e da suposta ‘necessidade’ e da ‘urgência’²⁶ de repetição de padrões já aceitos, o indivíduo, muitas vezes, busca se encaixar em determinado grupo por meio dessa repetição, sem levar em consideração a sua própria manifestação interior.

Sabe-se que diante de uma sociedade multicultural, as diferentes experiências de vida, gostos, gêneros e ideologias implicam em inúmeros contextos sociais, os quais oferecem divergentes possibilidades de expressão da personalidade de um ser humano. Logo, na atualidade, a moda, gradualmente, está se afastando da monolítica ideia de seguir padrões social-local-regionalmente aceitos em virtude da grande e forte globalização²⁷ e permutas culturais²⁸ entres as diversas sociedades espalhadas no mundo. Nesta senda o fluxo de informação²⁹ é tão rápido que motiva o ser humano no contexto da moda, a buscar a sua individualização dentro da dessemelhança³⁰, muitas vezes, reprimida.

Nesse sentido, com o cenário atual enaltecendo a ‘democratização’ da moda (para aqueles que portam suficiente pecúnia), as peças têm a eficiência de construir novas linguagens, enquanto as imagens projetadas por cada indivíduo diante desse desenvolvimento, levam a diversas interpretações. Logo, diante de toda essa valorização – pela sociedade atual – por novos padrões e reconhecimento individual, a moda tem o desafiador múnus a cumprir entre: (a) persistir trilhando pela originalidade (inclusive no retorno ao passado, naquilo que se denomina de *retrô*) sem que (b) a *diferenciação* dos novos bens crie um *idioleto* ao romper completamente com o padrão linguístico-ornamental-distintivo reconhecível pelos interlocutores e consumidores.

2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NA MODA

Diante de um mundo globalizado onde as barreiras culturais estão diminuindo gradualmente, a dinâmica da moda torna-se mais difundida inclusive pela lógica da

²⁵ “Se, até a pouco, o pedantismo consumista se encarnava na posse de bens diferenciais (“Eu tenho isto e você não tem; então, sou melhor que você”), agora, mudou o foco. A superioridade daqueles que já têm de tudo se expressa não mais na posse de um objeto, mas, antes, na simulação de que tal objeto é familiar e, mais ainda, de uso corriqueiro no dia a dia” CORTELLA, Mário Sérgio. **Não nascemos prontos! Provocações filosóficas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 16.

²⁶ “Quanto menos puder ser justificado em termos de ganhos e usos tangíveis ou das etiquetas de preço afixadas a ele no supermercado ou na bolsa de valores, tanto maior seu valor humanizante. São a busca ativa do valor de mercado e a urgência do consumo imediato que ameaçam o genuíno valor do pensamento” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 52.

²⁷ Sob uma ótica pessimista da globalização vide: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 49.

²⁸ Em muitas das vezes a palavra *permuta cultural na moda* pode significar, em verdade, um eufemismo para ‘dominação’ eurocêntrica e estadunidense. Ou seja, o hemisfério norte permanece regendo uma forma de colonialismo mental do hemisfério sul.

²⁹ VAIDHYANATHAN, Siva. **The Googlization of Everything**. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 54.

³⁰ “Neste cenário, merece ser lembrado o imperativo intercultural tantas vezes invocado por Boaventura DE SOUSA SANTOS a respeito das tensões de nosso tempo: as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.



obsolescência³¹ programada. Ou seja, como é preciso lançar mais e mais coleções rapidamente, inclusive intra-temporadas (v.g. verão I, II e III), novos mercados em países economicamente periféricos ajudam a manutenção de uma produção em escala: o que ficou obsoleto no hemisfério norte ainda pode ser visto como *atual* ou *novo* no hemisfério sul. *A fome cultural dos importadores de cultura-indumentária alheia não se importa com a ornamentação de réchaud*, uma genuína *novidade territorial* (relativa).

O desenvolvimento de uma indústria acontece por meio do valor agregado a um produto no momento da sua revenda no mercado, ou seja, através da intermediação³², do comércio. Assim, gradualmente, os valores dos investimentos em publicidade – provavelmente mais expressivos do que aqueles dedicados à pesquisa e desenvolvimento de novas coleções – aumentam para a captação da atenção do destinatário, independentemente do nível de originalidade/distintividade envolto no produto em si (em regra baixíssimos³³).

Pela expressiva quantidade de dinheiro envolto (ou seja, visando evitar ter de investir em publicidade), tal cenário atrai toda espécie a cópias e imitações, de terceiros³⁴ no momento que as ‘inovações incrementais’ se tornam públicas. Segundo Denis Borges Barbosa³⁵, “o livre jogo do mercado” é insuficiente para manter investimentos em tecnologias (raramente o caso do ambiente da moda) ou outras formas de inovação para com produtos facilmente copiados.

Isso acontece, em primeiro lugar, por ser um movimento natural do ser humano, em ter para si algo que represente para um terceiro uma melhora e um desenvolvimento. Em segundo lugar, não é possível impedir todo os usos de bens imateriais por terceiros.

Assim, caso não existisse algum tipo de tutela da propriedade intelectual para regular esse movimento, não seria simples fomentar a manutenção da criação de novos segredos e processos criativos. Entretanto, se não há maiores dúvidas no sentido de que o ordenamento

³¹ “A reconhecida característica - mesmo nas análises mais tradicionais de direito antitruste - dos monopólios, de tornarem a vida útil do produto mais curta,⁷ por serem maiores os ganhos na venda de um novo produto (venda em monopólio) do que a manutenção, demonstra essa despreocupação com o futuro, típica dos monopólios” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 111. É possível asseverar que entre as sociedades empresárias que mercanciam produtos de moda conspícuos tem havido a aglutinação de poder econômico com a incorporação societária e o alicerce de conglomerados a exemplo do LVMH. Ou seja, há setores da moda em que a oligopolização está se tornando padronizado.

³² “direito comercial, entendido como a disciplina das relações e das situações jurídicas concernentes ao exercício da atividade econômica intermediária entre a produção e o consumo de bens e serviços” BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7.

³³ “A conclusão a que eu chego – verificando, inclusive, os diversos estabelecimentos comerciais que se espalham pelas cidades do Brasil, é que aquela criatividade comentada nos livros jurídicos sobre marcas comerciais, a emprestar “inteira distintividade” à marca, talvez não exista neste mundo real, pelo menos aqui no Brasil”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma especializada, Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, AC 1999.51.01.023852-3, DJ 28.09.2007.

³⁴ “Na verdade, tratar-se-á sempre de beneficiar dos investimentos alheios sem necessidade de realizar despesas próprias, problema que ficou conhecido no direito anglo-saxônico como *free rider problem* ou *unfair free riding*. Ao contrário do que acontece noutras modalidades de concorrência desleal (como nos actos confusórios ou de descrédito) e do que defende LE TOURNEAU, não há, da parte do parasita, uma intenção de afastar o concorrente do mercado, através da sua destruição. O que acontece é antes que o parasita mantém, por definição, uma dependência do parasitado, na medida em que, mesmo não o fazendo de forma sistemática, ele se apoia quer em iniciativas, quer na reputação ou no esforço alheios” AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Parasitismo Económico e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59.

³⁵ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Volume 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

jurídico brasileiro protege (i) as criações distintivas (independentemente do segmento industrial e o vestuário não goza de qualquer peculiaridade neste ponto); (ii) as elucubrações do espírito utilitário (a exemplo de uma tecnologia inovadora para lidar com os raios ultravioleta nas roupas); (iii) os íteres imateriais ornamentais (alguma joia eminentemente decorativa); (iv) e as criações puramente estéticas (a exemplo de alguma coleção *conceitual* feita em quantidades limitadíssimas e com destinação de exposição, como é comum de ser feito no Louvre); parece haver um consenso de que (v) apenas uma tutela sem direito de exclusiva poderia recair sobre criações do *prêt-à-porter*.

Nenhuma das produções bibliográficas nacionais recentes conseguiu, sem maiores ginásticas-hermenêuticas, concluir de maneira convincente de que, por exemplo, a informalidade do direito de autor bem se amoldaria às criações da moda *comum*. Tratar-se-ia, genuinamente, de criações contemplativas, escassas, sem uma *função* autônoma³⁶. De outro lado, parece haver um incômodo dos mesmos autores em explanar como a concorrência desleal (de matiz subsidiária e igualmente excepcional) poderia incidir, sem maiores óbices, em que a *reprodução não autorizada* (seja como cópia ou como imitação) não é questão de condição (*se*), mas de termo (*quando*)³⁷. Em outras palavras, os mesmos poucos autores que não tentam interpretar de modo hipertrofiado os tipos de exclusividade taxativamente postos por lei (e que não bem se relacionam à moda comum), acabam por ignorar que a *deslealdade* é aferida por nicho, e que na moda não é *inesperado* ou *setorialmente malévolos*³⁸ ser copiado. É o próprio destino³⁹ deste mercado tendo de diferente do ambiente dos produtos farmacêuticos inovadores e os genéricos apenas o hiato menor entre um ato-fato (criação) e a padronização mercantil.

Assim, a doutrina que tenta artificialmente criar um sub-ramo próprio da propriedade intelectual parece ignorar que o *mercado* encontrou sua forma de lidar com o formato estático (burocrático, atributivo e com preço público) da proteção de criações junto ao INPI: o dinamismo do *leading time*. Cria-se, lucra-se, perde-se o ineditismo, se é copiado, celeremente se inova tornando a coleção pretérita algo do ‘passado’ e se repete o ciclo *virtuoso*.

³⁶ SKIBINSKI, Francielle Huss. - Fashion Law no Direito Brasileiro. **Revista da ABPI** – nº 148 – mai/jun 2017.

³⁷ QUINELATO, Pietra Daneluzzi. - Fashion Law: Conceitos Legais no Âmbito da Propriedade Intelectual Aplicados na Indústria da Moda. **Revista da ABPI** – nº 159 – mar/abr 2019.

³⁸ “A concorrência desleal pressupõe indução do consumidor em erro fazendo chegar a um número indeterminado de pessoas (consumidores), informações falsas no conteúdo e na forma, capaz de os enganar. Logo, o sistema positivo vigente visa a preservação dos interesses não só dos consumidores, mas das empresas envolvidas. No caso em testilha não há como reconhecer deslealdade da ré por prática comercial usual no ramo de atividade econômica que os abrange. Similaridade de cortes, estampas e tecidos no mercado da moda é normal, porquanto a proteção invocada pela autora não se amolda aos ditames da lei n. 9.279/96.” TJSP, 4ª Vara Cível do Foro de Barueri, J. Renata Bittencourt Couto da Costa, AO 00248364720118260068, J. 21.10.2013.

³⁹ “Na Natureza não há crueldade nem compaixão. Na selva, toda a gazela termina os seus dias nos dentes do leão. Nenhuma morre de morte natural. Mas tudo acontece sem que o leão seja cruel, e sem que tenha também piedade. Os sentimentos são alheios à vida da selva. Na concorrência não há crueldade nem compaixão. Tudo se passa de modo muito semelhante ao da selva. Mata-se e morre-se com inocência. Em relação à vida da selva aperfeiçoou-se espantosamente o engenho, mas há uma idêntica neutralidade em relação a camadas superiores da vida do espírito. Os sentimentos humanos estão tão longe da vida dos negócios como estão da vida da selva” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7.



3 A CULTURA DA CÓPIA E OS PRODUTOS *INSPIRADOS* EM BENS ALHEIOS NA INDÚSTRIA DA MODA

“Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”
(frase atribuída a *Antoine Lavoisier*).

Segundo as Organizações das Nações Unidas, a indústria da moda está elencada como uma das modalidades relevantes da economia criativa – estas são definidas por ciclos de criação, contribuições escalonadas, tendências e serviços que utilizam criatividade para realização de atividades protegidas por propriedade intelectual. A inovação incremental, diminuta e constante, é o principal componente nesse mercado, o qual é estabelecido em mudanças essencialmente ornamentais. Pode-se dizer que os principais pilares dessa indústria são: a criatividade, a ousadia, os fartos investimentos em publicidade visando a mimetização da marca originadora e o nietzschiano *eterno retorno* às influências do passado.

Ainda, a moda é um fenômeno individual que depende do processo criativo de cada um, e diante de um contexto global de constantes trocas informacionais, muitas vezes, é difícil de obter uma metodologia de criação essencialmente *apartada da essência* de tantas outras espelhadas pelo mundo. A coincidência criativa em um mundo de mais de sete bilhões de pessoas não é um *acidente*, mas sim um corriqueiro *incidente*⁴⁰. Consequentemente, é complexo o desafio enfrentado pelos *modificadores* de *croquis* para criar um estilo próprio, autônomo e distinguível de bilhões d'outros.

Contudo, por mais que todo esse processo de desenvolvimento parcialmente artesanal caracterize (uma parte do processo d[a]) a indústria da moda e implique na sua valorização, essa exposição também acarreta na possibilidade de (a) usurpação⁴¹ (como reprodução integral e sem qualquer elemento de diferenciação – inclusive marcas), (b) de reprodução parcial (como dos elementos não necessários, que não sejam degenerados, e que sejam constituídos de alguma *originalidade* de parte de quem se arroga *criador*), ou (c) de imitação (*rectius*, peculiar ao “lembra, avoca alguma coisa, mas não parece”).

Nesse sentido, ser inovador é um desafio constante na vida de um *designer*, o que, muitas vezes, leva estes profissionais a se inspirarem em outras obras com as quais tomaram contato alhures⁴², seja do mesmo segmento de criação (indumentária) ou de outros (como ob-

⁴⁰ Não é por acaso, aliás, que na Lei 9.279/96 há previsões expressas para mitigar os efeitos nefastos daquele que veio a perder a *corrida pelo sistema atributivo*, mas que também *criou* a solução técnica ou a distintividade: arts. 45 e 129, parágrafo único.

⁴¹ *Mutatis Mutandi*: “Entro i limiti suaccennati dunque il diritto sul marchio [ancorchè non registrato] importa l'esclusione dell'adozione di un qualunque marchio che per la sua possibilità di confusione (e a volte si riserva il termine «usurpazione» all'illecita riproduzione e quello «contraffazione» all'illecita adozione di marchio confondibile” ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali**. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffré, 1960, p. 479.

⁴² “No período histórico mais recente, ocorre o fenômeno inverso: uma elite de pessoas entre as mais ativas, enérgicas, empreendedoras e disciplinadas, emigra, para o exterior, assimila a cultura e as experiências históricas



servando artes plásticas, contemplando os costumes utilizados pelas *personas* retratadas em quadros pintados muitos séculos antes etc).

Importante frisar que os *bens que frutificaram a partir de sementes alheias* (insumo criativo de terceiro que não lhe outorgou anuência), podem ser produtos sem qualquer pecha de contrafação. Veja-se que as transformações criativas, as especificações civis, são da essência da criação por releitura de uma produção artísticas, tratando-se ou não de uma homenagem ao criador daquele primeiro item.

Assim, materiais são modificados, cores são invertidas ou amainadas⁴³, e padrões são convertidos para dar forma a essa inspiração que engendre um bem, ao final, peculiar e distinto. Os estudos mais técnicos⁴⁴ do segmento da moda evidenciam que a principal diferença da usurpação (possivelmente ilícita) e das inspirações (provavelmente lícitas) é a *probabilidade* confusória. O primeiro fato jurídico é bem querido pelo direito, o segundo é um dado do comportamento econômico tendente⁴⁵ ao oportunismo⁴⁶.

4 A REALIDADE DOS PRODUTOS INSPIRADOS EM BENS ALHEIOS

O sistema jurígeno nacional reflete uma realidade do segmento da moda (a) com a inaplicabilidade de tutelas por direitos de propriedade (afora as criações afeitas à distintividade); e (b) com os óbices de pertinência da concorrência desleal pela *lealdade* do ato da cópia dentro das práxis setoriais. Logo, (c) as diferenças entre os *produtos* legitimamente inspirados (contendo, por exemplo, a adição de elementos novos e *distinguíveis*) e as reproduções ilegais se estabelecem em uma linha tênue, difícil de ser definida *a priori*. Ou seja, imperativamente deverá se realizar uma cautelosa solução tópica⁴⁷ analítica, passando por critérios peculia-

'dos países mais desenvolvidos do Ocidente', sem por isso perder as características mais essenciais da própria nacionalidade, isto é, sem romper as ligações sentimentais e históricas com o próprio povo; feita assim sua aprendizagem intelectual, retomam ao país, obrigando o povo a um despertar forçado, a uma marcha acelerada para a frente, queimando as etapas" GRAMSCI, Antonio. **Os Intelectuais e a Organização da Cultura**. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, p. 19.

⁴³ "Most people might take red handbags and blue handbags to be similar for example, because they perform a similar function, but if the question were whether the handbags matched a certain pair of shoes, the two would no longer seem so similar. Nor would they be similar in an intellectual property case in which the different colors might make the products easily distinguishable" SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

⁴⁴ MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI- nº 14, março/abril 2016.

⁴⁵ "Opportunism is a subtle and pervasive condition of human nature with which the study of economic organization must be actively concerned" WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 6.

⁴⁶ "O direito existe para subjugar, para domesticar os determinismos econômicos próprios à lógica mercantil. Não fora assim e os efeitos autodestrutíveis do mercado comprometeriam o seu funcionamento" GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado, A Empresa e O Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290.

⁴⁷ "Um tópico é portanto, apenas e sempre uma proposta de decisão, e, assim, ele precisa de um critério complementar para proporcionar a sua adstringibilidade" CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 259.



res ao segmento, ao tipo de mercado (conspícuo ou de acessibilidade 'plena'), ao recorte territorial mercantil (internacional, nacional, regional ou municipal), e à comparação do comportamento dos demais agentes econômicos (semelhante ao que é proporcionado pela teoria da distância⁴⁸ no Direito de Marcas).

Crítérios além dos ventilados podem ajudar o interprete (juízo, perito, árbitro, ou a consultoria jurídica preventiva) a discernir a inspiração (segura) da reprodução (com maiores riscos): (i) quanto maior for a compilação de origens distintas, menor a probabilidade de usurpação (não tão distante da ideia de atividade inventiva e a análise combinatória); (ii) quanto maior for a transformação pelo agente econômico júnior, reduzidas serão as chances de ilegalidade; e (iii) quanto mais ostensivo for a utilização dos seus próprios signos, diminuídas serão as hipóteses de atuação ilegítima.

Ressalta-se que por mais que o processo enfrentado por tais intérpretes na diferenciação entre a inspiração e reprodução apresente inúmeros óbices, sabe-se que é da natureza do ramo da moda, a constante absorção de influências e inspirações baseadas em outros produtos para a criação de novos produtos. Ou seja, as semelhanças reproduzidas quando não são capazes de induzirem os consumidores ao erro ou confusão, devem ser consideradas inspirações refletidas no resultado visual do produto decorrente da combinação de elementos conhecidos.⁴⁹

Por sinal, de acordo com Deborah Portilho⁵⁰, a inspiração pode vir de qualquer coisa ou lugar, como um trabalho alheio ou até mesmo uma paisagem.

Diante desse contexto, resta claro que a indústria da moda é um mercado com um nível de risco elevado, em razão de muitos aspectos subjetivos que os circulam. Diz-se aspectos subjetivos com relação (1) a concorrência direta e sincrônica (mesma faixa de preço e público); (2) a concorrência por elasticidade⁵¹ (faixas de preço não tão distantes); (3) a atenção da demanda por linhas mais populares (públicos díspares), em geral, diacronicamente; e (4) as suas percepções cambiantes diante de seus consumidores. Nesse sentido, cada destinatário final tem

⁴⁸ "A teoria da distância trabalha com a diferenciação entre marcas fortes e fracas, atribuindo àquelas um escopo de proteção maior do que o destinado a estas. As marcas assemelham-se a astros celestes com massa, força gravitacional e campo magnético de proporções variadas, conforme a importância que têm e a posição que ocupam dentro de seu sistema solar. A distinção entre marcas fortes e fracas é bastante assentada no Direito Marcário. Entretanto, esta classificação é comumente feita levando em consideração os elementos intrínsecos que compõem as marcas, conforme tenham ou não maior ligação com o nome do produto ou serviço a que se aplicam ou com suas características essenciais. A relevância da teoria da distância consiste em introduzir um elemento extrínseco nesta comparação. O grau de distintividade passa a ser examinado não só de forma isolada, em sua estrutura interna, mas também de maneira conjunta, tendo como pano de fundo as demais marcas já existentes em seu nicho de mercado" SCHMIDT, Lélio Denicoli. **A Distintividade das Marcas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

⁴⁹ TJSP, Apelação, nº 1037600-16.2015.8.26.0001 – Des. Grava Brazil – Publicação: 22/10/2018.

⁵⁰ "Fashion Law: direito de moda ganha espaço no Brasil", disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas-blogs/ilca-maria-estevao/fashion-law-direito-de-moda-ganha-espaco-no-brasil>

⁵¹ "Mesmo uma empresa com grande participação nas vendas de determinado produto pode não ter qualquer poder de aumentar os preços. Basta que existam (a) vários substitutos para seu produto ou, então, (b) vários concorrentes prontos a entrar no seu mercado tão logo preços mais elevados tornem maiores as possibilidades de sucesso e de lucro daquele mercado. As letras "a" e "b" correspondem, respectivamente, aos conceitos microeconômicos de elasticidade cruzada da demanda (*demand cross elasticity*) e elasticidade cruzada da oferta (*supply cross elasticity*)" SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito Concorrencial, as estruturas**. 2ª Edição São Paulo, Malheiros: 2002, p. 96.

uma experiência diferente no momento da compra do produto, no momento de sua utilização e no instante de sua obsolescência. Este *trâmite* caracteriza os ciclos *ex post* da moda.

Nessa lógica, é evidente que a moda é cíclica, e esses ciclos são inevitáveis e são compostos pelas seguintes fases: crescimento, maturidade, saturação e declínio⁵². Esse movimento acontece para atender as constantes mudanças sofridas pela sociedade em razão da rápida globalização entre processos de produção de conteúdo. Dessa forma, seria praticamente impossível uma empresa conseguir antecipar de forma isolada, novos padrões de moda para serem aceitos aos consumidores⁵³.

A partir disso, as empresas de um mesmo setor podem se reunir para explorar de forma compartilhada⁵⁴ (em rede) uma nova produção, diante de um conjunto de informações e padrões – para assim, diminuir o risco de apostarem em uma nova coleção sozinhos. Esse fenômeno compartilhado⁵⁵ entre diferentes empresas da moda é capaz de criar as chamadas tendências.⁵⁶

O processo de criação de tendências é baseado em principalmente duas grandes etapas⁵⁷. A primeira é considerada a análise da macrotendência, isto é, o estudo do comportamento humano e suas peculiaridades durante um longo período de tempo. Assim, são considerados grandes movimentos que influenciam a sociedade, a cultura e o consumo. A segunda etapa é análise da microtendência, ou seja, são elementos extraídos das macrotendências, aquilo que foi aceito e correspondido através do consumo e da aceitação cultural⁵⁸.

Necessário de que se volte a atenção a conciliação dos agentes da moda para criação das mencionadas tendências, uma vez que o risco será mitigado e as chances de sucesso serão maiores. Assim, quando múltiplos vendedores oferecem de modo simultâneo ideias comparti-

⁵² “**Ciclo de vida de um produto:** entenda como funciona no mercado da moda”, disponível em: <https://verup.com.br/blog-verup/ciclo-de-vida-de-um-produto-entenda-como-funciona-no-mercado-da-moda/>

⁵³ ARAÚJO, Cristiano Reis. “Desenho Industrial e Direito Autoral: A possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro”. Parte 2, capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 135 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

⁵⁴ “It does mean, however, that whenever someone, somewhere, among the billion connected human beings, and ultimately among all those who will be connected, wants to make something that requires human creativity, a computer, and a network connection, he or she can do so-alone, or in cooperation with others. He or she already has the capital capacity necessary to do so; if not alone, then at least in cooperation with other individuals acting for complementary reasons. The result is that a good deal more that human beings value can now be done by individuals, who interact with each other socially, as human beings and as social beings, rather than as market actors through the price system” BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006, p. 6.

⁵⁵ *Mutatis mutandi*: “The resources of the association frequently were used to obtain and make available the best possible technical information (...) The practice of obtaining the best information available and disseminating it widely increased the degree of understanding and level of cooperation among the participants” OSTRUM, Elinor. **Governing the Commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 106.

⁵⁶ ARAÚJO, Cristiano Reis. “Desenho Industrial e Direito Autoral: A possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro”. Parte 2, capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 136 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

⁵⁷ “**CICLO DA MODA:** entenda como uma peça se torna tendência”, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UEErd9tP6mg>.

⁵⁸ “**Consideraciones sobre moda, estilo y tendencias**”, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263480>.



lhadas acerca de uma tendência, é mais provável que essa aposta conquiste um maior número de consumidores – tendo em vista que as pessoas se sentem influenciadas a comprar o que a maioria também compra⁵⁹.

Esse compartilhamento de elementos equivalentes entre *designers* dá vida aos bens inspirados em criações pretéritas e alheias, na medida que essa estratégia leva as marcas e estilistas a compartilharem suas visões e ideias sobre as mesmas substâncias e componentes, buscando inspirações em fontes comuns. Em decorrência desse processo, surgem diferentes novos produtos com pontos semelhantes que remetem a lembranças brandas, na medida que não causam confusões entre diferentes itens da moda⁶⁰.

5 A DUALIDADE DA CÓPIA NA INDÚSTRIA DA MODA

O compartilhamento de uma base de dados (ou de resultados de uma pesquisa de in-
documentária) ao mesmo tempo que incentiva o fomento de diferentes visões sobre um elemento enquanto desenvolve novas criações, também pode dar margem a produtos muito semelhantes, os quais contem características que beiram a cópia, ou seja, a reprodução não autorizada.

A primeira visão exposta (também denominada de ótica conservadora) entende que a cópia não autorizada apenas traduz malefícios (externalidades negativas) à indústria da moda. Cabe destacar que esse mercado se divide em uma espécie de pirâmide, a qual é representada pela divisão de *estamentos* por meio do sistema hierárquico⁶¹. No topo dessa pirâmide se encontram as lojas *de luxo*, as quais podem ser definidas pelo desenvolvimento de produtos com um alto nível de diferenciação (em geral pela marca) e preços *aristocráticos*. Por fim, na base dessa pirâmide, há a camada que representa a moda “básica” com os menores preços e níveis brandos de originalidade nos bens de consumo. Alguns de tais entes *populares* laboram com criações *requentadas* dos produtos conspícuos e outros tentam seguir uma linha própria, sem contar com o signo distintivo que tenha uma reputação de maior prestígio.

As tendências podem se formar de diversas maneiras perante a mencionada pirâmide, porém, normalmente, estas se formam a partir da camada mais alta, as quais correspondem o principal pilar de inovação e desenvolvimento da indústria da moda no quesito reputação. Diferentemente dessa camada, as lojas denominadas ‘moda rápida’ estão preocupadas em filtrar

⁵⁹ ARAÚJO, Cristiano Reis. “Desenho Industrial e Direito Autoral: A possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro”. Parte 2, capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 136 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

⁶⁰ ARAÚJO, Cristiano Reis. “Desenho Industrial e Direito Autoral: A possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro”. Parte 2, capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 137 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

⁶¹ D’AGOSTINI, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury. **A Proteção à Propriedade Intelectual na Indústria Criativa da Moda**. Tese de Doutorado orientada pelo Professor Doutor Newton Silveira junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, 2017, São Paulo, página 32.

as boas recepções dos lançamentos das empresas de *alta costura*, visando o somente o maior lucro possível diante de preços de custo de índole marginal.

Aliás, segundo parte da doutrina⁶², a incessante busca por formas de exclusão de terceiros se mostra equivocada, na medida que esse segmento do ‘estamento’ popular está marcado de fragilidades.

Ademais, quando a reprodução ilícita é vendida como se fosse o objeto desejado pelo consumidor, ela pode gerar uma depreciação na unicidade do bem de índole conspícua⁶³. Esse fenômeno implica diretamente na perda do retorno econômico e social dos titulares dos bens produzidos pelos *designers*.

Cabe ressaltar que além da indução ao erro, as cópias são capazes de romper com o ideal de exclusividade de um produto original. Nesse sentido, ilustra-se esse cenário a partir do exemplo da reprodução do vestido “Cerisier” pelo estabelecimento *fast fashion* Forever 21. A designer Diane Von Furstenberg desenvolveu o mencionado vestido, o qual era vendido por alto preço conveniente com a expectativa das *lojas high fashion*, porém, quando a Forever 21 reproduziu o modelo, ele foi vendido por um preço muito abaixo do esperado⁶⁴.

Quando esse paradigma da exclusividade *de fato* é impactado pelas cópias, este acelera o processo de obsolescência (destruições criativas⁶⁵) das criações da indústria de moda. Como acima mencionado, a moda é repleta de ciclos, os quais, levam as indústrias desse ramo a criarem produtos com a vida útil e seu prazo de validade determinados. Dessa forma, quando esse processo é intensificado pela “cultura da cópia”, a vida útil de uma criação tem seu tempo ainda menor, intensificando sua redução gradativa de uso.

Como contrapartida, a ótica progressista entre os estudiosos do setor denota que o segmento da moda, consegue ser mais tolerante a cópias comparado com outros setores, como o musical⁶⁶. Nesse sentido, essa complacência leva alguns estudiosos a observarem benéficas implicações da cópia sem autorização da indústria da moda.

Diante desse contexto, resta claro que a indústria da moda divide opiniões sobre os supostos benefícios que a cópia não autorizada poderia trazer à moda e a economia. Segundo

⁶² MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. **Revista da ABPI**- nº 14- mar/abr 2016. p. 015. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/a907-livia-barboza-maia.pdf>.

⁶³ “De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada.”. Superior Tribunal de Justiça – STJ, Resp 466.761 – Relatora: Min. Nancy Andrichi – Publicação: 04/08/2003.

⁶⁴ “Diane Von Furstenberg demanda a Forever 21”, disponível em: <https://www.tendencias.com/vestidos/diane-von-furstenberg-demanda-a-forever-21>.

⁶⁵ “Processo de mutação industrial - se é que podemos usar esse termo biológico - que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de *dentro*, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Este processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo. É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver” SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 106.

⁶⁶ A cópia é benéfica à indústria da moda? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/direito-digital-conheca-o-direito-da-moda-ramo-profissional-em-ascensao-31102015>.



Michael Heller (2008, p.2), “a propriedade privada geralmente aumenta a riqueza, mas o excesso de propriedade tem o efeito oposto: destrói os mercados, interrompe a inovação e custa vidas”⁶⁷. Nesse sentido, essa analogia se aplica ao contexto mencionado, na medida que certa corrente doutrinária identifica que o excesso de propriedades fragmentadas e regulamentação não implicam na produção de inovações, levando a cópia a executar esse papel.

Ainda, segundo o livro “Paradoxo da Pirataria”⁶⁸ existem dois conceitos no mercado da moda que defendem essa posição. O primeiro é a obsolescência induzida, o que se entende ser o processo de perda de exclusividade de produtos feitos por marcas *high fashion* quando copiados por camadas mais baixas da pirâmide, a qual ilustra a indústria da moda. Assim, o topo da pirâmide deve se renovar e investir no desenvolvimento de inovações capazes de ocupar o espaço deixado pelo produto original copiado, e como forma dos consumidores *upscale* afirmarem sua posição perante a sociedade. Assim, esse movimento aceleraria o processo de inovação e consumo.

O segundo conceito apresentado pelo livro é o ‘ancoramento’, o que se entende por ser o aumento de visibilidade de um produto em razão da sua cópia diversificada no mercado, o que também leva a necessidade de inovação. Ou seja, se a inspiração engendra efeitos positivos para todo o segmento, sem quaisquer *trade offs*; a cópia não autorizada poderá gerar ao titular uma depreciação imediata do seu bem, mas gerará a externalidade positiva de induzir a *vítima* a inovar e, novamente, se apartar dos *imitadores*.

6 CONCLUSÃO

Os níveis de proteção via direitos de propriedade intelectual concedidos a titulares que exercem sua mercancia - no ambiente da moda - afetam inquestionavelmente o desenvolvimento dessa indústria, seja de uma forma benéfica ou maléfica, dependendo do ponto de vista de cada teoria.

Entretanto, a maioria dos labores publicados por autoras e autores nacionais não colaboram por um desenvolvimento técnico da leitura segmentada dos bens intelectuais no segmento da indumentária, visto que: (a) insiste em *chorar pitangas* sobre a inadequação de direitos de exclusiva apartados dos segmentos utilitários e de distintividade para tutelar alguns ornamentos; (b) não edificaram critérios sindicáveis de qual duração razoável do *leading time* para então se tratar de deslealdade; (c) até o presente momento não cotejaram se há sub-segmentos da moda em que a cópia não seja um ato esperado; (d) deixaram de trazer estudos econômicos sérios sobre alguma mais valia sócio-econômica em prol do desenvolvimento nacional (art. 5º, XXIX, da CRFB) em transformar o sistema criando uma forma autônoma de exclusiva para a tutela dos vestuários; (e) não colacionaram exemplos no sentido de que a exclusiva de fato ou de direito servem para majorar o grau de originalidade nas criações; e (f) não convencem o leitor de que há princípios, valores, postulados, costumes e

⁶⁷ HELLER, Michael. **Gridlock Economy**: How too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives. New York: Basic Books, 2008.

⁶⁸ RAUSTIALA, Karl; SPRIGMAN, Christopher. The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design. **Virginia Law Review**. v. 92, n. 8, p. 1678-1775. Dez. 2006, disponível em: https://www.jstor.org/stable/4144970?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents.

regras a apartar o ambiente da moda de qualquer outro que tampouco receba maiores proteções por direito de exclusiva (a exemplo do ambiente dos restaurantes e suas receitas maravilhosas).

Destarte, ainda não vislumbramos autonomia científica ou DE prudência a legitimar com mais certeza o tipo de proteção mais razoável para tutelar tais criações diante das implicações trazidas pelas inspirações e cópias à indústria indumentária. A depender da evolução pretoriana, a edificação de genuína doutrina – em especial na criação de critérios sindicáveis –, e o amadurecimento da temática é possível vislumbrar o desenvolvimento dos estudos prudências no setor. Entretanto não nos parece que mais direitos de exclusiva funcionaria como vetor catalisador do aumento da qualidade das criações ou da concorrência; do mesmo modo em que não se observa que o nicho dos restaurantes tenha deixado de criar novos pratos ou receitas, igualmente, pela falta de exclusivas *especiais* ao tempero, preparo ou cocção.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Parasitismo Económico e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59.

ARAÚJO, Cristiano Reis. “Desenho Industrial e Direito Autoral: A possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro”. Parte 2, capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 135 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali**. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffré, 1960, p. 479.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Volume 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **E-stabelecimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

BARTHES, Roland. **Elementos da semiologia**. Tradução, Izidoro Blikstein. 15ª Edição, Editora

BARTHES, Roland. **Sistema da Moda**. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 269.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 15ª Edição, Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2011, p. 144.

BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 52.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom**. London: Yale University Press, 2006, p. 6.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **STJ, Resp 466.761** – Relatora: Min. Nancy Andrighi – Publicação: 04/08/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo TJSP, 2ª Câmara de Direito Empresarial, **Apelação nº 1037600-16.2015.8.26.0001**– Des. Grava Brazil– Publicação: 22/10/2018.



COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTELLA, Mário Sérgio. **Não nascemos prontos! Provocações filosóficas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 16.

CHOERI, Raul Cleber da Silva, **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar 2010, p. 3

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 259.

D'AGOSTINI, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury. **A Proteção à Propriedade Intelectual na Indústria Criativa da Moda**. Tese de Doutorado orientada pelo Professor Doutor Newton Silveira junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, 2017, São Paulo, página 32.

DIALNET. “**Consideraciones sobre moda, estilo y tendencias**”, disponível no site: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263480>

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. Volume 7, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 67.

GARDINER, Patrick. **Teorias da História**. 5ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 307.

GIACCHETTA, André Zonaro e DOS SANTOS, Matheus Chucrí. “A Proteção do design das criações da moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção e reflexões sobre a necessidade de proteção específica para o design das criações da moda”. Capítulo 1º do livro: **Fashion Law: Direito e Moda no Brasil** – São Paulo, Thomson Reuters 2018, p. 26 – Série GVlaw / Mônica Steffen Guise Rosina, Maria Fernanda Cury, coordenadoras).

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 14.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 49.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado, A Empresa e O Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290.

GRAMSCI, Antonio. **Os Intelectuais e a Organização da Cultura**. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, p. 19.

JOTA. “**A cópia é benéfica à indústria da moda?**”, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/direito-digital-conheca-o-direito-da-moda-ramo-profissional-em-ascensao-31102015>.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Fundação FGV, 2004, p. 28.

LOS ANGELES. **University Of California Press**, 2012, p. 54.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.



MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. **Revista da ABPI**- nº 14- mar/abr 2016. p. 03. Disponível em: <https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/a907-livia-barboza-maia.pdf>

MONDAINE BRASIL. “**CICLO DA MODA**: entenda como uma peça se torna tendência”, disponível no site: <https://www.youtube.com/watch?v=UEEr9tP6mg>

METROPOLES. “**Fashion Law**: direito de moda ganha espaço no Brasil”, disponível no site: <https://www.metro- poles.com/colunas-blogs/ilca-maria-estevao/fashion-law-direito-de-moda-ganha-espaco-no-brasil>

PASUKANIS, Evgeni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Coimbra: 1972, p. 75.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 106.

QUINELATO, Pietra Daneluzzi. - Fashion Law: Conceitos Legais no Âmbito da Propriedade Intelectual Aplicados na Indústria da Moda. **Revista da ABPI** – nº 159 – mar/abr 2019.

RAUSTIALA, Karl; SPRIGMAN, Christopher. The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design. **Virginia Law Review**. v. 92, n. 8, p. 1678-1775. Dez. 2006, disponível em: https://www.jstor.org/stable/4144970?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11.

SINGER, Joseph William. **No Freedom Without Regulation**. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015, p. 50.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 111

SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito Concorrencial, as estruturas**. 2ª Edição São Paulo, Malheiros: 2002, p. 96.

SKIBINSKI, Francielle Huss. - Fashion Law no Direito Brasileiro. **Revista da ABPI** – nº 148 – mai/jun 2017.

SEARLE, John R. **Mente, Linguagem e Sociedade**: filosofia no mundo real. Tradução, F. Rangel, Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 106.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**: a new Introduction to Legal Reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHMIDT. Léo Denicoli. **A Distintividade das Marcas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 106.

TRENDENCIAS. “**Diane Von Furstenberg demanda a Forever 21**”, disponível em: <https://www.trendencias.com/vestidos/diane-von-furstenberg-demanda-a-forever-21>

VAIDHYANATHAN, Siva. **The Googlization of Everything**. (And Why We Should Worry).

VERUP. “**Ciclo de vida de um produto**: entenda como funciona no mercado da moda”, disponível em: <https://verup.com.br/blog-verup/ciclo-de-vida-de-um-produto-entenda-como-funciona-no-mercado-da-moda/>

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 6.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 36.





DESENHO INDUSTRIAL, INOVAÇÃO E ANTITRUSTE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA INDÚSTRIA DA MODA

Jade Vinagre e Lima¹
Leonel Moraes Barros²

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de abordar a interação entre defesa da concorrência e o direito de desenho industrial no mercado da moda. Inicialmente, na primeira seção, abordam-se (i) os objetivos dessas duas áreas do direito; (ii) as noções de eficiência e concorrência estática e dinâmica; (iii) a relação entre a propriedade industrial e combate ao efeito *free riding*; (iv) o abuso do uso de propriedade industrial como ilícito à ordem econômica; e (v) o caráter publicístico do direito de propriedade industrial. Já na segunda seção, serão descritos (i) a tutela do instituto dos desenhos industrial; (ii) sua disciplina na Lei nº 9.279/96 e (iii) o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação normativa. Na terceira seção, são analisados o funcionamento do mercado da moda e o instituto do desenho industrial neste setor, com foco especial (i) ao papel da cópia nos fenômenos de obsolescência e ancoragem dos ciclos econômicos da moda; (ii) à interação entre o direito de propriedade intelectual e defesa da concorrência no referido mercado; (iii) à ausência de prejuízo do efeito *free riding* em tal mercado; e (iv) à necessidade de avaliação dos diversos mercados relevantes quando se analisa eventual abuso do direito de propriedade intelectual e a necessidade de proteção ao desenho industrial. Conclui-se, por fim, pela necessidade de revisão das normas de desenho industrial, com o fim de atender ao interesse social de tutela da concorrência e do consumidor e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Palavras-chave: Desenho Industrial. Defesa da Concorrência. Mercado da Moda.

1 INTRODUÇÃO

O registro de desenho industrial é um dos direitos garantidos pelo art. 2º da Lei nº 9.279/96, que, juntamente com os direitos sobre marcas, indicações geográficas, patentes de invenção e modelo de utilidade, e com a proteção ao segredo industrial e a repressão à concorrência desleal, compõe os direitos de propriedade industrial. Recepcionado pela Constituição Federal como direito fundamental, em seu artigo 5º, XXIX, a proteção aos direitos de exclusividade sobre a forma de produtos industriais é assegurada a seus autores, observando-se “o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país”.

¹ Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Econômico/GPDE. jade.direitoufmg@gmail.com

² Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Econômico/GPDE. leonel.mbarros@gmail.com

Nesse contexto, nas últimas décadas discutiu-se a interação entre o direito de propriedade industrial e a defesa da concorrência, especialmente em relação à marca e às patentes. No entanto, pouco vem se debatendo sobre a interpretação do instituto do desenho industrial em consonância com a defesa da concorrência.

Com efeito, verifica-se que, na aplicação e interpretação das normas que disciplinam o desenho industrial, nem sempre há associação com os objetivos propostos pela proteção da propriedade industrial presente na Constituição da República e com as normas que regulamentam a repressão ao abuso do poder econômico. Conforme será debatido adiante, a aplicação das regras de desenho industrial sem a análise das efetivas externalidades decorrentes desta proteção permite o surgimento de distorções de mercado e abusos concorrenciais, especialmente quando aplicados a setores específicos da economia que fazem uso constante da cópia no desenvolvimento dos seus mercados. Neste contexto, insere-se a indústria da moda, que será objeto de análise neste artigo.

Assim, este trabalho tem o objetivo de propor diretrizes interpretativas e avaliativas dos direitos de desenho industrial que atendam tanto aos objetivos e fundamentos da propriedade industrial, quanto da defesa da concorrência, observando-se os reais impactos causados nos mercados aos quais são aplicados.

A vertente metodológica utilizada no estudo em questão será a jurídico-dogmática, afinal, trata-se de análise de ordenamento jurídico e teorias do direito em geral, relativas ao funcionamento de institutos jurídicos. Além disso, destaque-se para o trabalho em tela a pesquisa do tipo o jurídico-descritivo, já que parte da decomposição de um problema do Direito a partir de uma complexa atividade investigativa. Por fim, será utilizada a fonte bibliográfica.

Este artigo se divide em três seções. A primeira delas abordará a interface entre o direito de propriedade industrial com o direito da concorrência, com foco nos fundamentos e objetivos dos dois institutos, nas noções de eficiência estática e dinâmica, no combate ao *free riding* e no caráter publicístico do direito de propriedade intelectual. A segunda seção tratará do instituto do desenho industrial, sua disciplina na Lei nº 9.279/96 e no entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Por fim, a terceira seção analisará um possível caminho para aplicação do desenho industrial e do direito antitruste sem que haja sobreposição de um sobre outro, tomando como exemplo o mercado da moda.

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PARADOXO OU CONVERGÊNCIA?

Primeiramente, ressalta-se a necessidade de se observar os objetivos do direito de propriedade intelectual e da defesa da concorrência. Em relação ao primeiro, o art. 5º, XXIX da Constituição da República dispõe que as criações industriais serão protegidas em razão à possibilidade de promoção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.



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: (...)

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).

Na mesma direção, o art. 2º da Lei nº 9.279/96, lei que dispõe sobre o direito de propriedade industrial (LPI), também reproduz os supracitados objetivos constitucionais:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal (BRASIL, 1996).

Lado outro, na disciplina da ordem econômica, a Constituição da República adota como um de seus princípios norteadores a livre concorrência. Na mesma direção, obriga o legislador ordinário, em seu art. 173, § 4º, a edição de lei que visa a reprimir o abuso do poder econômico.

Com efeito, Forgioni (2016) defende que a disciplina da defesa da concorrência tem natureza instrumental para a promoção dos objetivos da Constituição da República. Com isso, na visão da autora, o direito antitruste não se resumiria a implementar a eficiência, mas criar e preservar o ambiente econômico em que os agentes tenham incentivos para competir, inovar, atender às demandas dos consumidores. Dessa forma, nota-se que a concorrência, assim como o direito de propriedade industrial, é mais um instrumento para o alcance dos objetivos constitucionais.

Nesse contexto, passa-se a analisar a interface entre direito de propriedade industrial e defesa da concorrência, que se relaciona com o entendimento do processo inventivo. Para tanto, é importante ter a ideia de eficiência estática e dinâmica e de concorrência estática e dinâmica.

Eficiência estática, também chamada de eficiência ricardiana, se baseia na ideia de que os recursos produtivos serão melhor empregados se forem distribuídos de acordo com a estrutura intersetorial de vantagens e desvantagens comparativas de cada país (MARTINS, 2008).

A ideia de concorrência estática está associada à noção de concorrência clássica adotada por Adam Smith e David Ricardo. Esta estaria relacionada ao livre trânsito de capital entre indústrias, à ausência de barreiras à entrada e de lucratividade uniforme entre as indústrias (POS-



SAS, 2002). Em suma, tal concepção focaliza nas variáveis preço e quantidade, presumindo constante a tecnologia existente.

Já a concorrência schumpeteriana consiste na busca permanente por diferenciação por parte dos agentes econômicos, visando à obtenção de vantagens competitivas que resultem em lucro e vantagens monopolísticas temporárias, que se consolidariam com o tempo (POSSAS, 2002). Nesse sentido, o monopólio não seria contrário à concorrência, mas um mecanismo de estímulo à competição entre os agentes.

Nesse contexto, destaca-se a ideia de eficiência dinâmica. Para a OCDE (2007, p. 17), esta é “*sinergia que possibilita as sociedades empresárias a melhorar continuamente seus desempenhos, seus custos, qualidade, serviços ou variedade.*”³

Dessa forma, a atividade inventiva e o processo de inovação estão relacionados às ideias supracitadas de concorrência e eficiência dinâmica. É por meio de tais noções que é possível o processo produtivo, os produtos e os serviços darem saltos qualitativos, o que resultaria em novos padrões tecnológicos.

O direito de propriedade intelectual tem como objetivo estimular a produção de inovação e de ideias produtivas, o que geraria, em última análise, a promoção de desenvolvimento econômico (LARA, 2014). Nesse contexto, o titular do direito tem o monopólio temporário sobre a exploração do produto resultado de seu processo criativo.

Tal exclusividade temporária na exploração teria o efeito de evitar o que se chama de *free riding*. No caso das criações industriais, *free riding* consiste na exploração econômica de inovação por terceiro não responsável pela atividade inventiva, sem que este tenha realizado qualquer dispêndio de recursos para o seu desenvolvimento.

Em outras palavras, ao garantir que somente o criador explore o produto, é garantido a ele maior possibilidade de retorno econômico sobre a criação, o que estimularia mais recursos endereçados à pesquisa e desenvolvimento. Por outro lado, com maior dificuldade de se explorar gratuitamente criações de terceiros, eventuais caronas não terão outra alternativa senão se integrarem ao processo criativo, sob pena de ficarem à margem do progresso tecnológico. Em última análise, o direito ao monopólio temporário e a maior dificuldade de atuação encontrada pelo *free rider* gerariam uma corrida à inovação.

Nesse sentido, para Rosenberg (2008), os direitos de propriedade intelectual sustentam duas bases distintas: a primeira é o incentivo à inovação. Já a segunda, o direito de excluir terceiros da apropriação da inovação. Este último resulta do supracitado combate ao *free riding*, ou seja, à apropriação das vantagens da inovação por parte daquele que não ajudou no seu desenvolvimento.

Contudo, é importante avaliar o reflexo desse monopólio temporário sobre a defesa da concorrência. Sob a perspectiva antitruste, geralmente, a existência de monopólio está associa-

³ Traduzido do original: “dynamic efficiencies are synergies that enable firms to improve their performance, whether in terms of cost, quality, service, or variety, on a continuing basis. Efficiencies that enhance the ability or incentive to innovate, for example, are considered dynamic.”



da a efeitos nocivos no âmbito econômico. Com isso, a maior eficiência estaria ligada à existência de pluralidade de agentes econômicos em determinado mercado.

Dessa forma, haveria uma tensão aparente entre o direito de propriedade intelectual e o direito da concorrência (ROSENBERG, 2008). Primeiramente, há um direito de exclusividade de exploração de um produto protegido pelo Estado por força da propriedade intelectual. Lado outro, o mesmo Estado, por meio de normas e autoridades específicas, visa a estimular a concorrência e a pluralidade de agentes no mesmo mercado relevante, garantindo a competitividade de preços e a oferta de produtos para os consumidores.

Em outras palavras, em uma abordagem prévia e rápida, poder-se-ia concluir que o direito de propriedade intelectual levaria à inefetividade da defesa da concorrência, ao criar monopólios temporários e gerar mercados ineficientes. Assim, haveria uma mitigação da eficiência estática. No entanto, sob a ótica da eficiência dinâmica, a exclusividade temporária do criador seria um incentivo para inovação, ao desenvolvimento de novas tecnologias e ao aumento do bem-estar social.

Além disso, um dos objetivos da defesa da concorrência é evitar o abuso do poder econômico, normalmente associado aos poderes e efeitos nocivos de monopólios. No entanto, o direito de exclusividade vindo do direito de propriedade intelectual é temporário e, quando capaz de promover a inovação, pode trazer benefícios à sociedade. Dessa forma, busca-se a conciliação dos dois microsistemas jurídicos.

Nessa direção, destaca-se o voto da Conselheira Polyanna Vilanova no Processo Administrativo nº 08012.002673.2007-51, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sobre a coexistência e a complementariedade dos dois microsistemas:

19. Anos atrás, perdurou a ideia de que o Direito Antitruste e o Direito de Propriedade Intelectual possuíam objetivos antagônicos. Referida posição já foi muito bem superada, razão pela não me estenderei neste ponto. A relação não é óbvia, mas isto não afasta uma análise criteriosa e cuidadosa da questão, bem como deve propiciar uma visão complementar entre as duas searas. 20. Os objetivos da defesa da concorrência e a proteção aos direitos de propriedade intelectual são, em última análise, convergentes, quais sejam: promover as condições competitivas e inovadoras no ambiente econômico capazes de aumentar as eficiências, assim produzindo efeitos positivos ao bem-estar social. 21. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIX, disciplina que os privilégios temporários assegurados aos autores e inventores de criações industriais só se justificam quando há promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Lembrando que referidos privilégios buscam incentivar à inovação, um dos fundamentos para a livre-iniciativa e livre-concorrência. Assim, percebe-se que o direito da concorrência e a propriedade intelectual não possuem interesses irreconciliáveis, mas sim interrelacionamentos capazes de possibilitar uma análise de limitação sempre que houver abuso na utilização que se revele um objetivo ou efeito anticoncorrencial. (...) 24. A razão de ser disso é conhecida na literatura que trata da interface entre direito da propriedade intelectual e defesa da concorrência: a primeira visa estimular investimentos em inovação que



somente podem ocorrer se houver exclusividade temporária capaz de criar os incentivos e recompensas necessários a que tais investimentos ocorram. Resumidamente, os direitos de propriedade intelectual têm como principal propósito proteger as invenções e a criatividade. Apesar disso, não são direitos absolutos, sendo certo que em circunstâncias ocasionais seus titulares são obrigados, por determinação legal, a licenciá-los mediante remuneração. Dito isso, é de todo razoável que a exclusividade venha acompanhada de oponibilidade. (...) 69. Nessa linha, o direito de propriedade industrial convive com os direitos da concorrência, consumidor e o da repressão ao abuso do poder econômico, todos previstos constitucionalmente. Cabe, contudo, ao intérprete da lei sopesar o exercício dos direitos de acordo com o princípio da proporcionalidade, que é o que faço a seguir. (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Sob a perspectiva apresentada por Vilanova, entende-se o direito de propriedade industrial e a defesa da concorrência como direitos complementares e interrelacionados, uma vez que ambos visam a promoção da inovação, da competitividade e do desenvolvimento econômico.

Com efeito, o monopólio temporário advindo do direito de propriedade industrial só seria condenado no âmbito do direito antitruste quando houver desvio de finalidade no uso de tal direito. Ou seja, quando tal exclusividade não objetivar ao desenvolvimento de processos ou produtos novos, mas para dificultar o exercício de atividade econômica de outros agentes.

Nesse contexto, seria caracterizado o abuso de direito intelectual, infração positivada no artigo 36, § 3º, XIX da Lei nº 12.529/11:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, 2011).

Assim, como lembra Forgioni (2016), os direitos de propriedade industrial devem ser exercidos de acordo com os limites de sua função econômica, sob pena de violação das normas de defesa da concorrência.

Nessa direção, organismos internacionais como a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - UNCTAD (2016) defendem que haja uma abordagem equilibrada da proteção e concorrência da propriedade industrial, no sentido de que as autoridades de defesa da concorrência assumam o papel de garantir que os direitos de propriedade industrial não sejam abusivos e não resultem em práticas anticoncorrenciais.



Há autores que defendem, ainda, que a propriedade industrial é dotada de fundamentos publicísticos, onde os princípios concorrenciais são passíveis de aplicação. Nesse sentido, não se deveria falar em complementariedade do direito de propriedade industrial com o direito concorrencial, muito menos a derrogação deste pelo primeiro; a propriedade intelectual assumiria, na verdade, papel instrumental na consecução dos objetivos da livre concorrência. Salomão Calixto Filho (2006) é um expoente dessa vertente.

Para o autor, a visão de que a propriedade industrial seria um conjunto de regras que disciplinam um monopólio legal e um direito de exclusividade não atende às exigências da sociedade moderna, sendo necessária a proteção da concorrência no campo do direito industrial. Assim, entende que os direitos de exclusividade não podem ser vistos sob uma perspectiva privatista, como privilégio de seus titulares, mas como mecanismo de tutela da concorrência, garantindo “o acesso e escolha dos consumidores” (FILHO, 2006, p. 14).

Filho (2006) defende que, ao se compreender a propriedade industrial dentro da lógica institucional do direito concorrencial, permite-se dar ao primeiro uma conotação publicística, o que resultaria no dever de compartilhamento dos privilégios do titular. Nesse sentido, especialmente nos produtos essenciais, seria dever dos detentores de direito de propriedade industrial o dever de abastecimento do mercado com preços competitivos.

Portanto, seja pela visão da complementariedade entre os direitos de propriedade intelectual e o direito antitruste, seja pela ótica da instrumentalidade concorrencial dos direitos de propriedade intelectual, observa-se um consenso na literatura acerca da necessidade de se buscar conjuntamente os fins da livre concorrência, do desenvolvimento econômico e tecnológico e o interesse social de acesso às inovações, por meio de uma análise dinâmica da eficiência dos direitos de exclusiva na realidade econômica. Tal visão, por sua vez, importaria em eventual afastamento dos direitos de propriedade industrial quando estes não estivessem em consonância com os objetivos constitucionalmente tutelados, previstos nos artigos 5º, XIX e 170.

Todavia, apesar da submissão das regras de propriedade intelectual às finalidades constitucionais do interesse social e do desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como sua convivência harmônica com a tutela da concorrência, parece prevalecer na ótica atual uma visão privatista dos desenhos industriais, sendo vistos como verdadeiros direitos de propriedade, e não como instrumentos de consecução dos objetivos de estímulo à inovação e de proteção ao consumidor e ao livre mercado. Desta forma, cumpre analisar a atual sistemática de proteção aos desenhos industriais, analisando sua conformidade ou descompasso com os objetivos supramencionados.

3 A TUTELA DOS DESENHOS INDUSTRIAIS NA LEI Nº 9.279/96 E O RESP Nº 1631314 / RS

Conforme discorrido no tópico anterior, o fundamento utilizado pela doutrina para a concessão de “monopólios temporários” decorre da chamada *teoria do incentivo*, segundo a qual a exclusividade na exploração das criações incentivaria a inovação, vez que garantiria os retornos



dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, processos ou aperfeiçoamentos incrementais (BARBOSA, 2003). Assim, a concessão de direitos de propriedade intelectual impediria a atuação de *free riders*, que se aproveitariam das inovações sem que tivessem despendido esforço inovativo para o surgimento da criação.

Tal teoria sustenta que o “efeito carona”, necessariamente, geraria danos aos autores da inovação, vez que impediria a apropriação dos ganhos econômicos decorrentes da exploração do produto, serviço, técnica ou melhoramento, desestimulando a inovação. Além disso, o *free riding* geraria danos à concorrência e ao consumidor, pois induziria o consumidor a erro e desviaria clientela, gerando necessariamente a redução de suas receitas.

Tal visão parece ter sido privilegiada pela legislação pátria ao se delinear os contornos da proteção dos desenhos industriais, em detrimento da visão de instrumentalidade dos desenhos industriais para a consecução dos escopos da propriedade intelectual e da concorrência. Senão, veja-se.

Conforme previsto nos artigos 94 e 95 da Lei nº 9.279/96, o ordenamento jurídico nacional garante aos autores a proteção da exploração econômica exclusiva da “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” (BRASIL, 1996), por meio do registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Por meio da titularidade do registro, garante-se ao autor o poder de impedir que terceiro, sem o seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe produto que reproduza ou imite substancialmente o desenho industrial protegido (art. 109 c/c art. 42, LPI). Ressalva-se o exercício dos direitos de exclusiva somente quanto às hipóteses previstas no artigo 43, I, II e IX, da Lei de Propriedade Industrial, que permitem o uso da criação por terceiros com intuito não-econômico, assim como o uso do desenho pelo próprio titular ou com o seu consentimento.

Destarte, configuram-se os ilícitos criminais de contrafação de desenho industrial quando houver a exploração econômica por terceiro, de forma não autorizada, de desenho industrial registrado, ou de produto que imite substancialmente o desenho e que possa induzir o consumidor em erro ou confusão (art. 187 e 188 da LPI).

Portanto, verifica-se que a LPI, ao estabelecer os contornos da proteção conferida pelo registro, não estabeleceu como limites ao exercício de direitos de desenho industrial as condutas que não atendam aos fins da proteção ao consumidor e à concorrência e do incentivo à inovação. Desta forma, a Lei assume como danosos quaisquer atos que violem os direitos de desenho industrial, sem que haja a efetiva comprovação dos malefícios das cópias - e os benefícios da proteção - para os fins últimos do instituto no caso concreto.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu entendimento que privilegia a proteção do desenho industrial e dos interesses do titular do direito, em detrimento da análise concreta dos impactos da propriedade industrial para os escopos da propriedade intelectual e da

concorrência. No julgamento do Recurso Especial nº 1631314/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Corte Superior sustenta a presunção de dano ao titular quando comprovada a reprodução ou imitação substancial de desenho industrial registrado, gerando o dever de indenizar:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DESENHO INDUSTRIAL.

VIOLAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DANOS PATRIMONIAIS. DESNECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DOS PREJUÍZOS ECONÔMICOS PARA CONFIGURAÇÃO DO DANO.

POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1- Ação ajuizada em 6/3/2002. Recurso atribuído à Relatora em 25/8/2016.

2- Controvérsia que se cinge em determinar se é necessária a delimitação da extensão do prejuízo econômico para que se possa reconhecer a existência de danos patrimoniais decorrentes de violação a direito de propriedade industrial.

3- Não se constatando a existência de omissão, contradição ou obscuridade, rejeitam-se os embargos de declaração.

4- A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

5- O dano causado ao titular de interesse tutelado pela Lei de Propriedade Industrial configura-se com a violação do direito protegido.

6- A extensão econômica dos prejuízos causados pela contrafação de desenho industrial pode ser delimitada em liquidação de sentença.

7- Recurso Especial Provido. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Segundo o Tribunal, a Lei da Propriedade Industrial, em seus artigos 207 e seguintes, não estabeleceu como requisito para a concessão de indenização pela violação do direito de exclusiva a demonstração dos efetivos prejuízos experimentados por seu titular; assim, a simples comprovação do uso não autorizado de desenho industrial seria ensejadora de responsabilização no âmbito cível. Entende-se, portanto, que a cópia seria geradora de dano *in re ipsa*, não sendo, assim, necessária a comprovação do efetivo dano à parte:

Registre-se, por derradeiro, que a utilização ilícita de desenho industrial de terceiro para fabricação e posterior comercialização de bens é condição bastante para, por si só, gerar presunção de minoração das receitas auferidas pelo proprietário. De fato, consoante explicitado por DOMINGUES, “a infração [...] de registro perturba os negócios, desacredita os produtos, desvia clientela e diminui as vendas, provocando, via de consequência, diminuição da receita e do lucro do titular” (DOUGLAS GABRIEL DOMINGUES. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 648) (BRASIL, 2016)



Contudo, apesar da escolha legislativa e da correspondente interpretação jurisdicional, tal premissa não se reporta verdadeira na realidade econômica, havendo mercados que, eventualmente, podem se beneficiar com as cópias e o seu “efeito carona”, utilizando-a como mecanismo de desenvolvimento e de acesso dos consumidores às inovações. Tal fenômeno se verifica, por exemplo, na indústria da moda - conforme será demonstrado a seguir.

4 **FREE RIDING E INOVAÇÃO: A CÓPIA COMO PROPULSORA DOS CICLOS ECONÔMICOS NA INDÚSTRIA DA MODA**

Conforme mencionado anteriormente, a legislação de propriedade industrial, especialmente no que concerne à proteção dos desenhos industriais, veda o aproveitamento de terceiros das criações de forma estética que estejam sob registro, sem a autorização prévia de seu titular. Assim, independentemente dos efetivos impactos econômicos decorrentes da exploração não autorizada dessas criações, o agente econômico estará sujeito às sanções penais previstas nos artigos 187 e 188, bem como à reparação civil nos termos dos artigos 207 a 210 da Lei nº 9.279/96. Todavia, observa-se mercados em que a cópia, e não a proteção intelectual, seria o efetivo mecanismo de incentivo à inovação.

Nesse sentido, cumpre analisar o caso da indústria da moda, demonstrando o papel das cópias (*free riding*) no desenvolvimento deste mercado, especialmente no que concerne ao impulsionamento de seus ciclos econômicos, a introdução de novos produtos no mercado e a garantia de acesso aos novos produtos pelos consumidores.

4.1 **Os mercados da moda e o “paradoxo da pirataria”**

Como expoente da economia criativa, a indústria da moda se caracteriza pelo foco na produção estética frente aos atributos utilitários de seus produtos. Nessa lógica, os consumidores buscam no *design* o atendimento aos seus desejos de consumo, sendo ele elemento determinante para a aquisição dos artigos de moda (GODART, 2010; SANT’ANNA, 2014).

Todavia, apesar da prevalência do *design* de moda na preocupação dos produtores, bem como na definição da atitude de consumo dos compradores, o mercado da moda se desenvolve em um cenário de equilíbrio de baixa proteção de propriedade intelectual, especialmente no que concerne à proteção dos *designs* (RAUSTIALA; SPRINGMAN, 2006). Como explicam os autores, o mercado da moda seria beneficiado pela cópia, sendo ela responsável por impulsionar os ciclos de moda e, assim, a introdução de novos *designs* no mercado. Tal fenômeno se daria por meio dos fenômenos da *obsolescência induzida* e da *ancoragem*.

Segundo Raustiala e Springman (2006), a indústria da moda é caracterizada por diferentes nichos de mercado, definidos por graus de investimento na criação de *designs* (“conteúdo criativo”) e pelos preços de seus produtos. Assim, os autores segmentam a indústria da moda

nos nichos de *high fashion*, *bridge lines* (mercados de luxo e de “luxo acessível”, ambos caracterizados pelo maior grau de conteúdo criativo em seus produtos e pelos altos preços praticados), *better fashion* (nicho com um investimento intermediário no desenvolvimento de novos designs e preços medianos) e *basic and commodity apparel* (caracterizado por baixo conteúdo de moda e preços mais acessíveis), sendo os preços proporcionais ao grau de conteúdo criativo de seus produtos. Assim, produtos mais criativos - com maior esforço inovativo - são, em regra, mais caros e, conseqüentemente, exclusivos, enquanto o menor conteúdo criativo dos produtos importa em menores preços e no maior acesso aos produtos pelos consumidores.

Por serem artigos posicionais - isto é, cujo consumo se relaciona à percepção de status -, os artigos de moda são desejados pelos consumidores na medida em que a coletividade lhes atribui valor. Tal valor é definido pela dicotomia existente entre a exclusividade do consumo do design original e a sua massificação. Dessa forma, os bens, ao serem consumidos por um número restrito de pessoas, são desejados pela coletividade; contudo, no momento em que se popularizam, passam, progressivamente, a não serem mais objeto de interesse, sendo, então, substituídos por novos produtos. A esse fenômeno, dá-se o nome de *obsolescência induzida*.

No mercado da moda, a massificação do bem desejado é viabilizada por meio da reprodução dos designs desejados. Nesse sentido, lembra Sant’Anna que

Somente é consagrado o que é repetido. Mesmo o objeto que vem revestido de uma mensagem de exclusividade, de único, como um vestido de alta-costura, traz uma *aura* e sua integração à usúria se faz mediante o nome do criador que está implícito à peça única. O renome daquele resulta do sucesso anterior das coleções já consumidas. Um vestido único de um costureiro desconhecido não possui a mesma pregnância de um assinado por uma celebridade. Portanto, quanto mais o costureiro for consumido, mais seu produto é signo de personalização. Gabrielle Chanel escandalizou a imprensa internacional, em 1961, quando declarou não se importar de ser copiada em Nova York ou por qualquer costureira de bairro, pois para ela isso só comprovava sua consagração como criadora de moda. “Eu sou copiada continuamente e orgulho-me disso. É publicidade para mim”. (SANT’ANNA, 2014, p. 64)

O que garante a posição de dominância do agente criador no mercado da moda é seu renome, que, como explica Sant’Anna, é atingido por meio da popularização de seus *designs*. Assim, apesar da exploração não exclusiva do *design*, o criador sempre teria interesse em criar novos produtos, impulsionado pela demanda por novidade e exclusividade advinda da diluição do *design*, decorrente do seu consumo massificado por outros nichos de mercado.

Assim, os nichos de *high fashion* e *bridge lines*, segmentos responsáveis pela maior produção de novos designs na indústria da moda, seriam sistematicamente copiados ou inspirados pelos segmentos de *better fashion* e *basic and commodity apparel*. Tais designs, por sua vez, seriam objeto de desejo por parte dos consumidores, que seriam induzidos ao consumo de produtos semelhantes, em razão do *efeito ancoragem* - isto é, o consumo influenciado pela convergência dos *designs* em tendências de moda, alcançado por meio da assemelhação dos *designs*.



Lembra-se que cada nicho - *high fashion*; *bridge lines*; *better fashion*; *basic and commodity apparel* - constitui um mercado relevante distinto, caracterizado por diferentes produtos, preços e tipos consumidores. Nesse sentido, consumidores de *high fashion* dificilmente seriam levados a consumir mercadorias dos mercados de *better fashion* ou de *basic and commodity apparel*, de modo que a cópia feita por agentes destes nichos não causaria um desvio de clientela que configuraria deslealdade na concorrência digna da proteção intelectual.

Portanto, a cópia assume importante função no mercado da moda, vez que permite a propulsão das tendências - *ancoragem* - e a depreciação dos designs então popularizados - *obsolescência* -, promovendo a criação de novos produtos no mercado (inovação); este fenômeno, os autores denominaram “*the piracy paradox*”⁴.

4.2 Os conflitos entre a proteção do desenho industrial e a eficiência na indústria da moda

Especialmente no mercado da moda, como demonstrado no item anterior, há uma inter-relação entre as categorias *high fashion* e *better fashion/basic and commodity apparel* no que se refere ao desenvolvimento cíclico desses mercados. Destaca-se ainda que são mercados distintos, com consumidores diferenciados, especialmente pela renda e por padrões de consumo. Dessa forma, é de grande importância a análise da interação entre o direito de propriedade industrial e o direito antitruste nos mercados conjuntamente.

Ademais, como destacado no item anterior, o ciclo de mercado *high fashion* está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento dos mercados *better fashion/basic and commodity apparel*, especialmente quando se observa as características de ancoragem e obsolescência. Nesse contexto, verifica-se uma relação de interdependência no desenvolvimento de ambos os nichos de mercado (“copiador” e “copiado”).

Assim, chama-se a atenção para o fato de que o mercado da moda se desenvolve sem a necessidade de proteção de desenho industrial por parte dos grandes *players*, uma vez que a existência de cópias por si não reduz os lucros da indústria do nível *high fashion*, inviabilizando a inovação. Em outras palavras, não há que se falar de proteção contra *free riding*, uma vez que a indústria do nível *high fashion* se encontra em mercado relevante diverso daquele das categorias *better fashion/basic and commodity apparel*. Em suma, o uso de cópias por parte destas não se concretiza em uma ameaça de captura dos consumidores fiéis do nível *high fashion*.

Por outro lado, é a ausência de proteção que faz com que o bem-estar dos consumidores das indústrias *better fashion/basic and commodity apparel* seja satisfeito. É justamente a ausência de licenciamento que permite o oferecimento de produtos por preços acessíveis, sem que haja desestímulo ao mercado *high fashion* ou primário. Entretanto, vez que a sistemática brasileira atual

⁴ Apesar da tradução literal ser “paradoxo da pirataria”, entendemos que “paradoxo da contrafação” seja a melhor tradução da expressão no contexto do regime jurídico brasileiro, considerando o ilícito de reprodução não autorizada de desenho industrial.

não analisa o impacto do exercício dos direitos de desenhos industriais sobre mercados distintos, a imposição destes direitos contra os mercados de *better fashion* ou *basic and commodity apparel* diminuiria o bem-estar social, ao limitar o acesso dos consumidores aos designs.

Lembra-se que o *design* dos artigos de moda é um dos principais elementos para o desejo de consumo. Assim, sua substituibilidade - tal como o de uma patente tecnológica - reduz-se em razão do desejo pelo consumo específico do *design* daquele artigo; assim, o consumo de outro *design* não seria capaz de atender aos anseios do consumidor, de modo que o não acesso ao bem de consumo implicaria em perda de bem-estar social.

Especificamente em relação ao desenho industrial, a exigência de licenciamento da categoria *high fashion* sobre os setores de *better fashion/basic and commodity apparel* poderia comprometer o fornecimento de produtos no nível secundário ou simplesmente o seu encarecimento. Ademais, tal exigência poderia influenciar ainda na característica de ancoragem, que por sua vez alteraria o período em que a peça se tornaria obsoleta, o que comprometeria o desenvolvimento de futuros ciclos produtivos de peças no nível *high fashion*.

Destaca-se que as leituras sobre os mesmos temas dentro do mercado da moda acabam por se assemelhar de tal forma que a distinção entre o que seria cópia e o que seria o mero processo de adequação a uma tendência acaba por se tornar extremamente tênue. Assim, a possibilidade de oposição de direitos de propriedade intelectual contra outros produtores da indústria da moda poderia refrear o processo produtivo, em razão da possibilidade de serem judicialmente demandados pelas cópias.

Por fim, destaca-se a necessidade de avaliação dos diferentes mercados relevantes quando se discute a proteção de direito de desenho industrial. Em outras palavras, se tal proteção em um determinado nível de mercado traz malefícios ao desenvolvimento de outro, é de grande relevância a discussão da necessidade de proteção do desenho industrial para esse tipo de mercado, especialmente quando sua inexistência não gera prejuízos decorrentes do efeito *free riding*. Comprovando-se, contudo, a eficiência dinâmica da proteção - seja quando a cópia possa gerar efetiva confusão no consumidor ou captação de clientela dentro de um mesmo setor, i.e., entre concorrentes, seja quando lesar os interesses de um criador ainda não consagrado pelo mercado, prejudicando seu incentivo em inovar -, seria razoável a defesa da proteção, diante dos interesses de tutela da concorrência.

Ressalta-se que as externalidades positivas do “efeito carona” não são vislumbrados somente na indústria da moda; há outros exemplos de mercados que se beneficiariam deste processo. Nessa direção, destaca-se o voto vencido do Conselheiro João Paulo de Resende no Processo Administrativo nº 08012.002673-2007-51, do CADE. No caso em questão, ele avaliou o abuso do exercício de direito industrial das indústrias automobilísticas (mercado primário) sobre o mercado de autopeças (mercado secundário), uma vez que a proteção geraria prejuízos aos consumidores deste mercado e não traria desenvolvimento econômico, o que resultaria no desvio de finalidade do direito de desenho industrial:



64. *Tendo em vista essa finalidade, entendo que o exercício do direito de desenho industrial sobre as autopeças no mercado concreto é desviante, na medida em que seu exercício nessa seara não só não incentiva o desenvolvimento tecnológico e econômico do país ou promove a concorrência, como, ao contrário, gera uma completa dominação daquele mercado pelas Representadas. Assim, o exercício do direito no mercado secundário, é fator limitador da concorrência, vez que se firma um monopólio nos mercados relevantes indicados sem a geração de qualquer eficiência e prejudicando sobremaneira o consumidor, como já demonstrado aqui e no voto-relator. E, ao fazê-lo, opera desvio de finalidade legal do direito de propriedade industrial. 65. Concluo, portanto, pela existência de infração concorrencial na conduta praticada pelas Representadas (BRASIL, 2018).*

No caso supracitado, o voto vencedor, proferido pelo Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, entendeu pela não competência do CADE em afastar os direitos de propriedade industrial, vez que a Lei de Propriedade Industrial não imporia limites ao exercício dos direitos de desenho industrial no caso concreto, de modo que a existência de eventuais distorções entre a proteção intelectual e a concorrência deveriam ser solucionadas na esfera legislativa, e não pela via processual:

65. Nessa linha de raciocínio, o campo de enforcement das patentes (e demais institutos correlatos) foi previamente delineado pela respectiva lei, tal qual se passou com o direito da concorrência. 66. Sob essa compreensão, parte-se do pressuposto de que o legislador, de antemão, estimou ganhos e perdas concorrenciais, assim como prós e contras ao ambiente da produção científica, de progresso tecnológico e de combate aos free-riders, entre outros valores albergados por esses microssistemas. 67. Por isso, adoto como premissa a concepção de que eventual alteração dessa lógica pré-estabelecida normativamente deve ser uma tarefa confiada ao próprio Poder Legislativo, em caráter exclusivo. (...) 257. Os microssistemas legislativos da propriedade industrial e da concorrência se encontram no mesmo nível de hierarquia. Logo, não é papel do CADE avaliar a qualidade da legislação de propriedade intelectual, porém se há algum excesso na sua aplicação. Em outras palavras, não cabe ao CADE analisar, em sede de conduta, efeitos prejudiciais à concorrência provenientes da lei em tese, como se buscou fazer no presente processo, fato este bem evidenciado pela determinação genérica sugerida pela Superintendência-Geral e pelo Relator, no sentido de obrigar as montadoras que se abstivessem de impor direitos de desenho industrial perante quaisquer fabricantes independentes de autopeças, não importando se a peça constou ou não da conduta apurada neste feito (BRASIL, 2018).

Portanto, impõe-se a discussão acerca da aplicação da proteção dos desenhos industriais nos mercados e dos efetivos benefícios ou prejuízos que esta tutela pode alcançar, considerando-se os seus fundamentos de garantia à inovação e tutela do livre comércio e do consumidor.



5 CONCLUSÃO

O presente trabalho avaliou a necessidade de aplicação das regras que disciplinam o direito de registro do desenho industrial de forma que o concilie tanto com os fundamentos constitucionais da propriedade industrial, quanto com a defesa da concorrência.

Nesse contexto, abordou-se que os fundamentos que norteiam a existência do direito de propriedade intelectual quanto o direito concorrencial é a busca pelo desenvolvimento econômico e tecnológico. Desta feita, é importante a análise convergente das duas áreas do direito.

Com efeito, foram trazidos ao debate as noções de eficiência e concorrência estática e dinâmica que se relacionam com o processo criativo e inovativo, com a atuação dos agentes econômicos e com a estruturação dos mercados, bem como a ideia de tensão aparente entre direito concorrencial e de propriedade industrial. Ademais, avaliou-se a complementariedade do direito da concorrência com o direito de propriedade industrial, especialmente o registro de desenhos industriais, bem como seu viés publicístico.

Entretanto, após análise das regras de desenho industrial, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação das regras de desenho industrial em caso de cópias, verificou-se que a estrutura de desenhos industriais não vem privilegiando as perspectivas de complementariedade entre a defesa dos direitos de desenho industrial e a concorrência, mas conferindo uma prevalência dos direitos de exclusiva frente à defesa da concorrência, ou mesmo frente aos próprios fundamentos da propriedade intelectual de promoção da inovação.

Para ilustrar os potenciais efeitos negativos que a aplicação acrítica da proteção intelectual pode gerar ao mercado, analisou-se a dinâmica da cópia na indústria da moda, demonstrando-se que a atuação dos *free riders* não gera, a priori, impactos negativos ao mercado. Pelo contrário, a dinâmica da cópia é capaz de promover os ciclos da moda, impulsionando a inovação, além de ampliar o acesso dos consumidores às criações. Nesse contexto, de acordo com as peculiaridades do mercado da moda cambiante, com destaque para o tempo de obsolescência e para a ancoragem dos mercados *better fashion/basic and commodity apparel* para o *high fashion*, verificou-se a necessidade de avaliação dos reais impactos gerados ao mercado quando da existência de cópias, por meio da análise dos mercados relevantes em eventual litígio envolvendo violação de direito de desenho industrial. Tal análise é importante na medida em que o *free riding* pode ocorrer em mercado relevante diverso daquele onde foi empregada a atividade criativa, o que não resultaria em prejuízo àquele que desenvolveu a criação.

Ademais, além da supracitada ausência de prejuízo, a proteção do desenho industrial no mercado relevante da indústria *high fashion*, por meio do registro e da imposição de licenciamento, poderia resultar no encarecimento ou em redução do abastecimento de produtos nos mercados *better fashion/basic and commodity apparel*, o que resultaria em perda de bem-estar dos consumidores desse mercado.

Portanto, a inexistência de regras que limitem a aplicação dos desenhos industriais a uma análise de eficiência dinâmica no caso concreto, bem como o entendimento jurisprudencial esbo-



çado pelo STJ no REsp nº 1631314/RS, dificultam, ou mesmo inviabilizam a aplicação do art. 36, 3º, XIX da Lei nº 12.529/11, que descreve o ilícito concorrencial de abuso de direito de propriedade intelectual, e do artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal, e artigo 2º, caput, da Lei nº 9.279/96, que determinam a submissão dos direitos de propriedade intelectual ao interesse social e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Ao direcionarem a aplicação da presunção de dano na violação de desenhos industriais, sem que haja a análise efetiva dos reais impactos gerados ao mercado, a norma privilegia o interesse privado do titular na proteção dos desenhos, em detrimento ao interesse social no acesso às criações e ao incentivo à inovação - fundamentos da própria propriedade intelectual e do livre-mercado. Dessa forma, não seria atendida a ideia de desenvolvimento econômico e tecnológico, objetivos da lei antitruste e da propriedade intelectual.

Nesse sentido, propõe-se a revisão da legislação atual em matéria de desenhos industriais, de forma que se imponham regras de análise dos impactos da proteção no mercado, em prol do desenvolvimento econômico e do interesse social na tutela da concorrência e da proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 951 p. (livro digital).

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial. Brasília, 14 de maio de 1996.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Representante: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças/Anfape. Representados: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Rel.: Cons. Paulo Burnier da Silveira. Instruído em: 04/04/2007. Julgado em: 19/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília, 30 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1631314/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016.

FILHO, Calixto Salomão. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. **Revista CEJ**. nº 35. Brasília. 2006.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9º ed., rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GODART, Frédéric. **Sociologia da moda**. Trad. Lea P. Zylberlicht. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Análise Econômica da Propriedade Intelectual*. 2014. In: TIMM, Lucia-no. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 357-381.

MARTINS, Marcilene. **Padrões de Eficiência no Comércio**: Definições e Implicações Normativas. *Nova Economia*. vol. 18. nº 2. Belo Horizonte. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/neco/v18n2/v18n2a05.pdf> . Acesso em: 23 set. 2019.

OCDE. **Dynamic Efficiencies in Merger Analysis**. Policy Roundtables. 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>.

POSSAS, Mário L. Concorrência Schumpeteriana. 2002. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). **Economia Industrial**: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus. 2002. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/100820170957_Possas_2002.pdf . Acesso em: 23 set. 2019.

RAUSTIALA, Kal ; SPRIGMAN, Christopher Jon. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. **Virginia Law Review**, Vol. 92, p. 1687, 2006; *UCLA School of Law Research Paper* No. 06-04.

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre o Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual. 2008. In: ZANOTTA, Pedro (org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular. 2008.

SANT'ANNA, Mara Rúbia. **Teoria de moda**: sociedade, imagem e consumo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2014.

UNCTAD. **Examining the Interface Between the Objectives of Competition Policy and Intellectual Property**. United Nations Conference on Trade and Development. Trade and Development Commission. Geneva. 2016





VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL NO MERCADO DE PRODUTOS INFANTIS

Axel de Souza Belarmino¹

RESUMO: Quem compra um presente para uma criança, costuma, atender a preferência, adquirindo brinquedos e roupas de animações e jogos que mais elas gostam. Os detentores dos direitos autorais, realizam diversos contratos de licenciamento de suas propriedades intelectuais. Na tentativa de embarcar nesse sucesso, algumas empresas, criam personagens próprios para seus brinquedos e roupas. Essa prática é, de um modo geral, lícita e dentro dos limites da concorrência. Todavia, alguns destes novos personagens criados, utilizam nomes parecidos, ou desenhos com as mesmas características, sendo assim, cometendo infrações contra Direito Autoral, Marcas e Trade Dress de terceiros. Além disso, as mesmas empresas solicitam registros destes novos personagens como marca no INPI. O presente trabalho, tem como questão a ser desenvolvida, quais são os limites concorrenciais de atuação das empresas não licenciadas no mercado infantil? Além disso, pretende através destes casos interligá-los com a doutrina de Propriedade Intelectual.

Palavras-chave: Criança. Propriedade Intelectual. Concorrência Desleal.

INTRODUÇÃO

A criança é, sem dúvida alguma, um consumidor indireto que movimenta muito dinheiro, sobretudo nos mercados de brinquedos e vestuário. A cada fase da infância as crianças têm preferências diferentes, contudo o que costuma acompanhar durante todo esse período até a adolescência são seus personagens e desenhos favoritos.

O que faz com que não seja nenhuma novidade que a maioria dos presentes (seja por parte dos pais ou de terceiros) atendam suas preferências por jogos, brinquedos ou roupas com os temas que elas mais gostam. Segundo notícia do Estadão de 11 de fevereiro de 2018, “Em seis anos, o volume de venda anual de produtos do segmento infantil no Brasil passou de R\$ 2,7 bilhões para R\$ 3,9 bilhões”. (ESTADÃO, 2018)

Diante disso, os detentores dos direitos autorais, realizam diversos contratos de licenciamento de suas propriedades intelectuais, sejam elas, Direito Autoral, Registros de Marcas ou Software. A Associação Brasileira de Licenciamento (ABRAL) estima que 80% dos produtos licenciados no Brasil tenham o público infantil como alvo. (EXAME, 2017)

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Mackenzie-Rio. Pesquisador na área de Propriedade Intelectual. Paralegal de Propriedade Intelectual.

Os produtos com PIs licenciadas costumam ser bem mais caros que os demais, e com um poder de venda muito maior, por sua atratividade. É por isso, que tentando embarcar nesse sucesso, algumas empresas, que não são licenciadas, buscam uma alternativa. Que é criar personagens próprios para seus brinquedos e roupas. Essa prática é, de um modo geral, lícita e dentro dos limites da concorrência.

Todavia, alguns destes novos personagens criados, são de certa forma, feitos para pegar carona na fama dos desenhos já conhecidos pelas crianças. Desta forma, há casos que as empresas utilizam nomes parecidos, ou utilizam desenhos com as mesmas características, sendo assim, cometendo infrações contra Direito Autoral, Marcas e Trade Dress de terceiros. Além disso, em determinadas situações as mesmas empresas solicitam registros destes novos personagens como marca no INPI.

Sendo assim, o presente trabalho, tem como questão a ser desenvolvida: analisar quais são os limites concorrenciais de atuação das empresas não licenciadas no mercado infantil?

METODOLOGIA

Com intuito de responder tal problemática evidenciada, o trabalho utiliza duas formas de pesquisas, a bibliográfica e uma pesquisa na base de dados de marcas do INPI. Ainda está em fase desenvolvimento.

A pesquisa bibliográfica tem objetivo de demonstrar os conceitos jurídicos de Propriedade Intelectual, Direito Autoral, Marcas, Concorrência Desleal e Trade Dress, trazendo maior chance do leitor ser instruído quanto aos resultados.

Já a pesquisa na base de dados do INPI, tem como maior finalidade demonstrar como o Instituto tem seguidos os processos de registro de marcas que envolvem novos personagens, notadamente, aqueles que são parecidos ou buscam características de desenhos famosos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Propriedade Intelectual

A importância de uma pesquisa no âmbito da Propriedade Intelectual vai além de seu fim específico. Por este motivo, o trabalho traz conceitos básicos da matéria para que no momento da conclusão o leitor seja capaz de entender a posição do autor, principalmente ter sua própria convicção.

Pois então, Denis Borges Barbosa (2003, p.1), grande doutrinador da área define:



A Convenção da OMPI define como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

A Propriedade Intelectual é fracionada em dois grandes ramos. As obras literárias, artísticas e culturais em geral, estão dentro dos direitos autorais, juridicamente disciplinados e incorporados no Direito Civil. A concessão de patentes de privilégio de invenção e de modelo de utilidade, além da concessão de registro de desenho industrial e as marcas estão dentro da propriedade industrial abrangida no direito empresarial. Assim disciplina Alexandra Godoy. (2015, p. 55-56)

Em definição trazida por De Placido e Silva (2014, p. 1122) que entende como “toda espécie de propriedade, que se origina ou provenha de qualquer concepção ou produto da inteligência, para exprimir o conjunto de direitos que competem ao intelectual (escritor, artista ou inventor) como autor da obra imaginada, elaborada ou inventada.”

Lopes (2007, p. 76) diz que a Constituição garante ao titular do bem imaterial, prerrogativa de proibir que terceiros se utilizem de sua propriedade, de diversas formas, sem uma autorização precedente. Abertamente Ascarelli adverte que a exclusividade, como direito, sobre os bens imateriais é basicamente, o papel de terceiros de deixar de praticar atos voltados à produção de coisas que configurem reprodução de criações intelectuais de outrem, mesmo que os objetos utilizados na reprodução sejam dos próprios terceiros.

Eliane Y. Abrão (2014, p. 29) repagina a Propriedade Intelectual, chamando-a de Propriedade Imaterial, e seguindo conceito da OMPI, leciona a dicotomia, conforme vejamos abaixo:

A propriedade imaterial, ou direitos exercidos sobre bens imateriais, é gênero de que são espécies os direitos autorais, os direitos vizinhos aos autorais, os direitos de propriedade industrial, e os direitos de personalidade. O que a legislação internacional, e estrangeira chama de propriedade intelectual são os direitos de autor de ordem patrimonial, os direitos relativos aos programas de computador e base de dados e a propriedade industrial, por influência da legislação internacional, hoje sob administração da Organização Mundial do Comercio (OMC) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Da mesma forma o comercialista Fabio Ulhoa Coelho (2010, p. 146), trata a Propriedade Intelectual como gênero das espécies, direito autoral e propriedade industrial. Fazendo referência à sua imaterialidade e à origem comum, de que as duas espécies são, de fato, o exercício de aptidões de criatividades pelos titulares dos respectivos direitos.



Em suma, os resultados da inteligência humana são protegidos pelo direito, nomeadamente Propriedade Intelectual, que contém a propriedade autoral e a propriedade industrial (MORAES, 2008, p. 524).

Direito autoral (direito de autor)

Ramo do Direito Privado o Direito Autoral é aquele que regula as relações jurídicas provenientes da criação e aproveitamento econômico das obras na literatura, nas artes e nas ciências. Assim interpreta Carlos Alberto Bittar. (2015)

Bittar (2015) explica ainda que tais relações nascem através da criação da obra, surgindo no momento da ação de criar, os direitos de ser o proprietário, de ser sempre lembrado e nunca desvirtuarem a sua integridade, e assim como a sua comunicação ao público, representando ou reproduzindo o feito.

O Direito Autoral, é um direito fundamental, não é à toa que está inserido no notável artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

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;

Não só a Constituição se preocupou com o Direito Autoral, como também o legislador infraconstitucional materializou a proteção na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que nos traz claramente o conteúdo tutelado, conforme o seu artigo 1º “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.”

Para Liliana Minardi Paesani (2012, p. 9), a ligação entre a obra e o autor é indissolúvel, por isso deve existir o Direito de Autor, sendo este um conjunto de normas jurídicas que tutelam este elo existente.

As leis que têm como propósito garantir ao autor um reconhecimento moral e prestação financeira no caso de utilização da obra que ele concebeu, assim entende por Direito de Autor, Otavio Afonso. (2009, p.10)

Que o Direito de Autor protege as produções literárias, artísticas e científicas, já foi mencionado neste trabalho, entretanto Wilson Pinheiro Jabur e Manoel J. Pereira dos Santos (2013, p. 216) acrescentam que todas estas, são criações do espírito, entendendo assim como o objeto proteção deste ramo do Direito.

Cabe este estudo, trazer a diferença entre Direito Autoral e Direito de Autor. Para tal fim, torna-se necessário mencionar a distinção feita por Eliane Y. Abrão (2014, p. 30) dizendo que a expressão Direito Autoral é o resultado da reunião dos Direitos de Autor (Direitos dos criadores)



com os Direitos Conexos (Direitos dos que interpretam ou divulgam a obra pronta). Ela ainda pondera que na Lei 9.610 de 1998 os termos são usados indistintamente.

Dentro do Direito Autoral existe uma divisão de tutela, que são a ordem moral e a patrimonial. Os Direitos morais não se dissociam da pessoa do autor, enquanto os patrimoniais somente serão do autor se ele não transferiu a título de cessão ou licença. Abrão (2014, p. 31) indica cada um desses tipos de proteção:

São direitos morais de autor: o direito ao inédito, o direito de ter seu nome sempre vinculado à obra, o direito de se opor a quaisquer modificações que nela se pretendam introduzir, e outras disposições expressamente previstas na lei especial. São direitos patrimoniais de autor aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra do modo que convier a seu titular, observados os preceitos de ordem pública. Dentro os direitos patrimoniais de autor, o mais importante é o direito de reprodução deve-se entender cópias idênticas de qualquer obra fixada em suporte tal que se lhe permita a extração de exemplares. Qualificam-se, igualmente, como direitos patrimoniais, os direitos de tradução, os direitos de adaptação, o direito de inclusão (autorização do titular para que uma determinada composição musical seja sincronizada a uma novela ou a um filme, por exemplo). Em todos a regra é uma só: nenhuma obra do espírito pode ser utilizada publicamente por terceiro sem o prévio e expresso consentimento do titular do direito: o próprio autor, seu herdeiro, o seu sucessor (cessionário, ou licenciado).

Em síntese, o Direito Autoral, ou Direito de Autor / Direitos Conexos, trata da parte de criações do espírito (obras literárias, artísticas e científicas) da Propriedade Intelectual, diferentemente da Propriedade Industrial, que vamos examinar logo a frente.

Propriedade industrial

Como espécie da Propriedade Intelectual, trata a Propriedade Industrial das criações intelectuais focadas nas atividades de indústria, comercialização e prestação de serviços. (PAESANI, 2012, p. 35)

Da mesma maneira que o Direito Autoral, a Propriedade Industrial está incluída no artigo 5º da Constituição cidadã.

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;

Buscando fonte tradicional de conhecimento, este trabalho, embasa-se em Pontes de Miranda (2012, Tomo XVI, p. 415), uma vez que, ele entende a Propriedade industrial como um



conjunto que engloba patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, e repressão à concorrencial desleal.

Neste mesmo sentido a Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, elenca o objeto de proteção da Propriedade Industrial:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

Imprescindível mencionar que esta Lei, que pode ser chamada de LPI, revogou o antigo Código de Propriedade Industrial, Lei nº. 5.772, de 21 de dezembro de 1971. A nova legislação foi resultado da grande movimentação parlamentar devido a pressão de países desenvolvidos que desejavam proteger seus ativos também no Brasil.

Di Blasi (2005, p. 28) entende que a Propriedade Industrial é a porção da propriedade intelectual que versa sobre a proteção jurídica dos patrimônios incorpóreos, que nos segmentos das industriais são aplicáveis tecnicamente de forma prática. Ocupa-se de temas referentes às invenções e aos certificados de adição; aos modelos de utilidade; aos desenhos industriais; aos segredos de negócios (*trade secret*); aos nomes de domínios (*domain name*); às marcas de produto ou de serviço, de certificação, coletivas e tridimensionais; à repressão à concorrência desleal.

Explorar com exclusividade é uma das premissas da Propriedade Industrial, e isso se dá com a concessão da carta-patente para invenções e modelos de utilidade, ou também acontece com o registro do desenho industrial e da marca. O INPI é a autarquia federal competente para emitir tais documentos. (COELHO, 2010, p. 138)

José Afonso da Silva (2015, p. 280) articula que a Propriedade Industrial é um Direito de privilégio e exclusividade. Privilégio para os inventores, que recebem uma patente, tendo assim propriedade do invento. Exclusividade por ser o único permitido explorar tal invenção, a não ser, que permita um terceiro fazer. O privilégio também é do criador da marca, que recebe um registro como titular desta, assim tendo exclusividade de uso, da mesma maneira podendo ceder tal Direito.

Neste mesmo sentido Amador de Almeida (2010, p. 52) percebe a Propriedade Industrial como a proteção legal que se expande aos elementos imateriais, ou seja, por igual importância constituindo-se no objeto do chamado Direito Industrial. Já De Placido e Silva (2014, p. 1122) verifica que a exploração da criação e o proveito econômico de quem os imaginou ou inventou são a soma dos direitos, assim significando a Propriedade Industrial.

Agora que já pode-se entender o conceito, Eliane Y. Abrão (2014, p. 36) disserta sobre a diferença entre o Direito de Autor e a Propriedade Industrial:

Diferentemente do direito autoral, que é isento de formalidades, o instituto da propriedade industrial repousa na idoneidade ou veracidade do título aquisitivo das patentes e modelos de utilidade, dos registros de marcas e desenhos industriais, de emissão da autarquia federal denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, e nas ações tendentes a reprimir as falsas indicações geográficas e a concorrência desleal. Volta-se a matéria, precipuamente, ao aproveitamento industrial/comercial dos inventos, marcas e desenhos industriais, e à não indução do consumidor a confusão ou erro, por meio da proibição de comercialização de produtos que pirateiem o original ou imitem a marca, gerando a concorrência desleal. (2014, p. 36)

Finalmente, após conceituar, diferenciar e elencar os Direitos de Propriedade industrial torna-se relevante para este trabalho, o aprofundamento de única espécie, que será a Marca, pois sem dar devida importância ao Direito Marcário não poderemos adentrar nas problemáticas deste estudo. No ponto subsequente será apresentado este ativo de Propriedade Industrial.

Marcas

A marca é um signo, que visa distinguir produtos e serviços de diversos similares ou afins de origem diferente. A titularidade deste signo é atribuída por ente nacional incumbido por outorgar o direito ao uso exclusivo da marca. Assim conceitua Elisângela Santos Silva. (2013, p. 89-90)

A Lei de Propriedade Industrial tem capítulo exclusivo para o Direito das Marcas, cabe este conceituar o que entende como marca: “Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

Newton Silveira (2008, p. 14), doutrinador na área de propriedade intelectual, do mesmo modo, vê a marca como um sinal, por outro lado, verifica que ela não é o produto em si, mas é a ligação entre o consumidor e o produto ou serviço, identificando-os.

Para Pedro Marcos Nunes Barbosa (2011, p. 10) o Direito Marcário é o fato de dar exclusividade ao titular de uma expressão ou símbolo visual que serve para significar algo em determinado contexto. Entende ainda que a marca diferencia mercadoria ou serviço e assinala a sua origem em face de outras. Na mesma compreensão Di Blasi (2010, p. 292) considera a marca como “um sinal que permite distinguir produtos industriais, artigos comerciais e serviços profissionais de outros do mesmo gênero, de mesma atividade, semelhantes ou afins, de origem diversa.”

Neste sentido a proteção à marca tem duas vias, uma que é o interesse do titular de ser reconhecido como proprietário de determinado sinal, e outra do consumidor que não pode ser enganado quanto à origem do serviço que está usufruindo e do produto que compra. (JABUR, 2007, p. 85)

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) estabelece padrões mínimos de proteção a serem observados pelos



Membros, com relação a direito autoral, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, circuitos integrados e informação confidencial. Este mesmo documento conceitua marca como:

Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir como condição para registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Um direito de propriedade incorpóreo, é como percebe Ricardo Negrão (2014) que integra os ativos do estabelecimento, com funções de distinguir e identificar produtos, e inova dizendo que a marca também serve para atestar conformidade de um produto ou serviço com determinadas especificações técnicas ou normas, e ainda identifica mercadorias advindas de membros de determinada entidade.

No dicionário jurídico De Plácido e Silva (2014, p. 898) explica que a “marca é todo sinal característico ou sinal distintivo das coisas.” Neste sentido coisas também se refere a serviços, e o autor continua “pode, assim, ser configurado por qualquer forma, por desenhos, figuras, emblemas, palavras, letras, que venham assinalar coisas de modo a individualizá-las, diferenciando-as e as distinguindo de quaisquer outras, mesmo de igual espécie.”

Perez (2014) atinge o conceito de marca com a percepção do consumidor, que se não existissem as marcas, os produtos seriam coisas, simplesmente sem poder de atração, pois tudo isso está ligado ao sentimento, fantasia, motivações e culturas do próprio comprador e não de quem vende. Então o produtor tem que se aproveitar desse conceito para tornar mais atrativo sua mercadoria, incluindo assim uma marca.

Concorrência desleal: aproveitamento parasitário

A repressão à concorrência desleal é um dos objetivos da LPI, e isso envolve não só marcas registradas, mas também abrange tudo aquilo que é feito ilícitamente por um concorrente que lhe da vantagem aos demais.

Sobre a concorrência desleal Gama Cerqueira (1982, p. 115) conceitua como: “atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos”.



O aproveitamento parasitário é corolário da concorrência desleal, o agente se utiliza de esforço alheio para se firmar no mercado. E quanto a isso, Ricardo Borges Oliveira de Souza (2010, p. 20), diz que é quando “um terceiro, utilizando-se da boa fama de outra, consegue vantagem econômica para atuar num mercado ou segmento de mercado em que a detentora da boa fama não compete” Souza completa definição mostrando que é também “quando, sem afetar o espaço simbólico, aproveita-se da criação alheia sem contribuição pessoal”.

Souza (2010, p. 20) acompanha tal instituto dessa forma, explicitando que:

O ato de um comerciante que, ainda que sem intenção de causar dano, tira ou procura tirar proveito da criação de obra artística, literária ou intelectual de terceiro, ou do renome alheio adquirido legitimamente, sem que, todavia, haja identidade ou afinidade entre os produtos e os serviços das empresas, pressupondo uma relação ainda que “extraconcorrencial”. Aqui o parasita se utiliza de um elemento atrativo de clientela de terceiro (que não é seu concorrente), sem necessariamente prejudicar e desviar consumidores deste, se enriquecendo ilicitamente graças ao esforço, trabalho, investimento e a criação alheia.

No Brasil, o aproveitamento parasitário configura abuso de Direito, previsto no artigo 187 do Código Civil, que assim dispõe: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Gusmão, Cunha, e Takeishi, 2012, p. 36)

Além disso, a repressão à concorrência desleal encontra morada no artigo 195 da Lei nº 9.279 de 1996. Configurando sua prática crime com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Discutido pela doutrina, o “Trade Dress” tem grande importância na concorrência desleal. Ele é um conceito criado em solo norte-americano que já está presente na doutrina de Propriedade Intelectual Brasileira. Por ser uma expressão, sua tradução literal não interpretaria o que de fato é.

Alguns autores chamam de “conjunto imagem”, pois o “Trade Dress” seria o conjunto de elementos distintivos de produtos, serviços ou estabelecimentos comerciais, que fazem com que o público os identifique no mercado consumidor.

Além de “conjunto imagem” o “Trade Dress” também pode ser entendido como “roupagem externa” de um produto ou serviço, assim como “apresentação visual” dos mesmos. Configura-se ilícito quando terceiro imita sutilmente uma série de características do produto ou até mesmo o jeito ou “know how” da prestação de um serviço.

No Brasil, o sistema jurídico, apesar de não ser explícito, protege o “Trade Dress” das empresas que inovaram e se diferenciam de seus concorrentes. Isso é devido a Convenção da União de Paris, do qual o país é signatário. A Convenção afirma, que “deve proibir-se particularmente: 1º todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente”.



A Lei de Propriedade Industrial, nº 9.279/96, pode ser usada diante do ilícito, o artigo nº. 195, estabelece que “comete crime de concorrência desleal quem: III – emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”. Já o artigo 209 da mesma lei, prevê pagamento de indenização da pessoa que cometeu o crime:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

É importante, evidenciar que as tentativas de proteção de novos personagens através de marca, são muitas vezes notadas pelo examinador de marcas no INPI. Diante disso, existe um grande número de pedidos indeferidos com base no inciso XVII do artigo 124 da LPI.

A LPI, no artigo 124, inciso XVII é resultado do esforço do legislador para dar efetividade à norma constitucional, uma vez, que o referido texto legal proíbe o registro de marcas que reproduza “obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação”. (TOMAZETTE, 2017, p. 164)

Sobre essa preocupação do ordenamento jurídico brasileiro, José Antonio B. L. Faria Correa (2007, p.246-247), pensa da seguinte forma:

A vedação ao registro, a título de marca, de sinal que em sua essência, constitui obra tutelada pelo instituto do direito de autor deriva de mandamento constitucional inequívoco. O art.5, XXVII da Constituição da República confere o mais amplo esteio às criações no campo da cultura, assegurando ao autor direito pleno à sua fruição. Fosse possível a alguém, na hipótese de não-anuência do autor, o registro, na propriedade industrial, de obra que lhe não pertença, e se esvaziarem as garantias constitucionais e legais de que desfrutam os autores.

Muito embora exista a barreira do registro da marca, a lei permite uma exceção, que a parte final do inciso XVII, do artigo 124 da lei 9.279 de 1996 diz “salvo com consentimento do autor ou titular”. Essa ressalva se faz devido ao que Correa (2007, p. 247) explicita que “as marcas são, em essência, captadores de clientela, tendo, por excelência, repercussão econômica, portanto na falta de autorização do detentor dos direitos, propicia ganhos desprovidos de causa.

A proibição do registro de marca ao sinal que corresponde a obra literária, artística ou científica, é como diz Schimidt (2016, p.392) natural e somente pode obter tal direito o titular da criação intelectual.



CONCLUSÃO

A pesquisa na base de dados do INPI em relação, somente aos casos que a marca é evidentemente uma tentativa de parecer com um direito autoral de terceiros, trouxe diversos resultados. Para fins de exemplificação, o trabalho trouxe alguns casos que o INPI indeferiu com base no art. 124, inciso XVII da LPI. Além de outros casos que o INPI não lançou mão do dispositivo citado e registro o sinal.

FIGURA 1: PEDIDO DE REGISTRO Nº 913036480, INDEFERIDO.



Fonte: INPI

FIGURA 2: PEDIDO DE REGISTRO Nº 915181576, INDEFERIDO.



Fonte: INPI

FIGURA 3: REGISTRO Nº 915181800, CONCEDIDO.



Fonte: INPI

FIGURA 4: REGISTRO Nº 912476311, CONCEDIDO.



Fonte: INPI

É claro que o titular do direito autoral deve zelar por suas obras, para que não seja prejudicado moralmente e patrimonialmente, contudo, é de competência do INPI analisar cada pedido



de marca sob o olhar das restrições contidas na LPI. Assim, como seu Manual de Marcas, elaborado para ser norteador do exame de marcas.

Isto posto, o desempenho do INPI é demonstrado com um número elevado de indeferimento das marcas encontradas na pesquisa, conforme figuras 1 e 2, não seriam possível o registro das marcas OHANA e PET HEROES, sem causar prejuízo para os titulares das obras MOANA e PATRULHA CANINA.

Todavia, não se pode dizer o mesmo em todos os casos, em alguns o equívoco cometido em conceder o registro é flagrante. Como demonstrado nas figuras 3 e 4, os registros SUPER BAT e MARX STEAM foram concedidos. Em uma situação destas marcas no mercado, o público infantil certamente seria confundido, pensando se tratar dos desenhos originais, BATMAN e MAX STEEL.

Complementando o assunto, pensando em mercado, isso pode ser ainda mais evidenciado quando falamos na junção de Trade Dress, Direito Autoral e Marcas, no mercado isso, pode ser ainda mais evidenciado, conforme acontece na figura 5. Como, também, os casos que envolvem mochilas, já que além de despertar o interesse da criança, por conta dos personagens em questão, também chamam a atenção dos adultos, quase sempre por seus preços atrativos ou pelo simples fato de não saber identificar se o personagem é original ou não. E, assim, acaba adquirindo o produto, concretizando, a concorrência desleal, com as empresas licenciadas.

FIGURA 5: MOCHILAS VENDIDAS NA LOJA O AMIGÃO.



Fonte: facebook.com/oaamigao

Sendo assim, há de se mencionar que a conclusão do presente trabalho (que ainda está em desenvolvimento) tem como pretensão demonstrar estes casos, e interligá-los com a doutrina de Propriedade Intelectual. Evidenciando abusos de Direito Autoral e Marca. Além da atuação destas empresas não licenciadas agindo em concorrência desleal em relação as companhias que adquiriram licenças de tais direitos.

Espera-se que no momento da conclusão da pesquisa, seja possível revelar as práticas danosas das empresas citadas e como mitigá-las. Além de servir de alerta para um exame cuidadoso de marcas com fim de evitar concessões equivocadas. Ainda que a quantidade de marcas dessas empresas seja em sua maioria indeferida.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014.
- ALMEIDA JUNIOR, José Roberto de. **Concorrência desleal: atos de imitação não confusivos**. PIDCC, Araçaju, ano 4, v. 11, n. 2, jun. 2017.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- BARBOSA, P. M. N. . As Marcas de Alto Renome perante o Princípio da Função Social da Propriedade. **Revista da ABPI**, v. 110, p. 3-22, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 maio 1996. Seção 1.
- _____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- CORRÊA, A. B. G. **Patentes farmacêuticas e o acesso a medicamentos: a desmistificação das patentes**. Rio de Janeiro: Agora21, 2016.
- CORREA, José Antonio B. L. Faria. Sinais não registráveis. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ESTADÃO. **Mercado infantil exige diferencial e foco**. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/sua-oportunidade/mercado-infantil-exige-diferencial-e-foco/>. Acesso em: 20 jul. 2019
- EXAME. **De acordo com estudo, 80% dos produtos licenciados tem o público infantil como alvo**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/de-acordo-com-estudo-80-dos-produtos-licenciados-tem-o-publico-infantil-como-alvo-shtml/>. Acesso em: 20 jul. 2019
- GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca; CUNHA, João Vieira da; TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. A proteção dos formatos televisivos na jurisprudência. **Revista da ABPI**, n. 119, p. 36-47, jul./ago. 2012.



MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional** – 2 ed. Ver. Atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2008

PAESANI, Liliansa Minardi. **Manual de propriedade intelectual**: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis. São Paulo: Atlas, 2012.

Pontes de Miranda. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO** - Tomo XVI. Revista dos Tribunais. 2012

SANTOS, dos, M.J. P. **Série GVlaw: propriedade intelectual**: Direito autoral, 1ª Edição. 2013

SCHIMIDT, Lélío Denicoli. **Marcas: aquisição, exercício e extinção de direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUZA, Ricardo Borges Oliveira de. **Aspectos atuais e relevantes do parasitismo na propriedade industrial**. Revista da ABPI, n. 109, p. 16-26, nov./dez. 2010.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.





AS CRIAÇÕES DE MODA INSPIRADAS EM SUPER-HERÓIS

Fernanda Galera Soler¹

RESUMO: Na atualidade não é incomum encontrar em nossa vida cotidiana elementos referentes ou ao menos que nos remetem a super-heróis, personagens de histórias fictícias. Considerando que em sua maioria estes são de titularidade de determinadas empresas, grande parte do que é visto no mercado são produtos licenciados ou obras destas entidades. Ocorre que devido a fama destes personagens na atualidade e a sua ampla divulgação na mídia, a indústria da moda também passou a se utilizar destes super-heróis dentro de suas criações, através de inspirações que se configuram por meio da inserção de seus elementos e características únicas, ou pela utilização das marcas de tais empresas que são referentes a tais personagens. Com o intuito de melhor entender a possibilidade jurídica de tais inspirações é que se propõe o presente artigo, por meio de uma análise dos direitos autorais e marcários que permeiam tais personagens.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Propriedade Industrial; Direitos Autorais; Moda; Super-Heróis.

1 INTRODUÇÃO

A cada dia está mais presente em todos os ambientes a utilização de personagens em objetos da vida cotidiana, em especial de super-heróis, personagens de histórias fictícias que possuem poderes superiores aos dos humanos, em sua maioria extraídos das histórias em quadrinhos ou mangás. Referida presença sofreu um aumento gritante inclusive na indústria da moda, devido às produções audiovisuais dos últimos anos que repaginaram inúmeros personagens através dos lançamentos dos filmes de super-heróis, em especial os de titularidade das empresas Marvel e DC Comics.

Na indústria da moda houve um aumento significativo dos licenciamentos de marcas e personagens para as mais várias grifes, confecções e estabelecimentos comerciais, visto que a maior parte das indústrias gostaria de ver o seu nome vinculado ao lançamento de filmes como “Vingadores” e “Pantera Negra”², os quais são sucessos absolutos de bilheteria e venda de produtos deles derivados.

Apesar de uma parcela significativa do mercado atuar como licenciada, existem aqueles que também se beneficiam do incentivo fornecido pela indústria audiovisual com a criações

¹ *Fernanda Galera Soler*. Mestre em Direito Comercial, com foco em Propriedade Intelectual, pela Universidade São Paulo. Especialista em Propriedade Intelectual pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (2015). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2012). Advogada recomendada para o segmento de “Startups & Inovação - Escritórios de Advocacia”, Leaders League. Atualmente é advogada, professora e pesquisadora, com atuação na área de Propriedade Intelectual e Inovação.

² Ambos os filmes saíram dentro do selo da empresa Marvel.

de mercadorias/produtos derivados, sem qualquer autorização prévia dos titulares dos direitos acerca dos super-heróis.

A parte os casos de contrafação em que há claramente a utilização da propriedade intelectual de outrem de forma ilícita, por meio da própria falsificação de produtos ou mesmo inclusão da marca alheia ou de um direito autoral, existem as hipóteses de criações de produtos inspirados nos super-heróis, em seus universos e marcas, mas que não se utilizam especificamente das criações originalmente protegidas, mas se inspiram nelas.

A título de exemplo poderíamos citar os vestidos, itens de moda femininos, que se inspiram nos uniformes de personagens para criar novas peças de roupa que lembram os super-heróis, conforme destacado abaixo³:



Fonte: ⁴⁶⁵

Nessas hipóteses cabe uma análise detalhada do jurista acerca da possibilidade ou não de criação e exploração desses produtos inspirando, e por consequência, derivados dos super-heróis. Para tanto, propõe-se uma breve revisão bibliográfica, a qual passará pela doutrina da área e pela legislação aplicável em especial a Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei 9.279 de 1996) e a Lei de Direitos Autorais (LDA – Lei nº 9.610 de 1998), com o intuito de verificar o devido enquadramento dos potenciais casos em concreto, não se restringindo ao exemplo acima recortado.

Feitas tais análises, será possível depreender se tais criações de moda inspiradas em super-heróis, aqui entendidos como personagens de titularidade de terceiros, ainda que sem o uso especificamente de suas marcas e/ou figurinos exatos, mas com alusão aos seus elementos e características únicas podem ou não ser explorados economicamente.

³ Importante ressaltar que aqui não estamos falando de fantasias e outros modelos que claramente copiam e modificam as roupas dos super-heróis, mas sim de criações novas que se assemelham e se inspiram nesses personagens com o intuito de criar um novo item que pode ser utilizado no dia-a-dia com alusão à uma preferência do consumidor.

⁴ TOAD. Vestido Inspirado no Capitão América é Bonito e Prático. Disponível em <http://toad.com.br/2013/04/24/vestido-inspirado-no-capitao-america-e-bonito-e-pratico/>. Acesso em 30/09/2019.

⁵ Sugere-se ainda a análise de outros trabalhos inspirados nos personagens da Marvel, como os do fashion designer Michael Antony (SUPERFLUOS. **Os trajés da Marvel como vestidos de Gala!**). Disponível em <https://blog.superfluous.com.br/os-trajes-da-marvel-como-vestidos-de-gala/>. Acesso em 30/09/2019.)

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Em razão dos super-heróis, como personagens de determinada obra intelectual, serem criações idealizadas e expressas por determinadas pessoas com forma de expressão do seu intelecto e, ainda, que estão compreendidos dentro a relação de bens (criações) intangíveis, a sua forma de proteção encontra-se dentro dos Direitos de Propriedade Intelectual.

Ocorre que, referida área é ampla e abarca tanto os direitos autorais, os quais protegem os titulares de direitos das criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro⁶, como também os direitos de propriedade industrial, os quais tutelam as criações com aplicabilidade industrial e dependem de registro para sua concessão⁷, em especial as marcas, os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais⁸, faz-se necessário estudar quais elementos estão presentes nas criações de moda e que são utilizados para garantir os direitos dos titulares dos super-heróis.

2.1 Direitos autorais

Primeiramente, faz-se necessário o estudo da legislação autoralista que dentro o seu foco de proteção já menciona que ela protegerá as criações do espírito, relacionando no rol exemplificativo do artigo 7^o tanto as obras literárias, quanto os desenhos, as ilustrações e uma série de outros tipos de obras que podem conter personagens fictícios que possuem super poderes.

Sendo certo que apesar da LDA não versar especificamente sobre personagens, como estes se configuram como criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou não, a doutrina é pacífica neste sentido¹⁰.

Dessa feita, ao titular dos direitos sobre a obra em que se encontre o personagem também é o titular deste e poderá realizar a sua ampla exploração e utilização, nos termos dos arti-

⁶ Nos termos do artigo 7^o, caput, da LDA.

⁷ Em inteligência a previsão do artigo 2^o, da LPI, bem como, em linha com as distinções trazidas por Newton Silveira ao longo de sua obra "Direito de Autor no Design". (SILVEIRA, Newton. *Direito de Autor no Design*. Editora Saraiva. 2^a edição. São Paulo, 2012. P. 101 - seguintes)

⁸ Conforme previsto no artigo 122, da LPI.

⁹ "Art. 7^o 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;

(...)

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

(...)

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;"

¹⁰ "Geralmente, somente a forma verbal exata é totalmente protegida: um autor é livre para utilizar o mesmo gênero, técnica, estilo e até – em determinada extensão, mas não ilimitadamente – o enredo e personagens de outro autor" (POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Harvard University Press. Cambridge. USA, 1988. P. 340.)



gos 28 e 29, da LDA¹¹. Dentre os direitos conferidos ao titular dos direitos sobre o personagem, sem adentrar nos meandros acerca do tipo de titularidade, se originária ou derivada¹², está o direito de modificar a obra, transformá-la, adaptá-la, entre outras possibilidades alteração que podem ou não dar origem (criar) obras derivadas¹³.

Sendo tais direitos concedidos pela LDA, a qual ainda traz previsões específicas acerca de determinadas sanções civis para as infrações dos direitos autorais, o titular dos direitos dos super-heróis pode se opor a qualquer utilização de quaisquer criações inspiradas e derivadas de seus direitos, inclusive criações de moda, desde que não autorizadas¹⁴ e não compreendidas nos artigos 46, 47 e 48 da LDA, que versam sobre as formas utilizações que não constituem ofensas aos direitos autorais.

Temos assim que as criações de moda, ainda que inspirada em super-heróis, como estes são protegidos pela legislação autoralista podem constituir um utilização indevida dos direitos do titular do personagem, o que é passível de execução para a busca da cessação da conduta, além da reparação civil, em razão do ilícito da prática.

Ocorre que, poderia ser levantada, ainda, a questão de que as criações de moda inspiradas em super-heróis não estarem reproduzindo os personagens, mas tão somente as suas roupas e figurinos. Para tanto, há de se notar se as referidas peças de vestuário configurarem o

¹¹ “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.
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;
II - a edição;
III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
IV - a tradução para qualquer idioma;
VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

¹² “Outros sujeitos exercem os direitos autorais por titularidade derivada (cessão legal ou contratual), licenças exclusivas ou simples exercício por determinação legal (devendo prestar contas aos titulares originais ou derivados).
A cessão está prevista no art. 49 e segs., no capítulo relativo à transferência dos direitos de autor, onde se verifica que o termo transferência não se refere somente à cessão (transferência de propriedade), mas também à transferência do exercício desses direitos (como licenciamento ou concessão), caso em que quem seja legitimado ao exercício desses direitos deverá prestar contas ao seu titular. Assim ocorre com o editor (art. 53 e segs.), que é um licenciado exclusivo, com o poder de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem (§ 1º do art. 63).” (SILVEIRA, Newton. Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. P. 384.)

Neste caso, para não nos alongarmos no assunto em paralelo não será analisado o direito do titular originário da criação da obra ou do personagem, do titular derivado, como aquele que é o cessionário dos direitos sobre a obra e que a pode utilizar amplamente, com o intuito de não entrar nos meandros acerca das formas de transferência dos direitos de propriedade intelectual.

¹³ “Art. 5º Para os efeitos desta Lei considera-se:
(...)

g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;”

¹⁴ Neste ponto deve ser realizada uma ressalva, visto que o autor (e aqui apenas ele como titular originário) pode se opor a qualquer forma de utilização de sua obra ou das obras derivadas desta, ainda que após a sua autorização prévia e realizada nos estritos termos da LDA, caso referida utilização constitua uma infração aos seus direitos morais, em inteligência aos artigos 24, 26 e 27 da LDA.



que a LDA considera como protegido por lei, nos termos do seu artigo 7º as criações de moda podem ser sim protegidas pela legislação autoral.

Não obstante a legislação não informar se existem outros requisitos necessários para o enquadramento como obra protegida, além da necessidade de ser uma criação do espírito, expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, não será qualquer peça que poderá ser objeto de proteção, sendo necessário um mínimo de originalidade para tanto e uma real expressão do intelecto do autor para a sua configuração como tal¹⁵.

Referido posicionamento é uníssono na doutrina, aqui expressa por Newton Silveira que realça que “a originalidade, que deve ser tomada com característica respeitante a forma de exteriorização da ideia, e não em relação à ideia em si, que, como visto, não é considerada objeto de direitos de autor.”¹⁶

Temos assim que tanto os personagens, quanto as suas vestimentas, são passíveis de proteção pela legislação autoral e qualquer uso não autorizado, ainda que para a criação de uma peça de moda, pode constituir uma ofensa aos direitos autorais, cabendo ao intérprete realizar a devida análise do caso em concreto para apurar se houve a devida infração e se pretende executá-la ou não.

Superados esses pontos, passamos a análise das questões referentes aos direitos de propriedade industrial do titular dos direitos sobre os super-heróis.

2.2 Propriedade industrial

Inicialmente é importante destacar que o foco da análise dos direitos de propriedade industrial serão os direitos marcários, visto que as concessões de patentes não se aplicam ao caso ora em estudo, e o desenho industrial, ainda que seja discutível a sua proteção no caso de criação de determinadas formas ornamentais, tais como joias e bolsas¹⁷, tampouco, se apresentam no caso em tela ora posto.

Cumprido ressaltar que foi realizada uma busca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) acerca da existência de desenhos industriais relativos as empresas DC Comics e Marvel¹⁸, sem que fosse possível localizar qualquer processo em nome de relativas instituições.

¹⁵ “O aproveitamento industrial ou comercial das ideias que estão contidas nas obras não é protegido pelo direito autoral, de modo que várias pessoas podem ter uma mesma ideia, por exemplo, ao pintar um quadro.

É que o direito autoral protege as expressões das criações e não as ideias em si, sendo possível uma obra ser considerada original, mesmo que já exista outra tratando do mesmo tema. O que diferencia uma da outra é a forma da apresentação.” (SILVEIRA, Newton. **Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. P. 312.)

¹⁶ SILVEIRA, Newton. **Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. P. 311.

¹⁷ SILVEIRA, Newton. **Direito de Autor no Design**. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.

¹⁸ Na atualidade DC Comics e Marvel são as mais famosas empresas titulares de direitos de super-heróis, sendo tal denominação criada em razão da titularidade dos super-heróis considerados mais famosos, e que publicam as maiores e mais famosas obras, produtos e conteúdos com os respectivos personagens nos mais variados formatos e dentro do seu selo, ainda que ambas sejam empresas pertencentes à grupos econômicos maiores.

(DC COMICS. Disponível em <https://www.dccomics.com/> . Acesso em 30/09/2019.



Passando a análise acerca da proteção das marcas referentes aos super-heróis, em que pese à previsão do artigo 124, inciso XVII da LPI¹⁹ que veda o registro como marca de obras protegidas por direitos autorais, salvo se com o consentimento desse titular de direitos, entendimento o qual é melhor explanado por Denis Borges Barbosa, ao destacar que referida redação se estende aos personagens, uma vez que “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.”²⁰

Atualmente no INPI a empresa DC Comics, titular dos direitos de uma gama de super-heróis, também é titular de mais de 300 (trezentas) marcas registradas dentro do seu portfólio, segundo consta na pesquisa ao INPI. Dentre essas marcas que são de sua titularidade, além daquelas referentes ao nome da empresa e ao seu selo de edição, existem também as marcas referentes aos seus personagens, sendo elas marcas mistas, nominativas e até mesmo figurativas, que destacam pequenas características de seus personagens, bem como, a própria imagem de alguns deles, conforme recortes abaixo:

Nº de Processo: **800049020**

Marca:

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto



Classe Nice	
Código	Especificação
12,18,19	FILMES CINEMATOGRAFICOS, APARELHOS FOTOGRAFICOS E CINEMATOG...

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
2.1.1	Cabeças, bustos

Representantes	
Nome	
Titular(1):	DC COMICS
Procurador:	DANNEHANN SIEMSEN BIGLER & IPANEMA MOREIRA

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
06/03/1980	21/12/1982	21/12/2022

Prazos		
	Prazo Ordinário	Prazo Extraordinário
Início	22/12/2021	22/12/2022
Fim	21/12/2022	21/06/2023

MARVEL. Marvel Corporate Information. Company Info. Disponível em: <https://www.marvel.com/corporate/about>. Acesso em: 30 set. 2019.)

¹⁹ "Art. 124. Não são registráveis como marca:

XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;”

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2003. P. 720.

Nº do Processo: **006254489**

Marca: 

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
2.1.1	Cabeças, bustos

Classificação de Produtos/Serviços				
Classe Nacional	Especificação Classe Nacional	Sub-Classe Nacional	Especificação Sub-Classe Nacional	Especificação Livre
11	Revistas, jornais e publicações periódicas.	10	Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.	PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS; REVISTAS.

Representantes	
Nome	
Titular(1):	DC COMICS
Procurador:	DANNEMANN SIEMSEN BIGLER & IPANEMA MOREIRA

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
06/12/1973	10/03/1976	10/03/2026

Nº do Processo: **814780490**

Marca: 

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto

Classe Nice	
Código	Especificação
NCL(9) 28	BRINQUEDOS E ARTIGOS DESPORTIVOS INCLUSIVE JOGOS E BRINQUEDO...

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
3.7.21	Outros pássaros

Representantes	
Nome	
Titular(1):	DC COMICS
Procurador:	DANNEMANN SIEMSEN BIGLER & IPANEMA MOREIRA

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
11/05/1989	27/11/1990	27/11/2020

Prazos		
Início	Prazo Ordinário	Prazo Extraordinário
	28/11/2019	28/11/2020

Nº do Processo: **820568031**

Marca: 

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
25.5.1	Fundos divididos em dois no sentido vertical
27.5.1	Letras apresentando um grafismo especial

Classificação de Produtos/Serviços				
Classe Nacional	Especificação Classe Nacional	Sub-Classe Nacional	Especificação Sub-Classe Nacional	Especificação Livre
11	Revistas, jornais e publicações periódicas.	10	Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.	REVISTAS.

Representantes	
Nome	
Titular(1):	DC COMICS
Procurador:	Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
13/02/1998	10/01/2006	10/01/2026



A Marvel igualmente o que ocorre com a DC Comics, consta com mais de 300 (trezentos) processos em seu nome, dentre os quais ela pleiteia o registro da marca e é titular de tantas outras em que figuram os seus personagens, conforme recortes abaixo:

Nº do Processo: **006153305**

Marca: 

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
2.1.1	Cabeças, bustos

Classificação de Produtos/Serviços				
Classe Nacional	Especificação Classe Nacional	Sub-Classe Nacional	Especificação Sub-Classe Nacional	Especificação Livre
11	Revistas, jornais e publicações periódicas.	10	Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.	Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.

Representantes	
	Nome
Titular(1):	MARVEL CHARACTERS, INC.
Procurador:	David do Nascimento Advogados Associados

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
24/04/1968	10/11/1975	10/11/2025

Nº do Processo: **817351310**

Marca: 

Situação: Registro de marca em vigor

Apresentação: Figurativa

Natureza: De Produto

Classificação Internacional de Viena- CFE(4)	
Código	Descrição
2.1.1	Cabeças, bustos

Classificação de Produtos/Serviços				
Classe Nacional	Especificação Classe Nacional	Sub-Classe Nacional	Especificação Sub-Classe Nacional	Especificação Livre
25	Roupas e acessórios do vestuário em geral e artigos de viagem.	10	Roupas e acessórios do vestuário de uso comum.	Roupas e acessórios do vestuário de uso comum. Ro ...
		20	Roupas e acessórios do vestuário para prática de esportes.	

Representantes	
	Nome
Titular(1):	MARVEL CHARACTERS, INC.
Procurador:	DANIEL & CIA.

Datas		
Data de Depósito	Data de Concessão	Data de Vigência
19/07/1993	06/12/1994	06/12/2024

Em razão de tais empresas serem as titulares dos direitos sobre os personagens e, também, de marcas referentes a tais super-heróis, lhes é assegurado o direito de impedir qualquer terceiro de se utilizar de tais sinais distintos em suas criações, produtos, bens, publicidade, entre outros nos termos dos artigos 130, 131 e 132, da LPI²¹.

²¹ "Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

- I - ceder seu registro ou pedido de registro;
- II - licenciar seu uso;

Todavia, nas criações de moda ora em estudo, não necessariamente ocorrerá uma clara reprodução da marca, mas também poderá ocorrer a utilização de seus elementos para a aplicação em um novo objeto, uma peça de roupa. A redação da LPI acerca das marcas não nos parece proteger essa previsão, cabendo, então a busca de outro instituto previsto que ainda não foi analisado no presente estudo.

“Por conseguinte, repetimos o que dissemos anteriormente, o patrimônio industrial tem uma proteção específica que é a dos seus elementos; todo ato contra esse direito expresso é taxativamente declarado como concorrência ilícita.

Mas não é suficiente essa proteção; a realidade é mais rica do que a previsão do legislador; há práticas condenáveis além das que expressamente a lei enumerou e puniu com variadas sanções e a conveniência da defesa do patrimônio industrial impõe a assimilação do uso desonesto ao ato ilícito pela decisão da jurisprudência fundada no art. 10 bis da revisão de Haia.”²²

Dessa forma, há de se analisar a questão do combate a concorrência desleal, que apesar de previsto expressamente na LPI, existem divergências acerca do seu conceito e da sua forma de aplicação, posto que existem inúmeras práticas, na linha do quanto acima exposto por José Pinto Antunes, não estão elencadas no at. 195, da LPI²³, mas ainda assim poderiam constituir um ato de concorrência desleal. Neste sentido, temos Newton Silveira que ressaltar que:

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Art. 131. A proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

Art. 132. O titular da marca não poderá:

I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;

II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;

III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e

IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.”

²² ANTUNES, José Pinto. **Da Concorrência Desleal na Legislação Brasileira**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1940. P. 64.

²³ “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;



“O art. 10 bis da Convenção da União de Paris (cuja última revisão em vigor no Brasil foi promulgada pelo Decreto nº 1263, de 1994, e invocável em litígios entre nacionais por força do art. 4º da Lei de Propriedade Industrial) define, em seu item 2, que:

“Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.

Essa norma, no direito interno, está consubstanciada no art. 209 da Lei de Propriedade Industrial, nº 9279, de 1996, que tipifica os atos

“tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.”²⁴

A questão do combate à concorrência desleal é um instituto relevante que precisa ser analisado com a devida cautela, posto que ainda que para a sua configuração basta a potencialidade de criação de qualquer confusão entre serviços e/ou produtos postos no comércio, o que poderia ocorrer com os consumidores ao analisarem determinadas criações, bastante essa comprovação para a ocorrência de tal prática.

Nos casos das criações de moda há de se entender a real necessidade e o verdadeiro interesse dos titulares dos direitos dos super-heróis de buscar os institutos da propriedade industrial, e até mesmo intelectual, para a execução e constituição de tais atos.

Ora, da simples leitura da lei, caso uma peça de roupa faça a utilização de determinada marca registrada de um super-herói, o titular dos direitos referentes a esse personagem facilmente poderia utilizar a LPI a seu favor para fazer cessar essa conduta.

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, 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.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.”

SILVEIRA, Newton. **Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. P. 365.



Igualmente, caso a utilização das criações de moda crie, de qualquer modo, confusão entre os consumidores acerca de quem está produzindo e vendendo referidas criações, fazendo o público consumidor crer que estas são originárias e/ou pertencentes aos titulares dos direitos sobre os super-heróis, ou, ainda, que atua como um de seus licenciados, poderia ser alegada a ocorrência do instituto do combate a concorrência desleal.

Contudo, há de se questionar se as referidas criações de moda poderiam ser realmente interpretadas como infrações aos direitos de propriedade intelectual de seus titulares, visto que por vezes as criações de moda configuram-se em novas concepções inspiradas em determinados super-heróis, em alguns casos criadas por fãs e admiradores, que não a utilizam com a finalidade lucrativa, bem como, quando se utilizam de referidas criações identificam o titular original dos direitos do personagem e identificam inclusive este último, realizando as devidas referências necessárias;.

3 AS CRIAÇÕES DE MODA

Quando falamos de criações de moda estamos falando de um mercado em específico, que na atualidade chega a ser debatida inclusive a existência de uma área autônoma do direito para tanto o Fashion Law, sendo necessário apontar algumas reflexões pertinentes a tais criações e sua ligação com os super-heróis.

Nesta linha, temos que “a tendência de moda é largamente reproduzida – ainda que com certas diferenças – pelos diferentes fabricantes de peças de vestuário, mas cada indivíduo que a utiliza busca imprimir sua individualidade”²⁵, de tal sorte que a utilização de peças do vestuário com referências aos super-heróis as pessoas buscam demonstrar suas preferências e serem identificadas como fãs de tais personagens.

É certo que através das formas de proteção dos bens de propriedade intelectual e com as questões trazidas ao longo do presente artigo, as criações de moda que utilizam elementos de super-heróis podem se constituir em infrações tanto aos direitos autorais como aos direitos de propriedade industrial, porém, permanece a questão do real interesse do titular dos direitos dos super-heróis em executar esses direitos.

Outrossim, as criações de moda ora referidas são apenas inspiradas em super-heróis, prática relativamente comum neste mercado²⁶, sendo necessário apenas a análise de sua real inspiração, a qual derivará da a criação de algo novo, ou se estamos diante de cópia (reprodução) servil. Neste sentido, nos ensina Luiza Balthazar que ao analisar as questões relativas as criações de moda e suas inspirações nos lembra que:

²⁵ “Os exemplos da Alpargatas, Louis Vuitton e outros indicados nas referências trazem a reflexão sobre o que é reprodução e o que é inspiração e referência e quais os limites de utilização de obras adotadas por comunidades tradicionais em peças comerciais. A releitura de peças do passado é comum e encorajada na criação de moda.” BALTHAZAR, Luiza Silva. **Proteção à moda como patrimônio cultural e propriedade intelectual**. 2019. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. P. 19.

²⁶ BALTHAZAR, Luiza Silva. **Proteção à moda como patrimônio cultural e propriedade intelectual**. 2019. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. P. 13.



“a autora continua o raciocínio e afirma que “o parecer novidade da releitura é pressuposto pelo não ser, pois, de fato, em termos plásticos ele não é inovador em relação ao sistema de moda: caracteriza-se uma ilusão de novidade”

(...)

releitura é prática comum e não inferioriza a peça criada por este método. Embora não se trate de um texto jurídico ou que tenha como objetivo tratar de propriedade intelectual, a autora antecipou que, em sua visão, a releitura não é *plágio*, pois há uma novidade plástica do modelo do passado para o atual.”²⁷

Ademais, além das análises acima há de se verificar se a utilização da criação de moda inspirada em super-heróis efetivamente possui uma finalidade econômica, se há a sua ampla exploração comercial com detrimento à criação originária, no presente caso os personagens, e ao titular de direitos dos super-heróis, posto que ainda que em determinadas hipóteses a simples utilização de tais elementos constitua uma infração aos direitos de propriedade intelectual, para a aferição dos critérios de indenização e a real ocorrência de tais práticas é crucial.

Igualmente, ainda que não seja uma questão propriamente jurídica, a análise de tais pontos também é sugerida para não macular a imagem do titular dos direitos sobre os super-heróis e dos próprios personagens, visto que ainda que a busca pelo estrito cumprimento da legislação pátria seja possível, por vezes processar fãs ou impedir a utilização de roupas criadas apenas como forma de exaltar determinada paixão pode não agradar o público consumidor, cabendo, assim, uma análise também de posicionamento estratégico no mercado do titular de direitos para a melhor análise do caso concreto, qual seja a utilização por terceiros de criações de moda inspiradas em seus super-heróis.

4 CONCLUSÃO

Frente a tais esclarecimentos, em linha com o quanto explanado ao longo do texto é que determinadas criações de moda inspiradas em super-heróis, quando utilizadas ou exploradas economicamente por terceiros não autorizados pelos titulares originários dos direitos acerca destes personagens, pode configurar uma infração aos direitos de propriedade intelectual do referido titular, especialmente, os direitos autorais, os direitos marcários e ainda constituir uma prática de concorrência desleal.

Nada obstante, tais esclarecimentos e previsões não existem uma resposta certa acerca do dever do posicionamento que o titular dos direitos dos super-heróis deve tomar, cabendo ao intérprete aplicar o Direito ao caso concreto, seja para a estrita verificação da existência de uma infração, seja em razão de determinadas utilizações de tais personagens em criações de moda poderem configurar uma divulgação dos bens de sua titularidade e/ou tratarem-se de conteúdo criado por fãs, por vezes realizado sem qualquer finalidade lucrativa.

²⁷ BALTHAZAR, Luiza Silva. **Proteção à moda como patrimônio cultural e propriedade intelectual**. 2019. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. P. 13/14.

Dessa feita, os titulares dos direitos acerca dos personagens devem analisar a viabilidade e o real interesse em executar os seus direitos de propriedade intelectual, frente aos demais elementos que compõe o ambiente empresarial e que circundam tal criação, em linha com a própria reflexão realizada por Alysso Leandro Mascaro.

“A noção do valor estético, nas sociedades capitalistas, não advém da qualidade intrínseca do objeto de arte. Ela é permeada por uma infinita rede de relações sociais de poder. A indústria cultural, ao constituir os gostos, rege o parâmetro de apreciação do valioso da arte. Assim sendo, não são caracteres de novo ou tradicional, bem-acabado ou primitivo, conservador ou radicalmente contestador que dão o valor à arte. Tudo pode ser absorvido pela dinâmica da reprodução do mercado e dos processos táticos e técnicos do poder.”²⁸

REFERÊNCIAS

DOCTRINA CONSULTADA:

- ANTUNES, José Pinto. **Da Concorrência Desleal na Legislação Brasileira**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1940. P. 64)
- BALTHAZAR, Luiza Silva. **Proteção à moda como patrimônio cultural e propriedade intelectual**. 2019. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2003.
- CHAVES, Antonio. **Cinema, TV, Publicidade Cinematográfica**. São Paulo: Leud, 1987.
- MASCARO, Alysso Leandro. Sobre Direito e Arte. In RODRIGUES, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano (Organizadores). **Direito da Arte**. Editora Atlas. São Paulo, 2014.
- POSNER, Richard A. **Law and Literature**. Harvard University Press. Cambridge. USA, 1988.
- SILVEIRA, Newton. **Direito de Autor no Design**. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.
- SILVEIRA, Newton. **Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA:

- BRASIL. INPI. **Convenção da União de Paris**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>. Acesso em 30 set. 2019.

²⁸ MASCARO, Alysso Leandro. Sobre Direito e Arte. In RODRIGUES, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano (Organizadores). **Direito da Arte**. Editora Atlas. São Paulo, 2014. P. 21.



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 set. 2019.

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 set. 2019.

OUTRAS FONTES CONSULTADAS:

DC COMICS. Disponível em: <https://www.dccomics.com/>. Acesso em: 30 set. 2019.

MARVEL. **Marvel Corporate Information**. Company Info. Disponível em <https://www.marvel.com/corporate/about>. Acesso em: 30 set. 2019.

SUPERFLUOS. **Os trajes da Marvel como vestidos de Gala!**. Disponível em <https://blog.superfluos.com.br/os-trajes-da-marvel-como-vestidos-de-gala/>. Acesso em: 30 set. 2019.

TOAD. **Vestido Inspirado no Capitão América é Bonito e Prático**. Disponível em <http://toad.com.br/2013/04/24/vestido-inspirado-no-capitao-america-e-bonito-e-pratico/>. Acesso em: 30 set. 2019.



The background features a complex network of light green lines and dots, resembling a circuit board or a data network. In the upper right corner, there is a cluster of circular icons connected by lines, including symbols for a book, a thumbs-up, a laptop, and a musical note. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO AUTORAL, PROTEÇÃO DE DADOS E INTERNET

CAPÍTULO 9



A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O CONHECIMENTO EMPRESARIAL PROTEGIDO

Mariana Piovezani Moreti¹
Marcos Wachowicz²

RESUMO: Os novos modelos de negócios da contemporaneidade, propiciados por um desenvolvimento intenso das tecnologias, tornaram os dados pessoais um meio de transformação da economia. Em decorrência, o monitoramento constante das pessoas humanas para estabelecimento de estratégias comerciais emergiu a necessidade de limitações pelo Estado para garantir direitos fundamentais e liberdades civis, culminando na edição de leis de proteção de dados pessoais em diversos países, como no Brasil, com a promulgação da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD). O bem incorpóreo que se destaca nesse novo cenário, portanto, é a base de dados: o poder de reunir informações de forma estruturada, processar com rapidez e de forma eficiente tais dados através da tecnologia, gerando conhecimento e riqueza. Assim, o presente artigo se propõe estudar o regime de proteção dos dados pessoais no Brasil, procurando esclarecer alguns fundamentos, especialmente sobre a informação protegida, enquanto objeto de direito, afim de identificar se o conhecimento empresarial protegido por outras legislações pode ser violado. O presente estudo se deu por meio de metodologia dedutiva, com o objetivo de devolver raciocínio lógico-jurídico que possibilite apontar soluções que propiciem um ambiente de segurança jurídica à Empresa e à Sociedade. Os resultados apontaram que a LGPD se preocupou em garantir a confidencialidade no ambiente empresarial. Contudo, ainda persistem desafios em virtude da dificuldade em se desvincular um conhecimento agregado das informações que eventualmente precisarão ser repassadas ao titular de dados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Confidencialidade; Novos Modelos de Negócios.

INTRODUÇÃO

A forma com que as pessoas se comportam na internet, seja em sites comerciais, buscas em plataformas de pesquisa, redes sociais e aplicativos, tem sido orientação para a tomada

¹ Advogada. Sócia do escritório Balconi Moreti. Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo programa PROFNIT no ponto focal da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais – GEDAI/UFPR. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Graduada em Direito do Estado, com área de concentração em Direito Tributário (UEL). Pós-graduada em Direito Processual Civil (IDCC). Pós-graduada em Direito Aplicado (EMAP). E-mail: marianapmoreti@gmail.com .

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 .

de decisões nos negócios. É através desses comportamentos que um filme é sugerido, uma promoção é publicada e uma informação aparece na sua tela. Isso quer dizer, que os dados disponibilizados pelo indivíduo são tratados por intermédio de programas altamente desenvolvidos, criando padrões, especialmente de consumo, que guiam a tomada de decisão.

Por um lado, a utilização dos perfis direcionados pode ter um aspecto positivo para os consumidores de produtos ou serviços, na medida em que se tornam mais efetivos. Contudo, o lado obscuro da utilização dos dados pessoais pode emergir em uma campanha política, por exemplo, orientando posicionamentos e disseminando um determinado discurso.

Não só por esses fundamentos, mas considerando esse cenário, emergiu a necessidade de disciplina jurídica dos dados pessoais, garantindo a autodeterminação informativa (privacidade/controlado), o que se expressou na promulgação da LGPD, legislação que regula a proteção de dados pessoais em âmbito nacional, de caráter principiológico e com algumas orientações de governança.

Dentre os direitos garantidos pela LGPD, há previsão do livre acesso às informações relativas ao tratamento dos dados pessoais dos titulares, no intuito de assegurar que seus dados estão sendo tratados de forma segura, verídica e cumprindo a sua finalidade. Contudo, considerando os novos modelos de negócios, movidos a dados, como garantir que as empresas forneçam as informações previstas pela LGPD sem que isso interfira na confidencialidade do conhecimento empresarial, garantida por outras legislações?

Assim, o presente estudo é iniciado com a identificação dos dados enquanto meio de transformação da economia na sociedade contemporânea, afim de esclarecer as diferenças entre dados, informação e conhecimento, bem como apontar os motivos pelos quais a promulgação da LGPD foi extremamente necessária.

Na sequência, a proposta é entender alguns fundamentos e princípios da LGPD, em especial o seu escopo principal e a natureza dos dados/informações por ela protegidos.

No próximo capítulo, busca-se entender a informação enquanto objeto de direito, fazendo uma breve digressão sobre o tema, no intuito final de verificar quais informações são protegidas por segredo de negócio e Know-how empresarial, aspectos extremamente importantes na atualidade, uma vez que para o desenvolvimento das atividades, a forma de utilização dos dados dos usuários, tratados, passam a constituir o seu Know-how e/ou segredo.

Por fim, além da conclusão, o estudo procura analisar a forma com que a confidencialidade dos negócios foi tratada pela LGPD.

1 DADOS COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO DA ECONOMIA

Historicamente, as formas de organização social sofreram mutações e, em cada época, um elemento central foi responsável pelo motor da transformação e desenvolvimento da economia. Na primeira construção social o meio de transformação era a terra a “unidade primitiva, selvagem, do desejo e da produção”, segundo Gilles Deleuze e Félix Guattari (2010, p. 187):



“O solo pode ser o elemento produtivo e o resultado da apropriação, mas a Terra é a grande estase inengendrada, o elemento superior à produção que condiciona a apropriação e a utilização comuns do solo. Ela é superfície sobre a qual se inscreve todo o processo da produção, sobre a qual se distribuem os agentes e os produtos. Ela aparece aqui como quase-causa da produção e objeto do desejo (é nela que se cinge o liame do desejo com sua própria repressão).”

Seguido da terra, o fogo se tornou meio de transformação, sucedido pela máquina a vapor e a eletricidade, sobrevivendo o petróleo. Mas, tal como a terra por si só não promoveu mudanças, os demais meios não são suficientes como mola propulsora do desenvolvimento e aparecem como “quase-causa da produção”. Isso quer dizer que referidos meios são elementos nucleares no desenvolvimento da economia, matéria prima das quais resultam os processos de produção.

Na sociedade contemporânea, o elemento estruturante da transformação econômica é o “dado”, sedimentado em razão da evolução tecnológica, que criou mecanismos para coletar, processar, tratar, armazenar e transmitir dados de forma antes inimaginável: com velocidade, precisão e organização. Em estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2017, p. 10) apontou-se que:

“No ano de 2011, por exemplo, segundo levantamento realizado pela Statista, as receitas advindas de operações de tratamento e análise de grandes volumes de dados por provedores de serviços na Internet totalizaram o montante de US\$ 7.6 bilhões no mundo. Quatro anos mais tarde, em 2015, este valor alcançou a cifra de 22.6 bilhões de Dólares, um crescimento de cerca de 300%. Para 2017, a projeção é que o mercado de dados cresça pouco menos de 34 bilhões de Dólares em receita.”

Nesse cenário, a frase “dados é o novo petróleo”, creditada ao matemático Clive Humby, ganhou impacto e se tornou o mantra das empresas de tecnologia da informação. Meglena Kuneva, Comissária Europeia do Consumidor, em 2009, mencionou que “Os dados pessoais são o novo óleo da internet e a nova moeda do mundo digital”. No mesmo embalo, Virginia Rometty, *Chief Executive Officer* (CEO) da empresa IBM, em Discurso no Conselho de Relações Exteriores no ano de 2013, citou “Quero que você pense em dados como o próximo recurso natural”. (RIBEIRO NETO, 2018).

De fato, os dados demonstram o seu valor quando empresas de tecnologia passaram a ser compradas e vendidas levando em consideração o seu patrimônio de base de dados. Um exemplo notório é a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, que desencadeou em uma mudança na política de dados pelo WhatsApp que passaria a compartilhar mais dados com o Facebook para melhorar as experiências com anúncios e produtos. (PINHEIRO, 2017).

Assim, o crescimento exponencial de empresas que trabalham com dados, seu impacto social, assim como as recentes discussões e legislações em torno da temática, demonstram que o “dado” é elemento central na transformação da sociedade, numa fase que vem sendo



chamada de a “Era dos dados”. (FEIGELSON; SIQUEIRA, 2019). Mas o “dado” é o meio, é a “quase-causa da produção”, pois o “dado” de forma bruta não é algo que acresce conhecimento ou valor econômico:

“o dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação.” (BIONI, 2019, p. 36).

Isso quer dizer que os dados só revelarão seu significado e valor quando processados, organizados ou arrançados, agregando valor adicional ou valor propriamente dito, quando passam a ser, portanto, informação. Bruno Bioni (2019) ilustra uma situação prática da multinacional Zara, que registra os dados das vendas e compartilha-os com o centro de criação da marca no exterior para após verificar a reação do mercado à coleção e os produtos mais aceitos pelos consumidores, de forma que referidos produtos são (re)projetados com base no padrão de consumo. Nesse mecanismo de funcionamento:

“A simples ação de coletar e acumular os fatos (dados) das vendas e saídas de seus produtos é algo que em si não é dotado de nenhum significado. Somente quando organizados, especialmente para o fim de identificar quais produtos foram os mais vendidos, extrai-se, então, uma informação útil. Especificamente, quais produtos tiveram melhor aceitação pelo mercado consumidor para (re)projetá-los de acordo com tal tendência.” (BIONI, 2019, p. 36/37).

Assim, os dados recolhidos são transformados em informação, da qual se extrai algum conhecimento que pode ser revertido para a tomada de uma decisão, que no desenvolvimento econômico é fator de extrema importância para criação de diferencial competitivo e geração de riqueza. Esse processo se tornou automatizado com a evolução da informática e tecnologia da informação, possibilitando uma guinada na dinâmica de coleta e estruturação de dados, da extração da informação e agregação de conhecimento. Nesse sentido, Marcos Wachowicz ([2017?], p. 11), ao tratar do impacto das novas tecnologias nas empresas, ensina:

“Tomando por base que a informação é constituída de um conjunto de dados organizados, era previsível que as atividades informativas iriam incorporar ao conjunto de recursos consumidos na produção, no processamento e na distribuição dos bens e serviços informativos.

Na Sociedade Informacional, a comercialização de produtos, a publicidade, o transporte, as comunicações, assim como a produção de novos conhecimentos, implicam necessariamente o tratamento da informação por meio de hardwares e softwares, que possibilitem o armazenamento e transferência de dados e conhecimentos.”

A evolução de ordem quantitativa e qualitativa no processamento das informações atingiu seu momento de êxtase com o chamado *Big Data*, relativamente desconhecido, tanto quanto



termo quanto como conceito, mas que tem como característica principal o volume de banco de dados, a velocidade com que os dados são coletados e analisados, sendo usado, por exemplo, para determinar os amigos recomendados no Facebook, compras sugeridas na Amazon ou os brindes que serão ofertados pela rede de telefonia para manter a fidelidade do cliente (THE GUARDIAN, 2019).

O fato é que a tecnologia tem capacidade de correlacionar uma série de dados, estabelecendo relações para desvendar padrões e determinar possibilidades, e os dados pessoais, considerados como informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, é determinante para a construção da padronização de comportamentos.

Considerando todo esse panorama, o uso de *softwares* cada vez mais complexos, aliados com a possibilidade de organizar dados de forma escalável (*big data*), com a inteligência de marketing e publicidade, alavancou a atividade empresarial. E o combustível que alimenta referida dinâmica são os dados pessoais, os quais, após tratamento, podem direcionar hábitos de consumo, traçar perfis políticos, apontar tendências, dentre outros diagnósticos estratégicos tanto para o setor privado quanto público, nas mais diversas áreas de investigação. Ocorre que, esse mecanismo que permite o uso de dados pessoais e o consequente direcionamento das atividades empresariais, se tornou um fator crítico na sociedade. Alexandre Atheniense (2019, p. 12) aponta alguns exemplos do uso indevido desses dados:

“Dados sobre reservas de passagens e hotéis revelam para onde vamos; pagar o supermercado com cartão permite saber como nos alimentamos; uma ficha de atendimento médico mostra nosso estado de saúde. Há vários exemplos de uso indevido desses tipos de dados. Na esfera pública, a coleta de informações de perfis pessoais em redes sociais permitiu a interferência no plebiscito que decidiu pela saída do Reino Unido da Comunidade Europeia e na campanha pela eleição do presidente Donald Trump, nos Estados Unidos.”

O monitoramento constante do comportamento das pessoas, que conduzem às estratégias comerciais, consolidou, um novo modelo de negócio em que os dados pessoais são monetizados e se tornam matéria prima para geração de riqueza. O fluxo informacional, portanto, é elemento fundamental para a economia globalizada, mas gerou a necessidade de limitações pelo Estado para garantir direitos fundamentais e liberdades civis.

Portanto, a proteção nacional se deu por meio da edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), inspirada na norma da União Européia - General Data Protection Regulation (GDPR), que resgata e repactua o compromisso das instituições com os indivíduos, no tocante à proteção e à garantia dos direitos fundamentais, como o da privacidade (PINHEIRO, 2018).

A regulação, caracterizada por uma redação principiológica, mas também com itens de controle para governança dos dados pessoais, impactará os setores econômicos, sociais e políticos, na medida em que procura equilibrar as relações em um cenário de economia digital e globalizada, em que os dados são meio de produção e a tecnologia está em constante desenvolvimento.



2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

Em 14 de agosto de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.709, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), concebida especialmente para proteger direitos fundamentais dos indivíduos, como o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (Lei nº 13.709, artigo 2º).

Aliado ao objetivo de garantir direitos fundamentais, a legislação prevê princípios que orientam a aplicação da norma e que deverão nortear as atividades de tratamento de dados pessoais, como:

- a) o princípio da finalidade (o tratamento de dados deve ter um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular);
- b) princípio da adequação (garantir que os limites especificados ao titular sejam cumpridos); princípio da necessidade (o tratamento de dados pessoais deve ser limitado ao estritamente necessário para desenvolvimento de suas finalidades);
- c) princípio do livre acesso (prerrogativa concedida aos titulares para realizar consultas facilitada e gratuita sobre a duração e forma de tratamento dos seus dados;
- d) princípio da qualidade dos dados (garantir exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados em conformidade com a finalidade do tratamento);
- e) princípio da transparência (as informações deverão ser disponibilizadas aos titulares, a todo momento, de forma clara, precisa e facilitada);
- f) princípio da segurança (medidas para proteger os dados pessoais);
- g) princípio da prevenção (adoção de medidas preventivas contra a ocorrência de eventuais danos decorrente do tratamento);
- h) princípio da não discriminação (proíbe o tratamento de dados de forma discriminatória, ilícita ou abusiva);
- i) princípio da responsabilização (os agentes de tratamento devem demonstrar a adoção de medidas para a proteção dos dados, bem como sua eficácia) (FEIGELSON; SIQUEIRA, 2019).

O espírito da LGPD é, portanto, de proteger o titular dos dados pessoais garantindo seus direitos fundamentais, trazendo como premissa a boa-fé, de forma que a empresa segundo Patrícia Peck Pinheiro (2018, p. 16):

“... passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controle técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo



de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis.”

O ponto principal é que a LGPD se preocupou em legislar sobre o tratamento de dados pessoais, exigindo o cumprimento das regras para todos os tipos de empresas, grandes, médias ou pequenas, visto que qualquer uma delas é um grande depósito de dados pessoais, sensíveis e de grande valor. E dessa forma, ao centralizar suas disposições na pessoa física, a LGPD não atinge diretamente dados de pessoas jurídicas, documentos sigilosos ou confidenciais, segredos de negócio, *softwares*, patentes, entre outros documentos ou informações que não sejam relacionadas com a pessoa física, identificada ou identificável. Para Rony Vainzof (in MALDONADO; OPICE BLUM, 2019, p. 19/20):

“Toda essa miríade de outros tipos de informações ou documentos encontram tutela em distintos diplomas legais, como a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) e a Lei de Software (Lei 9.609/1998), apenas para citar alguns exemplos. Não obstante, sempre quando tais documentos e informações não tocados diretamente pela Lei em estudo contiverem dados pessoais, estes, e tão somente estes, estarão protegidos por ela, motivo pelo qual a análise da aplicabilidade da LGPD, sob esse enfoque, deverá se aprofundar no mapeamento e inventário de dados pessoais estruturados e não estruturados.”

Contudo, dentre os direitos garantidos pela LGPD, há previsão de que o titular pode ter, mediante requisição, livre acesso às informações relativas ao tratamento dos seus dados pessoais, no intuito de assegurar que seus dados estão sendo tratados de forma segura, verídica e cumprindo a sua finalidade. O direito a obtenção das informações se estende ao tratamento automatizado de dados pessoais, quando o titular pode solicitar a revisão de uma decisão, e a empresa deverá fornecer informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados.

É perfeitamente compreensível que a LGPD tenha previsto a garantia de acesso à informação do titular dos dados, revisão e explicação das decisões automatizadas. No entanto, é preciso observar que, os dados tratados passam a ser informação e geram conhecimento dentro do ambiente empresarial, é possível informar da maneira prevista na legislação, sem que estejam garantidos o segredo comercial, industrial e o know-how empresarial?

3 SEGREDO DE NEGÓCIO, KNOW-HOW EMPRESARIAL E A LGPD

O primeiro capítulo apontou novas condicionantes das relações sociais na contemporaneidade, demonstrando que “dados” recolhidos são transformados em informação, da qual se extrai algum conhecimento que pode ser revertido para a tomada de uma decisão com grande



impacto econômico. Assim, emergiu-se a necessidade de proteção dos dados pessoais que são utilizados para implicar em decisões ainda mais segmentadas e direcionadas.

Mas, aqui é preciso uma digressão sobre a informação como objeto de direitos - *direito de exclusivo* e direito de personalidade, quando se refere a dados pessoais – considerando que o conceito de informação, em uma acepção ampla, “exprime duas realidades distintas: os dados ou conteúdos que podem ser objeto do conhecimento humano e o próprio ato ou processo pelo qual a informação é comunicada a outrem” (VICENTE, 2011, p. 327/328).

Sobre o primeiro aspecto, *direito de exclusivo*, Dário Moura Vicente (2011, p. 340) aduz que “a atribuição de direitos de exclusivo sobre bens intelectuais, incluindo a informação, tem ... caráter excecional”, e segue explicando que o valor econômico conferido à informação não fundamenta a apropriação individual. Só a informação que se traduza em criação intelectual estaria protegida pelo arcabouço legislativo, de forma que a propriedade intelectual não protege a informação em si mesma, mas somente a sua expressão (direito autoral) ou aplicações práticas (direito industrial).

Portanto, a informação enquanto objeto de direito de exclusividade, existe apenas quando a informação se traduz em criação intelectual suscetível de proteção pelo arcabouço legislativo da propriedade intelectual.

“Não existe, por isso, no direito vigente qualquer princípio geral de apropriação da informação pelo seu criador ou detentor. Ao invés: a utilização da informação deve considerar-se submetida a um princípio de liberdade. Só deste modo a sociedade da informação realizará o seu desígnio de contribuir para o progresso do conhecimento.” (VICENTE, 2011, p. 341).

Com relação ao segundo aspecto, a informação enquanto objeto de direito de personalidade, quando se refere a dados pessoais, é a orientação internalizada pela LGPD, que aloca a proteção dos dados pessoais numa nova espécie de direito da personalidade, como se fosse um prolongamento da pessoa humana e uma extensão do direito de privacidade. Referida orientação é evidente no seu artigo 1º, em que é traçado o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assim, informação enquanto objeto de direito de exclusividade não se confunde com a informação enquanto objeto de direito de personalidade no tocante aos dados pessoais. Ocorre que, entre o direito de exclusividade e o direito da personalidade, existem outros aspectos relacionados à informação, como a tutela de posições jurídicas no intuito de reprimir a concorrência desleal, em que estão situados o segredo de negócio e o Know-How empresarial.

O primeiro, segredo de negócio, é uma expressão comum que designa o segredo empresarial, industrial, comercial e constitui, segundo o tratado TRIPs que o denomina “informação confidencial”, uma categoria específica de direito da propriedade intelectual. (FEKETE, 2018). No entanto, apesar dessa classificação, não há proteção como um direito de exclusividade, mas nas relações entre concorrentes no intuito de propiciar práticas comerciais leais.



De toda forma, sua tutela jurídica encontra fundamento, além do artigo 39 do TRIPs, no artigo 5º, X, XII e XXIX, da Constituição Federal brasileira de 1988, e nas normas que regulam a lealdade concorrencial, estabelecidas no artigo 195, XI e XII da Lei 9.279/1996. Trata-se de informações internas do negócio, tratadas como confidenciais, que, via de regra, lhe dão vantagem competitiva no mercado. É um conjunto de conhecimentos confidenciais aplicáveis à indústria, ao comércio ou à prestação de serviços, mas que não foi objeto de reivindicação por direito de exclusividade.

O segundo é o Know-how (saber fazer), o conhecimento que a empresa detém para chegar a determinados resultados, podendo ser ou não um segredo empresarial e que também está sob o manto do direito concorrencial. De acordo com Marcos Wachowicz ([2017?]) “a invenção é a criação de um novo produto, um novo bem, enquanto o know-how é o conhecimento de como será produzido este determinado produto com maior qualidade e quantidade.”; para Denis Borges Barbosa (1979, p. 6) know-how é “o corpo de conhecimentos técnicos, relativamente originais e secretos, ou pelo menos escassos, que permitem, a quem os detenha, uma posição privilegiada no mercado”. Segundo o mesmo autor, a distinção com o segredo comercial (segredo de negócio) é que o segredo se refere ao “conjunto das informações escassas, de caráter financeiro, econômico, comercial ou tecnológico, que permitem à empresa que as detém uma posição privilegiada” (1979, p. 7).

Tanto o segredo quanto o know-how são mantidos internamente nas empresas, através de contratos e/ou cláusulas de confidencialidade, políticas internas e políticas específicas com fornecedores e colaboradores. A violação do segredo ou know-how tem proteção, como já mencionado, na concorrência desleal, de forma que, as informações sob essa perspectiva, também podem ser objeto de direito, mas não se confunde com as demais analisadas neste trabalho.

Considerando o panorama sobre a informação, verifica-se que os direitos garantidos pela LGPD, em especial o de livre acesso às informações relativas ao tratamento dos dados pessoais dos titulares, se refere à informação enquanto objeto de direito de personalidade, o que em um primeiro momento, não violaria direito de propriedade intelectual, tampouco seria uma prática de concorrência desleal. Todavia, os novos modelos de negócios que dependem de dados dos seus usuários para desenvolvimento de suas atividades e que a partir daí constituem o seu Know-how e/ou segredo, estariam efetivamente protegidos?

3.1 LGPD e a proteção do segredo de negócio

A LGPD mostrou uma intenção de proteger as informações confidenciais das empresas ao prever limitações em alguns direitos conferidos aos titulares de dados. Apesar de ora tratar do segredo comercial e industrial, ora da expressão segredo empresarial, entende-se que a preocupação é a proteção da informação confidencial empresarial.

A primeira previsão é no artigo 9º, inciso II, que confere acesso facilitado às informações sobre tratamento de dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca da “forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Portanto, no momento da revelação da informação, aspectos confidenciais não precisam ser



disponibilizados e eventual omissão de informação com base nesse fundamento deve ser analisada internamente, acompanhando justificativa da empresa.

No artigo 10^a, § 3^o, a legislação confere à autoridade nacional a possibilidade de solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, sendo observados os segredos comercial e industrial. Trata-se aqui de documento que contempla a descrição dos processos de tratamento de dados que podem gerar risco aos titulares, mas que encontra limite no segredo empresarial.

O próximo, é o artigo 18, inciso V, em que a lei confere ao titular dos dados pessoais o direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a “portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial”. Nitidamente, a regra tem o condão de possibilitar que o titular, de posse de seus dados e de seu histórico, possa obter contratação em concorrente, exercendo sua livre opção.

Outra disposição que prevê limitação expressa no segredo comercial e industrial é o artigo 19, inciso II, o qual refere-se ao direito de confirmação e acesso a dados pessoais que se dará, na sua forma de declaração completa, com a indicação da origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

Da mesma forma, o artigo 20 confere ao titular dos dados o direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. Ainda:

§ 1^o O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2^o Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1^o deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Este é um artigo delicado, que envolve análise automatizada de dados e diversas especificidades inerentes aos novos modelos de negócio, que apresentam características de um conhecimento técnico de tratamento que muitas das vezes é o diferencial do negócio e, portanto, tratado como informação confidencial. O fornecimento de informações deverá ser estruturado internamente de forma que não impacte negativamente na atividade.

Ademais, a LGPD também trouxe, em seu artigo 55-J, dentre as competências da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), as seguintes:



“(…) II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;

(…) X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;

(…) § 5º No exercício das competências de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente deverá zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações, nos termos da lei.”

A leitura dos artigos supracitados corrobora a preocupação da LGPD em proteger segredos empresariais e que as informações a serem fornecidas em decorrência das suas disposições se restringem aos dados pessoais. No entanto, até que ponto o fornecimento de informações sobre tratamento de dados, a descrição dos processos de tratamento, a portabilidade de dados, a exposição dos critérios utilizados e a finalidade do tratamento, não se confundem com as informações tidas como confidenciais nos ambientes empresariais? A inexistência de critérios objetivos desenha um liame extremamente sensível entre esses direitos e ainda não encontra solução.

Os novos modelos de negócios que dependem de dados dos seus usuários para desenvolvimento de suas atividades, têm como base fundamental um conhecimento agregado de como o serviço será prestado com qualidade e escalabilidade que está atrelado à forma de tratamento desses dados, constituindo seu Know-how; é o que lhe dá vantagem competitiva no mercado e permite a continuidade da atividade. Não haveria um conflito de direitos quando a LGPD confere acesso a essas informações sob o manto da proteção dos dados pessoais?

O desafio, assim como demais outros que certamente surgirão com a aplicação da LGPD, é de encontrar um equilíbrio do fluxo informacional apropriado tanto para o livre desenvolvimento da personalidade quanto para garantir a existência dos novos negócios e a inovação tecnológica. Possivelmente isso virá com a educação da sociedade, no sentido de fomentar uma cultura da privacidade e aumento da preocupação com segurança e governança da informação no ambiente corporativo.

CONCLUSÃO

O trabalho identificou que o “dado” é elemento central na transformação da sociedade, mas que seu significado e valor se revelam apenas quando processados, organizados ou arrançados, agregando valor adicional ou valor propriamente dito, quando passam a ser informação, a qual orienta a tomada de decisões e, portanto, se torna conhecimento dentro de determinado negócio.

A forma com que a informação passou a ser tratada, direcionando as atividades, fez emergir a LGPD, aplicável a todas as empresas, visto serem um grande depósito de dados pessoais, sensíveis e de grande valor. Mas, a LGPD, centraliza suas disposições na pessoa física



e não atinge diretamente dados de pessoas jurídica, documentos sigilosos ou confidenciais, segredos de negócio, softwares, patentes, entre outros documentos ou informações que não sejam relacionadas com a pessoa física, identificada ou identificável, de forma que a informação protegida não se confunde com a informação confidencial da atividade.

Portanto, na LGPD há a tutela da informação enquanto objeto de direito da personalidade, enquanto que em outras legislações, como a propriedade intelectual, a informação é objeto de direito de exclusividade quando exteriorizada em criação intelectual suscetível de proteção. E com relação a confidencialidade, que é uma informação protegida no ambiente comercial sob o manto da repressão à concorrência desleal, expressos em segredos de negócio ou know-how, a LGPD se preocupou em limitar o acesso a informação se eventualmente esbarrar em qualquer desses institutos.

No entanto, até que ponto o fornecimento de informações sobre tratamento de dados, a descrição dos processos de tratamento, a portabilidade de dados, a exposição dos critérios utilizados e a finalidade do tratamento, não se confundem com as informações tidas como confidenciais nos ambientes empresariais? A inexistência de critérios objetivos desenha um liame extremamente sensível entre esses direitos e ainda não encontra solução.

No entanto, novos desafios surgem a partir dessa conclusão, porquanto os novos modelos de negócios que dependem de dados dos seus usuários para desenvolvimento de suas atividades, têm como base fundamental um conhecimento agregado de como o serviço será prestado com qualidade e escalabilidade que está atrelado à forma de tratamento desses dados, constituindo seu Know-how; dando-lhe vantagem competitiva no mercado e permitindo a continuidade da atividade.

A depender de como será aplicada a LGPD com relação ao fornecimento de informações sobre tratamento de dados, a descrição dos processos de tratamento, a portabilidade de dados, a exposição dos critérios utilizados e a finalidade do tratamento, poderá, inevitavelmente, existir uma confusão com as informações tidas como confidenciais nos ambientes empresariais, visto a dificuldade em separá-las.

Portanto, os desafios são muitos, e será preciso encontrar um equilíbrio do fluxo informacional que permita a proteção da pessoa humana, mas também o livre desenvolvimento das atividades empresariais, considerando dentro delas o seu know-how.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre. **LGPD para empresas**. 2019. Disponível em: <http://www.alexandreatheniense.com.br/ebook/igpd-para-empresas/>. Acesso em: 13 de set. 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Conceito jurídico de “know-how”**. 1979. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Denis_Borges_barbosa/publication/237111485_Conceito_juridico_de_know_how/links/0deec5290a5af7f610000000.pdf Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 Set. 2019.

_____. **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: 22 Set. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de Agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 22 Set. 2019.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia.** Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Ed. 34, 2010.

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018.** Bruno Feigelson e Antonio Henrique Albani. Coord. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. **Segredo de empresa.** 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/248/edicao-1/segredo-de-empresa>. Acesso em: 20 set. 2019.

FLORES, Cesar. **Segredo industrial e o Know-how: aspectos jurídicos internacionais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Um novo mundo de dados: relatório final.** São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/unmd_relatorio_fgv.pdf . Acesso em: 15 set. 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.); OPICE BRUM, Renato (Coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada.** Viviane Nóbrega Maldonado, Renato Opice Blum, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD).** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **A Disputa sobre a Propriedade Intelectual das Bases de Dados Digitais.** In: Temas contemporâneos de Propriedade Intelectual. Ricardo Bacelar Paiva, organizador. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017.

RIBEIRO NETO, Jose Antonio. **#bigdata 4 — Dados são o novo Petróleo.** 2018. Disponível em: <https://medium.com/@joseantonio11/big-data-dados-s%C3%A3o-o-novo-petr%C3%B3leo-287dca85770e> . Acesso em: 14 set. 2019.

THE GUARDIAN. **Big data: what is it and how can it help?** Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/datablog/2012/oct/26/big-data-what-is-it-examples> . Acesso em: 15 set. 2019.

VICENTE, Dário Moura. **A informação como objeto de direitos.** In: Propriedade Intelectual e Internet. Marcos Wachowicz, organizador. Curitiba: Juruá, 2011.



WACHOWICZ, Marcos. **Os ativos intangíveis da empresa**: A tutela jurídica das novas tecnologias e know-how. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/artigos/os-ativos-intangiveis-da-empresa-as-tutela-juridica-das-novas-tecnologias-e-know-how/> . Acesso em: 15 set. 2019. Artigo originalmente publicado no livro “O moderno Direito Empresarial do Século XXI. (Estudos em Homenagem ao Centenário do Professor Rubens Requião). Coordenadores: Ministro Edson Fachin; Desembargador Carlos Henrique Abrão; Professor Rubens Edmundo Requião Editora GZ – Rio de Janeiro, [2017].





DOWNLOAD DE DADOS PESSOAIS PÚBLICOS

Osny Buzzo Junior¹

RESUMO: O presente artigo aborda inicialmente a diferenciação de dados pessoais públicos e dados e dados abertos, a fim de esclarecer a dispensa legal do consentimento para tratamento de dados pessoais nos casos em que esses dados foram tornados públicos por atos voluntários do titular, trazer exemplos do grande valor e impacto que o mercado de dados pessoais tem no mundo atual e em contrapartida a facilidade de ter acesso a esses dados através de ferramentas. Em seguida entender como esses dados são relevantes e os possíveis usos, sejam vantajosos para contribuir socialmente e danosos que buscam favorecer apenas alguns agentes em desfavor à outras, e como é utilizada essas informações para impactar a sociedade. Então debater a relação tecnologia e direito, para levantar reflexões sobre a melhor forma do direito abordar esses casos e outros que virão em um breve futuro, sabendo que leis antigas podem gerar injustiças, visando uma busca de princípios fundamentais para fundar o tratamento dos dados em benefício para a sociedade

Palavras-chave: Dados Pessoais. Dados Pessoais Públicos. Consentimento. *Download* de Dados.

1 DADOS PESSOAIS PÚBLICOS E DADOS ABERTOS

O que são Dados Abertos?

Dados abertos são dados Públicos, sem nenhuma restrição de licença, patente ou controle, livremente disponíveis para serem utilizados e redistribuídos como for desejado. É muito comum governos possuírem bancos de Dados Abertos, pois geralmente todo dado governamental é público, como o “PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS”², através desse sistema eles disponibilizam os dados sobre transporte público, indicadores de educação, segurança pública, etc. Os dados abertos são regidos por “3 leis e 8 princípios” propostas por David Eaves, especialista em políticas públicas pela Harvard Kennedy School.

As 3 leis são:

1. Se o dado não pode ser encontrado e indexado na Web, ele não existe;
2. Se não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser reaproveitado; e
3. Se algum dispositivo legal não permitir sua replicação, ele não é útil.

¹ Acadêmico de graduação do curso de Direito no Centro Universitário Curitiba. Pesquisador junto ao GEDAI/UFPR. Pesquisador junto ao Grupo Direito e Tecnologia UNICURITIBA. E-mail: osnybuzzo@hotmail.com

² PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS <http://dados.gov.br/>

E os 8 princípios são:

1. **Completos.** Todos os dados públicos são disponibilizados. Dados são informações eletronicamente gravadas, incluindo, mas não se limitando a, documentos, bancos de dados, transcrições e gravações audiovisuais. Dados públicos são dados que não estão sujeitos a limitações válidas de privacidade, segurança ou controle de acesso, reguladas por estatutos.
2. **Primários.** Os dados são publicados na forma coletada na fonte, com a mais fina granularidade possível, e não de forma agregada ou transformada.
3. **Atuais.** Os dados são disponibilizados o quão rapidamente seja necessário para preservar o seu valor.
4. **Acessíveis.** Os dados são disponibilizados para o público mais amplo possível e para os propósitos mais variados possíveis.
5. **Processáveis por máquina.** Os dados são razoavelmente estruturados para possibilitar o seu processamento automatizado.*
6. **Acesso não discriminatório.** Os dados estão disponíveis a todos, sem que seja necessária identificação ou registro.
7. **Formatos não proprietários.** Os dados estão disponíveis em um formato sobre o qual nenhum ente tenha controle exclusivo.*
8. **Licenças livres.** Os dados não estão sujeitos a restrições por regulações de direitos autorais, marcas, patentes ou segredo industrial. Restrições razoáveis de privacidade, segurança e controle de acesso podem ser permitidas na forma regulada por estatutos.

E o que são Dados Pessoais Públicos?

São todos aqueles dados que são tornados públicos por atos voluntários do titular, e aqui temos muitos exemplos, como a postagem de um vídeo, comentário, publicações, tudo aquilo que qualquer pessoa possa ter acesso. É muito mais amplo do que os Dados Abertos.

O ponto chave de diferenciação entre Dado Público e Dado Aberto está justamente nos princípios que os dados abertos utilizam, como visto anteriormente os Dados Abertos precisam ser estruturados, com facilidade de acesso e não estejam sob o controle de um ente exclusivo. Os dados pessoais públicos não precisam apresentar essas características.

Supondo que João publicou em seu Twitter *“Curitiba está muito frio, preciso comprar uma casaco”*, seu perfil é totalmente público e qualquer pessoa pode ter acesso a essa publicação. Claramente temos dados sobre João, podemos facilmente abstrair que ele está ou irá para Curitiba, está ou irá passar frio e tem interesse em comprar uma blusa, por esses motivos. Esse



dado é público, mas não é estruturado, ele precisa ser absorvido da sua publicação, e está sob o controle de um ente, o Twitter. Isso já o impede de ser classificado como Dado Aberto.

Essa diferenciação é importante pois será tratada o risco desses tipos de dados.

2 A DISPENSA DO CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO

Agora que entendido a diferença quando me utilizar de Dados Públicos será referente à definição do capítulo anterior. Agora ao regime jurídico da coleta de dados na nova Lei Geral de Proteção de Dados (LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018) cabe inicialmente pontuar o que a própria lei considera como tratamento e consentimento:

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

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Portanto sendo a coleta tratamento de dados cabe-nos observar o Artigo 7º da lei nos traz as hipóteses de realização de tratamento:

“Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

[...]

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. [...]”

O parágrafo terceiro parece vir para limitar o tratamento dos dados abertos, mesmo que esses não deveriam receber nenhuma limitação, pois afirmam que os dados de acesso público devem respeitar o interesse público que justificou sua disponibilização, possivelmente o legislador estivesse preocupado com abuso de dados que devem ser públicos por força de lei, como diz Marcelo Leonardi, diretor de políticas públicas do Google no Brasil, mas não é consolidado,



há divergências a Gerente Jurídica da Serasa Experian Vanessa Butalla acredita que a lei trata apenas dos dados públicos gerados pela administração públicas³.

O parágrafo quarto afastada a necessidade do consentimento para o tratamento, e consequentemente a coleta, de dados tornados manifestamente públicos pelo titular, ou seja, se fizermos um contra senso do que a lei determina que é consentimento do titular, pelo parágrafo quarto O TITULAR NÃO PRECISA CONCORDAR COM O TRATAMENTO DE SEUS DADOS PARA FINALIDADE DETERMINADA, isso será importante para todo seguimento deste artigo.

Aqui ficam algumas dúvidas , o que seriam “dados tornados manifestantes públicos”? Essa manifestação deve ser de qual forma? Se no momento de publicar um texto você permitir o acesso público, essa manifestação basta para que dispense o consentimento para o tratamento de dados que forem retirados desse texto mesmo que estes não explícitos? Ou essa manifestação deve ser expressa sobre a disponibilidade dos dados?

Ainda que não haja certeza a lei deixa a entender que se algo foi divulgado publicamente tudo aquilo que se pode tirar desta publicação dispensa consentimento, ainda que salvo os princípios da LGPD.

De todo modo, se tratando de Dados Públicos, causa estranheza falar de “finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.” pois muitos desses dados são geralmente tornados públicos com objetivo de compartilhar com os outros seu posicionamento sobre algo ou sobre si “está frio em Curitiba; preciso comprar um casaco”, ora, a finalidade desta postagem seria divulgar publicamente seus dados sobre o que acha do clima ou simplesmente compartilhar o que está pensando? Estaria agindo de boa fé aquele que identificasse essa frase e a utilizasse para enviar propagandas direcionadas oferecendo casacos?

Para tentar responder algumas dessas perguntas precisamos analisar os princípios da LGPD, que se aplicam aos Dados Públicos.

3 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

Como apresentado no Art. 7º da LGPD, ainda que dispensado o consentimento o tratamento continua sujeito aos princípios que a lei elenca, estes presentes no Art.6º. Contudo, ao afastar o consentimento alguns desses princípios ficam com sua aplicação questionada.

“I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;”

³ [especial] O que são dados públicos?, InternetLab, multiplos autores, 2016 <http://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/o-que-sao-dados-publicos/>

Aqui já encontramos alguns problemas para a aplicação dos princípios, em relação ao propósito legítimo, a aplicação é extremamente subjetiva pois a lei não define o que seria legítimo, além de que a lei afasta a necessidade desta pelo próprio conceito de Consentimento da LGPD.

“II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;”

Se não precisa do consentimento não possui limites, tanto por parte do titular, quanto das suas finalidades, contanto que não afetem o interesse público. E ao que deixa entender, não precisa sequer ser informado a realização do tratamento.

“VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

Estes últimos princípios possuem sua aplicação plena aos Dados tratados mesmo sem o consentimento.

A Lei, em alguns momentos, que diz Finalidade ou Finalidade Legítima refere-se ao Interesse Público, assim como fala no Art. 7º, § 3º. Aqui é possível limitar o uso dos Dados Públicos, para fins que não sejam revertidos contra a população. A principal pergunta a se responder é,



basta alencar o Interesse Público ou deve o legislador ser mais específico para evitar danos? Pois, sendo um princípio, cabe ao judiciário criar o entendimento, o que pode ser perigoso visto que muitos não possuem a dimensão do impacto que o tratamentos de dados pode gerar em uma sociedade. Pela lei, claramente pode extrair que para fins abusivos e discriminatórios ilícitos não é permitido, acredito que a lei poderia possuir um maior rol exemplificativo.

4 SE VOCÊ NÃO ESTÁ PAGANDO, VOCÊ É O PRODUTO

O título deste capítulo é um ditado popular dos anos 70⁴, e se mostrou muito bem aplicado com a quarta revolução industrial. Os sites mais acessados no Brasil são de serviços gratuitos, como Google e Youtube, o Facebook é o oitavo site mais acessado pelos brasileiros porém no top 10 é o com mais tempo de uso diário, juntos esses 3 sites são os mais “linkados” (linking in)⁵, ou seja, os sites que os usuários mais são encaminhados para⁶. Então esses sites possuem uma vinculação com uma porção de outros sites que levam os seus usuários para esses serviços gratuitos. As empresas faturam nesse fluxo, pois cada usuário tem um valor para essa empresa, para o Facebook cada usuário vale 158 dólares e para o twitter 81 dólares⁷, essas empresas estão explorando aquilo que foi dado de graça por você, os seus dados, seria talvez mais correto falar que na internet “se você não está pagando, seus dados são o produto⁸. Por isso empresas de dados e análise de dados possuem tanto valor comercial, como a IBM que em 2018 teve uma receita de 79 Bilhões de dólares⁹ Esses dados são muito valiosos para as empresas terem o melhor retorno possível do seu investimento, suas informações possuem um valor econômico para as empresas.

5 O DOWNLOAD

Os Dados Públicos, no geral, estão pulverizados de várias formas em vários lugares pela web, Twitter, Facebook, Youtube, etc. E até dentro dessas plataformas, likes, comentários, publicações, fotos, muitas são as formas dos dados. Mas o que pode parecer difícil coletar, hoje é muito simples por conta dos diversos softwares de coleta.

Netvizz por exemplo é um software gratuito que permite que se extraia todos os dados de uma determinada conta, página ou grupo do facebook, podendo ser coletada uma grande

⁴ Who originally suggested that 'if you're not paying for the product, you are the product'? <https://www.quora.com/Who-originally-suggested-that-if-youre-not-paying-for-the-product-you-are-the-product>

⁵ *Linking in* em inglês, ou na tradução literal “vinculados”

⁶ Top Sites in Brazil <https://www.alexa.com/topsites/countries/BR>

⁷ You Are Worth \$182 To Google, \$158 To Facebook And \$733 To Amazon!, Nidhi Shah. <https://arkenea.com/blog/big-tech-companies-user-worth/>

⁸ The Future of Your Personal Data - Privacy vs Monetization | Stuart Lacey | TEDxBermuda , 20 de dez de 2015 <https://youtu.be/Jlo-V0beaBw>

⁹ IBM 2018 Annual Report https://www.ibm.com/annualreport/assets/downloads/IBM_Annual_Report_2018.pdf

quantidade de dados como curtidas, comentários, etc. Todos esses dados baixados vem de certa forma estruturados em planilhas que o que facilita o *data mining* (Mineração dos Dados).

De acordo com a Folha de São Paulo, 18 de julho de 2018, o Brasil possui cerca de 127 milhões de usuários Brasileiros ativos no facebook¹⁰, mais da metade da população, sendo o terceiro país com maior quantidade de usuários. Ou seja, há muita informação sobre a população Brasileira disponível à de qualquer um.

O Netvizz é só um exemplo, como bem demonstrado pelo autor de “Abordagens da coleta de dados nas mídias sociais” Marcelo Alves, muitas são as opções de softwares e APIs para essa coleta e alguns deles para fins mercadológicos como Stilingue, BrandCare, V-Tracker, entre outros. Sendo dedicados para várias redes sociais como Twitter e YouTube.

O Facebook tem uma média de 1.6 bilhão de usuários diários¹¹, e de acordo com uma pesquisa divulgada na Medium cerca de 75% dos usuários de internet não se importam com seus dados¹², ou seja, aproximadamente 1.2 bilhão de pessoas não se preocupam com sua privacidade na internet, se tornando vulneráveis a terem seus dados baixados com uma simples API.

5.1 Possíveis Vantagens

Essas ferramentas de coleta de dados são muito usadas para pesquisas acadêmicas, e muitas dessas surgiram com essa finalidade, permite com que possa se coletar informações para entender melhor a sociedade em que vivemos e descobrir formas de como podemos melhorá-la.

Aaron Swartz, era um jovem prodígio da computação e ativista, que já abordei com mais profundidade em outro artigo¹³, que possuía acesso à banco de dados de artigos científicos das grandes universidades americanas como Harvard, Stanford, MIT, e suas filiais. Lessing conta que enquanto em Stanford Swartz efetuou o *download* em massa dados do “Westlaw”¹⁴, banco de dados que entre outras coisas possui uma biblioteca de revistas jurídicas, e em análise observou que havia um financiamento ideológico para publicação de artigos com o intuito de gerar tese específica que favorecesse os financiadores¹⁵. Ele apenas conseguiu ver essa relação entre pesquisador, financiador e produção por conta da análise desse grande banco de dados. Quando no MIT Swartz começou a baixar uma grande quantidade de artigos da biblioteca digital “Jstor”, o caso

¹⁰ Facebook chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil, Folha de São Paulo, 18 julho 2018. <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml>

¹¹ Facebook Newsroom, Stats, 2019. <https://newsroom.fb.com/company-info/>

¹² How Concerned Are Consumers Really When It Comes to Data Privacy?, AXEL, 28 agosto de 2018. <https://medium.com/@AxelUnlimited/how-concerned-are-consumers-really-when-it-comes-to-data-privacy-21c4587ddc5c>

¹³ A universalização do conhecimento: exemplos concretos e breves considerações teóricas, Osny Buzzo Junior, Alice Lana, 24 de dezembro de 2018. <http://www.gedai.com.br/novembro-de-2018/a-universalizacao-do-conhecimento-exemplos-concretos-e-brevs-consideracoes-teoricas/>

¹⁴ Westlaw. <http://www.westlawinternational.com/about-us/>

¹⁵ Aaron’s Law: Violating a Site’s Terms of Service Should Not Land You in Jail, LAWRENCE LESSIG 16 de janeiro de, 2013. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/01/aarons-law-violating-a-sites-terms-of-service-should-not-land-you-in-jail/267247/>



foi para a justiça federal¹⁶, com base em violações ao “Computer Fraud and Abuse Act”, afirmando que possuía intenções maliciosas como vazar os artigos. Durante o processo Aaron tirou a própria vida, acredita-se que pela pressão dos processos criminais e por ser taxado como criminoso.

A análise de dados não se limita à pesquisas científicas, podem ser usadas para melhorar a experiência do usuário, atender as necessidades do público, melhorar o sistema de reciclagem, tornar diagnósticos médicos mais precisos, as aplicações vão até onde for a criatividade.

Por exemplo o Spotify tem seus dados sobre o que você escuta, quanto tempo escuta, o que gênero gosta e utiliza seu algoritmo para cruzar com dados de outros usuários para poder indicar músicas de forma mais precisa com o seu perfil.

O Netflix é outro que se utiliza de forma vasta as informações de usuários, cada perfil possui sua própria tela de recomendações personalizada, que se altera até com base no horário que você está acessando¹⁷, o que facilita com que o usuário encontre conteúdos que possa lhe agradar. Por outro lado o Netflix usa todo esse amontoado de dados gerados pelos seus milhões de usuários para criar séries, “House of Cards” foi criada através de análise de Big Data¹⁸ que mostrou a eles qual série estava popular no momento, no caso a versão britânica de “House of Cards”, então se definiu o diretor pela aceitação das suas produções na plataforma, e o ator que possui uma boa participação nas produções desse diretor e também possui boa aceitação do público, o resultado foi que a série teve uma nota média de 8.8/10 no IMDb¹⁹.

Já na área da saúde podemos ver incríveis aplicações, a *BioMed Research International* publicou um artigo em 2015 demonstrando algumas aplicações como colocar um software de *machine learning* com as imagens que contêm informações anatômicas e de funcionamento, alimentando com imagens de órgãos doentes também para que a máquina aprenda a dar o diagnóstico de forma precisa. Com a riqueza suficiente de dados poderia ser antecipada as predisposições para doenças com enorme precisão²⁰.

O próprio Google possui sua ferramenta de análise de dados inteiramente focado para o interesse público chamado “Public Data Explorer”, criado com o intuito de divulgar, facilitar e expandir o uso de dados públicos para que haja o desenvolvimento de novas soluções para problemas que assolam o mundo²¹.

Portanto muitas podem ser as aplicações que visam trazer melhor qualidade de vida à sociedade, seja através da saúde ou entretenimento, porém esses dados que possuem informações tão valiosas podem ser usadas contra seus titulares.

¹⁶ United States v. Swartz, Wikipedia. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Swartz

¹⁷ This is how Netflix's secret recommendation system works, MATT BURGESS, 18 de agosto de 2018. <https://www.wired.co.uk/article/netflix-data-personalisation-watching>

¹⁸ Giving Viewers What They Want, David Carr, 24 de fevereiro de 2013. <https://www.nytimes.com/2013/02/25/business/media/for-house-of-cards-using-big-data-to-guarantee-its-popularity.html>

¹⁹ House of Cards, IMDb, <https://www.imdb.com/title/tt1856010/>

²⁰ How Big Data Could Transform The Health Care Industry, HuffPost, Eric Schadt, 2 de fevereiro de 2017. https://www.youtube.com/watch?v=_mXrZElpNMw

²¹ https://support.google.com/publicdata/answer/1100640?hl=en&ref_topic=1100622 About the Public Data Explorer, Google.



5.2 Possíveis Desvantagens

“Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com que o fazia não passava de especulação. Era possível inclusive que ela controlasse todo mundo o tempo todo. Fosse como fosse, uma coisa era certa: tinha meios de conectar-se a seu aparelho sempre que quisesse. Você era obrigado - e vivia, em decorrência do hábito transformado em instinto - acreditando que todo som que fizesse seria ouvido e, se a escuridão não fosse completa, todo movimento examinado meticulosamente.” (Orwell, 1984, p.13)

Privacidade talvez seja a maior preocupação atualmente em relação aos dados, seu celular sabe onde você foi, com quem falou, que horas acordou, os sites que você acessa, o que você compra, o que você gosta e não gosta de ver, o que acredita, o que tem medo, esses são exemplos de informações suas que seu celular sabe sobre você. A gravidade aumenta com o crescimento da internet das coisas, onde seu aspirador de pó tem um mapa da sua casa, seu relógio sabe seus batimentos, o quanto se exercita e quando exercita, como dormiu, com o surgimento de Geladeiras Smart, sabe o que você mais consome, e cada vez mais cada peça do nosso dia a dia sabe mais informações sobre você.

Ainda aqueles que afirmam “apenas aqueles que tem o que esconder se importam com a privacidade” ignoram os impactos de que uma privacidade lesada gera em uma sociedade, como bem demonstrado por Glenn Greenwald em seu TED²², quando estamos sendo observados nosso comportamento muda, paramos de agir com nosso próprio livre arbítrio e passamos a agir como a sociedade espera de nós, o exemplo mais clássico trazido por ele é o Panóptico de Jeremy Bentham, foi inicialmente criado para prisões onde o prédio circular era criado com uma torre central que permitisse ao vigilante observar todos sem que os prisioneiros pudessem ver dentro da torre de vigilância portanto não saberiam quando estão sendo observados ou não, ou seja, os prisioneiros teriam que aceitar que estavam sendo observados a todo tempo o que forçaria obediência. Bentham ao constatar que pessoas que estavam sendo observadas poderiam ser controladas, portanto era uma forma de controle do comportamento.

“A conclusão que todas essas obras chegam é que uma sociedade em que as pessoas podem ser monitoradas o tempo todo é uma sociedade que promove conformidade e obediência e submissão, razão pelo qual todo tirando, do mais declarado ao mais sutil almeja esse sistema” (Glenn Greenwald, TED, 2014)

Glenn Greenwald que fez parte dos grandes vazamentos sobre vigilância global feita pela NSA (Agência de Segurança Nacional) divulgadas por Edward Snowden ex-funcionário da CIA e da NSA, revelando que o Estado americano coletou informações de milhões de pessoas

²² Why Privacy Matters, Glenn Greenwald, TED Global 2014, outubro 2014. https://www.ted.com/talks/glenn_greenwald_why_privacy_matters



e tinha acesso a chamadas, fotos, e-mails, mensagens, entre outras muitas formas de atingir seus objetivos de espionar o máximo de pessoas possível, muitas vezes infringindo as próprias regras americanas.²³

O documentário “Privacidade Hackeada” através do caso “Cambridge Analytica” exemplifica como quem tem acesso aos seus dados como conexões, likes, pesquisas, compras, localidades, utilizam para criar o seu perfil e transformar a sua experiência com a internet uma bolha pessoal a qual só você tem acesso. Muitas pessoas já pensaram que seus celulares estão escutando o que você fala (<https://www.bbc.com/portuguese/geral-49599247>) mas na realidade, é apenas uma prova de que a análise de dados se tornou tão sofisticada que é capaz de prever o seu comportamento ou pensamento. E se é possível prever seus comportamentos e pensamentos é possível que você seja controlado ou induzido a agir conforme o interesses que não são seus, escolhendo para você o que é interessante comprar, consumir, acreditar, e até votar, tudo isso baseado nas suas informações para explorar as vulnerabilidades daquilo que pode trazer valor para quem está utilizando de seus dados.

O caso Cambridge Analytica²⁴, além de privacidade traz questionamentos sobre a autodeterminação informativa, esta era uma empresa que coletava e minerva dados para alterar comportamento da audiência, esta empresa participou de muitas eleições, como para presidente dos Estados Unidos em 2016, demonstrou claramente sua efetividade em sua participação para presidente de Trindade e Tobago. Em Trindade e Tobago existem dois partidos principais, os Negros e os Indianos, o partido Indiano contratou a Cambridge Analytica, a empresa se utilizou dos jovens para desenvolver sua estratégia, tentando aumentar a indiferença e o desinteresse dos eleitores jovens, através de uma campanha que deveria ser não política pois política não interessa aos jovens daquele contexto e deveria ser reativa para movimentar esses eleitores que costumam ter pouco interesse. Assim foi criada a “DO SO!” que significava que essa pessoa não iria votar como forma de protesto contra política, o movimento tomou grandes proporções sendo logo da campanha sendo pichada na casa do primeiro ministro. Mas pela análise de dados a Cambridge sabia que os jovens afro-caribenhos iriam se abster de votar mas mesmo que tivessem participado do movimento os jovens indianos iriam fazer o que seus pais mandassem, eles iriam ir votar, a diferença de comparecimento entre os jovens indianos e afro-caribenhos foi de 40%, o suficiente para ganhar as eleições para o partido Indiano.²⁵

Extrapolando esses conceitos a ficção mostra alguns riscos de formas prejudiciais de uso dos seus dados para gerar um perfil pessoal, no episódio Nosedive (Queda Livre) de Black Mirror cada pessoa possui uma pontuação social, utilizada como estrelas, e todas as suas ações alteram essa pontuação, que é utilizada para ter acesso a locais específicos, alugar carros melhores ou poder morar em casas maiores. Por conta disso a personagem principal precisa agir de acordo com

²³ N.S.A. Purges Hundreds of Millions of Call and Text Records, Charlie Savage, 29 de junho de 2018. <https://www.nytimes.com/2018/06/29/us/politics/nsa-call-records-purged.html>

²⁴ What is the Cambridge Analytica scandal?, The Guardian, 20 de março de 2018 <https://www.youtube.com/watch?v=Q91nvvJSmS4>

²⁵ The Insane Cambridge Analytica Election Interference Revelations in The Great Hack, Netflix, 29 de julho de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=omc-5zj70MO>

o que a sociedade acredita ser a forma correta para, conseqüentemente, ganhar mais pontos. Por mais que pareça um pouco distante na China isso já é uma Realidade, seu sistema de Social Score vem sendo aplicado e desenvolvido desde 2014 e pretende estar no país todo até 2020.

“It might sound like a futuristic dystopian nightmare but the system is already a reality. Social credit is preventing people from buying airline and train tickets, stopping social gatherings from happening, and blocking people from going on certain dating websites. Meanwhile, those viewed kindly are rewarded with discounted energy bills and similar perks.” The odd reality of life under China’s social rating system, por CHARLES ROLLET, Junho 2018, WIRED

6 CONCLUSÃO

Como visto no ponto 5, bilhões de dados estão sendo divulgados publicamente deliberadamente, mas o fato do titular ter consentido com sua divulgação pública não garante a segurança de sua privacidade. Ainda é possível captar informações o suficiente para gerar seu perfil com apenas aquilo que você escolheu ser público, pois hoje é uma condição da rede, se você quer comentar em alguma postagem ou curtir, essa informação é pública, se você realmente não quiser que seja possível alcançar seus dados a única forma é não publicá-los, isso limita seu uso da internet, você já não pode curtir páginas, comentar algo pois saberá que isso poderá ser usado contra você, saberá o que pensa, o que gosta, o que te engaja, com que se comunica. Mas a lei precisa dar alguma liberdade de atuação, ou estaria simplesmente condenando qualquer desenvolvimento e uso de dados, minando todas as vantagens que ela pode trazer para a sociedade. Neste ponto que a lei busca encontrar o seu equilíbrio, se adequar com a realidade informacional atual e tentar prever os possíveis abusos e como mitigá-los, acontece que a tecnologia cresce em ritmo exponencial²⁶, e o processo legislativo é lento e burocrático, portanto a tecnologia estará sempre um passo à frente da lei.

Todos os exemplos citados acima circulam os princípios da privacidade e da autodeterminação informativa, que são um dos principais pontos da LGPD, presentes nos 2 primeiros artigos da lei. É uma lei delicada, que deve ser analisada como todo seu conjunto pois como visto, ao dispensar o consentimento não se dispensa a observação dos outros princípios da lei.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

[...]”

²⁶ Moore’s Law <http://www.moorelaw.org/>



Pode-se debater se há uma função social no tratamento de dados, ao qual demanda que seja utilizado pelo benefício do titular e nunca para benefício exclusivo de uma pessoa, física ou jurídica.

O direito tem dificuldades em acompanhar a constante inovação na área tecnológica, o processo legislativo é burocrático e demorado, como acredita o Fórum Econômico Mundial²⁷ princípios fundamentais é mais efetivo que tentar fazer as leis alcançarem a realidade social, o uso de leis antigas para regular fatos atuais para processar pessoas que estavam defendendo direitos fundamentais, como ocorreu no caso Snowden que violou o *Espionage Act of 1917*, uma lei escrita 20 anos antes do primeiro computador digital, ao tentar demonstrar uma violação do próprio governo à privacidade de sua população. E Aaron Swartz que foi processado por violações ao *Computer Fraud and Abuse Act of 1986* 3 anos antes do surgimento da *World Wide Web*, por ter baixado dados para pesquisa.

A tecnologia deve ser feita para servir a humanidade, ela deve ser escrava do homem, e não um meio que permita alguns abusar dos outros. Direitos fundamentais como liberdade, privacidade, autodeterminação, combate a desigualdade, informação, entre tantos outros direitos devem ser base para decidir como protegemos as informações das pessoas para que haja um exercício pleno da sua humanidade. A proteção de dados não precisa ser um direito fundamental, ela é uma consequência da efetivação de todos os outros direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

<https://www.youtube.com/watch?v=9vz06Q03UkQ> **The Internet's Own Boy: The Story of Aaron Swartz | full movie** (2014). Acesso em: 29 ago. 2019

<https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1> **NSA FILES: DECODED What the revelations mean for you.** By EWEN MACASKILL and GABRIEL DANCE, produced by FEILDING CAGE and GREG CHEN, published on November 1, 2013. Acesso em: 29 set. 2019.

<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/03/life-inside-the-aaron-swartz-investigation/273654/> **Life Inside the Aaron Swartz Investigation**, The Atlantic, Quinn Norton, mar 3, 2013. Acesso em: 29 set. 2019.

<https://www.computerhistory.org/timeline/computers/> **Timeline of Computer History**, Computer History Museum. Acesso em: 29 set. 2019.

https://en.wikipedia.org/wiki/Atanasoff%E2%80%93Berry_computer **Atanasoff–Berry computer**, Wikipedia. Acesso em: 29 set. 2019.

<https://www.technologyreview.com/s/526401/laws-and-ethics-cant-keep-pace-with-technology/> **Laws and Ethics Can't Keep Pace with Technology**, MIT technology review, Vivek Wadhwa, 15 de abril de 2014.

²⁷ The law can't keep up with new tech. Here's how to close the gap, Daniel Malan, 21 de junho de 2018. <https://www.weforum.org/agenda/2018/06/law-too-slow-for-new-tech-how-keep-up/>



<https://towardsdatascience.com/effect-of-cambridge-analytica-facebook-ads-on-the-2016-us-presidential-election-dacb5462155d> **Effect of Cambridge Analytica's Facebook ads on the 2016 US Presidential Election**, Medium, Rahul Rathi, 13 de janeiro de 2017.

https://en.wikipedia.org/wiki/Cambridge_Analytica **Cambridge Analytica**, Wikipédia. Acesso em: 30 set. 2019.

<https://youtu.be/u6idV44V8q4> **Edward Snowden “Data Security and Privacy in the Age of Surveillance” - 2017**, 25 de março de 2017.

<https://youtu.be/yG4JL0ZRmi4> **The coming privacy crisis on the Internet of Things | Alasdair Allan | TEDxExeterSalon**, 28 de nov de 2017.

<https://www.bbc.com/portuguese/geral-49599247> **O teste que concluiu que nossos celulares não escutam secretamente nossas conversas**, Joe Tidy, 6 de setembro de 2019.

<https://www.hindawi.com/journals/bmri/2015/370194/> Big Data Analytics in Healthcare, BioMed Research International, múltiplos autores, 5 de janeiro de 2015

<https://www.wired.co.uk/article/how-do-netflixs-algorithms-work-machine-learning-helps-to-predict-what-viewers-will-like> **This is how Netflix's top-secret recommendation system works**, Wired, LIBBY PLUMMER, 22 de agosto de 2017.

<https://www.quora.com/How-does-Spotifys-Discover-Weekly-work-What-data-is-taken-into-consideration> **How does Spotify's Discover Weekly work? What data is taken into consideration?**

http://thepoliticsofsystems.net/permafiles/rieder_websci.pdf artigo netvizz **Studying Facebook via Data Extraction: The Netvizz Application**, Bernhard Rieder, 2013.

<https://www.passeidireto.com/arquivo/50610019/-livro-pdf-monitoramento-e-pesquisa-em-midias-sociais-metodologias-aplicacoes-e-inovacoes-material-retirado-do-site-da-ibpad> Monitoramento e Pesquisa em Mídias Sociais - Metodologias Aplicações e Inovações, 2016, múltiplos autores.

<https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/netvizz.html> Extraia gratuitamente dados de usuários, páginas e grupos do Facebook, Daniel Ribeiro, 28 de fevereiro de 2018.

https://en.wikipedia.org/wiki/Open_data Open data, Wikipédia.

<http://www.cienciaedados.com/o-poder-do-open-data/> **O Poder do Open Data**, David Matos.

<http://dados.gov.br/pagina/dados-abertos> **O que são dados abertos?**, Portal Brasileiro de Dados Abertos.

<https://www.santandernegocioseempresas.com.br/detalhe-noticia/dados-publicos.html> **O que são os dados públicos e como usá-los a favor da pequena empresa?**, Santander Negócios e Empresas, 2018.





A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E SEUS IMPACTOS NAS EMPRESAS

Laís Michele Brandt¹
Luiz Gonzaga Silva Adolfo²

RESUMO: O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre a proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação com uma contextualização acerca da nova lei geral de proteção de dados (LGPD) e seus impactos nas empresas. O tema do direito a proteção de dados tem sido amplamente discutido, não só no contexto nacional, mas em um contexto mundial. O assunto ganhou relevância nos últimos anos, principalmente pelo avanço do desenvolvimento tecnológico que proporciona o acesso, compartilhamento e divulgação de uma gama de informações pelo usuário, atingindo um grande número de pessoas. Essa simplificação no acesso, compartilhamento e divulgação de informações, gera uma maior exposição dos dados pessoais. O que por diversas vezes, acaba por serem violados no que tange às informações pessoais, pela ausência de proteção à privacidade e aos dados pessoais. Neste contexto, objetiva-se, analisar se a LGPD busca a proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação e quais os seus efeitos para as empresas. O estudo conclui que é a LGPD traz uma maior proteção à privacidade e aos dados pessoais, sendo uma ferramenta essencial para a proteção da pessoa humana, garantido assim um tratamento mais adequado e eficaz aos dados pessoais, bem como gera impactos diretos no setor empresarial, criando uma nova roupagem aos direitos do trabalhador e novas obrigações ao empregador.

Palavras-chave: Proteção de dados; privacidade; LGPD.

¹ Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-Graduada em direito constitucional e direito administrativo, ambas pela UNIVERSIDADE UNIDERP - ANHANGUERA. Integrante do grupo de pesquisa: Direitos fundamentais da sociedade da informação, vinculado ao PPGD da UNISC. Advogada Atuante. e-mail: laisbrandt@outlook.com.

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul -Unisc. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). 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). e-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O tema do direito a proteção de dados tem sido amplamente discutido, não só no contexto nacional, mas em um contexto mundial. O assunto ganhou relevância nos últimos anos, principalmente pelo avanço do desenvolvimento tecnológico que proporciona o acesso, compartilhamento e divulgação de uma gama de informações de forma democrática pelo usuário, atingindo um grande número de pessoas. Essa simplificação no acesso, compartilhamento e divulgação de informações, gera uma maior exposição dos dados pessoais. E esses direitos, por diversas vezes, acabam por serem violados no que tange às informações pessoais.

Neste contexto, é necessário analisar o direito à privacidade e a proteção de dados, os quais vem sendo frequentemente violados por meio de plataformas tecnológicas que realizam a coleta e armazenamento de dados pessoais e, por vezes, acabam tornando públicos os dados pessoais do seu titular. Assim, o presente trabalho se justifica, diante da relevância de se ter normas protetivas independentes que regulem o uso de dados pessoais e apresentem meios de proteção a pessoa de interferências indevidas em seus dados pessoais. E diante dessa necessidade, o Brasil recentemente aprovou a Lei de Proteção de Dados Pessoais n. 13.709/2018, a qual visa à proteção do acesso e compartilhamento indevido de informações pessoais, o que contrasta a atualidade do tema.

O presente estudo tem por objetivo verificar a proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação, bem como realizar uma contextualização dos impactos da nova lei geral de proteção de dados (LGPD) nas empresas. Objetiva-se, mais especificamente, analisar o direito a proteção dos dados pessoais na LGPD. E diante do exposto, o problema a ser respondido pelos autores, e verificar se a LGPD busca defender a privacidade e os dados pessoais como direitos fundamentais? Se sim, quais os efeitos para as empresas que coletam, compartilham, analisam e armazenam dados pessoais?

Para que o problema da pesquisa seja alcançado, é necessário analisar os precedentes legais que buscam dar segurança à proteção de dados, bem como analisar a proteção à privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação, e por fim, os efeitos da LGPD nas empresas.

Para a realização da pesquisa adotar-se-á o método de abordagem dedutivo. Já, quanto aos fins procedimentais, utiliza-se o monográfico. Em termos de técnica de pesquisa, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica.

2 A LEI 13.709/2018 E SUA PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - ANTECEDENTES

Frisa-se que mesmo diante da intensificação do problema da proteção de dados, o ordenamento jurídico careceu de uma norma específica por um longo período. Enquanto a referida legislação não era promulgada, outras legislações continuavam por buscar a proteção de dados pessoais (KLEE; MARTINS, 2015, p. 339). A intensificação dos problemas relacionados à proteção de dados pessoais “[...] correspondeu também a uma maior complexidade e abrangência, o

que fez com que se tornasse clara a necessidade de que o tema fosse abordado de forma mais específica pelo ordenamento [...]”, conforme Doneda (2015, p. 381).

Frisa-se que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) geram ameaças em distintas formas a privacidade de seus titulares de dados, precisando que os níveis de segurança na rede tenham capacidade adequada para gerar proteção. Assim, se faz necessário que a privacidade tenha pontos de referência implacáveis: “a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema” conforme Klee e Martins (2015, p. 299).

Desta forma, a busca da segurança de dados e da autodeterminação informativa teve-se que ser verificada sob uma análise constitucional, resguardando os direitos fundamentais que representam aos direitos pessoais e de privacidade. Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto, inciso X, na qual possui como garantia constitucional a proteção da “[...] 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” (BRASIL, 1988).

Ainda no mesmo artigo, em seu inciso XII, trata como garantia constitucional a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, [...], por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal [...]” (BRASIL, 1988).

É além, de garantias a Constituição Federal assegura o conhecimento de informações e a possibilidade de retificar os seus dados em bancos de dados públicos e não privados, por meio do *habeas data*, previsto em seu artigo quinto, inciso LXXII. O qual é concebido como instrumento de defesa do direito de acesso à informação, em caráter individual e coletivo, do cidadão brasileiro (ZANATTA, 2015, p. 451).

Por outro lado, a Lei n. 9.507/1997, que regulou o acesso à informação e disciplinou o rito processual deste instituto, provendo assim dentro do ordenamento jurídico como uma ação de *habeas data* (BRASIL, 1997). É ainda que de forma limitada, por se referir apenas a banco de dados públicos, o *habeas data* compõe o marco legislativo do princípio da autodeterminação informativa.

Entretanto, o elevado uso comercial da Internet no Brasil faz com que seus usuários e em sua maioria na condição de consumidores forneçam seus dados para bancos de registro, para que em troca desta informação empresas consigam algum benefício. É aqui tratando de dados privados, o *habeas data* se torna ineficaz e limitado para proteger os dados pessoais privados (ZANATTA, 2015, p. 451).

O Código de Defesa do Consumidor prescreve em seus artigos a importância do acesso à informações sobre registros e dados pessoais e a possibilidade de exigir a correção de seus dados sempre que estes se mostrarem incorretos. O qual se mostrou como uma das normas mais eficientes em relação à proteção de dados, em razão de ser uma norma protetiva ao consumidor, o qual é a parte mais fraca na relação de consumo.



Tem-se ainda o Decreto n. 7.963/2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e determina em seu artigo segundo, como diretriz, a autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrônico (BRASIL, 2013). A Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011) e a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) também podem promover a proteção de dados pessoais de casos específicos (BRASIL, 2011). A Lei de Acesso à Informação, que preceitua que sua incidência se dará conforme a Lei n. 9.507/1997, no que couber em relação à pessoa física ou jurídica, constante em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (BRASIL, 2011).

De forma mais atual, tem-se como norma positiva a regulação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que foi regulamentada pelo Decreto n. 8.771/2016, e que apresenta no seu corpo esboços amplos de uma tentativa de garantir a proteção de dados. Para complementar a Lei do Marco Civil, o Decreto Lei n. 8.771 sancionado em maio de 2016 pela então presidente Dilma Roussef, versa em seu capítulo terceiro, seções I e II sobre a requisição de dados cadastrais e padrões de segurança e sigilos de dados pessoais e comunicações privadas, complementando os artigos onze, doze, treze, quatorze, quinze e dezesseis da Lei principal. (BRASIL, 2016).

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) apresenta no seu corpo esboços amplos de uma tentativa de garantir a autodeterminação informativa e a proteção de dados. Para Meyer-Pflug e Leite (2015, p. 441), o texto legal do Marco Civil da Internet, é uma “Carta de Princípios”, pois de forma ampla regula o uso da internet no Brasil e serve de “regra geral” para tutelar as demais áreas da relação direito e internet.

Conforme Bioni (2017) o artigo sétimo do Marco Civil, em seus diversos incisos, garante diversos direitos ao usuário na rede, mas ainda é necessário uma legislação específica concernente à proteção de dados pessoais.

E depois de muitas lutas para superar as limitações quanto à proteção de dados, a legislação brasileira sancionou a Lei Geral de Proteção de Dados n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, a qual regula o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil. A Lei assegura maior controle do usuário sobre suas informações pessoais, exigindo o consentimento explícito para a coleta e uso dos dados. Esta lei para o Brasil significa um grande avanço na regulamentação dos dados pessoais.

A referida Lei dispõe de cinquenta e quatro artigos classificados em disposições preliminares, requisitos para o tratamento de dados pessoais, término do tratamento, direitos do titular, tratamento de dados pelo setor público, transferência internacional de dados, agentes do tratamento de dados pessoais, segurança e boas práticas, fiscalização e disposições finais e transitórias (BRASIL, 2016).

Como bem dispõe o artigo 1º da Lei, é disposto que o objetivo desta norma será de proteger os dados pessoais de pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, salvaguardando os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Já em seu artigo segundo, inciso I, a Lei disciplina a sua proteção pela autodeterminação informativa, dispondo expressamente que este instituto dá fundamento à disciplina da proteção de dados pessoais. O artigo quinto exibe conceitos que delimitam a aplicação da norma, como a conceituação de dados pessoais, tratamento de dados, dados sensíveis, titulares de dados, entre outros temas (BRASIL, 2018).

Destaca-se que a Lei considera como dados pessoais, o dado relacionado à pessoa identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa (BRASIL, 2018). Consta-se que o legislador foi amplo em sua conceituação de dados pessoais, assim como nas demais classificações.

No artigo sexto da lei, a mesma trata que a proteção de dados deve observar certos princípios sendo eles a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção e não discriminação (BRASIL, 2018).

Os princípios da proteção de dados, para Doneda (2015, p. 377) “formam o núcleo das questões com as quais o ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema”. Portanto, tais princípios abordam de modo geral as demais especificações da Lei. Verifica-se no artigo nono, ao dispor de algumas características de busca da autodeterminação informativa, pretendendo que o titular tenha acesso facilitado para obter informação sobre seus dados e saber a finalidade, duração e responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento, dentre outros.

Aqui, verifica-se o Princípio da Finalidade e do Livre Acesso, sendo o primeiro obrigatório a comunicação com a finalidade da qual os dados são utilizados, e o segundo deve ser disponibilizado o acesso aos seus interessados que tenham suas informações armazenadas em banco de dados (DONEDA, 2015, p. 376).

Conforme o disposto no artigo onze da Lei, será vedado o tratamento de dados sensíveis, ressalvadas as hipóteses previstas em Lei. Claramente, percebe-se nesse dispositivo que há a objetivação da proteção de informações que revelam dados íntimos de seus titulares, que caso sejam publicizados para terceiros poderiam ser utilizados com intuito discriminatório contra seu titular (DONEDA, 2006, p. 160).

No artigo dezoito, mostra-se que os direitos dos titulares de dados coadunam com os conceitos da autodeterminação informativa. Tanto nessa conceituação, quanto na disposição do artigo, cita-se a possibilidade de confirmação da existência de tratamento, acesso aos dados e correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados.

O artigo vinte e quatro dispõe que o tratamento dos dados pelo poder público deve ocorrer de maneira clara e atualizada, utilizando dos dados nos estritos termos da sua finalidade pública e atribuição legal. Novamente, demonstra-se a incidência dos princípios do Livre Acesso e da Publicidade, conforme já exposto.



O artigo trinta e três da Lei passa a tratar da transferência internacional de dados. Logo no inciso I, desse artigo, é disposto que somente será permitida a transferência de dados a Países que garantam níveis de proteção equivalentes ao delineado para o país (BRASIL, 2018). Ao que parece, a Lei apresenta pretensões de se adequar às acepções da Directiva n. 45/95 Corte Europeia, ditando ser necessário um nível de proteção de dados adequado para que a sua transferência seja permitida.

Quanto aos agentes responsáveis pelos tratamentos dos dados, fica definido que serão atores deste tratamento o responsável e o operador. Conforme o artigo quarenta e um, o responsável pelos dados indicará um encarregado para seu tratamento, devendo a identidade e contato desse encarregado ser revelada de forma clara e objetiva.

Na sequência, é disposto no artigo quarenta e dois que todo aquele que causar a outrem dano patrimonial, moral ou coletivo durante o exercício do tratamento de dados, poderá ser obrigado a repará-lo. A Lei reconhece uma certa vulnerabilidade do titular dos dados, ao determinar no parágrafo único do mesmo artigo que poderá o juiz, no processo civil, inverter o ônus da prova a favor deste titular, quando haver verossimilhança nas suas alegações ou quando a produção de prova se tornar excessivamente onerosa.

Tal garantia já é amplamente reconhecida como um direito básico dos casos que envolvem direitos consumeristas, identificando a hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor. O que visa à facilitação na defesa de seus direitos, conforme a disposição no artigo sexto, inciso VIII da Lei n. 8.078/1990.

No artigo quarenta e cinco, o dispositivo dita ser o operador responsável por adotar medidas de segurança da proteção e sigilo dos dados tratados, que impossibilitem ou dificultem a perda, destruição, alteração ou comunicação dos mesmos (BRASIL, 2018).

Este entendimento coaduna com a aplicação do Princípio da Qualidade dos Dados que, conforme a explicação de Doneda (2015, p. 376) consiste afirmar que os dados devem ser fiéis à realidade e que devem ser coletados e tratados com cuidado e correção, atualizando-os periodicamente.

Analisando a Lei, percebe-se que a proposta encontra consonância com os textos apresentados na Lei n. 25.326 (Argentina) e Lei n. 18.331 (Uruguai), visto que os princípios gerais do direito da proteção de dados são refletidos em diversas disposições, sendo que amplas medidas protetivas são consagradas por este texto legal.

Ademais, percebe-se que após tantos anos sem uma legislação específica sobre a proteção de dados na internet, o Brasil, demonstra o seu interesse em garantir um nível básico para a proteção dos titulares de seus dados e adequar-se às acepções da Diretiva n. 45/95/CE, com potencial para futuramente tornar-se um dos destinatários da proteção de dados dos cidadãos europeus. De qualquer modo o texto legal aprovado, mesmo com evoluções, já se visualiza um avanço, já que o Brasil, a exemplo de tantos outros Países, passou a ter um arcabouço jurídico próprio para a proteção de dados dentro da legislação brasileira.

E com a aprovação da Lei, o direito de proteção de dados poderá ser mais reconhecido e preservado, visto que somente a partir de um sistema jurídico forte e objetivo o titular dos dados estará um pouco mais seguro frente aos abusos das empresas privadas e do próprio Estado.

Diante do apresentado até o presente, busca-se no item a seguir, realizar a abordagem dos aspectos evolutivos do direito à privacidade orientados a proteção dos dados pessoais, bem como tecer algumas ponderações quanto aos impactos e efeitos da LGPD nas empresas e nas relações de relações de trabalho.

3 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO À PRIVACIDADE ORIENTADOS A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: APONTAMENTOS INICIAIS ACERCA DOS IMPACTOS DA NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NAS EMPRESAS

Para poder responder o problema da pesquisa, faz-se necessário abordar alguns aspectos evolutivos do direito à privacidade e da proteção de dados. O conceito do direito à privacidade passou por mudanças; que esse conceito vai além do direito ao isolamento, passando a abarcar a proteção de dados e informações pessoais. Evidencia-se, assim, a necessidade de melhor compreender os dados pessoais, sob uma perspectiva da realidade humana atual.

Com o passar dos tempos ocorreu uma acentuada evolução no paradigma da tutela da privacidade. Com esta nova realidade, o centro do Direito, que era voltado à garantia do isolamento e do segredo, passou a ser o controle da circulação das informações pessoais. Assim ocorreu uma transformação na definição do direito à privacidade que, com esta nova realidade, passa a ser o direito de controlar “o uso que os outros fazem das informações” que pertencem à esfera privada de determinada pessoa (DONEDA, 2000, p. 120).

A privacidade concentrou-se na possibilidade da pessoa controlar o uso alheio das informações pessoais que correspondem à sua pessoa. As atenções agora se voltam para o controle que as pessoas ou grupos sociais exercem sobre a disponibilidade de informações (MARTINS, 2014, p. 10). Deste modo, na sociedade moderna da informação, prevalecem definições funcionais de intimidade e vida privada, associadas à possibilidade de uma pessoa controlar o fluxo das informações que digam respeito à sua vida privada, sendo abandonada a concepção clássica.

Para se promover uma melhor análise da nova realidade de direito à privacidade é essencial uma boa compreensão da conceituação da intimidade; e, para tanto, se faz necessária a conceituação do termo “dado pessoal” que se relaciona diretamente ao conceito de “informação pessoal”.

Neste viés, tem-se o dado pessoal, o qual “contêm informação das pessoas físicas que permitem sua identificação no momento ou posteriormente”, estes dados permitem identificar a pessoa de forma direta, pormenorizando informações de cunho ideológico, religioso, racial, de saúde, vida sexual, dentre tantos outros (LIMBERGER, 2007, p. 61). Para Wachowicz (2015, p.236) o termo informação expressa o “conteúdo que se preste a ser elemento de uma atividade comunicacional”.



Desta forma, é necessária uma eficaz proteção de dados, visto que a divulgação desses de forma indiscriminada propicia uma propagação de discriminações, o que deve ser evitado. Segundo Limberger (2007), a classificação dos dados varia de acordo com o impacto discriminatório que os mesmos podem proporcionar à vida da pessoa. Ao passo que determinado dado é classificado como sensível, se proporciona maior proteção, visto que tratam da esfera mais íntima da pessoa que os dados pessoais.

As expressões dado pessoal e informação pessoal, por vezes são utilizadas de forma indiscriminada pela doutrina e podem acabar se confundindo. A informação pessoal corresponde a uma informação que tenha um vínculo objetivo de ligação à pessoa, tendo que referir-se a características ou ações que podem ser atribuídas àquela pessoa em razão da lei, tal qual o seu nome, estado civil, endereço, dentre outras. Assim, a informação pessoal estabelece um vínculo objetivo entre a pessoa e a informação, diferentemente do dado pessoal – em que essa relação corresponde com a intimidade da pessoa. Um exemplo que diferencia a informação sobre a pessoa da informação de cunho pessoal é a situação da simples informação sobre opiniões alheias à pessoa, embora sejam informações sobre a pessoa, não possuem cunho pessoal (DONEDA, 2014, p. 62).

Realizadas as considerações necessárias aos termos “dados pessoais” e “informações pessoais”, e dando a devida atenção ao caráter objetivo do vínculo entre as informações e as pessoas, passa-se a abordar a relação do direito à intimidade e à vida privada com o controle do uso dessas informações.

Vale destacar que a informação pessoal está como um ato que se reflete da privacidade da pessoa, de forma menos invasiva e com menor difusão das informações íntimas da pessoa, mas sempre ligada a elementos de sua privacidade (DONEDA, 2014, p. 62).

Ao passo que surgiram os perfis em redes sociais digitais e, conseqüentemente, o cruzamento de dados pessoais, mediante a “etiquetagem” e categorização das pessoas, surgiu a teoria de que as pessoas possuem a faculdade, diga-se a capacidade, de dispor e escolher por revelar dados de sua privacidade, ou omiti-los, em todas as etapas da elaboração e uso dos mesmos (LORENZETTI, 2004, p. 90).

Um bom exemplo é a realidade das redes sociais digitais, em que as pessoas podem optar pela divulgação ou não de determinados dados, assim como autorizar ou não a utilização dos mesmos para pesquisas e divulgações de *marketing* que, posteriormente, lhe serão oferecidos com base em seus dados. À essa capacidade de escolha e disposição da pessoa, convencionou-se chamar de “direito à autodeterminação da informação”.

Ao considerar a esfera privada como um conjunto de ações, na qual o comportamento, as opiniões, as preferências, e as ações sobre as quais se pretende manter um controle exclusivo, passa-se a ter uma tutela específica, que se baseia em um novo direito, o direito à autodeterminação informativa. Este direito já está presente em diversos ordenamentos e estabelece condições ao controle de informações pessoais em circulação de forma efetiva. (DONEDA, 2000, p. 129).

Assim, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurada na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, ganhou nova linha de atuação diante do contexto de desenvolvimento tecnológico e proliferações dos dados em “bancos de dados” digitais que se espalham pela rede de internet. Este é o fundamento da tutela pela autodeterminação informativa.

Neste contexto, do direito à proteção de dados decorre o direito a proteção à vida privada. Ou seja, os dados pessoais compreendem as informações referentes à vida privada da pessoa e as informações quanto a sua vida profissional e pública. Deste modo, a proteção de dados pessoais e a privacidade possuem íntima ligação, interligadas com as concepções fundamentais da pessoa, no tocante a coleta, armazenamento, tratamento e transmissão de dados pessoais.

Portanto, a concepção de dados pessoais se desenvolve em razão dos bancos de dados, os quais coletam de forma exponencial informações. E esta coleta de informação começa a ter uma nova roupagem tanto em sua importância e complexidade, mas principalmente quanto a sua manipulação, da coleta e tratamento até a emissão da informação. Por consequência, esse aumento de armazenamento e comunicação de informações prolifera as formas pelas quais os dados podem ser apropriados e utilizados. Aumenta assim a sua importância e influência no dia a dia, o que se desenvolve em razão da evolução tecnológica, que, para Rodotà (1973, p.14) é “[...] a novidade fundamental introduzida pelos computadores e a transformação de informação dispersa em informação organizada”.

Os bancos de dados, promovem uma nova definição quanto aos direitos dos dados pessoais a essas informações pessoais e, em relação à própria pessoa. Cresce assim, o número de pessoas que podem ter acesso a esse conjunto de informações sobre terceiros, fazendo surgir a necessidade de legislações sobre proteção de dados que buscam regular o Estado Social e as entidades privadas possuidoras de uma imensa gama de informações.

Assim, ao tratar dos dados pessoais, remete-se à ideia de privacidade, a qual está associada à ideia de proteção necessária a este direito. Isso porque é por meio da imagem que a pessoa estrutura sua personalidade, com base nos elementos sociais. No entanto, o conceito de privacidade não é unívoco, como algo estático. Pelo contrário, a definição de privacidade passou por um desenvolvimento gradativo de modificação ligada às mudanças da sociedade. Ao passo que as relações sociais começaram a ter uma nova roupagem, o conceito de privacidade ficou sujeito a novas alterações com o decorrer do tempo.

O tratamento de dados pessoais é uma atividade de risco, que se concretiza na viabilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva desses dados, que por eventualidades se apresentem dados equivocados e traduzem erroneamente seu usuário, no emprego por terceiros sem o devido conhecimento do usuário. Diante disso, necessária à criação de mecanismos que oportunizem a pessoa ter conhecimento e controle sobre seus próprios dados, ao passo que são características da própria personalidade do titular. Por esta razão, a proteção de dados pessoais é apontada em numerosos ordenamentos jurídicos como uma ferramenta essencial para a proteção da pessoa humana e é tida como um direito fundamental (DONEDA, 2011).



Assim, surge uma nova concepção de privacidade, desta vez mais direcionada a informações e dados pessoais. Segundo Rodotà (2008, p.92), a sociedade de informação impõe uma configuração diferenciada com medidas funcionais e úteis quanto à privacidade, conferindo a possibilidade de uma pessoa “[...] conhecer, controlar, endereçar, interromper os fluxos de informações a ele relacionadas”. Deste modo, a privacidade vem a ser definida como o direito de manter o controle sobre as próprias informações.

Além do mais, não se pode negar que, por consequência dessa nova concepção de privacidade, gerou-se uma progressiva ampliação dos laços entre a esfera privada, abrangendo situações jurídicas relevantes não vistas antes, ultrapassando os atos e comportamentos da vida privada. Assim, potencializa-se a alternativa de tutela de escolhas e informações pessoais, as quais definem a personalidade de cada pessoa em um espaço de estruturação existencial e de escolhas/formas de estigmatização social.

Nesta esteira, “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado justamente pela liberdade das escolhas existenciais” (RODOTÀ, 2008, p.92). Evidentemente há uma evolução do conceito de privacidade na sociedade da informação, visto que permanecem certas características da privacidade, como a possibilidade da pessoa verificar, controlar ou interromper o fluxo de informações a seu respeito (RODOTÀ, 1995, p.19).

Diante dessa necessidade de proteção dos dados pessoais, o direito à privacidade ganha uma nova estrutura. Surge assim, a definição de privacidade como autodeterminação informativa, que proporciona a cada pessoa o controle a respeito do fluxo de suas próprias informações; e consiste também em uma ferramenta de conservação da própria esfera pessoal de personalidade que emerge uma proteção específica dos dados pessoais no meio digital. Como, explica Doneda (2006, p.203) a “temática da privacidade passa a se estruturar em torno da informação e, especificamente, dos dados pessoais”.

O que se desenvolve é o crescimento demasiado do processamento de dados em distintos locais e, em decorrência disso, uma proliferação na coleta, manipulação e armazenamento de dados no ciberespaço. Portanto, a “maior quantidade de informações disponíveis, a enorme facilidade e a maior escala de intercâmbio de informações, os efeitos potencializados das informações errôneas e a duração perpétua dos registros”. Estes são os cinco fatores que multiplicam os riscos a coleta de dados de forma eletrônica, conforme Martins (2014, p.265).

A internet traz múltiplas direções pelos quais se encontra o conhecimento ou a informação, fazendo com que a população compareça nos meios de comunicação. Assim, “usuários tornaram-se produtores de tecnologias e artífices de toda a rede” (CASTELLS, 2003, p.28). Pode assim dizer que a tecnologia usada pela internet gera riscos à privacidade das pessoas, por meio do rastreamento de informações acessadas por *cookies*, envio de mensagens não solicitadas (*spam*), entre outros meios. A nova atualidade, distinta do período em que os registros eram em papel, mostra que os computadores possuem a capacidade de coletar, armazenar, manipular, trocar e reter um número inimaginável de dados. Em que pese a recente aprovação da lei de proteção de dados, ainda não se tem uma instituição, seja ela pública ou privada, controlando



essas informações, podendo as mesmas serem coletadas e transferidas para as mais diversas finalidades ao redor de todo o mundo (MARTINS, 2014, p.266).

Necessário, portanto, uma proteção que seja adequada aos novos tempos, pela nova realidade que a privacidade e a proteção de dados estão passando. Apesar de sua flexibilidade, é importante que se tenha uma maior proteção à dignidade da pessoa humana e deferência à personalidade de cada pessoa, servindo como valores primordiais para a execução do sistema de coleta de informações na rede (TEPEDINO, 1999, p.473).

Conforme exposto, com a aprovação da LGDP iniciou-se uma mudança de comportamento no sentido de promover a garantia da privacidade e dos dados pessoais como direitos fundamentais na sociedade da informação. E estas mudanças são visíveis tanto no contexto público e privado, online e offline, promovendo assim um maior controle de dados aos seus titulares, a chamada autodeterminação informativa.

Cabe destacar, que este conjunto de regras se aplica a todas as atividades econômicas em que se tem a utilização de dados pessoais, ou seja, quase todos os modelos de negócios existentes. A lei atinge desde as grandes players do setor tecnológico, como a Google, Facebook, Instagram e WhatsApp, como as demais empresas que realizam coleta, processamento, uso e armazenamento de dados, como por exemplo seguradoras, corretoras, clínicas médicas, agências de viagens, startup, empresas de marketing digital, o complexo de análise de informações como nome, CPF, RG, e-mail, entre outras.

Desta forma, as empresas devem a começar a se adequar a LGDP e implementar medidas de conhecimento quanto ao tratamento de dados dos seus clientes. Pois, mesmo não estando em vigor a LGDP (agosto/2020), existem outras leis que regulam a proteção de dados pessoais no Brasil. Como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Constituição Federal (CF) e a Lei de Cadastro Positivo. Além destas normas regulatórias, o Ministério Público tem tido uma forte atuação na fiscalização da proteção de dados.

Dentre as medidas de adequação, as empresas precisam realizar uma coleta de dados de forma mais clara e de forma consentida pelo usuário. Pois, o fundamento da LGDP e o fornecimento do consentimento do seu titular de dados. Assim, as empresas precisam solicitar o devido consentimento do titular de dados, sobre a coleta e processamento de dados. Frisa-se que, mesmo com o consentimento do titular de dados ainda possui o direito de retificar, corrigir, apagar informações, além de retirar o consentimento. Acrescenta-se ainda que as empresas precisam adotar medidas técnicas e administrativas para a garantia da proteção de dados pessoais. E estas medidas devem ser eficazes, estando vedado o seu uso para fins discriminatórios e ilícitos.

E válido ressaltar, que estas medidas iniciam em mudanças internas nas empresas. Começando por um mapeamento de dados (*data mapping*) **já coletados**, de que forma foram coletados e tratados, a natureza e a finalidade de uso, ocorrendo principalmente esta atividade no setor de Recursos Humanos das empresas. Além de realizar aditamento a contratos de trabalho, plataformas digitais, entre outras. Para que obtenham o consentimento do usuário titular dos dados, no que for necessário.



Abaixo, segue exemplo de coleta de consentimento dos usuários para o processamento de dados da empresa da marca hotmart. A hotmart informa o uso dos cookies e o compartilhamento de dados com outras empresas.



Fonte: <https://www.hotmart.com/pt-BR>.

Na imagem a seguir, e de um Congresso brasileiro de contabilidade a Conbcon, que busca o consentimento do usuário se ele concorda com a política de proteção de dados de privacidade.

Fonte: <https://conbcon.com.br/>.

Cabe ressaltar que as empresas tradicionais são as que possuem mais dificuldades no processo de adaptação das normas da LGDP, pois se tem uma mudança significativa na rotina das empresas e além de estarem na ativa há mais de anos, tem-se uma demanda muito alta na catalogação de dados o que dificulta-se pela falta de organização dos dados. Já as startups em razão de terem uma estrutura mais flexível, possuem mais facilidade em adequar-se com a nova legislação.

E seja para empresas tradicionais ou não, duas mudanças serão certas para as empresas. A primeira, que terão de pedir o consentimento dos usuários para a coleta, uso e armazenamento de qualquer dado que não esteja previsto nas atividades do negócio da empresa. Ou seja, busca-se o consentimento expresso do usuário. A segunda mudança é fortalecer a prática de segurança da informação. Devendo as empresas documentar todas as informações solicitadas aos usuários, a justificativa da coleta, a quantidade de tempo que permanecerão armazenadas e quais medidas de segurança vai vigorar. Em empresas maiores, que realizam o monitoramento regular de dados, será necessário ter um diretor de proteção de dados.

Esclarece ainda, que as empresas não podem compartilhar, vender, ceder dados de seus clientes ou funcionários, com parceiros comerciais sem o devido consentimento do usuário de forma expressa e específica para esta finalidade. Destaca-se que além da LGDP o próprio Marco Civil da Internet, prevê o consentimento do usuário como indispensável para qualquer atividade de provedor de aplicação (sites e aplicativos).

E a ausência de regulamentação e descumprimento das normas de proteção dos dados trazidas pela LGDP, enseja, entre outras sanções uma multa de até 2% do faturamento anual da empresa independente do porte ou fluxo de dados tratados, possuindo um limite de R\$ 50 milhões por infração (artigo 52, inciso II, LGDP). Para evitar estas penalidade as empresas, recomenda-se a criação prévia e gradual de um regime de proteção de dados pessoais dos usuários, para minorar riscos e proteger as empresas do uso, armazenamento e compartilhamento de dados. Estas regulações iniciam-se por meio de assessoria jurídica especializada em proteção de dados, que analisa os riscos da segurança de informação e elabora normas de uso e política de privacidade nos termos da LGDP.

Portanto, e de suma importância que o empreendedor tenha conhecimento sobre a LGDP e inicie a adequação de sua empresa as normas da nova lei. Pois, as mudanças são necessárias no atual contexto da sociedade da informação.

4 CONCLUSÃO

Não se pode negar o caráter constitucional da LGDP e isso não pode ser negado ou negligenciado. Afinal, proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação, são valores essenciais à personalidade humana e aos direitos fundamentais.

E no decorrer do trabalho, constatou-se que foram alcançados os objetivos propostos. Verificou-se que a LGDP traz uma maior proteção à privacidade e aos dados pessoais, sendo uma ferramenta essencial para a proteção da pessoa humana e é tida como um direito funda-



mental, garantido assim um tratamento mais adequado e eficaz aos dados pessoais. E diante da vigência da LGDP está gera impactos diretos no setor empresarial, criando uma nova roupagem aos direitos do trabalhador e novas obrigações ao empregador.

Por fim, conclui-se que as mudanças trazidas pela LGDP são necessárias e elava a importância da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. E as empresas devem começar o quanto antes a adaptação, para que assim se torne mais fácil a transição e o cumprimento das normas, já que a lei entra em vigor em agosto de 2020. Pois, havendo alguma penalidade pelo descumprimento das normas da LGDP, poderá acarretar a inviabilidade de operação da empresa. E mais que uma penalidade, violar a proteção de dados pessoais. O que significa o descumprimento de Lei Fundamental, de um preceito maior.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Ecologia: uma narrativa inteligente para a proteção de dados pessoais nas cidades inteligentes. In: BARBOSA, Alexandre (Coord.). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro**: TIC governo eletrônico 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_eGOV_2017_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

_____. **Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Dispõe da proteção de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. **Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *Habeas Data*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 nov. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CONBICON. **Congresso online brasileiro de contabilidade**. Disponível em: <https://conbicon.com.br/area-doaluno/alterarCadastro>. Acesso em: 18 ago. 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108. jul./dez.2011.

_____. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. O Sistema da Privacidade e Proteção de Dados no Marco Civil da Internet. In: ARTESE, Gustavo (coord.) **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

HOTMART. **Marca Hortmart**. Disponível em: <https://www.hotmart.com/pt-BR>. Acesso em: 18 ago. 2019.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme. A Privacidade, a Proteção dos Dados e dos Registros Pessoais e a Liberdade de Expressão: Algumas Reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965/2014). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & Internet III** – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: QuartierLatin, 2015. p. 291-367.

MARTINS, Leonardo. (Org.). **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEYER-PFLUG, R. Samantha. LEITE, P. F. Flavia. A Liberdade de Expressão e o Direito à privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & Internet III** – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: QuartierLatin, 2015. p. 431-445.

PARLAMENTO EUROPEU. **Diretiva 95/45/CE**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em: 20 ago. 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Tecnologie e diriti**. Bologna: Mulino, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1712/1778. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado: introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado - 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

TEPEDINO, Gustavo. **Informação e privacidade**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. (Coord.). **Direito da propriedade intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Cultura Digital e Marco Civil da Internet: contradições e impedimentos jurídicos no acesso à informação. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Ferreira de. **Direito & Internet**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015.

ZANATTA, Rafael A. F. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: Os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & Internet III** – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: QuartierLatin, 2015. p. 447-467)





A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO: UM EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITOS AUTORAIS E LIVRE- INICIATIVA

Martina Gaudie Ley Recena¹

Luiz Gonzaga Silva Adolfo²

RESUMO: Com o advento da tecnologia, com uma globalização transfronteiriça, direitos autorais que não se limitam aos seus territórios de origem e as novas regras trazidas pela Diretiva Europeia, conhecida como *Digital Single Market*, que aspira justamente à formação de um mercado digital único, mister se faz a análise dessa proposição perante o ordenamento jurídico brasileiro, seja em razão dos seus efeitos extraterritoriais ou da possibilidade de replicar o seu conteúdo. Em razão das particularidades da Diretiva, optou-se por analisar somente a responsabilização dos provedores de conteúdo e a necessidade de utilização de filtros de conteúdo (filtros de *upload*). Para tanto, explicou-se brevemente como era o tratamento dispensado aos provedores de conteúdo antes da *Digital Single Market Directive* e as mudanças introduzidas por esta, para se analisar os tipos de filtros de conteúdo e, por fim, verificar a utilização desses filtros de conteúdo perante três direitos fundamentais: liberdade de expressão, direitos autorais e livre-iniciativa. Ao final do trabalho, conseguiu-se concluir que os três direitos fundamentais mencionados embasam fortemente os argumentos contra a adoção desses filtros, permanecendo somente o argumento arrecadatório de direitos autorais a seu favor.

Palavras-chave: Provedor de Conteúdo. Liberdade de Expressão. *Take Down Notice*

INTRODUÇÃO

O mundo já passou por três revoluções industriais: a 1ª revolução industrial (1760-1840) teve como quebra de paradigma a criação das máquinas a vapor; a 2ª revolução industrial (final do séc. XIX), a criação das linhas de montagem; a 3ª revolução industrial (década de 60), a criação do computador e a sua posterior popularização; e, atualmente, vivemos a 4ª revolução

¹ Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista integral CNPq, especialista em Direito Empresarial pela UniRitter, graduada em Direito pela PUCRS. Advogada. Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS).

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA (Gravataí/RS). 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). e-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br

industrial (séc. XXI) com o desenvolvimento da Inteligência Artificial, robótica, internet das coisas e outras mais. Com a tecnologia sendo encontrada em todos os lugares do cotidiano, o antigo ativo mais cobiçado entre as nações – petróleo – passa aos poucos a dar lugar às informações.

A junção de avançadas tecnologias com um grande número de informações que são disponibilizadas por usuários, predominantemente por intermédio de prestadores intermediários de serviços, também conhecidos como provedores de conteúdo, leva a diversos problemas que estão sendo vivenciados na atualidade. É nesse contexto que a Diretiva Europeia 2019/790 (*Single Digital Market Directive*) é editada, visando a regulamentar a proteção dos direitos autorais na internet.

O artigo em questão dará enfoque à responsabilização dos prestadores intermediários de conteúdo por violações de direitos autorais, regulamentada no artigo 17 da referida Diretiva. Para tanto, no capítulo 1, far-se-á uma apresentação do tratamento dado a tais prestadores de serviços antes da nova Diretiva e após a edição desta, demonstrando a indução do texto a utilização de filtros de conteúdo pelos prestadores intermediários de serviços. No capítulo 2, serão analisados os filtros mais comuns, visando a compreender as limitações desses *softwares*. Por fim, no capítulo 3, confrontar-se-ão os direitos fundamentais à liberdade de expressão, direito autorais e livre-iniciativa, tendo como principal objetivo analisar se os filtros de conteúdo devem ser utilizados ou não. A metodologia que será utilizada é a de revisão bibliográfica.

1 A DIGITAL SINGLE MARKET DIRECTIVE (DIRETIVA EUROPEIA 2019/790)

A Diretiva Europeia 2019/790 sobre direitos autorais e conexos no Mercado Digital Único, chamada de *Digital Single Market Directive (DSMD)*, que foi publicada em 17/05/2019, alterou o panorama legal existente com relação aos “prestadores de serviços de partilha de conteúdo em linha”³, ou somente “provedores de conteúdo”, previsto nas diretivas “*e-commerce*” (2000/31/EC) e “*information society*” (2001/29/EC).

A seção 4 da “*e-commerce Directive*” trata da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços (PIS), trazendo, em seus três primeiros artigos (arts.12, 13 e 14), três casos de exclusão de responsabilidade: (i) transmissão e faculdade de acesso; (ii) armazenagem temporária; e (iii) armazenagem em servidor. No primeiro caso, quando os prestadores intermediários de serviços prestarem serviço de transmissão, por intermédio de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou facultar o acesso a uma rede de comunicações, a sua responsabilidade sob as informações transmitidas não poderá ser invocada, desde que o prestador intermediário de serviços (i) não seja o originador da transmissão; (ii) não escolha o destinatário; e (iv) não selecione nem modifique as informações objeto da transmissão⁴, podendo os Estados-Membros da UE exigir do prestador intermediário de serviços uma forma de prevenção

³ Termo utilizado pela diretiva, sendo definido no art.2º (6) como “um prestador de serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direito de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos.”

⁴ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.12 (1).

ou que ponha termo à infração⁵. As atividades de transmissão e faculdade de acesso referem-se à armazenagem automática, intermediária e transitória, somente pelo período de duração necessário para a transmissão e com o fim único de execução dessa transmissão⁶.

O segundo caso refere-se à mesma conduta do primeiro, mas a armazenagem automática, intermediária e transitória será efetuada com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que o prestador intermediário de serviços (i) não modifique a informação; (ii) respeite as condições de acesso à informação; (iii) respeite as regras de atualização da informação; (iv) não interfira na informação com tecnologia, aproveitando-se para obter dados sobre a utilização da informação; e (v) atue diligentemente para remover ou impossibilitar o acesso à informação armazenada, assim que tiver conhecimento de que a informação foi deletada na fonte inicial ou teve seu acesso tornado impossível⁷. Novamente, a Diretiva permite que os Estados-Membros exijam do prestador intermediário de serviços uma forma de prevenção ou que ponha termo à infração⁸.

A última exclusão ocorre quando o prestador intermediário de serviços presta serviço de armazenagem de informação, desde que (i) não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e não tenha conhecimento de fatos ou circunstâncias que evidenciem essa ilegalidade da atividade ou informação; e (ii) atue diligentemente para retirar ou impossibilitar o acesso à informação, a partir do momento em que tomar conhecimento da ilegalidade⁹, salvo se o destinatário do serviço atuar para ou sob controle do prestador intermediário de serviços¹⁰. Do mesmo modo que as outras exceções, os Estados-Membros podem exigir do prestador intermediário de serviços uma forma de prevenção ou que ponha termo à infração, podendo, ainda, estabelecer disposições para a remoção ou para impossibilitar o acesso à informação¹¹.

Em seguida, a Diretiva estipula a “ausência de obrigação geral de vigilância”, que consiste na impossibilidade de os Estados-Membros imporem aos prestadores intermediários de serviços, na prestação dos serviços de transmissão e faculdade de acesso, armazenagem temporária e armazenagem em servidor, a obrigação geral de estes vigiarem as informações que transmitem ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. Assim, os prestadores intermediários de serviços não terão responsabilidade se sua atividade for “meramente técnica, automática ou de natureza passiva”, o que significa que os prestadores intermediários de serviços “não têm o conhecimento nem o controle sob a informação transmitida”¹².

⁵ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.12 (3).

⁶ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.12 (2).

⁷ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.13 (1).

⁸ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.13 (2).

⁹ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.14 (1).

¹⁰ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.14 (2).

¹¹ *E-commerce Directive* (2000/31/EC), art.14 (3).

¹² RIZZO, Elena. **Intellectual Property Rights Enforcement and the Internet: International and European Perspectives**. Dipartimento di Giurisprudenza. Cattedra Organizzazioni Internazionali. Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali. Disponível em: <https://tesi.luiss.it/14739/1/rizzo-elena-tesi-2015.pdf>



Contudo, o Considerando (47)¹³ explica que a impossibilidade de vigilância é ditada para um âmbito geral, não havendo impeditivo à imposição do dever de vigilância em casos específicos e claramente definidos e individualizados¹⁴.

Já a *Information Society Directive* visa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na sociedade da informação, prevendo, de forma muito ampla, a responsabilização dos intermediários. Segundo o artigo 8 (3)¹⁵, os Estados-Membros deverão prever uma medida jurídica a ser utilizada por detentores de direitos autorais em face de intermediários (provedores de conteúdo), quando seus usuários estiverem violando tais direitos. Consegue-se depreender, do texto do artigo, que o dever de vigilância quanto às violações encontra-se sob responsabilidade dos titulares dos direitos autorais, e não, dos prestadores intermediários de serviços.

A Diretiva prevê, ainda, a possibilidade de utilização de “medidas de carácter tecnológico” para o fim de impedir ou restringir atos violadores de direitos autorais, definindo-as – de forma resumida – como quaisquer tecnologias que se destinem a impedir ou restringir atos que não foram autorizados pelos titulares de direitos autorais¹⁶, tendo como principal exemplo os filtros de conteúdo.

O caso *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*¹⁷, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ilustra o que já foi trazido. O Tribunal de Justiça da União Europeia definiu que provedores de conteúdo não devem utilizar filtros de conteúdo (i) para todas as comunicações eletrônicas que passam pelos seus serviços, em particular as que envolvem o uso de software ponto a ponto (P2P); (ii) de forma indiscriminada para todos os seus consumidores; (iii) como uma medida preventiva; (iv) sob seu custo exclusivo; e (v) por um período indeterminado¹⁸. No mesmo caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que um dever geral de vigilância afronta a privacidade dos usuários e a sua liberdade de expressão¹⁹.

Em que pese a Diretiva 2019/790 apresentar, de forma expressa, que a aplicação das novas regras de responsabilidade dos provedores de conteúdo não implica uma obrigação geral

¹³ “Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais.”

¹⁴ MALOVIC, Nedim. **Presumed Innocent**: Should the law on online IP enforcement and ISP liability change? *In.*: Master in European Union Intellectual Property Law, Stockholm University.

¹⁵ “Os Estados-Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos.”

¹⁶ Art.6 (3): “quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito sui generis previsto no capítulo III da Diretiva 96/9/CE.”

¹⁷ *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, EU:C:2011:771

¹⁸ MALOVIC, op. cit. p.3.

¹⁹ MALOVIC, op. cit. p.3.



de monitorização (vigilância)²⁰, tais regras trouxeram grandes dificuldades para os provedores de conteúdo.

O polémico artigo 17 é iniciado definindo, como execução pública, o oferecimento ao público do acesso a obras ou outro material protegido por Direitos de Autor, pelos provedores de conteúdo²¹. Ou seja, *Youtube, Netflix, Google* e outros fazem execução pública ao disponibilizar conteúdos autorais. Quando ostentarem a qualidade de executores públicos (a grande maioria das vezes), os provedores de conteúdo não se beneficiarão da exceção prevista no artigo 14 (1) da *E-Commerce Directive* (Diretiva 2000/31/CE)²², ou seja, a ausência de conhecimento da ilicitude do conteúdo e a adoção das medidas cabíveis para retirada do conteúdo, no caso de armazenamento em servidor, não serão suficientes para eximi-los de responsabilização.

Ainda, os provedores deverão obter licença dos titulares de direitos autorais para disponibilizar as suas obras, mesmo que submetidas por usuários²³. Na ausência dessa licença, os provedores serão diretamente responsáveis pelas violações de conteúdo ocorridas, salvo se demonstrarem que (i) adotaram todos os esforços para obter a autorização; (ii) adotaram os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras, cujos titulares de direitos forneceram todas as informações pertinentes e necessárias; e (iii) agiram com diligência, após aviso suficientemente fundamentado (notificação) pelos titulares do direito que fornecerem as informações pertinentes e necessárias, no sentido de bloquear o acesso às obras ou retirá-las dos sítios e adotaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento²⁴.

Ao estabelecer a exigência (ii), percebe-se nitidamente a necessidade de adoção de filtro de conteúdo. Provavelmente, o mecanismo de atuação funcionará da seguinte forma: os titulares de direitos fornecerão informações sobre as obras aos prestadores intermediários de serviços, que criarão um banco de dados com essas informações, que, por sua vez, alimentarão um filtro de conteúdo. No caso de esse filtro cometer algum erro, a exigência (iii) prevê a adoção do *notice and take down* e a alimentação do filtro – que errou – com esse novo dado.

No que se refere ao serviço de armazenagem em servidor (terceiro caso de exclusão abordado acima), percebe-se que, na prática, haverá uma inversão da lógica da responsabilidade, com a conseqüente imposição de um dever geral de monitorização (vigilância), na medida em que não se aplicará a eles a exceção prevista no artigo 14 (1) da *E-Commerce Directive*. Isto é, os provedores serão forçados a agir ativamente, analisando os conteúdos submetidos; caso contrário, responderão pelas possíveis violações.

Quanto aos demais serviços – transmissão e faculdade de acesso e armazenagem temporária –, não haverá essa necessidade de agir, supostamente, pois poderão usufruir as exceções previstas nos artigos 12 (1) e 13 (1) da *E-Commerce Directive*.

²⁰ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (8).

²¹ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (1).

²² Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (3).

²³ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (2).

²⁴ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (4).



Com relação ao licenciamento, os provedores de conteúdo deverão firmar contratos de licenciamento com as gravadoras, estúdios, entre outros, que representam os autores a elas vinculadas, para evitar a responsabilização. Contudo, os pequenos estúdios e gravadoras, assim como os autores que não se valem dessa estrutura sairão prejudicados, pois terão de adotar o comportamento ativo desnecessário aos demais, fortalecendo, assim, ainda mais, essas grandes estruturas já formadas²⁵.

A Diretiva suaviza as regras previstas quando se tratar de prestador intermediário de serviços constituído a menos de 03 (três) anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de euros. Para essas empresas, caso não haja o licenciamento, será suficiente demonstrar que adotaram os esforços necessários para obtê-lo e que agiram com diligência, após aviso suficientemente fundamentado pelos titulares do direito, no sentido de bloquear o acesso às obras ou retirá-las dos sítios, para se eximirem da responsabilização por eventual violação de direitos autorais²⁶. No caso de essas empresas terem o número de visitantes mensal médio superior a 5 milhões, tais empresas passam a ter a obrigação de demonstrar que empregaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos da mesma obra ou de obras objeto de notificação sobre as quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias.

O artigo prevê, ainda, que a cooperação entre prestadores intermediários de serviços e titulares de direitos autorais para evitar violações não impede o envio de conteúdo abrangido pelas exceções e limitações aos direitos autorais por usuários. Nesse sentido, previu que os Estados-Membros deverão assegurar que os usuários, ao carregar e disponibilizar conteúdos, possam invocar as exceções de (i) citações, crítica e análise; e/ou (ii) utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche.

Em razão desse dever de cooperação entre prestadores intermediários de serviços e titulares de direitos autorais, aqueles deverão facultar a estes a prestação de informações sobre o funcionamento das práticas de indisponibilização de determinadas obras, conforme previsto no art. 17 (4). E, no caso de licenciamento, os prestadores intermediários de serviços deverão, a pedido dos titulares de direitos autorais, prestar informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelas licenças.

Assim, percebe-se o nítido caráter de cooperação entre prestadores intermediários de serviços e titulares de direitos autorais, segundo o qual ambos devem firmar contratos de licenciamento de direitos autorais e, na ausência destes, os titulares de direitos autorais deverão prestar todas as informações pertinentes e necessárias, para que, então, o prestador intermediário de serviços haja diligentemente no sentido de bloquear conteúdos violadores e impedir o seu recarregamento. Se essa cooperação não ocorrer, haverá a responsabilização dos prestadores intermediários de serviços, o que dá margem à discussão quanto a uma culpa concorrente, em razão da obrigação dos titulares de direitos autorais de prestarem informações.

²⁵ KRETSCHMER, Martin. **European Copyright Reform: Is it possible?** *In.*: re;publica. *Online*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZyujNlpxu9k>. Acesso em 08 set. 2019.

²⁶ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (6).

Ressalta-se que a esse regramento acrescenta-se a exclusão prevista nos artigos 12 e 13 da *E-Commerce Directive*, que se referem à responsabilidade do provedor nos casos de transmissão e faculdade de acesso e de armazenagem temporária, conforme visto acima.

Por fim, o artigo 17 estipula que os Estados-Membros deverão prever a obrigação dos prestadores intermediários de serviços de criarem um mecanismo de reclamação e recurso eficaz e rápido, disponível aos utilizadores de seus serviços, em casos de litígio sobre o bloqueio ou remoção de acesso a obras protegidas. Nesses casos, a solicitação feita pelo titular de direitos autorais deve ser justificada (notificação) e a decisão quanto ao bloqueio ou remoção estará sujeita a controle humano. Os Estados-Membros assegurarão um mecanismo de resolução extrajudicial de litígios, sem prejuízo aos recursos judiciais necessários²⁷.

Segundo KRETSCHMER, os prestadores intermediários de serviços receberão a notificação e procederão nos mesmos moldes do previsto na *E-Commerce Directive*, ou seja, retirarão a obra e previnirão para que ela não seja enviada (*upload*) novamente, o que significa que os prestadores intermediários de serviços deverão ter um banco de dados dessas violações para alimentar um filtro de conteúdo,²⁸ que fará uma análise antes de colocá-las online.

A necessidade de adoção desse filtro não está expressa na redação da Diretiva aprovada, mas é a conclusão chegada por diversos doutrinadores. Essa interpretação decorre muito do texto original da proposta legislativa, que previa a obrigatoriedade de utilização de medidas que assegurassem o funcionamento da cooperação entre os prestadores intermediários de serviços e autores, citando, como exemplo dessas medidas, “o uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdos”²⁹.

Inclusive, Günther Oettinger³⁰ afirmou, antes da aprovação da Diretiva, a desnecessidade de filtros de conteúdo para implementação do artigo 17, discurso que mudou poucos dias após a aprovação, reconhecendo a necessidade de adoção desses filtros³¹.

O caso em que a utilização dessas tecnologias é evidente é o dos prestadores intermediários de serviços que só prestam serviço de armazenamento, como *Dropbox*, em que

²⁷ Digital Single Market Directive (2019/790), art.17 (9).

²⁸ KRETSCHMER, op. cit. p. 5.

²⁹ SWD(2016) 301 final. Art.13 (1): “Os prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e facultam ao público acesso a grandes quantidades de obras ou outro material protegido carregados pelos seus utilizadores devem, em cooperação com os titulares de direitos, adotar medidas que assegurem o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos relativos à utilização das suas obras ou outro material protegido ou que impeçam a colocação à disposição nos seus serviços de obras ou outro material protegido identificados pelos titulares de direitos através da cooperação com os prestadores de serviços. Essas medidas, tais como o uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdos, devem ser adequadas e proporcionadas. Os prestadores de serviços devem facultar aos titulares de direitos informações adequadas sobre o funcionamento e a implantação das medidas, bem como, se for caso disso, sobre o reconhecimento e a utilização das obras e outro material protegido.” Disponível em: content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593

³⁰ Comissário da União Europeia para Economia Digital e Sociedade.

³¹ KARPF, David. **EU Commissioner Gunther Oettinger Admits: Sites Need Filters To Comply With Article 13.** *In.*: *techdirt*, 03 abr. 2019. Disponível em: <https://www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eu-commissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml> Acesso em 08 set. 2019.



a ausência de conhecimento da ilicitude do conteúdo e a adoção das medidas cabíveis para retirada do conteúdo não serão suficientes para eximi-los de responsabilização. Nesses casos, é evidente que filtros de conteúdo serão adotados no intuito de, pelo menos, reduzir a sua responsabilização.

A necessidade ou não dessa utilização tem gerado polêmica em razão de sua alegada incapacidade, principalmente frente a limitações aos direitos autorais, que bloquearia conteúdos indevidamente (são conhecidos como falsos positivos), gerando uma censura prévia. Todavia, por se tratar de instituto tecnológico, os filtros de conteúdo são aperfeiçoados diariamente. Não existe, portanto, uma classificação rígida dos tipos de filtros existentes, de modo que se adotará a apresentada por NICOLETTI.

2 OS FILTROS DE CONTEÚDO

NICOLETTI³² aponta 06 (seis) tipos de filtro de conteúdo para internet: (i) lista de palavras proibidas (*banned word lists*); (ii) bloqueio de URL; (iii) bloqueio de categorias (*category block*); (iv) filtros *bayesian*; (v) pesquisa segura integrada para mecanismos de pesquisa com rótulo de conteúdo (*safe search integration to search engines with content labeling*); e (vi) filtro de conteúdo baseado em imagem (*content-based image filtering – CBIF*).

O filtro de “palavras proibidas” bloqueia o acesso a conteúdos com base na identificação de palavras-chave pré-definidas como ofensivas. Ressalta-se que esse tipo de filtro não tem capacidade de fazer uma análise semântica da frase, sendo suficiente a aparição de determinado número preestabelecido de correspondência entre as palavras³³. O filtro de bloqueio de URL consiste na comparação do URL em avaliação com URLs em uma lista de permitidos ou de proibidos (*black list approach* ou *white list approach*). Essas listas são preenchidas de forma manual e, portanto, são falhas.

O bloqueio de categorias “utiliza serviços externos que ajudam a manter atualizados os sites suspeitos, contando com servidores de categorias da web que contêm as classificações de URL mais recentes para realizar a filtragem da web.”³⁴

O filtro *bayesian* é baseado na probabilidade de ocorrência de determinadas frases e palavras em determinados sites. Assim, quando uma palavra é muito utilizada em um site de pornografia, por exemplo, ao identificar aquela palavra o filtro bloqueará o site, presumindo tratar-se de site pornográfico. Esse filtro também se baseia em um banco de dados que é alimentado manualmente. A pesquisa segura integrada para mecanismos de pesquisa com rótulo de conteúdo

³² NICOLETTI, Peter. **Content Filtering**. In.: Computer and Information Security Handbook. John R. Vacca (editor). Morgan Kaufmann Publishers, 2009.

³³ FONG, A.C.M.; HUI, S.C.; LEE, P.Y. **XFighter**: an intelligent web content filtering system. In.: Kybernetes Vol. 38 No. 9, 2009, pp. 1541-1555. Disponível em: <https://www-emerald.ez94.periodicos.capes.gov.br/insight/content/doi/10.1108/03684920910991522/full/pdf?title=xfighter-an-intelligent-web-content-filtering-system>

³⁴ NICOLETTI, op. cit. p. 09.

é um sistema de classificação de conteúdo para autorregular os provedores de conteúdo on-line. Exemplos desse filtro são o ICRA e o RTA.

Por fim, o filtro de conteúdo baseado em imagem adota um método que consiste em examinar a própria imagem em busca de padrões de tons de pele, para a imagem restante ser automaticamente segmentada e computadorizar-se a sua assinatura virtual. Após, compara-se a assinatura virtual com uma referência pré-determinada. Havendo 70% de similaridade, a imagem será rejeitada, ficando a similaridade entre 40% e 70%, o caso será submetido à análise humana.

Conforme VIEIRA JÚNIOR e outros³⁵, as filtragens por URL e por palavra-chave são totalmente ineficientes, visto que basta alterar o URL e o título do filme, por exemplo, que a filtragem não surtirá qualquer efeito prático para fins de bloqueio. Os autores afirmam que, além de ser ineficaz, a filtragem por conteúdo normalmente extrapola os limites específicos para os quais foi implementada e afeta diretamente a neutralidade da rede³⁶.

Das classificações trazidas, a mais importante é a “análise inteligente de conteúdo”, que aprende por intermédio de exemplos que lhe são dados, podendo compreender o contexto semântico da frase. Esse filtro merece especial atenção em razão da possibilidade de se detectar contexto crítico, citação ou paródia, elencados como exceção aos direitos autorais na Diretiva 2019/790 e em diversas legislações, como a lei n. 9.610/98 no Brasil.

O referido filtro, como a sua explicação já faz subentender, é baseado em *machine learning* ou Inteligência Artificial (IA). A maioria desse tipo de sistema precisa ser alimentada por um número extremamente alto de informações (dados) para poder, então, aprender e melhorar em determinada tarefa³⁷. Essa atividade é chamada de *training data*.

Pode-se afirmar que, atualmente, há 08 (oito) tipos de Inteligência Artificial, que são: (i) *Supervised machine learning*; (ii) *Unsupervised machine learning*; (iii) *Semi-supervised learning*; (iv) *Reinforcement learning*; (v) *Multi-task learning*; (vi) *Ensemble learning*; (vii) *Neural network*; e (viii) *Instance based learning*³⁸. Cada um desses tipos possui subcategorias, conforme organograma:

³⁵ VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá. Neutralidade na Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o bloqueio do site YouTube no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 50-78, set. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41650>. Acesso em: 11 Set. 2019.

³⁶ A preservação e garantia da neutralidade da rede é um dos princípios arrolados no Marco Civil da Internet (lei 12.965/14, art.3º, IV).

³⁷ LEVENDOWSKI, Amanda. How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem. *In.*: **Washington Law Review**, 579 (2018). Disponível em: Levendowski, Amanda, How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem (July 24, 2017). 93 Wash. L. Rev. 579 (2018).

³⁸ DEY, Ayon. Machine Learning Algorithms: A Review. *In.*: **International Journal of Computer Science and Information Technologies**, vol.7(3), 2016, 1174-1179.



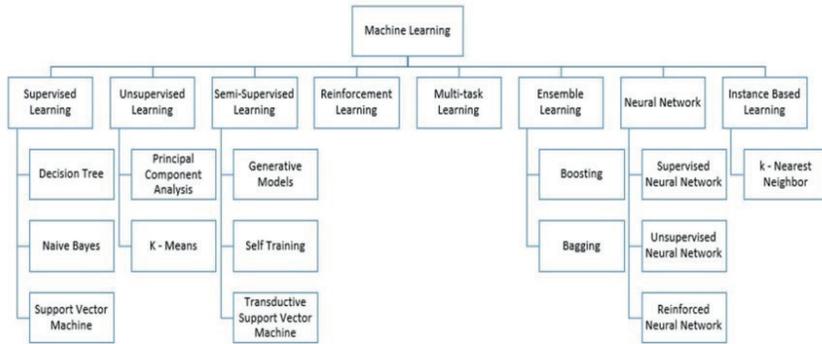


Fig. 1. Types of Learning [2] [3]

Fonte: DEY, Ayon. Machine Learning Algorithms: A Review. In.: *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, vol.7(3), 2016, 1174-1179

Como o objetivo do presente trabalho não é apresentar os tipos de Inteligência Artificial existentes, mas sim, dentro do possível, verificar a capacidade da Inteligência Artificial de identificar as limitações aos Direitos Autorais – maior preocupação da doutrina –, deixar-se-á de abordar os tipos de Inteligência Artificial, passando-se direto para o tipo *Neural Network* ou Redes Neurais.

As Redes Neurais (RN) são assim nominadas porque o seu processo de funcionamento imita o processo de funcionamento dos neurônios humanos. O cérebro humano é composto por neurônios que são formados por dendritos, núcleos, axônio e corpo celular. Os dendritos são responsáveis pela recepção de sinal elétrico (*input*), o corpo celular processa esse sinal e o axônio carrega esse sinal processado para o próximo dendrito (*output*). As redes neurais são formadas por “perceptrons”, onde as informações são recebidas pelo *input layer*, processadas pelo *hidden layer* e repassadas pelo *output layer* ao próximo *input layer*³⁹. Assim, cada um desses “perceptrons” sabe quando e como reagir a um *input* específico, aprendendo por intermédio de um mecanismo de tentativa e erro, e, conjuntamente ao sistema de operação, direciona a ação de toda a máquina⁴⁰.

Segundo YANISKY-RAVID⁴¹, a inteligência artificial tenta identificar similaridades, padrões ou conexões escondidas na informação que lhe foi apresentada, podendo esta ter sido fornecida por um ser humano ou por outra Inteligência Artificial. O que chama a atenção é que não há uma programação explícita para essa identificação de padrões, ou seja, a inteligência artificial não foi informada sobre como ela deve analisar.

E, ainda, o autor afirma que, em razão desse funcionamento, a Inteligência Artificial pode criar padrões e similaridades que “podem não ser claros ou perfeitamente compreensíveis

³⁹ DEY, op. cit. p.10.

⁴⁰ YANISKY-RAVID, Shlomit. GENERATING REMBRANDT: Artificial Intelligence, Copyright and Accountability in the 3a era – The Human-like authors are already here – a new model. In.: *Michigan State Law Review*, vol. 659. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4767/b4548fdd3aeb54353eb78e6f10bb7f0f6eae.pdf>. Acesso em 12 set. 2019.

⁴¹ YANISKY-RAVID, op. cit. p.12.

para os seus programadores, treinadores ou aqueles que ativamente operam o programa”. Essa característica traz imprevisibilidade ao sistema, de modo que, na primeira fase do processo, a Inteligência Artificial deve ser instruída de forma a representar os padrões morais e éticos da sociedade – o que por si só já é polêmico.

No âmbito do direito de autor, coloca-se em dúvida já a primeira fase da Inteligência Artificial, pois a definição de quais dados alimentarão o sistema depende diretamente de quem está alimentando-o. Questiona-se se os dados informados serão os dados de casos já julgados por tribunais, se será necessário que um advogado especializado na área pré-seleccione tais dados, entre outras dúvidas.

Ainda, se os padrões podem não ser compreensíveis aos próprios programadores da Inteligência Artificial, como saber se esses padrões correspondem às respectivas leis de direitos autorais de cada país, ou seja, como controlar os padrões aplicáveis? Ficaremos órfãos de um “controle de qualidade” e, por consequência, acreditaremos cegamente na Inteligência Artificial, que, em seu início, foi desenvolvida pelo ser humano, ser errante? Ou aceitaremos, então, que a Inteligência Artificial, em última análise, pode errar, decidindo-se quanto à convivência com esse erro e posterior indenização ou não?

Comparando-se a relação existente entre redes neurais e limitações aos direitos autorais com a relação entre seres humanos e limitações aos direitos autorais, em ambos os casos, há margem para erro, não sendo possível auferir uma comparação direta entre o desempenho de uma e outra por outro meio que não por um estudo específico. A maior diferença aparenta ser a possibilidade de maior conhecimento quanto aos critérios empregados pelo ser humano quando da análise de tais limitações em contrapartida à possibilidade de não se saber quais critérios a Inteligência Artificial está adotando para fazer a análise em questão. Talvez, com o avanço da tecnologia, tais padrões possam ser mais facilmente identificáveis; no entanto, no atual cenário, a opção pela avaliação humana traz mais segurança quanto a pontos tão sensíveis e subjetivos.

Excluindo os filtros facilmente manipuláveis, como visto acima, e voltando-nos aos filtros baseados em Inteligência Artificial, tem-se que, de qualquer forma, seja por um software ou por uma pessoa física, a adoção de filtros acarretará um controle prévio do conteúdo que será disponibilizado pela plataforma. Nesse âmbito de discussão, tendo como base o ordenamento brasileiro, encontramos-nos em um conflito entre três direitos fundamentais: liberdade de expressão, direitos autorais e livre-iniciativa, questionando-se até onde vai a esfera de proteção de cada um.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITOS AUTORAIS *VERSUS* LIVRE-INICIATIVA

Apresenta-se, neste caso, um conflito tríptico de direitos fundamentais, pois temos (i) o interesse dos autores em ter suas obras protegidas e receberem a adequada remuneração pelos seus usos; (ii) o interesse dos usuários de se expressarem livremente, muitas vezes, utilizando,



parcial ou integralmente, obras de terceiros; e (iii) o interesse dos provedores de conteúdo, que se utilizam da livre-iniciativa e consequente não intervenção estatal nas relações privadas (como regra) para atuar livremente.

A liberdade se traduz em diversas liberdades específicas, estando, entre elas, a liberdade de expressão. MACHADO⁴² separa a liberdade de expressão em duas dimensões: a substantiva, que seria “a liberdade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la” e a instrumental, que se equipara à “possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”.

Na liberdade de expressão, encontra-se a liberdade de expressão da “atividade intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”⁴³, que é fundamento da proteção conferida aos autores e inventores. Com base na liberdade de expressão intelectual, em sua faceta instrumental, chega-se às criações estéticas ou utilitárias, protegidas pelos Direitos Autorais e pela Propriedade Industrial, institutos elevados ao nível de direito fundamental pela Carta Magna.

A Constituição Federal protege os direitos autorais em suas duas dimensões. A dimensão patrimonial do direito autoral está prevista no artigo 5º, inciso XVII e XVIII, onde se atribui ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras, sendo assegurada, ainda, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, bem como o direito de fiscalização do proveito econômico de suas obras, devendo ter sempre presente a sua função social. A dimensão moral encontra respaldo no artigo 5º, X, que protege os direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem).

Além de ser fundamentado pela liberdade de expressão intelectual, os Direitos Autorais também possuem respaldo na liberdade de expressão artística, prevista no artigo 220 da Constituição Federal. A preocupação do legislador originário com a liberdade de expressão era tamanha – claramente frente ao contexto sócio-político que o Brasil havia enfrentado entre 1964 e 1985 – que no parágrafo segundo do referido artigo positivou a vedação a qualquer tipo de censura, seja de natureza política, ideológica ou artística.

A censura é definida por DANTAS⁴⁴ como “a verificação, anterior à publicação, da compatibilidade entre um pensamento que se quer exprimir e o ordenamento jurídico vigente”. MACHADO⁴⁵ entende a censura prévia como “restrição prévia à liberdade de expressão realizada por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo.” Não se pode concordar com essa definição em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, não há necessidade de que esse controle prévio seja feito por uma autoridade administrativa para configurar censura.

⁴² MACHADO, Jonas. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

⁴³ Constituição Federal, art.5º, IX: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁴⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2013.

⁴⁵ MACHADO, op. cit. p. 12.

Para DANTAS, a censura é sempre prévia; caso contrário, tratar-se-ia de “repressão”, mas SARMENTO⁴⁶ entende que a censura também pode ter uma conotação mais ampla e abarcar um momento posterior ao ato, como, por exemplo, a apreensão de livros após a sua publicação. Contudo, em razão do tema abordado, vamos nos deter ao conceito de censura prévia aqui apresentado.

Fazendo uma análise conjunta das definições de DANTAS e MACHADO, pode-se afirmar, então, que “censura” é qualquer tentativa de análise pretérita de ato, para verificação de cumprimento legal, que resulta na vedação à vinculação de conteúdo. E, acrescenta-se, podendo ser cometida por qualquer pessoa (pública ou privada; física ou jurídica).

Como se o confronto entre os direitos fundamentais suprarreferidos não fosse suficientemente polêmico, acresce-se a esse o princípio constitucional da livre-iniciativa, previsto como fundamento da República e como princípio da ordem econômica, com força de princípio fundamental. Em voto de lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello, na ADPF nº46, há definição de livre-iniciativa como sendo o direito de ser lançado ao mercado de produção de bens e serviços⁴⁷.

Dessa forma, a livre-iniciativa é a concretização de uma das facetas do direito fundamental de liberdade, na medida em que assegura a liberdade dos agentes econômicos de produzir e colocar produtos no mercado. Porém, essa liberdade, assim como as demais, não é absoluta, de modo que não pode ser invocada para afastar regras do mercado e de defesa do consumidor⁴⁸.

Da mesma forma que não pode ser utilizada para afastar regras de mercado, a livre-iniciativa não pode ser utilizada para criar situações artificiais de mercado; nesse sentido, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão afirmando que o princípio da livre-iniciativa “veda a adoção de medidas que se destinem direta ou indiretamente à manutenção artificial de postos de trabalho, em detrimento das reconfigurações de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento⁴⁹”. É dizer, a livre-iniciativa é fundamento para as novas formas de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento.

Com base no exposto, compreende-se que o *upload* de conteúdo em plataformas que prestam serviços de disponibilização de conteúdo (“prestadores de serviços de partilha de conteúdo em linha” ou “provedores de conteúdo”) constitui meio adequado de divulgação do pensamento, independentemente do seu conteúdo, enquadrando-se, portanto, como liberdade de expressão instrumental.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Art.5º, IX. *In.*: **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck (Coord. Científica). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁴⁷ A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e riscos próprios, bem como o direito de fazer cessar tal atividade. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e para colocar os produtos no mercado, o que também implica o respeito ao princípio da livre concorrência. (...)

⁴⁸ O princípio da livre-iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. [RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005.] = AI 636.883 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 1º-3-2011

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 839.950. Relator Ministro Luiz Fux. Informativo 921, Tema 525.



A utilização de filtro de conteúdo se enquadra como censura prévia, na medida em que é tentativa de análise pretérita do conteúdo objeto de *upload*, para verificação do cumprimento da legislação autoral, podendo resultar na vedação à vinculação de conteúdo. Nota-se que o foco do enquadramento não está no fato de o controle ser feito por um software, mas sim, por haver um controle, de modo que, se esse filtro pretérito fosse feito por uma pessoa física, também haveria censura.

Ainda, o artigo 5º, XVII, da Constituição Federal confere ao autor o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras, lógica constitucional que seria invertida caso fosse implementado um direito geral de vigilância, que, em última análise, obrigaria os provedores de conteúdo a fiscalizarem o aproveitamento econômico das obras de terceiros.

Considerando que os provedores de conteúdo se encontram em uma lógica de economia de compartilhamento, novo modelo diretamente relacionado com o desenvolvimento da tecnologia e da sociedade da informação, tendo esta como característica intrínseca as infindáveis potencialidades de difusão de obras intelectuais⁵⁰, a livre-iniciativa se apresenta como fundamento para a reconfiguração do mercado necessária à inovação e ao desenvolvimento econômico. Ou seja, o modelo de prestação de serviço dos provedores de conteúdo é inovador e benéfico ao desenvolvimento econômico, de modo que a livre-iniciativa serve como fundamento para afastar a obrigatoriedade de utilização de filtros.

A Diretiva europeia exige que haja o licenciamento das obras, o que, em tese, está em perfeita consonância com os ditames do Direito Autoral. Entretanto, como já expresso no tópico 1, essa obrigatoriedade, no contexto em que é imposta, é prejudicial em suas duas facetas: (i) se for negociada de forma individualizada – com cada autor – será inviável, em razão da dificuldade de identificação, localização e/ou contato com estes; e (ii) se negociada de forma coletiva – por intermédio de editoras, gravadoras e produtoras, por exemplo, – prejudicará os autores que não se valem dessa estrutura e a fortalecerá, possibilitando que estas aumentem o seu poder perante os autores, o que interfere diretamente na barganha sobre os direitos autorais.

Dessa forma, com a intenção de proteger os autores, a Diretiva acaba prejudicando os autores menos populares ou iniciantes, que se utilizam de meios diversos, e não as grandes estruturas já estabelecidas há anos, para divulgar o seu trabalho. Portanto, com o propósito de privilegiar o Direito de Autor em detrimento da liberdade de expressão, a diretiva acaba prejudicando muitos autores.

Conforme exposto no tópico 1, provavelmente os titulares de direitos fornecerão informações sobre as obras aos prestadores intermediários de serviços, que criarão um banco de dados com essas informações, que, por sua vez, alimentarão um filtro de conteúdo – o que já ocorre com o *Content ID*, como será visto adiante. No caso de esse filtro cometer algum erro, a exigência (iii) prevê a adoção do *notice and take down* e a alimentação do filtro – que errou – com esse novo dado.

⁵⁰ WACHOWICZ, Marcos. In.: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Coord.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap.19, p.289-305.

Se a dinâmica de funcionamento se concretizar conforme a forma narrada acima, ter-se-á os titulares de direitos autorais, de forma indireta, alimentando os filtros de conteúdo disponibilizados pelos prestadores intermediários de serviços, i. é, o dever geral de vigilância permanecerá com os autores, havendo um dever específico de vigilância pelos prestadores intermediários de serviços quanto às informações fornecidas pelos titulares de direitos autorais.

Com relação à proteção da liberdade de expressão, a Diretiva prevê o controle humano no caso de bloqueio de acesso a conteúdo oriundo do mecanismo de *notice and take down* e que os Estados-Membros assegurarão a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Essas previsões demonstram a opção pela prevalência do Direito Autoral sobre a liberdade de expressão feita pela Diretiva.

Com relação à livre-iniciativa, a ideia de que filtros de conteúdo são sistemas que demandam vultosos investimentos, que ensejariam graves riscos à liberdade de expressão, e que “não fariam distinção entre utilizações permitidas, como paródias e memes, e as violações de direito autoral que se pretende coibir.”⁵¹ divulgada por Susan Wojcicki, presidente executiva da YouTube, e por outros passou a ser replicada como verdade absoluta. Ocorre que, como visto no tópico anterior, os filtros baseados em inteligência artificial do tipo “redes neurais” são capazes de fazer essas distinções, com possibilidade de erros, cuja comparação com a possibilidade de erro humano ainda não foi feita. Assim, não se pode afirmar com certeza se um filtro de conteúdo dessa espécie é mais confiável ou menos que um ser humano.

O problema maior reside na alimentação desses filtros, visto que qualquer tipo de inteligência artificial sofrerá uma alimentação inicial. O *Content ID*⁵², de desenvolvimento e propriedade do YouTube, tem sido o principal alvo de críticas por acusar diversos falsos positivos⁵³. Em 2018 a plataforma lançou um novo filtro, chamado *Copyright Match*, que apesar de ter um procedimento semelhante ao *Content ID*, diferentemente desse não possui uma base de dados para comparação e as notificações são feitas para o primeiro utilizador que tiver publicado o vídeo copiado e, não, a quem alega ser o titular⁵⁴.

Ainda, há casos que demonstram claramente a insuficiência desses filtros, como o em que um músico australiano publicou um vídeo de dez horas sem imagem e sonorizado com ruído branco, que é “uma junção de acordes que resulta num som similar ao de um antigo canal

⁵¹ PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa de. **A polémica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral.** *Online.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral>. Acesso em 18 set. 2019.

⁵² O Content ID é “uma funcionalidade que analisa todos os vídeos do YouTube para os comparar com uma extensa base de dados de conteúdo protegido por direitos de autor. A base de dados contém obras enviadas ao YouTube por estúdios de cinema, editoras de música, produtoras de televisão e outras entidades, que são notificadas quando é detectada alguma infração.” *In.*: PEREIRA, João Pedro. **YouTube cria nova ferramenta para proteger direitos de autor.** *Online.* Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/07/12/tecnologia/noticia/youtube-cria-nova-ferramenta-para-protger-direitos-de-autor-1837760>. Acesso em 18 set. 2019.

⁵³ Falsos positivos são ocorrências em que o sistema indica a existência de violação de direitos autorais, mas a prática está coberta por uma das exceções legais, por exemplo.

⁵⁴ PEREIRA, João Pedro. **YouTube cria nova ferramenta para proteger direitos de autor.** *Online.* Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/07/12/tecnologia/noticia/youtube-cria-nova-ferramenta-para-protger-direitos-de-autor-1837760>. Acesso em 18 set. 2019.



de televisão fora do ar” e recebeu 05 (cinco) reclamações de violação de direitos autorais, por intermédio do *Content ID*, sendo que pelo menos uma dela teria sido feita por algoritmos da própria plataforma⁵⁵.

O *Content ID* utiliza a tecnologia de *Fingerprints*⁵⁶, que consiste na identificação de trabalhos originais mesmo quando foram feitas alterações, pois analisa o conteúdo, e não, o arquivo. As ferramentas mais avançadas dessa tecnologia são capazes de reconhecer a melodia em uma gravação *cover*⁵⁷. Outras tecnologias do gênero são *Hashing*⁵⁸ e *Watermarking*⁵⁹. Mesmo adotando essa tecnologia, como visto, o *Content ID* comete diversos erros, muitas vezes, gritantes e que jamais seriam cometidos por humanos, como é o caso do músico australiano, recém-narrado.

Em contrapartida, há notícias de que o YouTube teria gasto aproximadamente 100 milhões de dólares no desenvolvimento e aperfeiçoamento do *Content ID* até final de 2018, tendo arrecadado para titulares de direitos autorais aproximadamente 2 bilhões de dólares⁶⁰. Contudo, não há divulgação de como esse valor é dividido entre grandes gravadoras e artistas independentes.

Se considerarmos tão somente a liberdade de expressão, o resultado seria a proibição da utilização dos filtros de conteúdo por configurarem censura. Com base na livre-iniciativa, os filtros também seriam refutados, pois são um empecilho à colocação de serviço no mercado, prejudicando uma reconfiguração deste frente à inovação e ao desenvolvimento tecnológico.

O único direito fundamental dentre os três em conflito que pode sustentar a utilização dos filtros de conteúdo é o direito de autor, que, mesmo assim, é controverso, em razão dos flagrantes erros cometidos e de atender de forma mais satisfatória às estruturas de mercado já organizadas, em detrimento de autores que não participam dessas organizações.

Assim, há argumentos suficientes para refutar a utilização dos filtros de conteúdo com base na liberdade de expressão, na livre-iniciativa e nos direitos autorais. Como será resolvida a questão quanto ao controle e arrecadação de direitos autorais não se sabe, mas, ao que o exposto indica, os filtros de conteúdo – utilizados sozinhos – talvez não sejam a melhor opção.

⁵⁵ UBC - União Brasileira de Compositores. **Ferramenta que Combate Violações de Direitos Autorais é posta em Xequê.** *Online.* Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/9022>. Acesso em 19 set. 2019.

⁵⁶ TITLOW, John Paul. **YouTube is using AI to police copyright** – to the tune of \$2 billion in payouts. *Online.* Disponível em: <https://www.fastcompany.com/4013603/youtube-is-using-ai-to-police-copyright-to-the-tune-of-2-billion-in-payouts>. Acesso em 19 set. 2019.

⁵⁷ Report submitted to the CSPLA. Copyright Protection on Digital Platforms: Existing Tools, Good Practice and Limitations. Ministério da Cultura da França.

⁵⁸ “Ele atribui uma cadeia de caracteres alfanuméricos exclusiva a cada arquivo, o que permite que qualquer arquivo exatamente idêntico seja detectado.” *In.*: Report submitted to the CSPLA. Copyright Protection on Digital Platforms: Existing Tools, Good Practice and Limitations. Ministério da Cultura da França.

⁵⁹ “É um tipo de (geralmente invisível) código de barras integrado ao trabalho que permite diferenciar os originais das cópias, usando uma ferramenta de detecção especial.” *In.*: Report submitted to the CSPLA. Copyright Protection on Digital Platforms: Existing Tools, Good Practice and Limitations. Ministério da Cultura da França.

⁶⁰ SAWER, Paul. **YouTube: We’ve invested \$100 million in Content ID and paid over \$3 billion to rightsholders.** *Online.* Disponível em: <https://venturebeat.com/2018/11/07/youtube-weve-invested-100-million-in-content-id-and-paid-over-3-billion-to-rightsholders/> Acesso em 19 set. 2019.



CONCLUSÃO

Da narrativa apresentada no capítulo 1, percebe-se a criação pela Diretiva europeia de uma necessidade de adoção de filtros de conteúdo (filtros de *upload*), frente à previsão expressa de inaplicabilidade da exceção prevista na *e-commerce Directive*, artigo 14(1) e o mecanismo de funcionamento que provavelmente se operará em razão do artigo 17(4), segunda exigência, conforme visto acima.

Em razão dessa obrigatoriedade criada, analisou-se, no capítulo 2, os filtros de conteúdo existentes, passando-se, desde os modelos simples, como os filtros por “palavras-chave” e os de bloqueio de URL, até se chegar aos filtros baseados em Inteligência Artificial. Na abordagem quanto à Inteligência Artificial, verificou-se a existência de diversos níveis, sendo o mais avançado o “redes neurais”, que simula as redes neurais humanas. Nesse capítulo, ficou claro que o maior problema dos filtros é a sua alimentação, pois todos dependem de um grande fornecimento de dados, normalmente feito por humanos.

Por fim, foram apresentados os direitos fundamentais de liberdade de expressão, direitos autorais e livre-iniciativa, concluindo-se que a utilização de qualquer filtro, seja um *software* ou uma pessoa física, enquadra-se como censura. Verificou-se também que os filtros de conteúdo dificultam a colocação no mercado dos serviços disponibilizados pelos prestadores intermediários de serviços e que este emprega modelo de prestação de serviço inovador e benéfico ao desenvolvimento econômico, motivo pelo qual a livre-iniciativa é fundamento para a sua proteção. Por fim, constatou-se, a partir de casos já existentes, que a adoção dos filtros ajuda na arrecadação de direitos autorais patrimoniais, sem a especificação de distribuição desses valores – maiores ou menores *players* –, mas também prejudica os próprios autores, na medida em que possui uma péssima aplicação quanto ao controle de violações e exceções aos direitos autorais.

Assim, o presente ensaio concluiu que a utilização dos filtros de conteúdo de forma isolada viola a liberdade de expressão, a livre-iniciativa e os direitos autorais, de modo que não devem continuar sendo utilizados da forma como o são atualmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n.839.950**. Relator Ministro Luiz Fux. Informativo 921, Tema 525.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2013.

DEY, Ayon. Machine Learning Algorithms: A Review. In.: **International Journal of Computer Science and Information Technologies**, vol.7(3), 2016, 1174-1179.

UNIÃO EUROPEIA. **2019/790**. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. 17 de maio. de 2019. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1569277415738&uri=CELEX:32019L0790>



UNIÃO EUROPEIA. **2000/31/EC**. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') 8 jun. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1569277606640&uri=CELEX:32000L0031>

RIZZO, Elena. **Intellectual Property Rights Enforcement and the Internet**: International and European Perspectives. Dipartimento di Giurisprudenza. Cattedra Organizzazioni Internazionali. Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali. Disponível em: <https://tesi.luiss.it/14739/1/rizzo-elena-tesi-2015.pdf>

FONG, A.C.M.; HUI, S.C.; LEE, P.Y. **XFighter**: an intelligent web content filtering system. *In.*: *Kybernetes*

Vol. 38 No. 9, 2009, pp. 1541-1555. Disponível em: <https://www-emerald.ez94.periodicos.capes.gov.br/insight/content/doi/10.1108/03684920910991522/full/pdf?title=xfighter-an-intelligent-web-content-filtering-system>

UNIÃO EUROPEIA. 2001/29/EC. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information Society. 22 jun. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1569277733035&uri=CELEX:32001L0029>

VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá. Neutralidade na Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o bloqueio do site YouTube no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 50-78, set. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41650>.

KARPF, David. **EU Commissioner Gunther Oettinger Admits**: Sites Need Filters To Comply With Article 13. *In.*: *techdirt*, 03 abr. 2019. Disponível em: <https://www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eu-commissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml>

KRETSCHMER, Martin. **European Copyright Reform**: Is it possible? *In.*: *re;publica*. Online. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZyujNlpxu9k> Acesso em 08 set. 2019.

LEVENDOWSKI, Amanda. How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem. *In.*: **Washington Law Review**, 579 (2018). Disponível em: Levendowski, Amanda, How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem (July 24, 2017). 93 Wash. L. Rev. 579 (2018).

MACHADO, Jonas. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MALOVIC, Nedim. **Presumed Innocent**: Should the law on online IP enforcement and ISP liability change? *In.*: *Master in European Union Intellectual Property Law*, Stockholm University.

NICOLETTI, Peter. **Content Filtering**. *In.*: *Computer and Information Security Handbook*. John R. Vacca (editor). Morgan Kaufmann Publishers, 2009.

PEREIRA, João Pedro. **YouTube cria nova ferramenta para proteger direitos de autor**. Online. Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/07/12/tecnologia/noticia/youtube-cria-nova-ferramenta-para-proteger-direitos-de-autor-1837760>

PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa de. **A polêmica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral**. Online. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opinio-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral>



FRANÇA. Ministério da Cultura da França. Report submitted to the CSPLA. Copyright Protection on Digital Platforms: Existing Tools, Good Practice and Limitations.

SARMENTO, Daniel. Art.5º, IX. In.: **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck (Coord. Científica). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAWER, Paul. **YouTube**: We've invested \$100 million in Content ID and paid over \$3 billion to rightsholders. Online. Disponível em: <https://venturebeat.com/2018/11/07/youtube-weve-invested-100-million-in-content-id-and-paid-over-3-billion-to-rightsholders/>

Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), C-70/10, EU:C:2011:771

TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação, Limitações quanto ao seu Exercício e Possibilidade de Regulamentação. In.: **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. NOVELINO, Marcelo (Coord.). Salvador: JusPodivm, 3ª ed., 2008.

TITLOW, John Paul. **YouTube is using AI to police copyright** – to the tune of \$2 billion in payouts. Online. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/4013603/youtube-is-using-ai-to-police-copyright-to-the-tune-of-2-billion-in-payouts>

UBC – União Brasileira de Compositores. **Ferramenta que Combate Violações de Direitos Autorais é posta em Xequê**. Online. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/9022>

WACHOWICZ, Marcos. In.: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Coord.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap.19, p.289-305.

YANISKY-RAVID, Shlomit. GENERATING REMBRANDT: Artificial Intelligence, Copyright and Accountability in the 3a era – The Human-like authors are already here – a new model. In.: **Michigan State Law Review**, vol. 659. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4767/b4548fdd3aeb54353eb78e6f10bb7f0f6eae.pdf>



The background features a complex pattern of light green circuit lines and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons for a book, a thumbs-up, a laptop, and a musical note. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO AUTORAL, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

CAPÍTULO 10



INDICADORES DE PRODUÇÃO TECNOLÓGICA: NORTEADORES DE POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Neide Bueno¹

RESUMO: Esse artigo traz alguns indicadores estatísticos de produção tecnológica, desenvolvidos por organismos internacionais e nacionais, como OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), que exercem um papel de fundamental importância para a compreensão do processo de geração, incorporação e difusão de novas tecnologias no Brasil, servindo de parâmetros no desenho, implementação e avaliação de políticas públicas e de estratégias privadas no processo de crescimento econômico pela inovação. Dados estatísticos de patentes e de contratos de tecnologia são importantes indicadores na aferição da produção tecnológica e na análise da dinâmica do processo de inovação, o potencial industrial e organizacional das empresas, bem como a capacidade do país transformar o conhecimento científico em inovações tecnológicas e na criação de novos ou aperfeiçoados produtos. Os indicadores também apontam o grau de dependência tecnológica dos países em desenvolvimento, como o Brasil, em relação às tecnologias estrangeiras, o que requer maiores esforços governamentais para encorajar a transferência de tecnologia para as empresas locais, através de melhores benefícios fiscais para parcerias público-privadas, programas de incentivo à pesquisa e desenvolvimento e de capacitação tecnológica para absorção de novas tecnologias.

Palavras-chave: patentes. indicadores de inovação. tecnologia. desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

O foco econômico das grandes economias globais está centrado na produção de informação, de conhecimento especializado e de tecnologia. Inovações tecnológicas, na forma de bens protegidos pela propriedade intelectual, abrangem os mais variados segmentos de produtos relevantes e imprescindíveis para a sociedade, aumentando o valor dos ativos intangíveis dos agentes econômicos e de sua força competitiva no mercado.

Nesse contexto, os direitos de propriedade intelectual assumem uma variedade de formas de proteção com características econômicas peculiares para geração de produtos inovadores, tais como direitos autorais, patentes ou segredos industriais, que causam impactos na transferência de tecnologia por parte do país receptor.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico (Mackenzie). Pós Graduada “*lato sensu*” em Direito e Tecnologia da Informação (POLI/USP); em Direito Processual Civil (PUC/SP) e em Direito Privado (EPM). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDA/UFPR). Diretora Cultural da Associação Paulista da Propriedade Intelectual (ASPI).

Países em desenvolvimento enfrentam grandes desafios para se inserirem de forma competitiva no processo de globalização da economia, no âmbito das cadeias produtivas do mercado internacional. A inovação tecnológica tem sido um dos principais fatores que impactam positivamente a competitividade e o desenvolvimento socioeconômico dessas economias emergentes, como o Brasil.

Na conjuntura socioeconômica do país, um dos grandes desafios é a implementação de políticas públicas e de parcerias público-privadas para a geração de inovação tecnológica no processo de desenvolvimento que viabilize, em médio e longo prazo, sua autodeterminação e autonomia tecnológica.

A autodeterminação tecnológica significa ter a capacidade de tomar decisões autônomas em questões de tecnologia, ou seja, ter a capacidade de gerar, de modo independente, os elementos críticos do conhecimento técnico necessários à obtenção de um produto ou processo. A autonomia tecnológica de um país diz respeito à sua capacidade potencial autônoma de produzir internamente os bens e serviços essenciais para sua estratégia de desenvolvimento nacional.²

Investimentos públicos em pesquisa e inovação geram efeitos positivos e multiplicadores para o país, pois são indutores do crescimento, da produtividade e da superação do subdesenvolvimento, e que impulsionam o Brasil a se inserir internacionalmente, de forma competitiva, nas cadeias produtivas globais.

O cerne da questão é fazer com que os países em desenvolvimento, como o Brasil, sejam capazes de avaliar suas necessidades tecnológicas, se adequem as regras internacionais dos direitos de propriedade intelectual sem, contudo, cederem às pressões e dominação das grandes potências mundiais, detentoras de alta tecnologia.

Através de uma metodologia indutiva, o objetivo desse artigo é apresentar uma breve análise sobre alguns indicadores de produção tecnológica, incluindo patentes, entre outros, que devem ser observados no processo de desenvolvimento e nortear políticas públicas de fomento à inovação tecnológica no Brasil. Dessa forma, aumentar a capacidade do país de transformar o conhecimento científico em inovações tecnológicas e na criação de novos e/ou aperfeiçoados produtos, diminuindo sua dependência de tecnologia estrangeira.

1 TRANSFORMAÇÃO ECONÔMICA PELA INOVAÇÃO

Desde o final do século XX, verifica-se quão acentuada e corriqueira se tornou a evolução do capitalismo via inovação - as chamadas: 'Economia Colaborativa', 'Economia Evolutiva', 'Era

² BERCOVICI, Gilberto. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito e inovação tecnológica. In: **"60 Desafios do Direito. Economia, Direito e Desenvolvimento"**. BAGNOLI, Vicente. PINTO, SOUZA PINTO, Felipe Chiarello de (orgs.). Vol.2. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

do Intangível', 'Economia do Conhecimento', 'Economia da Inovação' e a onipresente "Economia Digital", já que os mercados são interconectados pelas tecnologias digitais.

Nesse cenário, as economias capitalistas vêm atravessando um período de profundas mudanças tecnológicas, econômicas e sociais na forma de produzir, comercializar e distribuir bens - tangíveis e intangíveis - além de transformações nos padrões de consumo e nas formas de competição.

O estudo da inovação tecnológica foi durante muito tempo esquecido pela análise econômica que priorizava análises de equilíbrio de curto prazo ou, quando se tratava de analisar o longo prazo, dedicava-se à análise da acumulação de capital e da distribuição de renda. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial que as ideias apresentadas por Joseph Schumpeter começaram a florescer fundando o que hoje se denomina Economia da Inovação.³

Os estudos de SCHUMPETER⁴ têm a inovação como o cerne das transformações e ciclos econômicos, que traz rupturas e mudanças nas cadeias produtivas e cria fontes de diferenciação para as empresas. Apontam a figura central do empresário inovador — agente econômico que traz novos produtos para o mercado por meio de combinações mais eficientes dos fatores de produção, ou pela aplicação prática de alguma invenção ou inovação tecnológica.

Nesse enfoque, criam-se novos espaços econômicos com inovações em um sentido amplo⁵, cujo processo de mudança tecnológica engloba: a) introdução de um novo bem ou uma nova novidade de um bem, que os consumidores não estejam familiarizados; b) introdução de novos métodos de produção, que ainda não tenham sido testados pela indústria de transformação (e que não precisam ser baseados numa descoberta científica nova); c) abertura de um novo mercado em que um ramo particular da indústria de transformação do país ainda não tenha entrado; d) Conquista de uma nova fonte de ofertas de matérias-primas ou de bens semimanufaturados, independentemente se essa fonte já exista ou teve que ser criada; e) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, com a criação ou a fragmentação de uma posição de monopólio.⁶

Segundo o Manual de OSLO⁷, é fundamental a compreensão das razões pelas quais as empresas inovam e o motivo fim é a melhoria de seu desempenho, pois um novo produto

³ HASENCLEVER, Lia. FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de mercado e inovação. In: **Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil**. KUPLER, David. HASENCLEVER, Lia. (orgs). Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002. p.129.

⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico. Uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Coleção Os Economistas. Tradução: Maria Sílvia Possas. Nova Cultural, São Paulo. 1997. p. 9.

⁵ Ao falar de liderança econômica, Schumpeter faz uma distinção entre a inovação que não necessariamente se torna uma invenção, por isso, em seu conceito, a inovação é referida em um sentido amplo: "A liderança econômica em particular deve pois ser distinguida da "invenção". Enquanto não forem levadas à prática, as invenções economicamente irrelevantes. E levar a efeito qualquer melhoramento é uma tarefa inteiramente diferente da sua invenção, e uma tarefa, ademais, que requer tipos de aptidão inteiramente diferentes. Embora os empresários possam naturalmente ser inventores exatamente como podem ser capitalistas, não são inventores pela natureza de sua função, mas por coincidência e vice-versa. Além disso, as inovações, cuja realização é a função dos empresários, não precisam necessariamente ser invenções". Op. cit., p. 95.

⁶ SCHUMPETER, Joseph Alois. Op. cit, p.76.

⁷ Manual de Oslo - **Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dado sobre Inovação Tecnológica** – 3ª ed. 2005. Publicação conjunta da OCDE e Eurostat. Disponível em : <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4161223/>



ou processo pode ser uma fonte de vantagem mercadológica para o inovador. No aumento da produtividade, inovações de processo, por exemplo, fazem com que as empresas adquiram uma vantagem de custo sobre seus concorrentes, conforme a elasticidade da demanda, obtendo maiores fatias de mercado e aumento dos lucros.

As empresas também adquirem vantagens competitivas por meio da introdução de novos produtos inovadores e diferenciados, que lhes conferem maiores demandas e margens sobre custos, objetivando novos mercados e influenciando a demanda por produtos existentes. Dessa forma, a capacidade de inovar e mudanças nos métodos organizacionais proporcionam uma maior eficiência e qualidade das operações das empresas, aumento das demandas e redução dos custos.⁸

(...) melhoramentos nos processos de produção podem permitir o desenvolvimento de um novo leque de produtos, e novas práticas organizacionais podem melhorar a capacidade empresarial de adquirir e criar novos conhecimentos que poderão ser usados para o desenvolvimento de outras inovações.⁹

Oportunidades de ingressos em novos mercados e as conseqüentes disputas no mercado concorrencial são fatores que influenciam as atividades de inovação pelas empresas:

As empresas engajam-se em inovações em virtude de inúmeras razões. Seus objetivos podem envolver produtos, mercados, eficiência, qualidade ou capacidade de aprendizado e de implementação de mudanças. Identificar os motivos que levam as empresas a inovar e sua importância auxilia o exame das forças que conduzem as atividades de inovação, tais como a competição e as oportunidades de ingresso em novos mercados.¹⁰

O processo de mudança tecnológica também decorre do resultado do esforço das empresas em investir em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e na posterior absorção de seus resultados em novos ou aperfeiçoados produtos, processos e formas organizacionais. Ademais, existe um conjunto de instituições que, interligadas, contribuem para a inovação, como os institutos públicos de pesquisa, as universidades, agências públicas e privadas de fomento ao investimento em inovação e educação.¹¹

‘Economia baseada em conhecimento’ é uma expressão cunhada para descrever tendências em economias avançadas no sentido de maior dependência do conhecimento, informação e altos níveis de especialização, e a crescente necessidade de pronto acesso a esses fatores pelos setores privado e público. O conhecimento e a tecnologia

mod_resource/content/1/Manual%20de%20Oslo%20-%20FINEP%20Inovacao.pdf. Acesso em: 20 set. 2019. pp.36/37.

⁸ Manual de Oslo. Op. cit., p. 36/37

⁹ Ibidem, p. 37

¹⁰ Ibidem, op.cit., p. 26.

¹¹ HASENCLEVER, Lia. FERREIRA, Patrícia Moura. Op. cit., p. 130

tornaram-se cada vez mais complexos, aumentando a importância das interações entre empresas e outras organizações como uma forma de adquirir conhecimento especializado.¹²

Um dos grandes desafios para se auferir o progresso científico e a independência tecnológica do país é distinguir quais são os mecanismos e indicadores que possam consolidar dados das atividades de inovação tecnológica, e sobre a efetiva implementação de novos e/ou aperfeiçoados produtos e processos derivados das novas tecnologias oriundas das atividades inovativas.

2 INDICADORES DE PRODUÇÃO TECNOLÓGICA

Os indicadores estatísticos de produção tecnológica, desenvolvidos por organismos nacionais e internacionais, exercem um papel de fundamental importância, pois contribuem para a compreensão do processo de geração, incorporação e difusão de novas tecnologias, servindo de parâmetros no desenho, implementação e avaliação de políticas públicas e de estratégias privadas no processo de crescimento econômico pela inovação.

Em 2013, o “Painel de Avaliação de Ciência, Tecnologia e Indústria” - da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) - apontou que a inovação nas empresas brasileiras muitas vezes está ligada com o gerenciamento organizacional ou serviços subsidiários como *marketing*, sendo poucas as empresas engajadas em atividades inovadoras relacionadas à P&D. A participação do Brasil em cadeias globais de valor ainda é limitada, sendo relativamente baixa a cooperação internacional em pesquisas, bem como a mobilidade internacional dos pesquisadores.¹³

Para uma economia emergente como o Brasil, a integração na economia global pode ajudar a facilitar o acesso ao conhecimento. Os fluxos para além das fronteiras permitem que as empresas adotem tecnologias mais avançadas, ao mesmo tempo em que a pressão competitiva dos mercados globais pode reforçar os incentivos para o aumento da produtividade.¹⁴

No processo de inovação as empresas têm várias outras fontes de recursos, como a aquisição de tecnologia, pagando *royalties* pelo licenciamento de invenções patenteadas que, normalmente, exigem atividades de P&D para a adaptação e/ou modificações das invenções adquiridas ou licenciadas, de acordo com suas próprias necessidades. A aquisição de conhe-

¹² Manual de OSLO, op.cit. p. 35.

¹³ OCDE - **Painel de Avaliação para Ciência, Tecnologia e Indústria em 2013**: Brasil. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/sti-scoreboard-2013-brazil-portuguese.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁴ Ibidem.



cimentos técnicos de terceiros, que podem ser incorporados em máquinas e equipamentos, estudos de engenharia e concepção industrial, são consideradas fontes de recursos adicionais no processo de inovação tecnológica.¹⁵

As habilidades humanas podem ser desenvolvidas por meio de treinamento interno (“*learning by doing*”) ou pela contratação de profissionais especializados. A empresa pode investir em equipamentos, *softwares* ou insumos intermediários que incorporam o trabalho inovador de outros; reorganizar os sistemas de gerenciamento e todas as suas atividades de negócios; desenvolver novos métodos de *marketing* para vender seus produtos e serviços.¹⁶

Na medição de investimentos em P&D não há como se fixar com rigor a linha de demarcação entre os processos de P&D e as atividades afins necessárias para inovar. Atividades de inovação tecnológica estão relacionadas a outras variantes econômicas, como os elevados investimentos que abrangem os custos de preparação para a produção e comercialização de novos produtos ou processos.

Estudos da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) apontam que atividades de P&D conferem relevantes vantagens na aprendizagem de conhecimento tecnológico mais especializado (*know-how*), bem como para tecnologias adaptadas aos interesses e condições do consumo local. Ademais, as atividades de P&D são necessárias porque mesmo os países “retardatários” industriais têm que realizá-las para assimilar, adaptar e melhorar as tecnologias importadas para atender às condições locais.¹⁷

Sendo assim, a ausência e a falta de capacidade em atividades de P&D podem restringir o processo de inovação em países emergentes, que buscam entrar em tecnologias complexas, o que sugere um importante papel *permissivo* ou facilitador para as atividades de pesquisas.¹⁸

P&D impacta no setor produtivo e na atividade econômica, como um sistema organizado que engloba a pesquisa básica, aplicada e desenvolvimento experimental e que transforma recursos (entradas e meios de pesquisa - *input*) em novos conhecimentos (saídas ou resultados da pesquisa - *output* da inovação), que geram produtos ou processos novos ou aperfeiçoados.

Na aferição dos impactos das atividades inovadoras cada vez mais têm sido utilizados os dados de patentes, devido à estreita relação entre elas e o *output* da inovação. Os dados sobre patentes também permitem identificar as mudanças na estrutura e na evolução da atividade inventiva dos países, suas indústrias e empresas, mediante o mapeamento das mudanças na dependência tecnológica estrangeira e na difusão do conhecimento.

¹⁵ Manual de Oslo. Op. cit., p.45.

¹⁶ Manual de Oslo, Op. cit., p. 45.

¹⁷ **Policies and Programmes for Technology Development and Mastery, including the Role of FDI.** Trade and Development Board Commission on Enterprise, Business Facilitation and Development. UNCTAD. Geneva, 2003. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/c3em18_en.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁸ Ibidem.

Nesse sentido, o Manual de FRASCATI¹⁹ aponta que dentre os poucos indicadores disponíveis sobre a produção tecnológica, as estatísticas de patentes são, provavelmente, as mais frequentemente utilizadas, pois proporcionam uma medida da produção da atividade inovadora de um país: as suas invenções. No entanto, se reconhece as limitações e algumas desvantagens do uso de patentes como indicadores para medir os resultados de P&D de atividades inovadoras. Por estratégias das empresas, determinadas invenções podem não ser protegidas por métodos *formais* do sistema de propriedade industrial, como as patentes, sendo que muitas inovações são protegidas por outros meios *não formais*, como pelo segredo industrial ou por direitos autorais, como programas de computador, cujas proteções intelectuais independem de registros formais, dificultando a aferição de dados estatísticos.

Em 2016, foi publicado o resultado da “Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC” realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com o objetivo de fornecer informações para a construção de indicadores das atividades de inovação das empresas brasileiras²⁰. A pesquisa indicou que o principal método estratégico *não formal*, utilizado pelas empresas brasileiras para proteger suas inovações foi o *segredo industrial*, utilizado por 10,7% delas²¹.

O *segredo industrial*, pelos quais as tecnologias podem se transformar em ativos intangíveis de alto valor agregado - também classificado como segredo de indústria, de comércio ou de negócio – se refere às inovações não protegidas por patentes, como opção estratégica das empresas, conforme esclarece FEKETE:

Com o progresso industrial e o acirramento da concorrência, os economistas perceberam o valor do “saber como fazer” e surgiram novas necessidades dos comerciantes, os quais passaram a desejar uma alternativa ao privilégio, que lhes desse maior liberdade e mesmo “privacidade”, uma vez que a patente, dado seu caráter totalmente público, apresenta, a par das vantagens representadas pela proteção reconhecida mediante título, a exigência de exposição do segredo e a limitação temporal e espacial. Percebe-se aí, que, mais do que segurança do país, *está em foco a competitividade individual da empresa.*²² (itálico nosso)

¹⁹ MANUAL DE FRASCATI 2002. **Medição de atividades científicas e tecnológicas Tipo de metodologia proposta para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental.** Publicação OCDE. Edição: F-Iniciativas, 2013. Tradução: Olivier Isnard. p.255/256.

²⁰ Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Pesquisa realizada por triênio, com dados obtidos entre 2012-2014 e publicada em 2016. Baseada no Manual de OSLO, 3ª Ed. 2005. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/PUBLICACAO%20PINTEC%202014.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

²¹ Idem. p.65. Os métodos formais de proteção de inovações, como patentes, não foram objeto da pesquisa do IBGE, em linha com as orientações da ONU (Organização das Nações Unidas), sobre a eficiência das estatísticas oficiais, em havendo disponibilidade de registro administrativo, inclusive de caráter censitário, deve-se evitar duplicidade de esforços por parte das organizações envolvidas. Veremos mais adiante as estatísticas de patentes elaboradas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

²² FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 39. O uso indevido de segredo industrial ou de negócio é caracterizado como crime de concorrência desleal, nos termos do artigo 195, XI e XII, da Lei nº 9.279/96.



HOVENKAMP observa que na concorrência para inovação, a adoção de patentes pode variar de um mercado para outro, pois em alguns mercados, *segredos comerciais* podem ser mais adotados para inovação adicional do que as patentes.²³ Sendo assim, dados estatísticos sobre número de patentes podem indicar uma tendência de inovar, mas não, necessariamente, a de investir no processo tecnológico.

A propensão para patentear também pode diferir segundo os países e os setores industriais, sendo difícil estabelecer comparações entre países e entre setores. A distribuição em função do valor das patentes também pode não ser perceptível, considerando que muitas delas podem não ter uma efetiva aplicação industrial e, portanto, ter pouco valor agregado. Tendo em conta esta heterogeneidade, as contagens que se baseiam na hipótese do valor equivalente de todas as patentes não são precisas e devem ser levadas em consideração quando combinadas com outros indicadores de produção tecnológica, já que o número de pedidos de patentes ou de suas concessões por si só são difíceis de interpretar²⁴

Dessa forma, outros indicadores, como os percentuais de receitas geradas pelas novas tecnologias, podem ser combinados com os números de patentes obtidos com a inovação. Entretanto, na análise de dados de patentes são mais adequadas as estatísticas correspondentes aos pedidos ao invés de patentes concedidas, devido ao lapso de tempo que decorre entre a data do pedido e a data da concessão. No Brasil existe um *backlog* de mais de 140 mil pedidos de patentes pendentes de análise.²⁵

Apesar de não haver uma uniformidade na interpretação dos dados estatísticos de patentes, eles não deixam de ser um importante indicador na aferição da produção tecnológica e na análise da dinâmica do processo de inovação, devido à quantidade de dados disponíveis, que inclui o potencial industrial e organizacional das empresas e detalhes das novas ou aperfeiçoadas tecnologias.²⁶

A quantidade de pedidos de patentes depositados por empresas nacionais (residentes) perante o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial do Brasil) pode ser considerada um indicador relevante na avaliação da capacidade do país transformar o conhecimento científico em inovações tecnológicas e na criação de novos e/ou aperfeiçoados produtos.

Dados estatísticos de patentes também proporcionam uma análise comparativa entre seus titulares: empresas nacionais (residentes) e estrangeiras (não residentes), sendo possível

²³ HOVENKAMP, Herbert J. **Competition for innovation**. University of Iowa, College of Law. Legal Studies Research Papers. 2013. p.07. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2008953>. Acesso em: 01 ago. 2019. Conf. também: COHEN, Wesley M. NELSON, Richard R. WALSH, John P. **Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not)**. National Bureau of Economic Research. NBER Working Paper nº 7552, 2000. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w7552>. Acesso em: 13 ago. 2019.

²⁴ Manual de FRASCATI. p. 256.

²⁵ Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/historico-do-plano-de-combate-ao-backlog-de-patentes>. Acesso em: 26 set. 2019.

²⁶ Conf. GRILICHES, Zvi. **Patent statistics as economic indicators: a survey**. In R&D and Productivity: The Econometric Evidence. National Bureau of Economic Research. University of Chicago Press, 1998. p.287-343. Disponível em <http://www.nber.org/chapters/c8351>. Acesso em: 15 ago. 2019.

vislumbrar o grau de dependência tecnológica externa do país. Os indicadores do INPI apontam que entre 2010 a 2017, a *média* de pedidos de patentes de invenção de empresas nacionais (residentes) é de apenas 15%, o que denota uma constância no sentido de que o maior número de patentes depositadas no Brasil tem sido de titularidade de empresas estrangeiras, não residentes no país.²⁷

Outro indicador relevante do INPI é a medição de contratos de fornecimento de tecnologia, pois, no ano de 2017, foram averbados 143 contratos dessa categoria perante aquela autarquia. Todos aqueles contratos têm como fornecedores da tecnologia empresas provenientes do exterior, que confirma a tendência das empresas brasileiras optarem por importar tecnologia estrangeira.²⁸

Esses dados revelam que no Brasil o setor privado continua mais voltado para a produção de bens do que para a inovação. A opção pelo licenciamento de tecnologias estrangeiras para produção de novos e/ou aperfeiçoados produtos ou processos denota uma etapa que garante maior lucratividade para as empresas nacionais do que o risco e a incerteza do retorno de investimentos em atividades de inovação e P&D.

A inovação pode ser considerada um fenômeno complexo, pois os riscos e as incertezas são inerentes às atividades inovativas privadas, já que não é possível antever o retorno dos investimentos e a concretude do resultado positivo das inovações que visam à obtenção de lucros diferenciados pelas empresas inovadoras.

Os indicadores apontam que os principais obstáculos à inovação são os elevados custos, escassez de fontes apropriadas de financiamentos, os riscos econômicos excessivos, falta de informação sobre tecnologia, e a falta de pessoal qualificado²⁹. Como barreira à inovação, podemos acrescentar, ainda, a dependência das empresas brasileiras de tecnologias externas consideradas essenciais para desenvolvimento ou aprimoramento de novos produtos ou processos, e que são protegidas pela propriedade intelectual.

O Brasil ainda depende do licenciamento de tecnologias oriundas dos países desenvolvidos e o arcabouço legislativo – fiscal e tributário – e o rígido controle estatal sob as remessas de *royalties* ao exterior, podem inibir a efetiva transferência de tecnologias essenciais para a geração de novos e/ou aprimorados produtos pelas empresas brasileiras.

Esse quadro demonstra questões complexas, como: a) o excessivo controle estatal, fiscal e tributário, que desestimula e dificulta as empresas estrangeiras a firmarem acordos de transferência de tecnologia com empresas brasileiras³⁰ e, b) condutas anticompetitivas de de-

²⁷ INPI – Indicadores de Propriedade Industrial 2018. O uso do sistema de propriedade industrial no Brasil. Assessoria de Assuntos econômicos – AECON. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>. Acesso em 10 set. 2019. p.12.

²⁸ Idem. p. 41.

²⁹ Cf. Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/PUBLICACAO%20PINTEC%202014.pdf>. Acesso em: 17 ago, 2019.

³⁰ Nos termos do artigo 211 da Lei de Propriedade Industrial, nº 9279/96, a exigência de averbação de contratos que impliquem transferência de tecnologia perante o INPI, para que produzam efeitos em relação a terceiros e para permitir a remessa de *royalties* ao exterior pela empresa brasileira que utiliza tecnologia estrangeira, bem como a dedução fiscal das despesas com tecnologia. Sobre o tema vide: ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de tecnologia no**



tentores de tecnologias essenciais que impõem barreiras à entrada de novos competidores, que podem inibir a inovação e a concorrência.³¹

A inovação é um fenômeno direcionado pelo conhecimento e pela informação, sendo que identificar onde as empresas buscam ideias para inovar é de fundamental relevância para se compreender a dinâmica desse processo. Indicadores de informação para inovar apontam uma parcela de empresas atribuindo grau de importância sobre cada uma das fontes de ideias que oferecem suporte às inovações implementadas em produtos ou processos³²

Riscos e incertezas nos resultados são inerentes das atividades de inovação e a implementação de áreas de P&D nas empresas, associadas com custos elevados, mão de obra qualificada, instalações e aquisição de equipamentos. Todos esses fatores contribuem para que esse indicador (P&D) tenha um baixo índice de utilização pelas empresas, que buscam outras maneiras para inovar que não exigem vultosos investimentos.

Dessa forma, a cooperação entre empresas inovadoras e seus fornecedores, clientes, consumidores, e até concorrentes, também desempenha um papel importante para a inovação, considerado que empresas isoladas podem enfrentar dificuldades para reunir todas as competências necessárias para a geração de novos processos ou produtos.

A pesquisa do IBGE aponta que baixos níveis de cooperação representam a concentração em atividades mais simples de inovação, ao passo que a cooperação é mais intensificada em setores com conteúdo tecnológico mais complexo de produtos e processos.³³

A importância da cooperação produtiva e tecnológica entre empresas tem sido objeto de análise pela literatura, e pode abranger temas bastante diversos. Trata-se de múltiplas formas de alianças estratégicas, que podem resultar em programas de cooperação específicos, envolvendo agentes com diferentes competências que, ao interagirem entre si, viabilizam determinada inovação. Essas alianças podem abranger sistemas flexíveis de produção baseados em relações estáveis e cooperativas entre empresas atuantes em determinados ramos de atividades.³⁴

3 DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Um dos instrumentos primordiais para propiciar uma forte política de desenvolvimento econômico para o país é criar mecanismos de políticas públicas de inovação, pelos quais o

Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade intelectual), 2^o tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³¹ Sob o tema vide: BUENO, Neide. Patentes essenciais e condutas anticompetitivas de poder econômico. *In: Direito e poder econômico no mercado*. BARBARESCO, Marcelo. BUENO, Neide (Orgs.). Curitiba: CRV, 2016. p. 185/208.

³² Cf. Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/PUBLICACAO%20PINTEC%202014.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

³³ Cf. Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/PUBLICACAO%20PINTEC%202014.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019, p. 57.

³⁴ Cf. BRITTO, Jorge. Cooperação interindustrial e redes de empresa. *In: Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. KUPLER, David. HASENCLEVER, Lia. (orgs). Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002. p.345/388.

Brasil possa se inserir de forma autônoma na economia mundial, diminuindo sua dependência de tecnologia externa.

O setor empresarial privado brasileiro geralmente prefere importar tecnologia, entendendo que essa importação como economicamente mais vantajosa, devido aos custos e riscos envolvidos na promoção de pesquisas próprias. As filiais de empresas estrangeiras, por sua vez, importam tecnologia de suas matrizes, enviando recursos para o exterior sob a justificativa de aquisição de know-how. No Brasil, ciência, tecnologia e indústria dificilmente estão integradas, perpetuando a dependência tecnológica.³⁵

Como vimos, os indicadores de produção tecnológica apontam que o setor privado ainda está mais voltado para a etapa de produção de bens - que garante maior lucratividade - do que alavancar atividades inovativas em produtos essenciais para a população e para outros setores tecnológicos inerentes ao desenvolvimento do país.

Estudos apontam que investimentos em P&D são um dos principais fatores que diferenciam os países industrializados dos países em desenvolvimento. A maioria dos países em desenvolvimento despense apenas montantes insignificantes em P&D e, geralmente, não atraem os investimentos das empresas transnacionais, pois, quando os recursos são limitados, P&D representa um investimento de longo prazo, potencialmente arriscado e incerto.³⁶

Além disso, não é apenas as despesas totais em P&D que conta, pois o agente que a realiza é também importante. Atividades de P&D podem ser realizadas por empresas locais ou estrangeiras, instituições governamentais e instituições científicas de ensino, havendo diferentes resultados, dependendo do agente que realiza a pesquisa, principalmente se for por empresas transacionais.

Foi observado que onde P&D é realizada por empresas transacionais, há uma tendência para transferir os resultados de pesquisa em si ao invés do próprio processo que gerou a nova tecnologia. Os estudos da UNCTAD concluíram que o crescimento tecnológico dos países em desenvolvimento exige o aumento da inovação local por parte dos agentes domésticos.³⁷

Enquanto nas economias mais avançadas o progresso tecnológico envolve a geração de novos conhecimentos que podem ser aplicados na atividade produtiva, para países em desenvolvimento o progresso tecnológico é fortemente influenciado por sua capacidade de acesso, adaptação e difusão de conhecimento tecnológico que têm sido gerados no exterior. Por esta razão, as implicações para o comércio e desenvolvimento do fosso tecnológico entre países

³⁵ BERCOVICI, Gilberto. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Op. cit. p.25.

³⁶ **Policies and Programmes for Technology Development and Mastery, including the Role of FDI.** Trade and Development Board Commission on Enterprise, Business Facilitation and Development. UNCTAD. Geneva, 2003. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/c3em18_en.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

³⁷ Idem. Os estudos da UNCTAD apontaram que a manipulação dos resultados de P&D pelas empresas transacionais foi uma das razões pelas quais o Japão e a Província de Taiwan da China adotaram políticas de inovação indígenas para desenvolver habilidades locais inovadoras. Incentivos governamentais foram fornecidos a empresas nacionais para licenciar ou copiar tecnologias estrangeiras e investir em capacidades de pesquisa doméstica.



desenvolvidos e em desenvolvimento e a questão de como promover a transferência e a difusão da tecnologia têm sido parte de discussões internacionais por décadas.³⁸

Ademais, muitos países em desenvolvimento preocupam-se com certas questões inerentes de seus atrasos tecnológicos. FEKETE assinala que, em muitos casos, o processo de transferência de tecnologia não atende as expectativas e os esforços de desenvolvimento na extensão desejada. Pode haver uma transferência de tecnologia inadequada por valores demais elevados, restrições e um controle excessivo de uso. Pois, do outro lado da balança, estão as empresas multinacionais que desejam aumentar a transferência de tecnologia nos países em desenvolvimento, visando receber compensação adequada, proteger e assegurar o uso de seu *know how* de forma a não ferir ou competir com suas próprias operações³⁹

Apesar de todo um aparato legislativo e agências governamentais de fomento à inovação, a pesquisa do IBGE apontou que a maioria do setor privado não tem utilizado os programas de apoio do Governo e das fontes de financiamento, recorrendo a recursos próprios. Somente 3,5% das empresas inovadoras utilizaram os incentivos fiscais à P&D e inovação tecnológica, sendo que o principal mecanismo de utilização foi o de financiamento para compra de máquinas e equipamentos (29,9%).⁴⁰

Na análise da UNCTAD, apesar dos indicadores de inovação e de competitividade utilizarem a P&D como uma medida do esforço tecnológico das empresas para dominar as novas tecnologias, grande parte desse esforço não pode ser quantificado, pois ocorre em todas as partes de uma empresa e muitas vezes, de forma informal. No entanto, a P&D faz um contributo essencial para a construção de capacidades tecnológicas e habilitação de domínio tecnológico.⁴¹

Ponto essencial para se estabelecer políticas públicas de incentivo em P&D, é identificar e analisar os fatores que influenciam o ritmo e a direção dos processos de inovações, para que a intervenção estatal possa ter sucesso no aumento da produção tecnológica em setores estratégicos e para o bem estar do consumidor.

Um estudo realizado por MAZZUCATO e PENNA, publicado em 2016⁴² - sobre avaliação de programas de ciência, tecnologia e inovação - sugere iniciativas para que o sistema brasileiro

³⁸ Ibidem.

³⁹ FEKETE, Elizabeth Kasznar. Op. cit., p. 231.

⁴⁰ Pesquisa de Inovação IBGE. Op. cit., p.62.

⁴¹ **Policies and Programmes for Technology Development and Mastery, including the Role of FDI.** Trade and Development Board Commission on Enterprise, Business Facilitation and Development. UNCTAD. Geneva, 16–18 July 2003, p.7/8. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/c3em18_en.pdf. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴² MAZZUCATO, Mariana. PENNA, Caetano C.R. **O Sistema Brasileiro de Inovação: Uma Proposta de Políticas "Orientadas por Missões".** Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. p.5: "*Políticas "mission-oriented" (orientadas por missões) podem ser definidas como políticas públicas sistêmicas na fronteira do conhecimento para atingir metas específicas ou "big science deployed to meet big problems" ("a grande ciência para enfrentar os grandes problemas").*" "*Políticas baseadas em uma perspectiva orientada por missões são sistêmicas, empregam, mas vão além de instrumentos science-push (indução pela ciência) e de instrumentos horizontais. Políticas orientadas por missões utilizam instrumentos financeiros*



de inovação se torne mais orientado por missões, através de políticas promovidas pelo Estado em parceria direta como setor privado, a fim de identificar seus desafios a partir das bases de seu sistema de inovação.

O estudo assinala que recomendações de políticas públicas devem considerar as limitações impostas pelo cenário político que, no atual panorama da economia brasileira, inclui um orçamento público limitado para investimentos, sendo necessário introduzir a inovação no centro da política de crescimento econômico do país e haver mais coerência entre as políticas promovidas pelos órgãos estatais envolvidos nesse processo.⁴³

Apesar das limitações impostas por um inconstante cenário político, a inovação deve ser inserida como prioridade no processo de desenvolvimento econômico do país, com mais investimentos e incentivos em P&D para o setor empresarial e o aperfeiçoamento e eficácia das parcerias público-privadas na cadeia produtiva e tecnológica, uma vez demonstrado que esses fatores são ainda deficientes.

As parcerias público-privadas, para o aprimoramento científico e tecnológico do país, adquiriram importância estratégica no processo de crescimento econômico e exige, por suas características, a participação do Estado como elemento de integração. Os países em desenvolvimento devem seguir os desenvolvidos que, em sua maioria, adotam políticas de aperfeiçoamento tecnológico integrando a política industrial, o apoio financeiro, a formação e o desenvolvimento de ciência básica.⁴⁴

Hoje, as *startups* brasileiras têm um relevante papel na Economia da Inovação, pois sempre estão na vanguarda de tecnologias inovadoras, gerando mais empregos e oportunidades de crescimento econômico para o Brasil. Sendo assim, cabe às autoridades governamentais criarem um ambiente propício e incentivador para que essas empresas possam se desenvolver e contribuir com o setor produtivo do país.

A adoção de políticas governamentais deve ter o objetivo de dar impulsividade ao mercado, encorajando o setor produtivo a inovar em produtos de alta qualidade e de maior utilidade socioeconômico. Criando incentivos que tornem as indústrias mais inovadoras no uso de seus recursos em P&D e em parcerias público-privadas - que incluem as universidades e o capital intelectual de seus pesquisadores – é a única forma de tornar o país menos dependente de tecnologias estrangeiras e inseri-lo no rol das grandes economias mundiais.

e não financeiros para promover o cumprimento de uma missão através de esforços de diferentes setores, estabelecendo direções concretas para a economia, implantando a rede necessária entre os agentes públicos e privados relevantes.”

⁴³ Ibidem. O relatório aponta como órgãos estatais o Ministério da Fazenda e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

⁴⁴ Conf. SILVA, Luiz Eduardo Bambini; MAZZALI, Leonel. **Parceria tecnológica universidade - empresa**: um arcabouço conceitual para a análise da gestão dessa relação. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/in dex.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/172/165. Acesso em: 18 set. 2019.



CONCLUSÃO

Análise de indicadores estatísticos de produção tecnológica - tais como de pedidos de patentes e de contratos de tecnologia, entre outros apontados nesse artigo - demonstra que as empresas brasileiras precisam inovar mais, pois continuam mais voltadas para a etapa de produção de bens, adquirindo e dependendo de tecnologia externa, em contraposição ao risco e a incerteza do retorno de investimentos em atividades de inovação e P&D.

As mudanças tecnológicas não afetam apenas a economia, mas também provocam transformações na forma de controle do próprio processo produtivo de inovação, de forma estratégica pelas empresas. O processo de inovação torna-se mais significativo na medida em que a economia e estrutura industrial do país se desenvolvem e as empresas utilizam tecnologias mais avançadas e, conseqüentemente, aumentam o papel das atividades de P&D.

A inovação deve ser inserida no centro da política de crescimento econômico do país, com o aperfeiçoamento e eficácia de suas políticas e investimentos públicos em P&D e nas parceiras público-privadas que fomentam o crescimento econômico e a produtividade, gerando uma autonomia tecnológica.

Políticas públicas de inovação têm o papel de identificar e articular novos desafios que possam estimular novos padrões de produção, distribuição e consumo entre diferentes setores industriais, o que requer investimento e esforços tanto do setor público como do privado e exigindo a efetiva participação do Estado como elemento de integração entre os atores, as universidades e o setor privado.

O futuro da economia está cada vez mais atrelado a capacidade de inovar e um dos grandes desafios para economias emergentes, como o Brasil, é manter um ambiente propício para se inserir na economia global, aumentando sua capacidade de autonomia tecnológica, em vista da necessidade de cooperação entre países para difusão de conhecimento. São necessários maiores esforços governamentais para encorajar a transferência de tecnologia estrangeiras para as empresas locais, através de melhores incentivos fiscais de P&D e de programas de aprendizagem para absorção de novas tecnologias.

REFERÊNCIAS:

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de tecnologia no Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade intelectual)**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito e inovação tecnológica. *In: 60 Desafios do direito: economia, direito e desenvolvimento*. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. SIQUEIRA NETO, Jose Francisco. (coords.). BAGNOLI, Vicente. PINTO, Felipe Chiarello de Souza (orgs.). 1º ed. Vol.2. São Paulo: Atlas, 2013. p.24-31

BRITTO, Jorge. Cooperação interindustrial e redes de empresa. *In: Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. KUPLER, David. HASENCLEVER, Lia. (orgs). Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002



BUENO, Neide. Patentes essenciais e condutas anticompetitivas de poder econômico. *In: Direito e poder econômico no mercado*. BARBARESCO, Marcelo. BUENO, Neide (Orgs.). Curitiba: CRV, 2016. p. 185/208.

COHEN, Wesley M. NELSON, Richard R. WALSH, John P. **Protecting their Intellectual Assets**: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not). National Bureau of Economic Research. NBER Working Paper nº 7552, 2000. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w7552>. Acesso em: 13 ago. 2019.

FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 39. O uso indevido de segredo industrial ou de negócio é caracterizado como crime de concorrência desleal, nos termos do artigo 195, XI e XII, da Lei nº 9.279/96.

GRILICHES, Zvi. **Patent statistics as economic indicators**: a survey. In R&D and Productivity: The Econometric Evidence. National Bureau of Economic Research. University of Chicago Press, 1998. p.287-343. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c8351>. Acesso em: 15 ago.2019.

HASENCLEVER, Lia. FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de Mercado e Inovação. *In: Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. KUPLER, David. HASENCLEVER, Lia. (orgs). Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002.

HOVENKAMP, Herbert J. *Competition for innovation*. University of Iowa, College of Law. Legal Studies Research Papers. 2013. p.07. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2008953>. Acesso em: 01 ago. 2019.

IBGE. **Pesquisa de Inovação Tecnológica - 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Pesquisa realizada por triênio, com dados obtidos entre 2012-2014 e publicada em 2016. Baseada no Manual de OSLO, 3ª Ed. 2005. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/PUBLICACAO/PUBLICACAO%20PINTEC%202014.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

INPI – **Indicadores de Propriedade Industrial 2018**. *O uso do sistema de propriedade industrial no Brasil*. Assessoria de Assuntos econômicos – AECON. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>. Acesso em 10/09/2019.

MANUAL DE FRASCATI 2002. **Medição de atividades científicas e tecnológicas Tipo de metodologia proposta para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental**. Publicação OCDE. Edição: F-Iniciativas, 2013. Tradução: Olivier Isnard

MANUAL DE OSLO - **Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dado sobre Inovação Tecnológica** – 3ª ed. 2005. Publicação conjunta da OCDE e Eurostat. Disponível em : https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4161223/mod_resource/content/1/Manual%20de%20Oslo2%20-%20FINEP%20Inovacao.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

MAZZUCATO, Mariana. PENNA, Caetano C.R. **O Sistema Brasileiro de Inovação**: Uma Proposta de Políticas “Orientadas por Missões”. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016.

OCDE - **Painel de Avaliação para Ciência, Tecnologia e Indústria em 2013: Brasil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/sti-scoreboard-2013-brazil-portuguese.pdf> . Acesso em 12 set. 2019.

UNCTAD. **Policies and Programmes for Technology Development and Mastery, including the Role of FDI**. Trade and Development Board Commission on Enterprise, Business Facilitation and Development. UNCTAD. Geneva, 2003. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/c3em18_en.pdf. Acesso em 10 set. 2019.



SILVA, Luiz Eduardo Bambini; MAZZALI, Leonel. **Parceria tecnológica universidade - empresa: um arcabouço conceitual para a análise da gestão dessa relação.** Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/172/165. Acesso em: 18 set. 2019

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico.** Uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Coleção Os Economistas. Tradução: Maria Sílvia Possas. Nova Cultural, São Paulo. 1997.





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 pudesse flexibilizar os processos de inovação propostos 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 INTRODUÇÃO

A inovação pode ser vista como uma vantagem competitiva, uma vez que reduz os custos ao desenvolver novos produtos ou melhorar os já existentes (PORTER, 1985 apud MARCHIORI, 2000), quando protegida através da 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).

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, miranda-dimitrius@gmail.com.

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, a 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 arcabouços legais próprios e relacionados 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 das legislações 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 em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta as conseqüências simples e a importância da inovação, da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia, por sua vez, o segundo capítulo apresenta análises das legislações pesquisadas e o terceiro capítulo traz os resultados e as 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



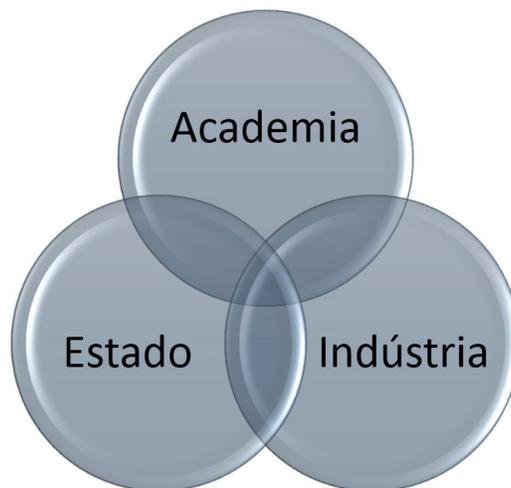
humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, 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 à 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.

3.2 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.

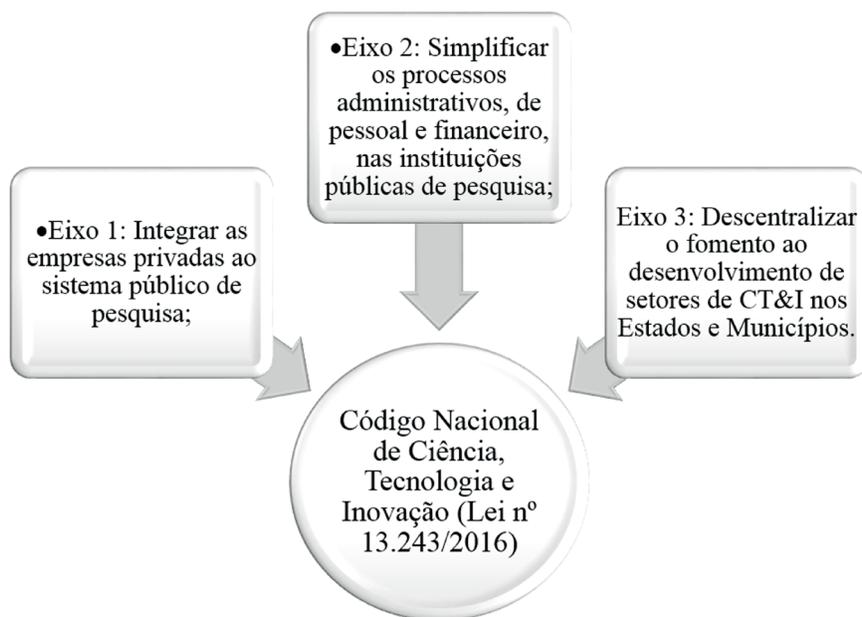
Em 11 de janeiro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.243/2016 e promulgado o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação que viria a ser o Código Nacional CT&I, tal regulamentação busca permitir maior flexibilidade de atuação das ICTs, bem como facilitar a aproximação de



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



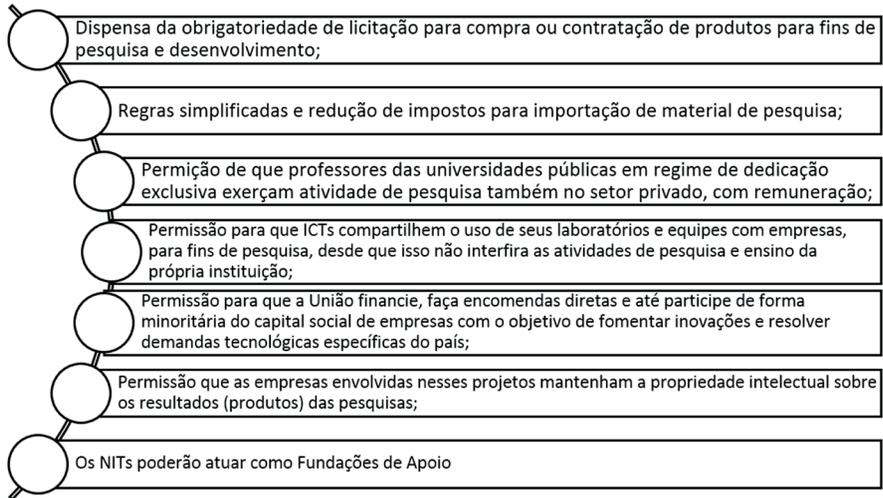
FONTE: Baseado em Nazareno (2016)

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 importantes foram:

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



FONTE: Autoria própria

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.

3.3 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 Agrônômico 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;

Lei nº 17.314/12-PR	Lei Federal nº 13.243/16
<p>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;</p>	<p>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</u> ou o <u>desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos</u> (grifo nosso);</p>
<p>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;</p>	<p>Art. 2º, VI - Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT): <u>estrutura</u> instituída por uma ou mais <u>ICTs</u>, <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);</p>

FONTE: Própria autoria

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 predisposição 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: Própria autoria

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. Acesso em: 06 dez. 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/110.973.htm. Acesso em: 06 dez. 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/113243.htm. Acesso em: 06 dez. 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> . Acesso em: 01 set. 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.





A TRAJETÓRIA DA INOVAÇÃO EM DISTRIBUIÇÃO FONOGRÁFICA E UMA PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO NO MODELO DE BARCET

Fernando Luís Pinheiro Borges¹

RESUMO: O presente trabalho se propõe a realizar uma análise acerca da trajetória de inovação tecnológica experimentada pela indústria fonográfica nas últimas décadas, utilizando-se, para tanto, de ferramentas de investigação e modelos de enquadramento teórico extraídos da literatura especializada. O objetivo do trabalho é propor uma melhor compreensão da dinâmica enfrentada pela referida indústria, diante das constantes mudanças de paradigma de consumo de música, percebidas principalmente nas últimas décadas. Com essa finalidade, foram empregadas metodologias exploratórias e quantitativas, que possibilitaram a obtenção de conclusões no sentido de diagnosticar um cada vez maior predomínio de agentes externos à cadeia tradicional do segmento, no que tange à introdução de inovações paradigmáticas, pondo em dúvida o predomínio dos conglomerados fonográficos.

Palavras-chave: *inovação; serviços; indústria fonográfica; trajetória tecnológica; discos; streaming; paradigma de consumo.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto de partida a intenção de realizar uma investigação acerca da trajetória de inovação em serviços experimentada pela indústria fonográfica nas últimas décadas, por meio da proposição de enquadramento sob o modelo de Barcet (2010).

Dentro da referida proposta, serão utilizados referenciais teóricos oriundos da literatura específica sobre inovação em serviços, em associação a contribuições de Bell e Pavitt (1993), acerca de sistemas de inovação e classificação setorial. Dessa forma, pretende-se propor um enquadramento da indústria fonográfica de acordo com as fontes dominantes de inovações, especificamente no que tange às formas de distribuição e consumo de fonogramas, com o objetivo de levar a um melhor entendimento sobre a trajetória inovativa do segmento.

Para tanto, será utilizada uma metodologia exploratória, tomando como base uma seleção de artigos acadêmicos relacionados ao tema, com a finalidade de realizar uma análise

¹ Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito da Propriedade Intelectual.

do que se entende por inovações no setor de serviços, que formas regularmente assumem no segmento de distribuição fonográfica, quais são suas fontes, quais são os principais atores dos quais se originam e como impactam as práticas do mercado, principalmente em termos de estabelecimento de paradigmas.

Assim, a partir de uma breve investigação da evolução histórica do segmento fonográfico no Brasil, será analisada a trajetória tecnológica da atividade de distribuição, identificando os momentos de quebra com a introdução de inovações no padrão tecnológico adotado e as alterações paradigmáticas decorrentes.

Tais inovações se deram sobre variados aspectos, tanto organizacionais (adoção de estruturas desverticalizadas, e.g.), como a nível de formas de prestação de serviço (adoção de serviços de *streaming* e outras tecnologias digitais como novo paradigma de consumo) e em termos de estratégias de marketing (com o uso de ferramentas diferentes para comunicar os produtos comercializados).

Com base em tal exposição, será sugerido um enquadramento do segmento em questão no modelo de Barcet, com o auxílio da identificação e qualificação das fontes de inovações dominantes na trajetória destacada.

2 INOVAÇÃO EM SERVIÇOS

Múltiplas são as definições existentes acerca do que se entende por serviços, destacando-se algumas como: “um desempenho essencialmente intangível, que não resulta na propriedade de algo” (KAHTALIAN, 2006), ou “atividades colocadas a venda que proporcionem benefícios e satisfações valiosas” (BESSOM, 1973).

Assim, extrai-se de tais construções que serviços seriam intangíveis, simultaneamente produzidos e consumidos, e customizados para atender às necessidades de quem os recebe (FARIA; SOFIA, 2012). Serviços podem ser vistos, ainda, como atividades econômicas que criam valor e fornecem benefícios para clientes, como decorrência de uma mudança desejada pelo destinatário (RESENDE JUNIOR; GUIMARÃES, 2012). Podem ter caráter individualizado ou plural, mas seu objeto sempre será a criação de um comportamento valioso, apto a proporcionar satisfação, de acordo com as necessidades do usuário (CHIU et al., 2011).

Já no que tange à inovação, segundo conceito adotado pela OECD, no Manual de Oslo (OECD, 2005), esta pode ser definida como a introdução de um bem ou serviço dotado de novidade ou melhoria significativa em suas características ou usos possíveis, podendo ser de quatro tipos: “de produtos (bens ou serviços), de processos (métodos de produção ou distribuição), organizacional (práticas de negócios) e de marketing (design, embalagem, promoção, disponibilização, precificação)” (RESENDE JUNIOR; GUIMARÃES, 2012).

Assim, inovação em serviços pode ser enxergada como uma sobreposição de tais ideias, assumindo a forma de uma novidade ou melhoria introduzida na forma como determinado



serviço é prestado. Trata-se da transposição da noção de inovações para atividades que sejam, ao mesmo tempo, aceitáveis pela sociedade e dotadas de valor comercial (CHIU et al., 2011).

Segundo André Barcet (2010), inovações em serviços podem ser definidas como inovações que guardam relação com o resultado obtido pelo cliente ou usuário, como consequência de algo novo introduzido pelo prestador no processo de interação com o consumidor.

É inegável, conforme corroborado por Barcet, que os serviços assumiram um proeminente papel no desenvolvimento e a inovação experimentada nesse segmento representa um importante fator econômico. Portanto, segundo Tigre e Pinheiro (2019), “transformar bens em serviços, agregar serviços aos produtos e desenvolver novas interfaces entre ideias, pessoas e “coisas” constituem as forças propulsoras da economia contemporânea”.

Inovações em serviços, contudo, não podem ser confundidas com inovações introduzidas na indústria de serviços, sendo relevante destacar que aquelas implicam em uma quebra do modelo dominante de inovação típico do paradigma industrial (BARCET, 2010). Trata-se de uma nova forma de se olhar, analisar e investigar a inovação, suas fontes, origens, impulsos e contornos.

Segundo Howells (2000), a ciência econômica historicamente se valeu predominantemente de uma abordagem industrial quando da investigação do processo inovativo, constituindo um paradigma de análise baseado no setor manufatureiro. Tal viés analítico acaba por propiciar uma visão limitada da inovação em serviços.

Ao se adotar uma visão schumpeteriana acerca da dinâmica de inovação em serviços, acaba-se por conferir um papel exageradamente importante às tecnologias da informação e comunicação, como se essas constituíssem a única forma de se inovar no setor. Além disso, esse referencial de análise ainda estimula a falsa crença de que inovações em serviços seriam exclusivamente incrementais e, portanto, teriam pouca influência na dinâmica econômica (BARCET, 2010).

No entanto, como já destacado anteriormente, o processo de inovação em serviços possui dinâmica própria e, como a própria OCDE (2007) reconhece, constitui-se do principal locus onde o processo inovativo contemporâneo ocorre (BARCET, 2010).

Inovações em serviços podem ser observadas sob variadas dimensões e Barcet destaca três principais. A primeira estaria ligada a uma experiência de criação de valor, através do processo de utilização, no qual o usuário tem papel ativo. A segunda, por sua vez, se refere à análise do processo de inovação em si, como um processo econômico em que cada usuário se vale de um resultado que, apesar de oferecido por um único fornecedor, é individual e guarda relação com os efeitos obtidos com a utilização. Na terceira dimensão identificada, o autor se aproxima da concepção de servitização, caracterizando a inovação como uma substituição de um produto pelo oferecimento de habilidades ou serviços pelo fornecedor, como forma de solucionar um problema identificado do lado do consumidor.

Sob esse último aspecto, acrescentam Tigre e Pinheiro (2019) que a tendência de integrar produtos e serviços, seguindo-se o objetivo de incrementar a utilidade e agregar valor à



experiência do usuário, conduz à crença de que o consumidor está mais interessado no uso do produto do que em sua posse.

Acerca do tema, André Barcet (2010) conclui:

“Projetar e criar uma inovação em serviços, portanto, significa definir e criar um processo de produção de efeitos e novos efeitos, que respondem a problemas e restrições identificadas”.

Ao se transpor tal entendimento ao mercado fonográfico, inovações em serviços podem adotar várias formas: novas tecnologias ou métodos aplicados à distribuição de fonogramas, novos formatos organizacionais adotados pelas empresas que atuam no segmento, ou, até mesmo, inovadoras ferramentas de marketing empregadas.

Por mais que as pesquisas de inovação não se dediquem em grande medida ao setor de serviços, as sociedades que atuam em tal segmento encontram crescentes pressões competitivas, atuando em ambientes marcados por constantes mudanças estruturais e constantes demandas dos consumidores por novidades. Se um dia inovações em serviços eram vistas apenas como consequência de mera introdução de inovações tecnológicas, hoje merecem mais espaço na literatura acadêmica (BARRAS, 1986).

3 O PAPEL DA CRIATIVIDADE

Criatividade pode ser definida como a habilidade de produzir algo útil e novo, no sentido de constituir-se de algo que se diferencia das experiências prévias, e que seja surpreendente a ponto de não significar o próximo passo óbvio a ser dado (SCHILLING, 2013).

A habilidade criativa pode se originar no indivíduo, que agrega talentos como olhar crítico, não convencional e criterioso, direcionado à elaboração de soluções para problemas cruciais. No entanto, a criatividade também pode ser enxergada como uma aptidão da firma, que não só tem o mérito de agregar indivíduos criativos, como também cria uma estrutura propensa a estimular que tal criatividade se traduza em resultados (SCHILLING, 2013).

Inovação é mais do que a geração de ideias criativas, é a capacidade de implementar tais ideias, por meio de recursos e experiência, gerando um resultado útil, na forma de um produto ou processo novo (SCHILLING, 2013).

Assim, inovação e a criatividade são as principais ferramentas para sobrevivência das sociedades de serviços, à exemplo daquelas atuantes no segmento fonográfico. O resultado de tais inovações pode se traduzir em mudanças nos processos de produção e distribuição de conteúdo, nos tipos de interface com o cliente e em novas opções tecnológicas adotadas (FARIA; SOFIA, 2012).

O impacto da introdução de inovações em serviços pode ser enxergado sob um prisma múltiplo: benefícios financeiros oriundos de aumento da produtividade; incremento de valor para o cliente, dada a melhoria do serviço; sucesso no longo prazo; e, até mesmo, a adoção de um novo



padrão de mercado, a depender do sucesso da inovação (FARIA; SOFIA, 2012). A habilidade de permanecer no negócio depende fortemente da capacidade de inovar (TINGVALL; KARPATY, 2012).

4 A TRAJETÓRIA TECNOLÓGICA DA DISTRIBUIÇÃO FONOGRÁFICA

É possível afirmar que ao longo dos últimos anos a indústria da música vem sofrendo uma das mais significativas transformações em seus modos de produzir, distribuir e consumir música gravada. Hoje em dia, no modelo que vem se consolidando, a produção de fonogramas passou a se dividir entre diferentes agentes produtivos, que estabelecem relações estratégicas e são responsáveis por diferentes etapas da cadeia.

No Brasil essa descentralização começou a se tornar mais evidente a partir da década de 1990, com o florescimento de gravadoras independentes, que serviram de plataformas de lançamento de novos artistas. Hoje, contudo, já se veem inclusive artistas responsáveis pela sua própria produção e distribuição (DE MARCHI, 2012).

No entanto, para entender o impacto de tais mudanças, é necessário se valer do retrato da trajetória desse segmento no Brasil, que teve início na década de 1960, momento em que a indústria fonográfica brasileira se tornou um negócio de grandes proporções (MORELLI, 2009).

4.1 A era das gigantes fonográficas

A entrada de novas gravadoras multinacionais no país, a inovação tecnológica, o surgimento de uma nova geração de intérpretes e compositores de sucesso, o crescimento econômico experimentado, todos esses fatores contribuiriam para a formação de um mercado fonográfico lucrativo e concentrado. Apenas grandes corporações eram capazes de se firmar como referência na produção artística e industrial de fonogramas, representando uma importante barreira à entrada de atores e firmas independentes (DE MARCHI et al., 2011).

Entre os anos 1960 e 1980, a indústria fonográfica brasileira foi comandada pelas grandes corporações, que desenvolveram estruturas aptas a controlar todas as principais etapas do processo produtivo: produção, gravação, distribuição e divulgação (DE MARCHI, 2012). Dada a exclusividade da circulação de fonogramas pelo meio físico, as grandes corporações, naquela época, se caracterizavam por serem intensivas em escala, com a finalidade de dar conta da demanda do mercado.

Já na década de 1990, com a disseminação da tecnologia do *compact disc* (CD), percebeu-se uma tendência à desverticalização dessa indústria, com a terceirização de etapas do processo produtivo, tendo em vista que o novo padrão tecnológico havia tido origem em agentes externos ao mercado consolidado. O controle do mercado, contudo, continuava nas mãos das grandes firmas que controlavam os principais sistemas de distribuição física e divulgação (DIAS, 2000). Tal cenário contribuiu para o surgimento, não só de prestadoras de serviços especializadas em determinadas etapas do processo, como também de uma nova geração de gravadoras independentes.



O fenômeno instaurado a partir de tal divisão do trabalho (DE MARCHI, 2012) e surgimento de novos entrantes levou a uma otimização da produção total, gerando um crescimento de 114,38% em vendas de unidades de CDs e DVDs de 1990 a 1999 (DE MARCHI, 2014). O mercado ainda se mostrava marcado pela forte intensidade de escala. No entanto, outros atores passaram a figurar na cadeia produtiva, diminuindo-se as barreiras a entrada.

4.2 O compartilhamento ilícito e o desafio da hegemonia consolidada

A partir da década de 2000, no entanto, uma grande mudança de paradigma foi posta em curso. A partir da popularização dos meios de circulação de arquivos de áudio em formato digital, através de tecnologia *peer-to-peer* (P2P), a indústria começou a registrar uma importante queda na arrecadação das principais gravadoras. Se em 1999, a Associação Brasileira de Produtores de Discos anotou a venda de 88 milhões de unidades de discos físicos no Brasil, esse número caiu para 18,1 milhões em 2010, levando a uma queda de aproximadamente 78% na arrecadação das grandes corporações associadas à instituição (PRO-MÚSICA BRASIL, 2018) (ver Gráfico 1).

Tecnologias que possibilitaram a circulação digital de obras autorais puseram em cheque os pressupostos sobre os quais se baseava o poderio das grandes corporações. Estas se valiam da força de seus direitos autorais para criar escassez artificial para bens de caráter não excludente e não rival. No entanto, tal escassez não se sustentava mais diante da facilidade de circulação oferecida pelo meio digital (PRESTON; ROGERS, 2011).

Esse novo paradigma de consumo e distribuição inaugurou uma nova era no mercado fonográfico, marcada por profundas transformações na mentalidade dos consumidores e em seus hábitos de consumo. O compartilhamento ilegal de obras musicais partiu, em grande medida, de um discurso que se enraizou na forma de pensar de toda uma geração. Tal discurso defendia que essa forma de consumo seria legítima e representaria uma crítica às práticas pretensamente abusivas adotadas pela indústria (DE MARCHI, 2014).

GRÁFICO 1 — UNIDADES DE CDS VENDIDAS NO BRAZIL POR ANO, EM MILHÕES



Fonte: elaboração própria com base em dados extraídos de Pro-Música Brasil, disponível em <https://pro-musicabr.org.br/home/numeros-do-mercado/>. Acesso em: 18 jan.2019.

Além dos evidentes impactos financeiros, o momento inicial da digitalização da distribuição musical incentivou a supressão de algumas funções tipicamente realizadas pelas grandes corporações fonográficas, tais como marketing e promoção dos artistas e repertórios. Afinal, plataformas digitais e mídias sociais se mostraram uma eficiente ferramenta para que os próprios artistas realizassem tais funções por si só, reduzindo a distância entre eles e seus consumidores finais (PRESTON; ROGERS, 2011).

Nesse cenário era possível ver as primeiras iniciativas de artistas que aproveitaram o novo formato de consumo largamente adotado para fazer uso de um novo canal de comunicação direto com seu público. Alguns, começaram a distribuir gratuitamente suas próprias obras pela internet, como forma de divulgá-las e atrair novos fãs e consumidores de produtos físicos. Tais práticas começaram a levar ao questionamento, em meio à classe artística, quanto a sua dependência das grandes corporações (PRESTON; ROGERS, 2011).

Diferindo das firmas dominantes em suas estratégias e estrutura comercial, os artistas autônomos se mostram fontes muito frequentes de inovação em práticas organizacionais e formatos de serviços. Trata-se de um locus privilegiado de inovação na atual conjuntura de destruição criadora da indústria da música (DE MARCHI, 2012). Pode-se citar alguns conjuntos musicais como exemplos de artistas que desafiaram a dependência das grandes corporações e passaram a distribuir por conta própria suas obras e produtos físicos através de canais digitais: O Teatro Mágico, Móveis Coloniais de Acaju, Forfun e Calcinha Preta (DE MARCHI, 2012).

Paralelamente, diante do diagnóstico de que a hegemonia das grandes corporações — e suas formas tradicionais de distribuição — havia sido desafiada, começaram a surgir iniciativas nacionais de criação de canais digitais de distribuição de fonogramas². Contudo, tais iniciativas não foram recebidas com grande confiança pelas corporações detentoras dos direitos autorais sobre as principais obras. Assim, diante das dificuldades enfrentadas para a disponibilização de catálogos musicais em suas plataformas, a maioria dessas novas firmas do meio digital acabou por intentar a obtenção de direitos sobre obras de artistas independentes. Tal estratégia não se mostrou muito produtiva e as empresas envolvidas não foram muito à frente (DE MARCHI, 2014).

4.3 O *streaming* e o novo paradigma de consumo

O cenário só viria a mudar novamente com o advento de uma nova modalidade de consumo apta a revolucionar mais uma vez os hábitos dos consumidores. No entanto, o *streaming*,

² Antes da popularização do consumo legal de música digital no Brasil algumas empresas surgiram introduzindo propostas de inovação no segmento de distribuição e venda de fonogramas. Tais firmas eram marcadas pela intenção de explorar novas oportunidades no entorno digital, novas estratégias de acesso ao mercado consumidor.. Dentre elas, destacam-se a iMúsica, a Trevo Digital, a Fun Station e a Bolacha Discos. A Fun Station, por exemplo, disponibilizava postos de abastecimento digital, em que o consumidor levava seu reprodutor móvel e se abastecia de conteúdo digital. Já a iMúsica desenvolvia diversas estratégias de distribuição de conteúdo digital, para diversos tipos de clientes, incluindo gerenciamento de conteúdo, ferramentas de publicidade, entre outros (DE MARCHI et al., 2011).



hoje modalidade paradigmática de consumo de música, não deveu sua consolidação às grandes corporações que hoje ocupam posições de liderança no segmento. O terreno que levaria ao seu surgimento remete, antes disso, a dois grandes eventos: a assinatura de acordo entre o Youtube e o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) e o início da loja digital iTunes no Brasil (DE MARCHI, 2014).

Tais eventos levaram a um novo cenário que possibilitou o estabelecimento de uma forma simplificada de pagamento de direitos autorais sobre conteúdo digital no país e, portanto, criou um ambiente mais propício ao diálogo entre detentores de direitos e plataformas digitais (DE MARCHI, 2014). Somente em função de tal diálogo é que foi possível que as primeiras empresas de *streaming* passassem a operar no Brasil, a exemplo da francesa Deezer, a americana Rdio e a anglo-sueca Spotify, além de agregadoras digitais³.

Tal mudança de paradigma representou uma oportunidade de se reerguer para as corporações do segmento fonográfico, que passaram a ver com bons olhos a negociação de seus catálogos de obras com tais plataformas digitais. O resultado se traduz em números, com o crescimento em mais de 950% na arrecadação oriunda do mercado digital, passando de R\$53,9 milhões, em 2010, para R\$568,2 milhões, em 2017 (PRO-MÚSICA BRASIL, 2018) (ver Gráfico 2).

Com base na análise da trajetória descrita, é possível perceber a importância que as novas formas de tecnologia, introduzidas ao longo das últimas décadas, tiveram no segmento da música, principalmente na atividade de distribuição. O advento da internet e das tecnologias digitais modificaram para sempre a forma de se consumir música no Brasil e no mundo.

Tal trajetória tecnológica, contudo teve como protagonistas principalmente atores externos às fronteiras tradicionalmente entendidas como a indústria da música. É verdade que ao lado de grandes lojas de fonogramas em formato digital e plataformas de *streaming*, também se encontram alguns artistas autônomos que resolveram tomar para si o controle do rumo de suas carreiras. No entanto, se vistas sob o aspecto dos instrumentos utilizados, tais iniciativas igualmente se pautaram pelas inovações introduzidas no ramo da internet e computação.

Assim, antes de se passar à análise das inovações em serviços introduzidas no segmento fonográfico, sob o modelo de Barcet — com o auxílio da classificação setorial proposta por Bell e Pavitt —, cabe aqui uma breve consideração acerca da forma de se diagnosticar as fontes de inovação dessa indústria. Trata-se, portanto, de um esforço de investigar as categorias do “com o que?” e “com quem?”

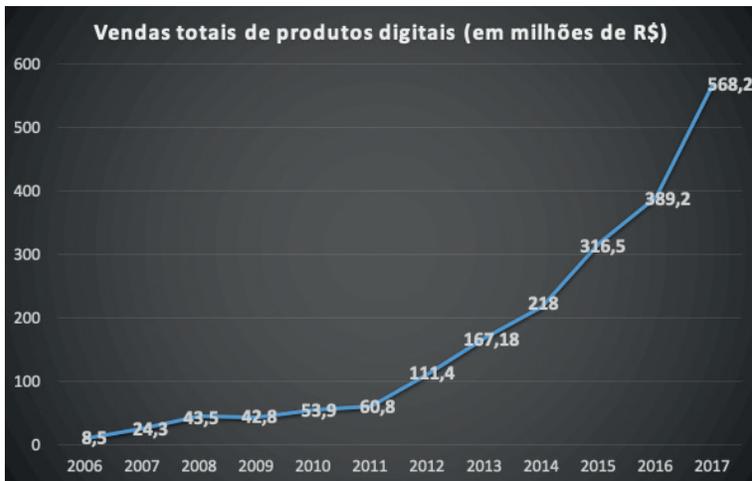
³ Agregadoras são sociedades surgidas no fim da década de 1990 com o objetivo de distribuir o conteúdo de artistas independentes. Em 1997, foi fundada a The Orchard, nos Estados Unidos; já em 1998, seria a vez da CDBa-by. Ambas surgiram com o objetivo de distribuir música de artistas independentes, ainda no mundo *offline*. O papel das agregadoras era criar uma rebelião contra a indústria tradicional, detentora dos meios de distribuição. Seu papel migrou para a internet com a evolução da música digital e seu predomínio no cenário mundial (FRANCISCO; VALENTE, 2016).



5 FONTES DE INOVAÇÃO

O advento do paradigma do *streaming* na música é o reflexo da introdução de uma tecnologia altamente disruptiva. Ao se analisar o cenário em que se inseriu tal inovação, é possível traçar um claro paralelo com a ideia de inovação em Schumpeter, pois se trata de intervenção que rompeu com as rotinas de um determinado comércio, iniciando uma reformulação estrutural desse mercado (DE MARCHI, 2012).

GRÁFICO 2 — VENDAS TOTAIS DE PRODUTOS DIGITAIS NO BRASIL, EM MILHÕES DE REAIS.



Fonte: elaboração própria com base em dados extraídos de Pro-Música Brasil, disponível em <https://pro-musicabr.org.br/home/numeros-do-mercado/>. Acesso em: 18 jan.2019.

O cenário antecedente era de retração, ao qual os atores tradicionais do segmento fonográfico não souberam reagir, mostrando-se incapazes de explorar as oportunidades do entorno digital (DE MARCHI et al., 2011). Assim, novos agentes introduziram propostas de caminhos alternativos para distribuição, que mudaram para sempre a forma de consumo predominante.

No entanto, cabe aqui questionar quem seriam tais novos atores. Qual é a fonte predominante dessas inovações?

Segundo Schilling (2013), as principais fontes de inovação estariam ligadas à tradicional figura do inventor, à esforços em P&D — tanto realizados internamente pela firma, como externamente por universidades, centros de pesquisa e demais entidades públicas e privadas — e a interações estratégicas com agentes externos, como consumidores, fornecedores, produtores de bens complementares ou até competidores. Nem todas essas categorias, contudo, se mostram compatíveis com as inovações introduzidas no segmento de distribuição fonográfica.



Não há como negar o advento de inovações originadas de interações com clientes, aptas a gerar demandas específicas; de sugestões de funcionários, que possuem uma visão privilegiada das necessidades de clientes e de oportunidades de melhoria; e, claro, de iniciativas das próprias corporações, que podem dar início a novas formas de prestação de serviço — no caso, de distribuição — por conta própria (FARIA; SOFIA, 2012). Aquisição de *know-how*, treinamentos e esforços para obtenção de colaboradores externos devem também ser levados em consideração (TINGVALL; KARPATY, 2012).

No entanto, considerando as inovações que tiveram maior parcela de responsabilidade na reestruturação desse mercado, não há como negar que sua fonte predominante foram fornecedores de origem externa ao mercado. Afinal, trata-se de inovações oriundas de competências intrinsecamente ligadas aos segmentos de *software*, computação e tecnologia da informação e comunicação.

A forma de se distribuir música foi profundamente alterada pela introdução da internet como principal meio de circulação, e sobre tal paradigma foram construídas formas inovadoras de se prestar tal serviço, culminando hoje com as hegemônicas plataformas de *streaming*.

Assim, considerando que tais tecnologias foram criadas, aperfeiçoadas e adaptadas ao serviço de distribuição por agentes externos à cadeia original, pode-se afirmar que foram os fornecedores de tais mecanismos os responsáveis pelo desenvolvimento da tecnologia que norteia a forma como os serviços são agora predominantemente prestados.

Tal concepção possibilita a proposição de um enquadramento de tal mercado dentro das categorias delineadas por Bell e Pavitt, em seu artigo *Technological Accumulation and Industrial Growth: contrasts between developed and developing countries*. Assim, o próximo tópico do presente estudo se destinará a tal proposta.

6 CLASSIFICAÇÃO SETORIAL DA FIRMA FONOGRAFICA

Segundo Bell e Pavitt (1993), é possível identificar cinco principais categorias setoriais da indústria, de acordo com suas diferentes trajetórias de acumulo de capacidade tecnológica. Tais categorias diferem nos meios e estratégias de manutenção de seu nível de competitividade internacional e nos diferentes processos inter-setoriais de evolução que se destinam a alterar as bases de tal competitividade.

Os referidos autores propõem uma tabela de classificação em que são sugeridas categorias de firmas que diferem em padrões de capacitação técnica e tecnológica. Os critérios para o estabelecimento de tais categorias se fundaram em estudos a nível de firmas individuais e levaram em consideração alguns critérios chave, como tendências de patenteamento.

É evidente que o referido estudo é mais direcionado a firmas ligadas ao segmento manufatureiro. No entanto, será proposto um paralelo com a indústria fonográfica, levando em conta as adaptações necessárias.



Dentre as categorias delineadas, aquela em que melhor se enquadram as grandes corporações e demais firmas fonográficas — principalmente em termos de distribuição — é a categoria das firmas dominadas por fornecedores. Trata-se da espécie cuja trajetória de capacitação técnica e acúmulo tecnológico está intrinsecamente ligada às tecnologias introduzidas por fornecedores, incorporadas em maquinário, ou — como se dá o presente caso — em outros ativos aplicados à produção (BELL; PAVITT, 1993).

Os autores citam o exemplo das firmas do setor têxtil, em que os incrementos técnicos costumam vir de firmas do segmento de máquinas ou produtos químicos. Aqui, contudo, a realidade não é muito diferente. Diante da incapacidade de introduzir inovações compatíveis com o novo paradigma digital de distribuição e circulação de fonogramas, as firmas fonográficas se valerem principalmente de inovações oriundas de outros setores da indústria, como a computação e a tecnologia da informação. Lojas virtuais e plataformas de *streaming* estão longe das competências criativas das grandes corporações fonográficas.

Nas firmas pertencentes a tais categorias, em geral, as escolhas técnicas estão relacionadas a custos e a trajetória tecnológica normalmente liga-se a inovações em métodos produtivos e aos ativos empregados em tais mudanças. Mesmo que tal concepção tenha se desenvolvido mirando outros tipos de firmas, evidente paralelo cabe com as firmas fonográficas. Afinal, custos de oportunidade e decréscimos de arrecadação cada vez maiores levaram as firmas do segmento a se valerem de parcerias com fornecedores do meio digital para se manterem vivas, através de novos meios de distribuição.

Os citados autores (BELL; PAVITT, 1993), ao caracterizarem tal categoria de firma, ainda fazem alusão ao fato de que as tecnologias dominantes estão universalmente disponíveis, cabendo às firmas adotar a melhor estratégia de incorporação para atingir maior grau de competitividade.

7 AS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELO *STREAMING* E O MODELO DE BARCET

Com o auxílio da análise perpetrada e, principalmente, das elucidicações possibilitadas pela proposta de enquadramento setorial baseada no estudo de Bell e Pavitt (1993), será proposto um enquadramento das inovações introduzidas no segmento fonográfico no modelo idealizado por Barcet.

Para tanto, serão levados em consideração todos os aspectos aqui levantados acerca das peculiaridades das inovações introduzidas no referido segmento. Nesse ponto, portanto, o presente estudo se destinará a investigar os principais beneficiários da nova feição assumida por esse mercado, o porquê de tais benefícios, o conceito do serviço introduzido e suas especificidades, a forma como ele é prestado e os métodos e recursos implementados.



Antes contudo, é necessário delinear em que grande campo de oportunidades se encontra a inovação representada pela introdução do *streaming* como tecnologia paradigmática de consumo de música.

Nesse sentido, há que se relembrar o ensinamento de Tigre e Pinheiro (2019) no que tange ao fenômeno da servitização. Segundo o autor, o esforço de integrar um serviço a um determinado bem ou conjunto de bens aumentaria o grau de utilidade e o valor da experiência do usuário. Trata-se de uma mudança de paradigma, em que o consumidor deixa de conferir valor à posse de um determinado ativo, passando a preferir que outro agente forneça-lhe um serviço constituído da oportunidade de apenas usufruir daquele ativo, onde e quando quiser.

É exatamente essa a lógica propiciada pela introdução do *streaming* na indústria da música. O consumidor não necessita mais adquirir a obra autoral, seja fixada em um suporte físico, ou na forma de um arquivo digital individualizado. O dispêndio de recursos deixa de se direcionar à tal finalidade e passa a se destinar à manutenção de um serviço que lhe propicia o acesso a uma infinidade de obras autorais em tempo real.

O formato se pauta por um financiamento contínuo, associado ao consumo irrestrito, manutenção do serviço e atualizações do aplicativo. Permite-se que o consumidor acesse uma quantidade praticamente ilimitada de obras, sem a necessidade de adquiri-las individualmente (BARCET, 2010).

O grau de interatividade oferecido por tais plataformas, associado à facilidade e intuitividade do uso das ferramentas disponíveis foram suficientes para desviar considerável parcela dos consumidores do consumo ilícito e gratuito, para uma modalidade legal e paga⁴.

Como visto acima, essa mudança de paradigma representou uma oportunidade de recuperação para a indústria fonográfica, mas há que se ressaltar que não foi ela a única beneficiária (DE MARCHI, 2016). Artistas também se beneficiaram da garantia da circulação da obra em alta qualidade, e da visibilidade garantida pela exposição nas plataformas. Já o consumidor, passou a não mais necessitar adquirir suportes físicos, ou mesmo realizar o *download* de obras individualmente, e sincronizar com aparelhos de MP3. Basta estar conectado à internet e o acesso é livre.

Assim, em um esforço de esquematizar o enquadramento da inovação perpetrada pelo *streaming*, pode-se chegar ao Quadro 1, exposto abaixo.

⁴ Ou ao menos remunerada na forma de inserção de publicidade.

QUADRO 1 — MODELO DE BARCET APLICADO À INOVAÇÃO REPRESENTADA PELA INTRODUÇÃO DO *STREAMING* NA INDÚSTRIA FONOGRAFICA

Para quem?	Consumidores de fonogramas, firmas fonográficas e artistas
Por que?	Consumidores — Garante acesso fácil, instantâneo e interativo à qualquer obra
	Firmas — Possibilita a revalorização de seu repertório
	Artistas — Serve como plataforma de divulgação de sua obra
O que?	Ferramenta que permite ouvir qualquer música, de forma instantânea, de maneira interativa e intuitiva
Como?	A tecnologia de <i>streaming</i> permite que o usuário acesse qualquer conteúdo da plataforma em tempo real, via internet, com disponibilidade permanente
Com que e com quem?	A disponibilização do conteúdo depende de uma parceria firmada contratualmente entre a plataforma e os detentores de direitos autorais

Fonte: elaboração própria

Partindo-se de um esforço analítico, é possível descrever como se chegou a tal enquadramento.

Sob a dimensão do “para quem?” e “por que?”, basta fazer alusão às constatações supracitadas acerca dos beneficiários de tal mudança de paradigma. As inovações introduzidas foram capazes, assim, de gerar valor tanto para usuários, como para os “prestadores”, que foram capazes de integrá-las em seu processo produtivo (TIGRE; PINHEIRO, 2019).

No que tange à dimensão “o que?”, o resultado propiciado pelo serviço é exatamente a funcionalidade oferecida para o consumo fácil e intuitivo de um catálogo extenso de músicas. O “como?” pode ser respondido por meio de uma breve descrição do que o serviço de *streaming* proporciona ao usuário, sendo o principal valor extraído da experiência de consumo em tempo real, com disponibilidade permanente. O desenvolvimento de tais formas interativas e flexíveis para a prestação do serviço em análise permitiu um melhor entendimento das necessidades dos consumidores e, portanto, uma maior aderência aos seus interesses (TIGRE; PINHEIRO, 2019).

Já os métodos e recursos utilizados para a implementação do serviço couberam não à detentora da matéria prima — a indústria fonográfica —, mas a agentes externos à cadeia produtiva, mediante o desenvolvimento de uma tecnologia altamente disruptiva que teve o condão de mudar, de uma vez por todas, a forma predominante de se ouvir música. As tecnologias da informação e comunicação aplicadas ofereceram a base técnica para a criação de tal “produto-serviço” (TIGRE; PINHEIRO, 2019).



No entanto, a possibilidade de alteração do padrão de consumo só foi possível em função do esforço de desenvolvimento de parcerias entre as plataformas e as detentoras de direitos autorais.

8 CONCLUSÃO

O presente estudo se destinou a realizar um esforço de enquadramento da tecnologia de *streaming*, como forma de inovação em serviços introduzida no segmento fonográfico, segundo o modelo analítico proposto por André Barcet.

Para tanto, partiu-se da revisão de um referencial teórico acerca do tema de inovação em serviços, de forma a apontar as suas peculiaridades e limitações, além de propor uma ponte com o segmento de distribuição e consumo de música.

Estabelecido o paralelo pretendido, partiu-se para uma investigação dos fatores principais que impulsionam em regra as inovações no segmento da música e suas principais fontes.

Após tal análise, foi delineada a trajetória tecnológica experimentada pelo segmento fonográfico, de forma a apontar os momentos de quebra de paradigmas nas formas de se consumir música e os impactos gerados para os agentes envolvidos.

Por meio de tal esforço, foi possível aferir que as principais fontes de inovação introduzidas na indústria fonográfica se originaram de agentes externos à cadeia produtiva original. Trataram-se de inovações tecnológicas que promoveram a migração do predomínio do meio físico no consumo — em que os consumidores necessitavam de um suporte físico para consumir música — para o predomínio do meio digital para circulação, distribuição e consumo das obras.

Tal constatação levou à possibilidade de enquadramento da firma fonográfica de acordo com o modelo de classificação setorial proposto por Bell e Pavitt. Uma vez que a tecnologia que possibilitou tão disruptiva mudança de paradigma se originou de fornecedores, trata-se da categoria das firmas dominadas por fornecedores.

Com o auxílio de tal ferramental analítico, bem como da averiguação das peculiaridades do mercado fonográfico, foi proposto o pretendido enquadramento da inovação em questão segundo o modelo de Barcet, identificando como se delineiam as suas dimensões.

O esforço empreendido nesse trabalho, portanto, possibilitou realizar uma espécie de raio-x sobre a situação atual da indústria fonográfica, de forma a identificar suas feições e a parcela de importância detida pelos seus atuais membros.

É fácil constatar que, diante da nova modalidade de consumo empreendida como paradigmática, experimenta-se atualmente um processo de desvalorização da obra individual, diante de uma lógica em que o que se valoriza é o acesso irrestrito a uma quantidade incalculável de obras. Catálogos de obras passaram a figurar como os principais produtos negociados. E os detentores dos principais meios de aproveitamento comercial não são mais os mesmos detentores dos ativos usados como matéria prima.



Quando Bell e Pavitt (1993) fazem referência a países caracterizados por ocuparem posição de liderança competitiva em determinado segmento, é feita a ressalva de que tal liderança se deveu não a um esforço específico direcionado à tecnologia dominante, mas sim à maestria em uma tecnologia central que possibilita diversas aplicações. Os investimentos realizados por tais países não se pautaram pela expectativa de retorno imediato, mas pelo valor do aprendizado para a exploração de tecnologias futuras.

Nesse ponto, e diante do novo paradigma de consumo que se consolidou, é possível fazer um paralelo com um esforço que seria cabível por parte das corporações fonográficas. Tais firmas poderiam, por exemplo, desenvolver um esforço para se inserir nesse novo cenário como detentoras da capacidade tecnológica de fornecer seus próprios serviços de *streaming*.

No entanto, se no passado as firmas fonográficas dominavam os canais de distribuição disponíveis, hoje não se encontram mais na vanguarda dos meios predominantes. Portanto, grandes esforços de *catching-up* teriam de ser empregados para vencer o *gap* de domínio das técnicas atualmente preponderantes.

Contudo, por ainda possuírem uma importante vantagem negocial — qual seja a titularidade dos direitos sobre as obras que guarnecem as plataformas de *streaming* —, não se observa, entre as grandes corporações, considerável empenho na direção de se aplicarem em tal empreitada inovadora. Ao invés de imprimir esforços para o aprimoramento tecnológico de suas práticas, grandes gravadoras tendem a lutar pela manutenção de sua hegemonia através de seus direitos. Afinal, sem músicas, não há plataformas de *streaming*.

Ocorre que tais empresas tendem a ser cada vez mais alienadas das etapas do processo produtivo. Além da alienação sofrida na etapa de distribuição, é importante observar outros desdobramentos. Equipamentos de gravação e produção fonográfica tendem a se tornar cada vez mais acessíveis, os principais meios de comunicação e marketing tendem a se concentrar em plataformas digitais e redes sociais descentralizadas e artistas possuem canais de comunicação direta com seus fãs.

Tudo isso demonstra um futuro não tão promissor para as grandes gravadoras. Afinal, se hoje ao menos ainda possuem domínio sobre a matéria prima, talvez no futuro nem com isso possam mais contar.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES DE DISCOS. **Mercado brasileiro de música 2012**. Rio de Janeiro: ABPD, 2013.
- BARRAS, R. Towards a theory of innovation in services. **Research Policy**. Amsterdam, v. 15, pp. 161-173, 1986.
- BARCET, André. Innovation in services: a new paradigm and innovation model. In: GALLOUJ, Faïz; DJELLAL, Faridah (Orgs.). **The Handbook of Innovation and Services - A Multi-disciplinary Perspective**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. pp. 49-77.



BELL, Martin; PAVITT, Keith. Technological Accumulation and Industrial Growth: contrasts between developed and developing countries. **Industrial and Corporate Change**. Oxford University Press. Oxford, vol. 2, n. 2, pp. 157-210. jan. 1993.

BESSOM, Richard M. Unique aspects of marketing services. **Arizona Business Bulletin**. Arizona, v. XX, n. 9, pp. 8-15. nov. 1973.

CHIU, Wen-Hong; CHU, Li-Sheng; WANG, Chuan-Chung; TSENG, Ya-Yi; CHANG, Cheng-Lung. Exploring Service Innovation of Culture Parks in Taiwan: a Perspective of Cultural Value. **International Journal of Organizational Innovation**, Taiwan, v. 3, n. 3, pp. 87-100, winter 2011.

DE MARCHI, Leonardo; ALBORNOZ, Luiz Alfonso; HERSCHMANN, Micael. Novos negócios fonográficos no Brasil e a intermediação do mercado digital de música. **Revista FAMECOS - mídia, cultura e tecnologia**. Porto Alegre, v. 18, n. 1, pp. 279-291, jan./abr. 2011.

DE MARCHI, Leonardo. Inovação e institucionalização na indústria fonográfica brasileira: Um estudo de caso das estratégias de negócio de músicos autônomos no entorno digital. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación**. São Paulo, v. XIV, n. 2, mai./ago. 2012.

_____, Leonardo. Ouça sua banda preferida sem precisar ir atrás daquele Torrent: uma análise da publicidade das empresas eletrônicas de música. **Revista PPGCOM – ESPM, comunicação mídia e consumo**. São Paulo, v. 11, n. 31, pp. 163-183, set./dez. 2014.

DIAS, Márcia Tosta. **Os donos da voz: indústria fonográfica brasileira e mundialização da cultura**. São Paulo: Boitempo, 2000.

FARIA, Nelson; SOFIA, Lindália. I9 - Novo modelo de gestão de inovação em uma empresa de serviço de entretenimento. **Revista Eletrônica Sistemas & Gestão**. Niterói, v. 7, n. 2, pp. 274-286, 2012.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; e VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2016.

HOWELLS, Jeremy. **Innovation and services: new conceptual frameworks** (Centre for Research on Innovation and Competition Discussion Papers). Manchester: University of Manchester (CRIC), 2000.

KAHTALIAN, Marcos. **Gestão fora do Eixo - Crônicas e Ensaio Breves sobre Marketing e Gestão Fora do Eixo**. Curitiba: Jurua, 2006.

MORELLI, Rita C. L. **Indústria fonográfica: um estudo antropológico**, 2ª ed. Campinas: Ed. Unicamp, 2009. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. **Manual de Oslo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: FINEP/OCDE, 2005.

_____. **Globalisation and Innovation in The Business Services Sector**. Paris: OCDE, 2007.

PRESTON, Paschal; ROGERS, Jim. Social networks, legal innovations and the “new” music industry. **Emerald Insight**. Dublin, v. 13, n. 6, pp. 8-19, 2011.

PRO-MÚSICA BRASIL. **Números do mercado**. Disponível em <https://pro-musicabr.org.br/home/numeros-do-mercado/>. Acesso em: 19 dez. 2018.

RESENDE JUNIOR, Pedro Carlos; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Inovação em Serviços: o estado da arte e uma proposta de agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo, v. 14, n. 44, pp. 293-313, jul./set. 2012.

SCHILLING, Melissa A. **Strategic Management of Technological Innovation**, 4ª ed. Nova Iorque: McGraw-Hill Irwin, 2013.

TIGRE, Paulo B.; PINHEIRO, Alessandro M. **Inovação em serviços na economia do compartilhamento**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.

TINGVALL, Patrik Gustavsson; KARPATY, Patrik. Service sector competition, innovation and R&D. **Economics of Innovation and New Technology**. Örebro, v. 20, n. 1, pp. 63-88, jan. 2012.





CHINA: ENTRE A RAINHA VERMELHA E O CAVALEIRO INVENTOR

Lucas Ruíz Balconi¹;
Marcos Wachowicz²

RESUMO: O presente artigo analisa o desenvolvimento econômico chinês, procurando evidenciar como a complexidade produtiva e o investimento em inovação afetam o padrão de crescimento geral da economia. Explora-se, assim, os recentes planejamentos macroeconômicos, ligados essencialmente nas tendências de investimento em educação e na inovação. Verifica-se, também, o desdobramento destas políticas para o aumento acelerado de empreendimentos inovadores e patentes, o que desencadeia uma corrida concorrencial interna e força os agentes, como no conto da Rainha Vermelha, a correrem o mais rápido que podem para continuar no mesmo lugar. Por fim, serão demonstradas as efetividades comerciais desses novos negócios e o problema da dependência tecnológica. Para tanto, foram utilizados trabalhos teóricos sobre o desenvolvimento econômico, acompanhados de análise de dados sobre a conjuntura político-econômica chinesa e seus indicadores (PIB, balança comercial, crescimento setorial, entre outros). Deste modo, o objetivo é o de determinar o impacto de políticas estratégicas que visam o desenvolvimento econômico através do fortalecimento dos setores de pesquisa e inovação, verificando seus desafios e benefícios.

Palavras-chave: Complexidade econômica, direito econômico, inovação.

INTRODUÇÃO: A CHINA COMO QUIMERA DA ECONOMIA *MAINSTREAM*

“Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?” ‘Depende bastante de para onde quer ir’, respondeu o Gato. ‘Não me importa muito para onde’, disse Alice. ‘Então não importa que caminho tome’, disse o Gato” (CARROLL, 2010, p. 635)

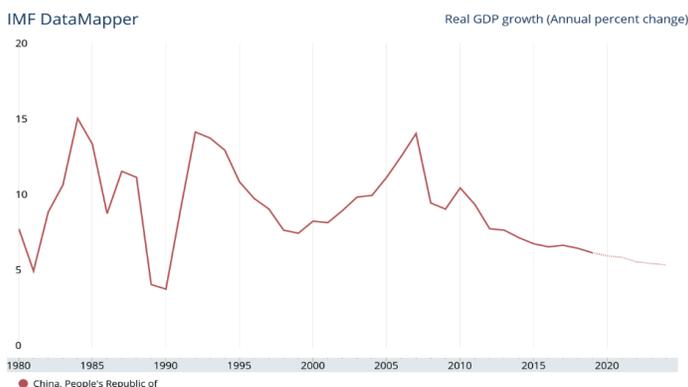
¹ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM – São Paulo). Bacharel em Direito. Professor Universitário. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito: crítica da subjetividade jurídica (FDUSP) e do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR). Sócio e Advogado do escritório Balconi Moreti. E-mail.: lucasrbalconi@gmail.com

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

O crescimento econômico da China é definido como um “fenômeno”³ e seu sucesso é, em que pese altamente controverso, real (MCMILLAN e NAUGHTON, 1992)⁴. O assombroso enigma da economia chinesa se dá pelo seu sucesso (relativamente) rápido que ocorreu sem liberalização completa, sem privatização generalizada e com forte investimento Estatal (QIAN, 2003). As políticas econômicas chinesas dão um nó nas teorias e nas análises econômicas mais difundidas, fugindo de todo e qualquer dogmatismo teórico, por isso parece uma quimera econômica, pois utiliza uma “combinação heterogênea ou incongruente de elementos diversos” (PRIBERAM, 2019) de políticas econômicas até então vistas como conflitantes e mantem o curso do seu vasto desenvolvimento⁵.

Assim, não é surpreendente que a reforma da China tenha sido vista como uma anomalia e, portanto, não o tenha sido entendida pelos economistas *mainstream*⁶. Neste sentido, ressalta Qian (2003, p. 04), “as políticas econômicas do país simplesmente não se encaixavam com as dos demais”.

Apresentando as maiores taxas de crescimento econômico, por um maior período de tempo na história mundial, a China vem crescendo cerca de 9% ao ano durante aproximadamente 25 anos. Ou seja, o país mantém um crescimento vertiginoso desde o final da década de 80, conforme gráfico abaixo (figura 01).



Fonte: IMF, 2019, Source: World Economic Outlook, April 2019

³ “In order to understand contemporary China it is useful to take a long comparative perspective. In many respects China is exceptional. It is and has been a larger political unit than any other”. (MADDISON, 2007, p. 15)

⁴ Atualmente, a economia chinesa vem desacelerando. Conforme recente relatório do IMF. Cf. <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2019/08/08/Peoples-Republic-of-China-2019-Article-IV-Consultation-Press-Release-Staff-Report-Staff-48576>. Acesso em 14/09/2019.

⁵ Entende-se, sob a perspectiva deste trabalho, que “o desenvolvimento econômico é um processo pelo qual a acumulação de capital e a incorporação sistemática do progresso técnico permitem o aumento persistente da produtividade do trabalho e do padrão de vida da população”. (BRESSER-PEREIRA, OREIRO e MARCONI, 2014, p. 12).

⁶ “A maior divergência acerca do papel da inovação tecnológica no crescimento econômico entre economistas neoclássicos e não neoclássicos, ocorre em virtude da microfundamentação dos modelos em cada uma das correntes. Enquanto os primeiros partem da análise pelo lado da oferta, a partir da função de produção neoclássica, os segundos observam o lado da demanda, considerando a importância da distribuição de renda. Para os neoclássicos, os agentes são racionais e maximizadores de utilidade, enquanto que, para os não neoclássicos, o ambiente de incertezas impede a racionalidade plena” (COSTA, 2016, p. 14).

Para tanto, políticas heterodoxas foram implementadas, evitando a utilização das políticas econômicas consensuais como, por exemplo, aquelas ligadas ao Consenso de Washington⁷⁸. Mas qual seria o caminho percorrido para chegar até aqui? Como a China, contrariando as conjunturas econômicas, conseguiu manter esse crescimento constante?

Em que pese a experiência chinesa tenha sido fascinante, imprevisível e muitas vezes difícil de entender o país, ao contrário de Alice, como na fábula de Louis Carroll, tem de modo nítido o local que quer chegar. O novo caminho de crescimento que a China procura trilhar é, em termos gerais, aquele que tem, como base e finalidade, a substituição do capital tangível para o intangível, tais como inovação e tecnologia para componentes de produtos e dos fatores de produção. As mudanças estruturais refletem, de modo geral, duas forças básicas que são operadas em todos os países que buscam atingir níveis sucessivamente mais elevados de rendimento real e de produtividade.

O primeiro deles é a elasticidade de procura de produtos específicos (com valor agregado). Estas forças da procura tendem a reduzir a parte dos produtos com menor valor agregado no consumo e aumentar a procura dos produtos da indústria e dos serviços à medida que o rendimento aumenta. A segunda força básica tem sido o ritmo diferencial de avanço tecnológico entre setores. A China possui ambas as forças de desenvolvimento, e este padrão tem sido fortemente influenciado pela política governamental (MADDISON, 2007).

Uma visão mais integrada pode iluminar tanto a excepcionalidade como a normalidade e proporcionar uma melhor compreensão das razões para ascensão e declínio das nações. O longo período de crescimento - mantendo os níveis de rendimento e acomodando simultaneamente aumentos substanciais da população – requerer, também, grandes mudanças na organização da própria produção. O progresso tecnológico, por exemplo, tem de ser interpretado em sentido lato. Ele não deve ser restrito a avanços no maquinário, pois deve abranger inovações na administração, organização e prática produtiva.

Neste sentido, a China deu passos largos para se integrar à economia mundial. O monopólio estatal do comércio externo e a política de subsistência foram abandonadas depois de

⁷ “O consenso de Washington formou-se a partir da crise do consenso keynesiano [Hicks (1974) e Bleaney (1985)] e da correspondente crise da teoria do desenvolvimento econômico elaborada nos anos 40 e 50 [Hirschman (1979)]. Por outro lado, essa perspectiva é influenciada pelo surgimento, e afirmação como tendência dominante, de uma nova direita, neoliberal, a partir das contribuições da escola austríaca (Hayek, Von Mises), dos monetaristas (Friedman, Phelps, Johnson), dos novos clássicos relacionados com as expectativas racionais (Lucas e Sargent) e da escola da escolha pública (Buchanan, Olson, Tullock, Niskanen). Essas visões teóricas, temperadas por um certo grau de pragmatismo, próprio dos economistas que trabalham nas grandes burocracias internacionais, é partilhada pelas agências multilaterais em Washington, o Tesouro, o FED e o Departamento de Estado dos Estados Unidos, os ministérios das finanças dos demais países do G-7 e os presidentes dos 20 maiores bancos internacionais constantemente ouvidos em Washington” (BRESSER-PEREIRA, 1991, p. 5)

⁸ Stiglitz et al. (2006) esclarecem que, a partir da elevação da inflação nos anos 1970, o tradicional duplo foco da política macroeconômica dos países industrializados, no pleno emprego e na estabilidade de preços, deslocou-se com força apenas para o segundo aspecto. Em relação aos países em desenvolvimento, tais autores argumentam que o histórico eixo no crescimento econômico, prevalecente entre os anos 1950 e 1970, foi substituído, sob influência do FMI após as crises das dívidas externas nos anos 1980, pelas políticas de estabilização visando o controle da inflação e ou das crises de balanço de pagamentos.



1978. As decisões de comércio exterior foram descentralizadas. Entre 1980 e 1997, houveram cinco desvalorizações da moeda chinesa. Foram criadas zonas especiais de empreendedorismo e livre comércio. Com tais modificações, o volume das exportações aumentou em 15% ao ano entre 1978 e 2006 e a parte da China nas exportações mundiais aumentou de 0,8% para 8%. Se incluir as exportações de Hong Kong, a China foi a nação que mais exportou no mundo (\$1.286 bilhões de dólares, o que dá 10,7 por cento do total). (MADDISON, 2007)⁹.

Deste modo, a rápida industrialização e a sofisticação econômica (inovação) foram as principais prioridades da política econômica chinesa. Conforme Maddison (2007), o país esperava que o setor industrial fornecesse o fluxo de materiais e maquinários essenciais para aumentar a taxa de investimento (interno) e fornecer o ferramental necessário para garantir a segurança militar chinesa. Para obter relevante e significativa mudança estrutural, o novo governo estava ciente e preparado para diminuir os setores da agricultura e dos serviços, bem como para manter o consumo e a demanda em níveis equilibrados para libertar recursos para investimento¹⁰. Como pode ser observado:

COMPARATIVO ENTRE A PERFORMANCE DA AGRICULTURA, INDUSTRIA E SERVIÇO NA CHINA ENTRE 1952 A 2003

	Growth of Real Value Added, Employment and Labour Productivity (annual average compound growth rates)							
	Industry & Construction		Agriculture		Services		Whole Economy	
	1952-78	1978-2003	1952-78	1978-2003	1952-78	1978-2003	1952-78	1978-2003
Value Added	9.8	9.8	2.2	4.5	4.2	7.3	4.4	7.9
Employment	5.8	2.8	2.0	0.5	3.2	6.5	2.6	1.9
Productivity of Labour	3.7	6.5	0.2	4.0	2.0	2.0	1.8	5.8

	Levels of Labour Productivity (1987 yuan per person employed)		
	Industry & Construction	Agriculture, Forestry and Fisheries	Services
1952	1 482	748	2 292
1978	3 128	781	3 831
2003	19 454	2 858	6 345

Fonte: MADDISON, 2007, p. 80

⁹ Texto original: China made massive strides to integrate into the world economy. The state monopoly of foreign trade and the policy of autarkic self-reliance were abandoned after 1978. Foreign trade decisions were decentralised. Between 1980 and 1997 there was a five-fold devaluation of the yuan. Special enterprise zones were created as free trade areas. In response to the greater role for market forces, competition emerged, resource allocation was improved and consumer satisfaction increased. The volume of exports rose by 15 per cent a year from 1978 to 2006 and China's share of world exports rose from 0.8 to 8 per cent. If Hong Kong exports are included, China was the world's biggest exporter (\$1 286 billion, 10.7 per cent of the total) in 2006, Germany was second with \$1 126 billion, the United States third with \$1 036 billion, Japan fourth with \$650 billion and Russia seventh with \$305 billion. Its integration in the world economy has been furthered by reduction of its own trade barriers and the greater security of its access to foreign markets thanks to its membership in the World Trade Organization (MADDISON, 2007, p. 19).

¹⁰ Texto original: "It was expected to provide the flow of materials and machinery essential to raise the rate of investment and provide the hardware which would guarantee military security. To obtain the structural shift, the new regime was prepared to squeeze the agriculture and service sectors and to keep consumption at modest levels to free resources for investment" (Idem, p. 80)

Mas a industrialização, por si só, não consegue consubstanciar um crescimento constante. Somente a transição para novos motores de crescimento de economia avançada oferece uma rota para o desenvolvimento econômico contínuo. O foco na complexidade econômica¹¹ significou depender menos das indústrias que necessitam de intensos recursos e causam uma vasta poluição, bem como dependem de uma grande quantidade de mão-de-obra, mas possuem de baixa qualidade produtiva, como o aço e a construção civil¹². Ao invés disso, a China baseou sua produção industrial deslocando o crescimento para o consumo, para o segmento dos serviços, para a manufatura de maior valor agregado e, principalmente, para a inovação. Neste sentido, a China fez progressos significativos no sentido do desenvolvimento de novas indústrias de alta tecnologia no transporte ferroviário de alta velocidade, de elevado valor agregado incluindo computação quântica, aviação e tecnologia espacial (SONG, FANG e JOHNSTON, 2017).

Do mesmo modo, tem feito progressos na redução do impacto ambiental e na promoção da indústria transformadora de alta tecnologia, tornando-se líder mundial em tecnologia de novas energias, incluindo painéis solares, energia eólica turbinas, carros híbridos e novos materiais¹³. Ademais, o país possui o sistema de pagamentos móveis líder mundial em termos de usuários, o Alipay, conhecido como Zhi Fu Bao, com acesso e uso de mais de 700 milhões de pessoas (KHARPAL, 2018). A China tornou-se a maior nação comercial do mundo, ultrapassando os Estados Unidos em 2013, e mantém esse estatuto desde então.

Desta feita, o presente artigo analisa mais de perto o desenvolvimento econômico chinês, procurando evidenciar como a complexidade econômica e o desenvolvimento com foco na inovação e nas mudanças tecnológicas afetam o padrão de crescimento geral da economia chinesa. Explora-se, assim, os recentes desenvolvimentos macroeconômicos, ligados essencialmente nas tendências de investimento em educação e na inovação (de um modo geral). Posteriormente, num segundo plano, verifica-se quais as consequências dessas políticas para o desdobramento do aumento de número de patentes, inovações e desenvolvimento tecnológico.

¹¹ “Em termos de evidências empíricas, é possível encontrar trabalhos que constatarem a existência de uma relação significativa entre gastos com P&D e crescimento econômico, como é o caso de Lichtenberg (1992) e Coe & Helpman (1993) e, ao mesmo tempo, trabalhos que corroboram a importância do capital humano para o crescimento, tais como Mankiw et al. (1992) e Barro (1991). Benhabib e Spiegel (1994), por sua vez, encontram evidências empíricas que indicam que o impacto do capital humano sobre a taxa de crescimento ocorre principalmente por meio da capacidade de inovação e difusão tecnológica” (COSTA, 2016, p. 18).

¹² “(...) a interação estratégica entre a geração intencional de inovação tecnológica poupadora de mão de obra, por meio de pesquisa e desenvolvimento (P&D), e a qualidade do capital humano da economia. Argumenta-se que os dois fatores são complementares. Por um lado, a inovação necessita de elevada qualidade do capital humano; por outro lado, mudanças qualitativas no capital humano gerarão impacto sobre as variáveis macroeconômicas do sistema apenas no caso de a inovação tecnológica ocorrer” (COSTA, 2016, p. 16).

¹³ Cf. Relatório “Beyond the supercycle: how technology is reshaping resources” do McKinsey Global Institute (MGI). Disponível em <https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/Sustainability/Our%20Insights/How%20technology%20is%20reshaping%20supply%20and%20demand%20for%20natural%20resources/MGI-Beyond-the-Supercycle-Full-report.ashx>. Acesso 18/09/2019.



1 A RAINHA VERMELHA: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO, INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA INTERNA

“Bem, na nossa terra”, disse Alice, ainda arfando um pouco, “geralmente você chegaria a algum outro lugar... se corresse muito rápido por um longo tempo, como fizemos.” “Que terra mais pavorrenta!” comentou a Rainha. “Pois aqui, como vê, você tem de correr o mais que pode para continuar no mesmo lugar. Se quiser ir a alguma outra parte, tem de correr no mínimo duas vezes mais rápido!” (CARROLL, 2010, p. 1681)

A literatura sobre o crescimento econômico identificou a importância da mudança e do desenvolvimento inovador e tecnológico para o desenvolvimento e para o ganho de competitividade nacional¹⁴. A invenção e a inovação são as fontes do desenvolvimento econômico, pois não só geram uma abertura de mercado, como também criam conhecimento que pode se espalhar para entidades, setores e até governos que não foram responsáveis diretos pela criação original (HALL e ROSENBERG, 2010). Na tradição desenvolvimentista, especialmente com base no Keynesianismo-Estrutural, o crescimento e a produtividade do trabalho e do mercado dependem do seguinte conjunto de fatores: (i) Aumento de desenvolvimento tecnológico ao incorporar novas técnicas, máquinas e equipamentos e (ii) mudança estrutural na composição da cadeia produtiva em direção a setores mais complexos¹⁵ (HIDALGO, 2015) ou sofisticados com maior valor adicional per-capita, rumo à sofisticação tecnológica do tecido produtivo (BRESSER-PEREIRA, OREIRO e MARCONI, 2014)¹⁶

Ou seja, para o (novo) desenvolvimentismo as atividades produtivas são diferentes e devem ser analisadas de acordo com suas habilidades para gerar crescimento e desenvolvimento. Atividades com altos retornos crescentes de escala, alta incidência de inovações tecnológicas e altas sinergias decorrentes de divisão do trabalho dentro das empresas e entre empresas são fortemente indutoras de desenvolvimento econômico. Nestas atividades produtivas predomina a

¹⁴ “Muito admirado por todos os economistas da tradição pós-keynesiana, Josef Schumpeter, através do uso da retórica é conclusivo em estabelecer o papel central do progresso tecnológico e da inovação no processo de crescimento e desenvolvimento de uma economia, variável que é responsável pelos ciclos econômicos e pela tendência de longo-prazo. É responsável pelo ciclo econômico porque é a concorrência intercapitalista que acelera os processos de inovação em processos e produtos. Por outro lado, dita a tendência pois afeta e é afetada pelas instituições na quais emerge”. (OREIRO, 2016, p. 68)

¹⁵ Segundo HIDALGO (2015, pp. 145-146) a complexidade econômica é a combinação entre diversidade e a sofisticação das atividades produtivas, a qual se origina do conhecimento técnico (know-how) e científico (knowledge) acumulado ao nível da economia e do mercado como um todo (estrutura produtiva).

¹⁶ “Há também uma discussão a respeito do progresso tecnológico, “incorporado” ao modelo através da endogeneização da depreciação, a qual é creditada como uma função linear da taxa de progresso tecnológico – em que a sensibilidade-progresso técnico da depreciação, $d\lambda$, mede o nível de obsolescência do estoque de capacidade frente a uma inovação introduzida no sistema. A taxa progresso tecnológico é definida pelo autor como” (OREIRO, 2016, p. 40). E complementa o autor: “Technical progress is purely labour-saving in character (...) [and] has no effect on the balance between permanent staff and operatives, and so there is no change in parameter f which indicates the relative importance of permanent staff in the workforce. Output per worker in the representative firm (at any given level of capacity utilization) rises at a steady exponential rate λ , whose magnitude is determined *exogenously*. Finally, we assume that technical progress has no effect on the degree of monopoly” (ROWNTHORN *apud* OREIRO, 2016, p. 40).



competição e a concorrência imperfeita do mercado, pois possui “importantes curvas de aprendizagem, rápido progresso técnico, alto conteúdo de R&D, grandes possibilidades de economias de escala e escopo, alta concentração industrial, grandes barreiras à entrada, diferenciação por marcas, etc” (GALA, ROCHA e MAGACHO, 2018, p. 221). “Portanto, quanto mais complexa a estrutura produtiva de uma economia (...), maior o potencial de divisão do trabalho e de aumentos da produtividade” (GALA 2017, p. 38)¹⁷.

Vale ressaltar, também, que tais pensadores analisam o crescimento como um processo dinâmico (e não neutro) no qual alguns setores se atrofiam ou até perecem para que outros cresçam ou surjam, transformando continuamente a estrutura produtiva e do mercado, envolvendo um fenômeno que Schumpeter (1942) descreveu como “destruição criativa”, em que empresas e setores mais produtivos, modernos e inovadores prevaleciam frente às empresas e aos setores mais atrasados (ou menos inovadores). Da mesma forma, segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL, 2012)¹⁸, o desenvolvimento econômico requer realocação de recursos em setores ou atividades que possuem alto nível de conhecimento e demonstrem altos índices de inovação tecnológica.

Neste passo, vale destacar o papel anticíclico conferido pelas políticas de inovação. Como a inovação nas empresas é considerada como um ponto fundamental para garantir a competitividade econômica no longo prazo, como defendido na teoria econômica, os governos dos países desenvolvidos agem contra os desdobramentos cíclicos, preservadores e, em alguns casos, até mesmo acelerados, em inovação em tempos de crise.

Isto sugere a necessidade de uma política macroeconômica voltada ao incentivo adequado da inovação, bem como ao investimento nas atividades mais complexas e sofisticadas. A mudança tecnológica tem sido o principal motor de aceleração econômica e de desenvolvimento de vários setores fundamentais de um país, incluindo, por exemplo, os transportes (público e privados), tecnologias espaciais, telecomunicações, energia, entre outros. Tais estímulos, baseados em políticas governamentais, fomentam o aumento da concorrência e contribuem para a colaboração entre empresas, instituições científicas e de investigação (P&D), incluindo universidades o que acarreta retorno financeiro direto para o Estado.

Cumprir observar que os países mais desenvolvidos economicamente tiveram a inovação como um dos elementos-chave para o progresso da produção e da sustentabilidade econômica. Mais recentemente, o caso dos países asiáticos - Japão, Coreia e China - confirma essa tendência ao realizar, concomitantemente, o processo de recuperação tecnológica e elevar os

¹⁷ Por exemplo: “O agronegócio pode gerar aumento de complexidade produtiva se os tratores, os químicos, as plantadeiras e colheitadeiras forem feitos domesticamente com competência, como Estados Unidos e Canadá, por exemplo, fizeram. Mas não há garantia de que isso ocorra. A agricultura pode simplesmente importar as máquinas e os produtos químicos de que necessita, e nesse caso o país continuará a ser uma grande fazenda high tech, que emprega pouca gente, basicamente para dirigir o trator, a plantadeira e a colheitadeira. O caminho do desenvolvimento mostra que é preciso, sim, produzir tratores, colheitadeiras, plantadeiras ou fertilizantes, ou algo complexo que não seja apenas soja, milho ou trigo”. (GALA, 2017, p. 38)

¹⁸ Texto original: “Economic development requires reallocating resources to sectors or activities that are knowledge-intensive and show higher rates of technological innovation” (CEPAL, 2012, p. 30)



níveis de renda per capita. Para realizar tal feito, houve uma mudança significativa no papel do Estado que passou a visualizar os sistemas nacionais de pesquisa e inovação como um agente central e estratégico do desenvolvimento econômico. Assim, surgiu um novo paradigma de intervenção governamental focado não mais em corrigir as falhas do mercado, mas participando ativamente do desenvolvimento econômico através das políticas públicas que incentivam a inovação (MAZZUCATO, 2016)¹⁹.

O objetivo da China é contribuir cada vez mais para o alargamento das fronteiras tecnológicas globais²⁰. A promoção do espírito empresarial privado é importante neste contexto. Reforçar a concorrência e a melhoria da utilização produtiva dos recursos podem ser apoiadas por reduzir e eliminar as barreiras de entrada de empresas privadas em indústrias que fornecem serviços essenciais, em especial serviços financeiros e bancários. A maior participação das empresas privadas nas indústrias de serviços também melhorará acesso do setor privado aos recursos, em especial ao capital e ao crédito, que são essenciais para inovação e desenvolvimento. Assim, as políticas e a regulamentação governamental que visam promover o papel do setor privado na alocação de recursos-chave pode impulsionar o aumento da produtividade na China (SON e SONG, 2015). Encontrar formas de aumentar a eficiência e a eficácia da despesa em P&D também é uma das principais preocupações tanto para o governo como para os empresários.

O principal marco das políticas de desenvolvimento tecnológico e de mudanças estruturais em CT&I da China se deu com o lançamento do Programa Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento de Alta Tecnologia, conhecido como “Programa 863”²¹. Tal programa foi de fundamental importância pois “mobilizou esforços e recursos para aprimorar a base de infraestrutura tecnológica do país, especialmente em áreas como ciências biológicas, produtos farmacêuticos e novas tecnologias agrícolas” (WENDLER, 2013, p. 78). Ademais, conforme o autor (idem, p. 78-79), outros programas merecem destaque, a saber:

- Programa Nacional de Tecnologias-Chave (1984);
- Programa Estatal de Laboratórios-Chave (1984), criado para montar a infraestrutura básica de pesquisa científica do país, com recursos anuais da ordem de US\$ 240 milhões;
- A reforma universitária (1985);
- A Fundação Nacional de Ciências Naturais da China (1985);

¹⁹ Dessa forma, se o exemplo dos países desenvolvidos é tão frequentemente apontado como modelo a ser seguido pelos países em desenvolvimento, este artigo pretende contribuir para a ideia de que, para promover o desenvolvimento, é necessário garantir recursos públicos para a inovação em empresas nacionais, pois “quanto mais complexa a estrutura produtiva de uma economia (...), maior o potencial de divisão do trabalho e de aumentos da produtividade” (Gala 2017, p. 38).

²⁰ Neste sentido, ressalta-se que, em consonância com o estruturalismo latino-americano, a superação das brechas sociais e econômicas do Brasil deve passar, também, pelo progresso técnico e pela difusão da inovação, o tecido produtivo, considerando a relevância do financiamento público e a articulação coordenada dos sistemas nacionais de inovação para a consecução desses objetivos.

²¹ Título que remete ao ano e ao mês de sua criação: março de 1986.



- O Programa Fagulha (Spark Programme), de 1986, destinado a promover avanços científicos para o desenvolvimento sustentável da agricultura e do meio rural;
- O Programa Tocha (Torch Programme), de 1988, para promover e apoiar parques tecnológicos, bases industriais e plataformas de exportação, com o objetivo de expandir a produção e o capital das empresas afiliadas e com perspectiva de se tornarem grandes empresas e multinacionais chinesas.

Gradualmente, o governo chinês mudou e aprofundou seu papel de planejador estratégico e provedor de ciência, pesquisa básica e inovação. Para tanto, o em 1998 o *State Science and Technology Commission* mudou sua designação para *Ministry of Science and Technology* (MOST) e tornou-se o principal ator nos esforços de desenvolvimento tecnológico da China. Este período concentrou-se na realização dos seguintes objetivos: i) promoção de pesquisa base em campos científicos selecionados que tenham a perspectiva de alto impacto no progresso social e no desenvolvimento econômico; ii) investigação e desenvolvimento de novas tecnologias em setores selecionados pelas prioridades nacionais de alta tecnologia, como a biotecnologia, as tecnologias da informação (T.I), tecnologia espacial, tecnologia energética, novos materiais, etc.; iii) inovação tecnológica e comercialização; iv) apoio à construção de infra-estrutura para a pesquisa e investigação científica; e v) desenvolvimento de recursos humanos em CT&I e bonificações pela excelência em ciência, tecnologia e inovação. Para cada objetivo o governo chinês desenvolveu diversas ferramentas e instrumentos que dão suporte e garantem sua efetividade²² (OECD, 2008).

Os líderes chineses acreditam que dominar a inovação é a chave para garantir o crescimento econômico a longo prazo e, por conseguinte, melhorar o bem-estar nacional. A vantagem inovadora da China está muito mais próxima do desenvolvimento produtivo do que, especificamente, da pesquisa em inovação radical. As empresas chinesas continuam a desenvolver e melhorar melhor os produtos já existentes do que inventar novos produtos. Assim como a Rainha Vermelha de Louis Carroll, em Alice através do espelho, as empresas de tecnologia chinesas correm o mais rápido que podem para permanecer no mesmo local. Elas brilham ao se desenvolverem com rapidez suficiente para permanecerem no limiar da fronteira tecnológica global sem realmente avançar a própria fronteira. Graças à sua posição no centro do fragmentado processo de fabricação global, muitas empresas chinesas se destacam em uma ampla gama de atividades inovadoras secundárias, e estas criam valor econômico significativo para a nação²³. O objetivo é

²² Para ver de modo detalhado todas as políticas públicas desenvolvidas pela China aconselha-se o trabalho da OECD *Reviews of Innovation Policy* de 2008. Disponível em <http://climatesolver.org/sites/default/files/pdf/0809.pdf>. Acesso em: 15/09/2019. De forma resumida, as políticas públicas chinesas podem ser acessadas na pesquisa "China's Drive for 'Indigenous Innovation'" de James McGregor. Disponível em https://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/100728chinareport_0_0.pdf. Acesso 15/09/2019. Para entender de modo mais prático e empírico o desenvolvimento inovador chinês ver o excelente trabalho de "Innovative China: Innovation Race Between East and West" de Taco C.R. van Someren e Shuhua van Someren-Wang (2013).

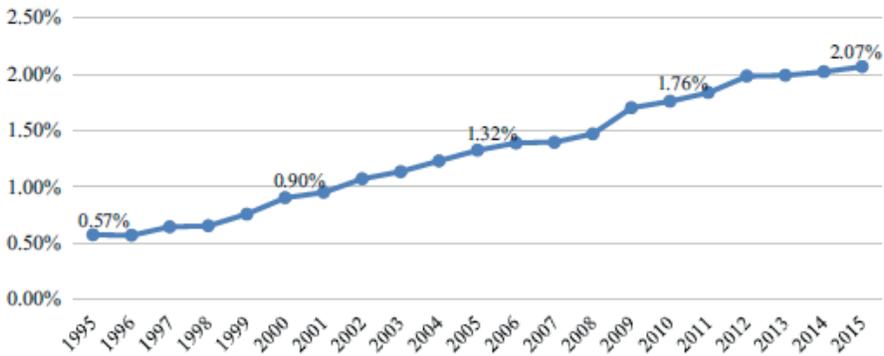
²³ Como apontado por Chang (2013), ao contrário do que é defendido no discurso liberal dos países industrializados, o Estado sempre atuou e ainda atua de maneira significativa para promover a competitividade das economias nacionais e a política tecnológica e de inovação é uma parte fundamental deste processo. Portanto, o desenvolvimento de uma política nacional de inovação com investimentos estáveis e significativos devem se tornar um exemplo a ser seguido



a pragmática do crescimento econômico nacional e a criação de empregos, enfatizar a novidade radical pode não ser a melhor estratégia (BREZNITZ e MURPHEE, 2011).

Por tais modificações das políticas econômicas a China se estabilizou como a segunda maior economia do mundo em termos de PIB, atrás apenas de os EUA (BANCO MUNDIAL, 2017). Mas esse crescimento econômico não é ocasional em 2006, o governo chinês desenvolveu o Programa de Desenvolvimento de C&T de médio e longo prazo para 2006-2020 e deixou evidente que a China deve investir fortemente em P&D para recuperar o atraso em relação aos países desenvolvidos, com a objetivo de aumentar as despesas de P&D para 2,5% do PIB total (LIU et al., 2017). O investimento estatal vem crescendo constantemente, como se observa (figura 02):

PORCENTAGEM DE INVESTIMENTO EM P&D EM RELAÇÃO AO PIB DE 1995 A 2015 (%)



Fonte: China Statistical Yearbook (1999–2016) apud LIU et al., 2017, p. 16

O banco nacional da China é um grande influenciador deste quesito, pois participa ativamente como um dos principais pilares da estratégia do plano nacional de inovação. Nos últimos anos, os bancos centrais vêm desenvolvendo não apenas um papel anticíclico da economia, mas também desempenham um papel de risco em investimentos e orientando o caminho da inovação para a superação dos principais desafios socioeconômicos (MACFARLANE e MAZZUCATO, 2018)²⁴. Assim, o objetivo, em termos de política econômica, do Banco Nacional da China é o de promover e fomentar um desenvolvimento inovador, equilibrado, verde, aberto e inclusivo de médio e longo prazo (CDB, 2018), o banco também vem desempenhando um papel orientado para a missão da sustentabilidade ambiental com foco no desenvolvimento de tecnologia verde. Somente para empresas privadas que possuam projetos de pesquisa para

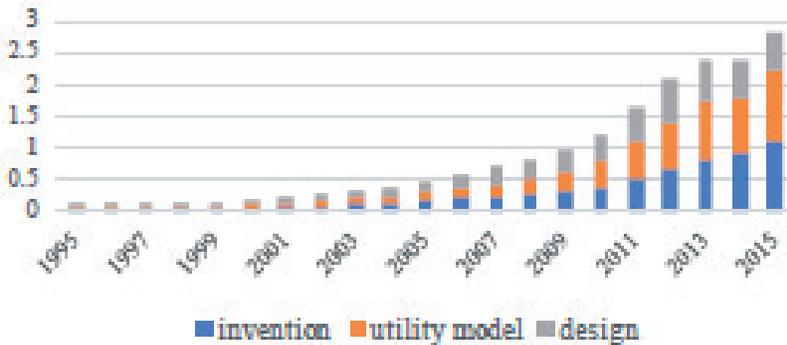
pelos países em desenvolvimento na superação das barreiras ao desenvolvimento econômico, especialmente os países que hoje se encontram em crise por conta das políticas neoliberais.

²⁴ O trabalho que desenvolve muito bem o tema do papel central do financiamento público para o desenvolvimento da inovação e mostra "como, no caso da inovação, as políticas bem-sucedidas que conduziram a inovações radicais foram mais eficazes sobre a formação e criação de mercados através de financiamento público direto" (MAZZUCATO e SEMIENIUK, 2017, p. 24). Disponível em <https://academic.oup.com/oxrep/article-abstract/33/1/24/2972707>.

o desenvolvimento de energia renovável, o “banco da China financiou, em 2018, um saldo de RMB 637.1 bilhões” (Idem, p. 23).

O que causou, nos últimos anos, um nível de desenvolvimento inventivo enorme, conforme figura 03.

NÚMERO DE PEDIDOS DE PATENTES NA CHINA ENTRE 1995 A 2015 (ESCALA DE MILHÕES)



Fonte: NBS *apud* Johnston, Song, Fang e Garmut, 2017

Ocorre que, em que pese todo o desenvolvimento inovador, o crescimento de pedidos e concessões de patentes e o contínuo estímulo para a inovação, a China continua dependente de tecnologia externa e, por conta disso, não consegue melhorar sua complexidade econômica em termos de balança comercial. Neste mesmo sentido, explica Wendler (2013, p. 80): “O problema é que inovações geradas por multinacionais não resultaram em transferências e transbordamentos de tecnologias para as empresas de capital chinês”. Tal fato pode ser demonstrado pelo *Global Index Innovation* e, também, pelo Atlas da Complexidade Econômica, como se demonstrará.

2 O CAVALheiro INVENTOR: COMPLEXIDADE ECONÔMICA, CONCORRÊNCIA EXTERNA E DEPENDENCIA TECNOLÓGICA.

Ele vestia uma armadura de lata, que parecia lhe servir muito mal, e trazia presa entre os ombros uma caixinha de pinho de formato esquisito, de cabeça para baixo e com a tampa pendendo, aberta. Alice olhou-a com grande curiosidade. “Vejo que está admirando minha caixinha”, disse o Cavaleiro (branco) em tom amistoso. “É uma invenção minha... para guardar roupas e sanduíches. Como vê, carrego-a de cabeça para baixo, assim não entra chuva.” “Mas as coisas podem sair”, Alice observou gentilmente. “Sabe que a tampa está aberta?” “Não sabia”, disse o Cavaleiro, o aborrecimento lhe anuviando o rosto. “Nesse caso, todas as coisas devem ter caído. E a caixa é inútil sem elas” (CARROLL, 2010, p. 2551)



Como visto, a China, desde a sua reforma e abertura comercial ao exterior, especialmente após a sua adesão à OMC em 2001, vem se desenvolvendo economicamente muito rápido. O grande salto se dá, em grande medida, pelas políticas públicas que formam, com base em planejamento estratégico de curto, médio e longo prazo, um sistema de inovação e desenvolvimento orientado para o fomento e investimento de CT&I e para a indústria de alta complexidade e sofisticação econômica.

Ocorre que, não obstante o grande impacto dessas políticas, demonstradas no tópico anterior, a China ainda apresenta grande dependência tecnológica estrangeira. Tal fato já foi observado e ressaltado por pesquisadores chineses (LAU, CHEN, et.al, 2006; CUIHONG e JIAN-SUO, 2007) e estrangeiros (GROSSMAN e HELPMAN, 2005).

O que acontece é que a estrutura econômica da China, ainda, não está madura o suficiente para alcançar a independência tecnológica em setores essenciais para o seu auto e pleno desenvolvimento. Especialmente a indústria chinesa é fortemente dependente de demandas de maquinários e ferramentas de ponta e de grande sofisticação tecnológica, sensores inteligentes e de outros produtos de alta tecnologia. Desta forma, a “China depende da oferta externa para impulsionar sua revolução de fabricação inteligente” (WÜBBEKE et al, p. 37).

Este trabalho, para detalhar esse assunto, toma como base a análise empírica da complexidade econômica que usa novas metodologias, advindas da ciência de dados e redes e da econofísica capazes “de extrair informações sobre a estrutura produtiva e as capacidades das economias e inferir quanto ao processo de desenvolvimento a partir de uma perspectiva de transformação estrutural” (MAIA e DALLAVERDE, 2019, p. 04). Com isso, o estudo é capaz de mensurar, através da análise de dados as capacidades presentes nas estruturas de produção, ou seja, se o país possui, dentro de suas cadeias produtivas, toda a capacidade (maquinário, tecnologia, know-how, entre outros) para sua fabricação²⁵.

Ora, para fazer determinado produto é necessário conhecimento específico de produção e gestão, maquinário e ferramentas apropriados e matéria prima necessária para a sofisticação. Por isso, pode-se afirmar que, para produzir uma determinada coisa, é necessário um “mix de conhecimento”: saber o que fazer, como fazer, o que usar para fazer, quais melhores condições de produção, melhores matérias primas, entre outros. Tais questões, por exemplo, podem ser medidas pela quantidade de patentes, engenheiros e gasto com P&D. Mas, também, é necessário um determinado número de tecnologia de e para produção, ou seja, o quanto tais patentes estão sendo efetivamente aplicadas na estrutura e na cadeia produtiva e, com isso, dando retorno financeiro para a empresa e para o país, gerando, de fato, competitividade interna e externa.

Hausmann *et al* (2014) para descrever a complexidade produtiva de um país dá como exemplo os aparelhos de imagens médicas (diagnóstico por imagem) afirmando que tais ma-

²⁵ “As medidas de complexidade desenvolvidas por Hausmann e Hidalgo (2009, 2010, 2011) e Hausmann, Hidalgo et al. (2011) mensuram as capacidades presentes nas estruturas produtivas dos países. Partem do princípio que, para a produção de um produto, é preciso que esta economia possua todas as capacidades necessárias para sua fabricação. A complexidade, dessa forma, é composta por duas variáveis que mutuamente definem seu conceito: a diversificação da economia e a ubiquidade do produto”. (MAIA e DALLAVERDE, 2019, p. 05)

quinários são feitos em poucos locais, como Estados Unidos e Alemanha, e exportados para diversos países. Assim, são produtos complexos pois pouco países são capazes de fazê-los (e diversos países precisam). Desta feita, para se analisar a complexidade econômica e produtiva de um país, continuam os autores, basta se perguntar ao analisar um produto aleatório, “esse país consegue fazer tal produto?”; “se este país não puder fazer, em quantos outros países pode este produto pode ser fabricado?” (HAUSMANN et al, 2014, p. 22); caso a resposta seja “em muitos”, então este país e produto não são complexos.

Nesta diapasão, o arcabouço metodológico e analítico da complexidade econômica permite verificar de um modo mais fidedigno a estrutura produtiva de um determinado país, bem como a utilização efetiva das invenções e inovações, visto que observa a aplicabilidade e o ganho de efetividade financeira ou produtiva daquilo que é patenteado, pois o método se baseia na evolução competitiva e comparativa que um país é capaz de desenvolver, ou seja, quanto mais eficiente é a inovação, maior a chance de exportar o item produzido, seja pela melhoria de qualidade do produto ou, também, pela melhora da eficiência produtiva o que, por consequência, consegue abaixar o custo de produção e ganhar a concorrência externa.

Por conta disso, o estudo também é capaz de demonstrar a dependência tecnológica de cada país²⁶. A China, mesmo sendo a maior economia de exportação do mundo, encontra-se, atualmente, na 33ª colocação de complexidade econômica de acordo com o Índice de Complexidade Econômico (ICE, 2017)²⁷.

O país é o segundo maior importador do mundo e tem, como produtos principais, os circuitos integrados e “microconjuntos eletrônicos”, que são fundamentais para o desenvolvimento industrial e fabril, e representam 13,5% das importações totais da China, seguido pelo Óleos brutos de petróleo ou de minerais betuminosos, também essenciais, que respondem por 9,4%. As importações advêm principalmente da Coreia do Sul (\$149 Bilhão), do Japão (\$136 Bilhão), do Estados Unidos (\$133 Bilhão) e da Alemanha (\$95 Bilhão), conforme relatório do Índice de Complexidade Econômica - ICE (2017).

Desta forma, ao contrário dos países desenvolvidos e da maioria dos países em desenvolvimento, o comércio de produtos transformados desempenha um papel muito importante no desenvolvimento comercial da China. Ocorre que, como a maioria dos insumos intermediários para o processamento desses produtos são importados, a exportação da China tem uma alta taxa de dependência das importações (CUIHONG e JIANSUO, 2007). Assim como os produtos industrializados chineses tem uma alta taxa de dependência tecnológica externa.

Tal questão se faz importante para analisar como, de fato, a propriedade industrial e a proteção (registrável) de “inovações” refletem no desenvolvimento econômico de um país. O objetivo da inovação é criar valor através da implementação de soluções comerciais viáveis para as

²⁶ Para saber mais sobre o estudo e sua metodologia ver Hartmann, Dominik et al. **“Linking Economic Complexity, Institutions, and Income Inequality.”** World Development 93, 2017. pp. 75–93. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1505.07907>. Acesso: 21 jul. 2018.

²⁷ Acesso ao relatório completo: <https://oec.world/pt/profile/country/chn/>



necessidades, desejos, desafios, problemas ou oportunidades de negócio abertas à exploração. As invenções podem ser registradas e ganham proteção jurídica, mas nem todas as invenções levam realmente a inovações. Na verdade, as invenções feitas sem qualquer entendimento comercial são improváveis de terem interesse comercial, mas não apenas, algumas invenções podem ter utilidade empresarial ou industrial, mas não conseguem agregar valor ou aumentar a sofisticação comercial e concorrencial da empresa ou do país. Não obstante, a propriedade industrial protege tanto essas invenções, quanto as inovações que passam a fazer parte da capital intelectual da empresa ou indústria, proporcionando produtos/serviços diferenciados, contribuindo para proteger o crescimento e a vantagem competitiva e atrair a atenção dos investidores e acionistas.

Assim, há uma corrida por patentes entre indivíduos, organizações e nações, sobre o pressuposto de que as patentes são uma medida quantitativa de inovação. Todavia, na verdade, uma vasta maioria de tais invenções não vão para a comercialização. Isto porque as invenções, geralmente, não partem da metodologia problema-solução do mercado, nem de um entendimento comercial. Uma inovação gera, necessariamente, um impacto econômico, social e/ou ambiental que, via de regra, começa lentamente, mas gradualmente aumenta sua importância mercadológica e comercial até que, finalmente, forma um produto de alta complexidade, tornando o antigo produto obsoleto.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que a complexidade econômica e produtiva são fatores importantes para análise de uma “nação inovadora”, já que os números de patentes feitas sem a devida compreensão comercial não conseguem gerar interesse empresarial e não conduzirá agregação de valor e sofisticação necessária para produzir uma concorrência de exportação.

Por este motivo, inclusive, a China desenvolveu seu mais recente programa estratégico para desenvolvimento e inovação o “Made in China 2025”, também chamado de “China Manufactured 2025”. Uma das principais finalidades deste plano é tornar a indústria e a manufatura chinesa menos dependente de tecnologia e equipamentos estrangeiros (CBBC, 2015, p. 07). A liderança política da China pretende substituir gradualmente as tecnologias produzidas por empresas estrangeiras por tecnologia chinesa (local). As indústrias chinesas de alta tecnologia, deverão adquirir as capacidades necessárias para criar independência de soluções tecnológicas e substituir seus concorrentes externos no mercado doméstico e gradualmente no mercado externo (WÜBBEKE et al, p. 20). Neste sentido, os autores complementam:

O objetivo do progresso tecnológico e da substituição penetra profundamente o (projeto) “Made in China 2025”. De um modo geral, o plano enfatiza a necessidade de “se esforçar para controlar o núcleo (core) tecnológico essencial, melhorar as cadeias de abastecimento industrial e criar capacidades de desenvolvimento independentes em áreas básicas, estratégicas e abrangentes relacionadas com a economia nacional e a segurança industrial”²⁸ (Idem, p. 20)

²⁸ No original: “The objective of technological progress and substitution thoroughly penetrates Made in China 2025. On an abstract level, the plan stresses the need to ‘strive to control essential core technology, improve industrial supply chains and build independent development capacities in basic, strategic and comprehensive areas related to the national economy and industrial security’”.



Por fim, apenas para enfatizar, aparentemente pode-se afirmar que o projeto “Made in China” e a tentativa de independência tecnológica e econômica fez eclodir, recentemente, a “guerra comercial” entre China e Estados Unidos²⁹.

CONCLUSÃO

É inegável que a China apresenta um crescimento econômico importante e influente. Seu planejamento estratégico focado no desenvolvimento de tecnologias inovadoras gera uma conducente e nova curva de crescimento, acompanhada de uma dinâmica interna e externa de mercado completamente nova. Estas novas dinâmicas são tão influentes que geram uma nova ordem mundial, uma nova luta pelo imperialismo e pela dominação do mercado global. Tudo ainda incerto, mas há uma possível dominância asiática, com supremacia chinesa e isso vai mudar a forma como o mundo vai funcionar (SOMEREN e SOMEREN-WANG, 2013).

De toda a forma, já houve um reflexo importante ligado à governabilidade em termos de política econômica. Há um aumento significativo de protecionismo estatal, de participação estatal no desenvolvimento de novos produtos e processos, seja com investimento ou, também, como participação acionária. Já que a maravilha da economia chinesa ocorreu, nos últimos vinte anos, porque os líderes chineses foram capazes de analisar o cenário global e produzir uma estratégia de crescimento com reformas fundamentais que vão do macro ao microeconômico para fortalecimento e aparecimento de empresas inovadoras. Na China, o dinheiro ganho é parcialmente atribuído a vários fundos estatais que investem em projetos que contribuem para a realização dos planos nacionais.

Ocorre que, não obstante o gigante e inegável crescimento e desenvolvimento sócio econômico, a China apresenta algumas fissuras graves em sua estrutura produtiva que indica, com clareza, que até a China tem de obedecer às estruturas e “leis” econômicas do capital. Apesar dos planos nacionais e estratégicos buscarem a máxima utilidade dos agentes, o comportamento e a causalidade estrutural perturba o cenário do país. Além de vários problemas comuns decorrentes do acelerado crescimento econômico como as bolhas em mercados imobiliários, o número de falências nas indústrias de baixa margem de lucro, como brinquedos ou as indústrias dependentes do ciclo de negócios, como a construção naval, o aumento do custo de mão de obra, entre outros (SOMEREN e SOMEREN-WANG, 2013). Há, também, o problema da dependência tecnológica e dos mercados de exportação.

Por outro lado, reduzir a dependência da China em relação às tecnologias de base é um objetivo central do programa “Made in China 2025”. A política visa tornar a China o principal ator econômico em praticamente todas as indústrias de setores considerados de alta tecnologia e

²⁹ Sobre o tema, ver: China’s “**Made In China 2025**” policy and impacts on the business environment. Disponível em: <https://www.faoiglobal.com/chinas-made-in-china-2025-policy-and-impacts-on-the-business-environment/>. Ver, também, “**Who Has the Most to Lose If China’s Trade Ambition Succeeds?**”, disponível em <https://www.bloomberg.com/news/features/2018-10-30/who-has-the-most-to-lose-if-china-s-trade-ambition-succeeds>



que, pela sua complexidade, impulsionam o crescimento econômico nas economias mais avançadas. Os domínios visados incluem automóveis, aviação, máquinas, equipamentos marítimos, robótica e ferroviários, bem como veículos elétricos, tecnologia da informação e dispositivos médicos. A estratégia tem gerado enorme controvérsia no exterior, até porque a política estabelece objetivos específicos para aumentar a quota de mercado das empresas nacionais em muitas indústrias, bem como diminuir a dependência internacional.

Caso a estratégia político econômica da China consiga atingir estes objetivos ambiciosos, o impacto será global e transformará, de modo nunca visto, o cenário e o mercado mundial. Em que pese, como demonstrado neste artigo, a China ainda estar muito longe de assumir a liderança na maioria dos principais setores industriais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Bruno Cesar. **Políticas de Inovação no Brasil e na China do Século XXI**. Brasília: IPEA, 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese**. Revista Cadernos do Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 11, n. 19, pp.145-165, jul.-dez. 2016.

_____. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico, 21 (1), abril 1991: 3-23.

_____; OREIRO, José Luis; MARCONI, Nelson (org.). **A Teoria Econômica na obra de Bresser-Pereira**. Santa Maria: UFSM, 2015.

CEPAL. **Structural Change for Equality: An Integrated Approach to Development**. CEPAL. Disponível em: http://www.cepal.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/7/47427/2012-SES-34-Structural_Change.pdf. Acesso em: 30/05/2018.

CARROLL, Lewis. **Alice: Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Edição do Kindle.

China Development Bank (CDB). **Sustainability Report (2018)**. Disponível em: <http://www.cdb.com.cn/English/bgxz/ndbg/ndbg2018/>. Acesso: 20 de agosto de 2019.

China-Britain Business Council (CBBC). **Made in China 2025: China Manufacturing in the 21st Century - Opportunities for UK-China Partnership**. Disponível em: <https://www.mta.org.uk/system/files/resource/downloads/Made%20in%20China%202025%20Booklet%20One.pdf>. Acesso: 21 de agosto de 2019.

COSTA, Júlia Mendonça da. **Três ensaios em inovação tecnológica e crescimento econômico**. -- São Paulo, 2016. 99 p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2016. Orientador: Gilberto Tadeu Lima.

DIAO, Xinshen; MCMILLAN, Margaret; RODRIK, Dani. **The recent growth boom in developing economies: A structural change perspective**. National Bureau of Economic Research, 2017.



DING, X.; LI, J.; WANG, J. **In pursuit of technological innovation**: China's science and technology policies and financial and fiscal incentives. *Journal of Small Business and Enterprise Development*, v. 15, n. 4, p. 816-831, 2008.

FELIPE, J.; KUMAR, U.; ABDON, A.; BACATE, M. **Product complexity and economic development. Structural Change and Economic Dynamics**, v. 23, n. 1, p. 36–68, 2012.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **Gênese e Precusores do Desenvolvimentismo no Brasil**. *Revista Pesquisa & Debate do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política – Departamento de Economia da PUCSP SP*, Volume 15, n. 2 (26), pp. 225-256, 2004.

GALA, Paulo. **Complexidade Econômica**: Uma nova perspectiva para entender a antiga questão da riqueza das nações. Editora: Contraponto. Rio de Janeiro, 2017.

_____.; ROCHA, Igor; MAGACHO, Guilherme. **The structuralist revenge**: economic complexity as an important dimension to evaluate growth and development. *Brazil. J. Polit. Econ.*, São Paulo, v. 38, n. 2, p. 219-236, June 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572018000200219&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22/09/2019.

Global Innovation Index (2019). Disponível em: <https://www.globalinnovationindex.org/>. Acesso: 29 de setembro de 2019.

HARTMANN, Dominik et al. **Linking Economic Complexity, Institutions, and Income Inequality**. *World Development* 93, 2017. pp. 75–93. Disponível em <https://arxiv.org/abs/1505.07907>. Acesso: 21 de julho de 2018.

HAUSMANN, Ricardo et al. **The atlas of economic complexity**: Mapping paths to prosperity. Mit Press, 2014.

_____. HIDALGO, Cesar; et al., **Atlas da Complexidade Econômica**. Disponível em <http://atlas.media.mit.edu/pt>. Acesso em 09 de setembro de 2019.

HIDALGO, César. **Why information grows**: the evolution of order, from atoms to economies. Philadelphia: Basics Books, 2015.

KHARPAL, Arjun. **Alipay's parent company says tech services**. CNBC, 2018. Disponível em <https://www.cnbc.com/2018/11/14/alipay-parent-ant-financial-says-services-to-surpass-payments-business.html>. Acesso em 18/09/2019.

MACFARLANE, Laurie; MAZZUCATO, Mariana. **State investment banks and patient finance**: An international comparison. UCL Institute for Innovation and Public Purpose, Working Paper Series (IIPP WP 2018-01). Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/wp2018-01>

MADDISON, Angus. **Chinese Economic Performance In The Long Run**. OECD, 2007. Disponível em <http://piketty.pse.ens.fr/files/Maddison07.pdf>. Acesso 12/09/2019

MAIA, Bento; DALLAVERDE, Thiago. **O que o Brasil exporta importa**: uma análise sobre complexidade econômica e comércio exterior entre 1998 e 2014. In: *Anais do Encontro Internacional da Associação Keynesiana Brasileira*. Anais: Campinas (SP) IE-UNICAMP, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/akb/53557-0-QUE-O-BRASIL-EXPORTA-IMPORTA--UMA-ANALISE-SOBRE-COMPLEXIDADE-ECONOMICA-E-COMERCIO-EXTERIOR-ENTRE-1998-E-2014>. Acesso em: 29/09/2019.



MARCATO, M.; ULTREMARE, F. **Produção industrial e demanda doméstica: uma análise insumo-produto do vazamento de demanda para o exterior**. IX Congresso Internacional da Associação Keynesiana Brasileira. São Paulo. 2016.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

_____; PENNA, C. C. R. (2015). **Mission-Oriented finance for innovation: new ideas for investment-led Growth**. London/New York: Rowman & Littlefield, 2015.

_____; SEMIENIUK, Gregor. **Public financing of innovation: new questions**. Oxford Review of Economic Policy, Volume 33, Number 1, 2017, pp. 24–48. Disponível em: <https://academic.oup.com/oxrep/article-abstract/33/1/24/2972707>. Acesso: 28 de abril de 2019.

MCMILLAN, John; NAUGHTON, Barry. **How to Reform a Planned Economy. Lessons from China**. Oxford Review of Economic Policy, 1992, nº 8. pp. 130-143.

OCAMPO, A. **Structural dynamics and economic growth in developing countries**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/252023287_STRUCTUREL_DYNAMICIS_AND_ECONOMIC_GROWTH_IN_DEVELOPING_COUNTRIES. Acesso em: 30/05/2018.

OREIRO, José Luis. **Macroeconomia do Desenvolvimento: Uma Perspectiva Keynesiana**. São Paulo: GEN, 2016.

PEREIRA, José Maria Dias. **Uma Breve História Do Desenvolvimentismo No Brasil**. Revista Cadernos do Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p.121-141, jul.-dez. 2011.

QUIMERA. In: DICIONÁRIO da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2019. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/quimera>. Acesso em 11/09/2019.

QIAN, Yingyi.. **How Reform Worked in China**, In Search of Prosperity: Analytic Narratives on Economic Growth, Princeton University Press, 2003, pp. 297-333.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

STIGLITZ, Joseph et al. **Stability with Growth Macroeconomics, Liberalization and Development**. Oxford: Oxford University Press, 2006

SOMEREN, Taco C.R. Van; SOMEREN-WANG, Shuhua. **Innovative China: Innovation Race Between East and West**. Londres: Springer, 2013.

SON, N. C.; SONG, L. (2015), **Promoting private entrepreneurship for deepening market reform in China: A resource allocation perspective**, China & World Economy 23(1): 747–77.

THE INNOVATION POLICY PLATFORM (2017). Disponível em <https://www.innovationpolicyplatform.org/>. Acesso em 30/05/2018

WÜBBEKE, Jost et. al. **Made in China 2025: The making of a high-tech superpower and consequences for industrial countries**. Mercator Institute for China Studies (MERICS): Papers on China, Nº 2, December 2016.

XIELIN, Liu et al. **Regional Innovation Index of China**. Singapore: Springer Nature, 2017.





DIREITO AUTORAL E DIREITO COMPARADO

CAPÍTULO 11



MEMES E DIREITOS DE AUTOR: ENQUADRAMENTOS LEGAIS E PERSPECTIVAS NUMA VISÃO COMPARADA ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

João Paulo Capelotti¹

RESUMO: Entre as poucas limitações aos direitos de autor no Brasil encontram-se a paródia e a paráfrase (art. 47 da Lei nº 9.610/1998). Na Europa, a recém aprovada diretiva sobre direitos de autor também excepciona apenas paródia, pastiche e caricatura (art. 15). No entanto, as definições de paródia não parecem comportar o conceito de meme, manifestação humorística de grande difusão nos dias atuais.

Palavras-chave: Meme; Paródia; Limitações.

INTRODUÇÃO

A palavra “meme”, criada pelo biólogo norte-americano Richard Dawkins no livro *O gene egoísta* (1976), referia-se a “pequenas unidades culturais de transmissão, análogas a genes, disseminadas de pessoa para pessoa por cópia ou imitação”² (apud Shifman, 2014: 9). O pesquisador fazia um trocadilho, mesclando “gene” com a palavra grega “mimema” (algo que é imitado). Da mesma forma que, segundo ele, há informações passadas de geração a geração por meio do material genético, existem também pedaços de cultura que têm um sistema de transmissão parecido – por exemplo, melodias, bordões e mesmo crenças abstratas, como o conceito de Deus (apud Shifman, 2014: 9).

Como defende Richard Brodie (2009: 3), meme é “qualquer coisa que pode ser imitada”; é “a unidade básica de imitação”³. Segundo a leitura que Brodie (2009: 5-6) toma de Dawkins, toda a nossa cultura é composta por essas partículas, semelhantes a átomos, que competem

¹ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), em Curitiba/PR. Graduado em Direito pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca/SP. Membro do Núcleo de Direito Privado Comparado da UFPR, sob coordenação do Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo; do Grupo de Estudos em História Cultural do Humor, vinculado à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), sob coordenação do Prof. Dr. Elias Thomé Saliba; e do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI), coordenado pelo Prof. Dr. Marcos Wachowicz, da UFPR.

² No original: “small cultural units of transmission, analogous to genes, that spread from person to person by copying or imitation”.

³ No original: “A meme is anything that gets imitated. It’s the basic unit of imitation”.

entre si – veja-se, por exemplo, a competição entre músicas pelo topo das paradas ou de tendências na moda. Susan Blackmore (1999: 204, 217) sustenta que livros, telefones e mesmo a internet foram criados pelos memes para a sua própria replicação.

Embora o conceito tenha sido objeto de críticas acadêmicas, é fato que a palavra se irradiou para fora dos domínios da biologia e da antropologia, e hoje, para o senso comum, designa uma forma de expressão humorística típica do século XXI, caracterizada sobretudo pela rapidez com que se difunde. Embora a palavra evoque hoje, primordialmente, uma foto com uma frase sobreposta sobre a imagem, o meme também pode ser construído com vídeos e gifs⁴.

De acordo com Limor Shifman (2014: 20), o meme incorpora o que há de mais central na cultura marcada pela internet: permite que as pessoas não apenas tenham contato com temas, frases, imagens e vídeos de grande repercussão, mas também que elas o refaçam de acordo com gostos, orientações ideológicas e referências culturais próprias, num processo que ela denomina de “mimicry and remix”. Ou seja: embora a tecnologia permita, mais do que nunca, se repassar uma obra adiante, intacta, do mesmo modo que ela foi recebida, são também as ferramentas tecnológicas à disposição na rede que permitem que o público edite vídeos, faça montagens em fotos, substitua textos e, com isso, adapte o meme antes de passá-lo adiante. Essa dualidade, na visão de Shifman (2014: 30), representa o caráter único, o diferencial que cada um pode ter e ser na rede, ao mesmo tempo em que expressa a conectividade, a consciência de pertencer a algo maior (uma tendência, um fato, um produto da cultura pop).

Mas se memes permitem leituras bastante interessantes do ponto de vista da arte, da estética e da linguagem, o que o campo jurídico tem a dizer a respeito?

Em primeiro lugar, parece evidente que memes são formas de manifestação do pensamento, frutos da liberdade de expressão em regra garantidas pelas democracias de todo o mundo (e, no caso brasileiro, pelos arts. 5º, IV e IX, e 220 da Constituição Federal).

O ponto mais delicado é que memes são usualmente construídos a partir de imagens, textos, vídeos, personagens e outras criações de terceiros. O meme isola e significa elementos da cultura para se fazer entendido – exemplos clássicos trazem do Chapolin Colorado ao Willy Wonka d’A *Fantástica Fábrica de Chocolate*, de personagens de telenovelas da Rede Globo à apresentadora de programas de culinária Bela Gil. Como tratar essas apropriações do ponto de vista do direito do autor?

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e europeu não têm respostas claras à rotulação jurídica do meme.

Do lado brasileiro, a legislação atual, tida como uma das mais restritivas do mundo (Branco, 2007), se levada ao pé da letra impediria a criação e a difusão de memes. A Lei nº 9.610/1998 reconhece apenas a paródia – entre as diversas formas de manifestação humorística – como mecanismo de limitação aos direitos de autor. Memes, que não existiam à época em

⁴ Chagas (2018: 368) classifica os memes em *image macros* (fotografias com legendas), *look-alikes* (comparação entre personagens em painéis duplos), *exploitables* (montagens com sobreposições), entre outras categorias.

que a lei vigente foi promulgada, serão contemplados nas alterações ao diploma legal, atualmente em fase de consulta pública?

Do outro lado do Atlântico, a nova diretiva sobre direitos de autor no mercado digital chegou a ser apelidada de “assassina de memes” (“meme killer”) (Volpicelli, 2018). Apesar de aprovada com explícitas concessões à produção humorística, implementadas depois da enxurrada de críticas sobre suas disposições mais polêmicas, há dúvidas se elas são suficientes para a proteção dessa forma especial de humor. Isso porque a opção de excepcionar das duras regras apenas o material produzido como “paródia, pastiche ou caricatura” parece não abranger o meme, da mesma forma que a legislação brasileira.

O artigo se ocupa da discussão dessas questões, revisitando, para isso, também o conceito de paródia, seus limites e ressignificações (com base em Linda Hutcheon e Dan Harries), inclusive no campo jurídico (Condren et al; Marco Antônio dos Anjos; Laura Little) em comparação com o meme, que, embora relativamente novo já foi abordado com propriedade em obras como as escritas por Limor Shifman e Viktor Chagas.

1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO MEME NO BRASIL

A principal forma de apresentação do meme – ao menos em sua acepção mais presente no imaginário coletivo – é de uma fotografia acompanhada de um texto.

A Lei nº 9.610/1998 prevê claramente a fotografia como obra protegida (art. 7º, VII) e requer o consentimento do fotógrafo para utilização de seu trabalho em qualquer forma (art. 29). O uso desautorizado é ilegal (art. 5º, VII) e qualquer mudança na obra original depende de autorização (art. 28, III). Na seção específica devotada à fotografia, se expressa ainda que é vedada a reprodução de qualquer fotografia que não esteja em absoluta correspondência com a original (art. 79, §2º). Existe também o direito do fotógrafo de ser associado à obra (art. 24, II) e de ter seu nome creditado sempre que ela for utilizada por terceiros (art. 79, §1º).

Qualquer pessoa com um mínimo de vivência na internet, contudo, sabe bem que memes não são, em regra, acompanhados de créditos aos fotógrafos, muito menos de autorização destes para a inserção de texto sobre a imagem (ou mesmo para a inserção de efeitos humorísticos sobre ela, como, por exemplo, raios laser saindo dos olhos do personagem do retrato).

Por mais que se defenda que o meme é uma obra de criação coletiva (art. 5º, VIII, “h”), é difícil argumentar que estão simplesmente eclipsados os direitos morais do fotógrafo de “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra” (art. 24, IV), tanto mais se a Lei nº 9.610/1998 lhe assegura até a tomada de medidas drásticas como “retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem” (art. 24, VI). É possível que, por exemplo, um fotógrafo de determinada orientação política oponha-se à modificação de



sua obra para a criação de um meme com a orientação política oposta.

Todas essas restrições legais ao uso de fotos para memes podem ser transplantadas, sem grandes dificuldades, para vídeos, frases de obras dramáticas e personagens utilizados em memes, por exemplo. Todos, numa leitura rigorosa da lei, demandariam autorização prévia dos criadores das matérias-primas utilizadas nessas manifestações humorísticas.

Uma leitura com esse viés, aliás, foi encampada pela Secretaria Especial de Comunicação Social, vinculada à Presidência da República, nos idos de maio de 2017. A secretaria enviou a alguns blogueiros e produtores de conteúdo humorístico para a internet uma notificação com o seguinte teor (apud Vecchioli, 2017):

Prezados Senhores,

O Departamento de Produção e Divulgação de Imagens da Presidência da República em busca de melhorias na produção e divulgação das fotografias oficiais do Exmo. Sr. Presidente Michel Temer, vem por meio desta divulgar os endereços eletrônicos (Portal e Flickr) para *download* das imagens presidenciais.

Todas as fotografias estão liberadas para uso jornalístico e divulgação das ações governamentais. Para outras finalidades, é necessária autorização prévia da Secretaria de Imprensa da Presidência da República. [...]

Os interessados podem reproduzir as imagens desde que citado [sic] os créditos, conforme determina a Lei 9.610/98 dos Direitos Autorais [...]

Atenciosamente,

Favor confirmar recebimento.

Departamento de Produção e Divulgação de Imagens
Subsecretaria de Comunicação Digital
Secretaria Especial de Comunicação Social

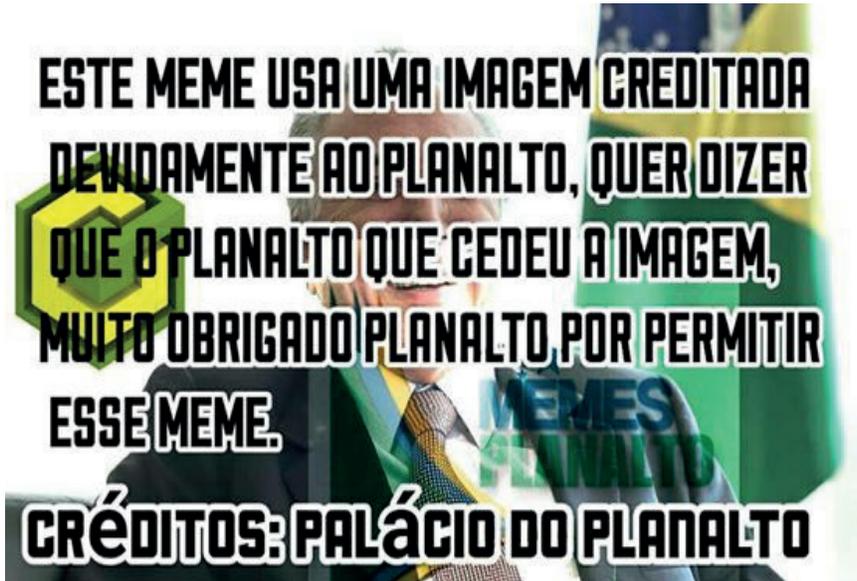
Os humoristas viram na notificação uma tentativa de intimidação pelos memes produzidos com a figura do presidente. Afinal, embora o e-mail viesse da Secretaria de Comunicação e tivesse em tese a intenção de proteger os direitos dos fotógrafos, seu efeito reflexo era o de virtualmente impedir críticas a Michel Temer. O que seriam dos memes se precisassem da autorização do personagem da foto e objeto da sátira? Mesmo que o consentimento hipoteticamente fosse dado, o próprio ato de pleiteá-lo já retira da produção humorística o *timing* do qual seu sucesso depende grandemente, ainda mais na internet.

Críticas nesse sentido vieram não só por meio de entrevistas, reportagens e artigos de opinião veiculados em tradicionais veículos de comunicação⁵, mas, principalmente por ainda

⁵ Sandro Sanfelice, um dos notificados, disse ao portal UOL: “A gente ficou num primeiro momento apreensivo. Não é todo dia que você recebe um e-mail formal do governo, ainda mais num tom desses. Eu entendi em um tom de ameaça, de: ‘Parem de usar as fotos do presidente para outros fins que não jornalísticos’” (VECCHIOLI, Demétrio. Governo

mais memes que faziam troça da figura do presidente e dos requerimentos de crédito e de consentimento para a utilização de fotos do mandatário em material humorístico. Um dos mais representativos é reproduzido abaixo:

FIGURA 1 - MEME CRIADO PELO SITE CAPINAREMOS, VEICULADO EM REPORTAGEM DA REVISTA SUPERINTERESSANTE.



Fonte: CAPUTO, Victor. Temer proíbe o uso de suas fotos para memes. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/temer-proibe-uso-de-suas-fotos-para-memes/#>. Acesso em: 04 out. 2017

O meme sintetiza os potenciais problemas advindos da exigência de autorização prévia para a utilização de fotografias para finalidade humorística. Na figura acima, a preocupação com a concessão de créditos e a adoção das cautelas quanto à fonte incha de modo desproporcional o elemento textual, ocultando quase completamente a própria imagem objeto da autorização. O personagem retratado (o então presidente Temer) é reconhecível apenas graças a poucas características que se permitem enxergar no meio do texto, como os cabelos brancos, o terno e a silhueta. O tom excessivamente laudatório, por sua vez, deixa claro, por meio da ironia, os perigos que tal autorização prévia trazem para a liberdade de crítica a instituições e pessoas públicas.

nega censura ao notificar blogs sobre uso de imagens em memes de Temer. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/23/governo-nega-censura-ao-notificar-blogs-sobre-uso-de-imagens-em-memes-de-temer.htm>. Acesso em: 04 out. 2017). Confiram-se, ainda: CAPUTO, Victor. Temer proíbe o uso de suas fotos para memes. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/temer-proibe-uso-de-suas-fotos-para-memes/#>. Acesso em 04 out. 2017; AVEDAÑO, Tom C. Fora meme? Como o Governo Temer virou inimigo da indústria das piadas na Internet. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/ciencia/1495899503_382776.html. Acesso em 04 out. 2017.



Se o incidente teve alguma repercussão na imprensa, logo ele foi engolido por escândalos de maior magnitude (os grampos de Joesley Batista) e caiu no esquecimento. Não há registro de que a Secretaria de Comunicação tenha insistido em tais demandas posteriormente, seja no governo Temer ou no que lhe sucedeu.

Embora o conflito não tenha sido judicializado, como se trata, neste caso, de embate entre um gestor público, uma figura de poder, ocupante de cargo eletivo, e de expressão crítica à sua pessoa e aos atos de seu governo, não seria difícil recorrer a garantias constitucionais para barrar as exigências de crédito e consentimento postas pela Secretaria de Comunicação.

O recurso a princípios constitucionais maiores, em especial da liberdade de expressão artística e jornalística (eis que os memes têm muitas vezes essa natureza híbrida de serem peças de informação e diversão) teria o potencial de resolver o debate neste caso concreto.

Mas e quando as pessoas retratadas nas fotografias forem outras – atores de telenovela, por exemplo? Não há muito tempo, houve notícia de notificações extrajudiciais enviadas a perfis de redes sociais por emissoras de televisão em vista da utilização de material de sua titularidade para a produção de memes⁶.

Poderíamos argumentar que este último exemplo e o de Temer são sintomas de uma legislação defasada. Mas o que dizer, então, dos problemas postos pela recém-aprovada diretiva da União Europeia sobre direitos autorais, explorados no item a seguir?

2 A DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE DIREITOS DE AUTOR

Até 2019, a disciplina do direito de autor na Europa tinha sua espinha dorsal em uma diretiva aprovada em 2001⁷. Os debates em torno da substituição dessa diretiva⁸ por uma mais moderna e adequada aos tempos regidos pela internet começaram a ganhar espaço no noticiário conforme cresciam as objeções a dois de seus artigos (os de número 11 e 13, posteriormente transformados nos de número 15 e 17).

⁶ “Desde a noite desta quarta-feira (20), diversas contas brasileiras no Twitter que postam imagens retiradas de programas da Globo divulgaram para seus seguidores que estavam sendo notificadas via e-mail por terem cometido infrações de direitos autorais. [...] Apesar de a atenção da maioria dos usuários estar centrada nos prints de programas da Globo, também há relatos de que imagens retiradas de outras emissoras saíram do ar. O jornalista Vinicius Sacramento afirma ter recebido a mesma notificação por infração de direitos autorais, mas vindas da Band e da FIFA. Ele diz que os pedidos estavam relacionados a prints do reality show MasterChef e da partida entre Brasil e Suíça pela Copa do Mundo. Outros usuários também disseram que o mesmo aconteceu com programas da RedeTV. [...] Através de um tweet publicado em seu perfil oficial, a Globo confirmou que não é a responsável pela retirada das imagens. ‘A Globo não solicitou a derrubada de nenhum dos conteúdos citados. A empresa tem um profundo respeito pelos seus fãs e pela maneira como se relacionam com a sua programação e trabalha todos os dias para que essa saudável dinâmica conviva com seu compromisso de defesa dos direitos autorais de combate à pirataria’, diz a mensagem da empresa” (AUTRAN, Felipe. Prints de programas da Globo estão sendo removidos pelo Twitter. *Tecmundo*, 21/06/2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/131525-prints-programas-globo-sendo-removidos-twitter.htm>. Acesso em: 28 set. 2019).

⁷ Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001.

⁸ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

O primeiro deles, atual art. 15, diz respeito à chamada “taxa do link”: grandes plataformas como Facebook devem pagar a veículos de comunicação uma determinada quantia quando seus usuários compartilham o texto de uma notícia na plataforma⁹.

O segundo, atual art. 17, mais afeto ao assunto tratado neste artigo, prevê a obrigação de plataformas como o YouTube – que disponibilizam material inserido no site por seus usuários – bloquear o upload de conteúdo que infrinja direitos de autor. Até então, as plataformas tinham apenas o dever de remover material infringente assim que notificadas (“notice and take down”). A partir de agora, elas terão de desenvolver filtros mais sofisticados para reconhecer conteúdo não licenciado e bloqueá-lo antes que ele seja disponibilizado para os outros usuários, sob pena de pesadas multas. Existe um nível escalonado de obrigações conforme o número de visitantes que o site recebe, bem como um dever de transparência da plataforma com os detentores de direitos autorais a respeito de quais são os “melhores esforços” adotados para prevenir a utilização de material não licenciado¹⁰.

⁹ Art. 15.º Proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações em linha. 1. Os Estados-Membros devem conferir aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à utilização em linha das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação. Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais. A proteção concedida ao abrigo do primeiro parágrafo não se aplica à utilização de hiperligações. Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos d/e publicações de imprensa. [...] 4. Os direitos previstos no n.º 1 caducam dois anos após a publicação em publicação de imprensa. Esse prazo é calculado a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte à data em que essa publicação de imprensa for publicada. O n.º 1 não se aplica às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes de 6 de junho de 2019. 5. Os Estados-Membros devem prever que os autores de obras que sejam integradas numa publicação de imprensa recebam uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa recebem pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação. (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=PT>. Acesso em: 01 set. 2019).

¹⁰ Artigo 17.º Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. 1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.º 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido. 2. Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE se estes não agirem com caráter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. [...] 4. Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que: a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b). [...] 7. A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos não resulta na indisponibilidade de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação. Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar con-



A análise que tem predominado (Reda, 2018; Valente, 2019) é de que, embora a retórica por trás da aprovação da diretiva tenha sido a de beneficiar os pequenos criadores europeus, acossados pelas gigantes da internet, os grandes beneficiários foram, na verdade, os grandes grupos de mídia – que passarão a ter uma nova fonte de renda com a “taxa do link” (art. 15) e, ao mesmo tempo, terão um reforço na proteção de seu conteúdo, por meio das obrigações constantes no art. 17.

O YouTube, por exemplo, que recebe 400 horas de vídeo por minuto (Wojcicki, 2018), já dispõe de uma ferramenta chamada Content ID, desenvolvida ao custo estimado de cem milhões de dólares, que bloqueia material em desacordo com seus termos de uso. O temor dos críticos da diretiva é que, na tentativa de atendê-la, as plataformas adotem uma postura ainda mais restritiva, barrando conteúdo legítimo (presumido ilícito até prova em contrário) (Reda, 2018)¹¹.

Por essas e outras razões, as empresas diretamente interessadas, como o YouTube (por meio de uma campanha chamada “Save your internet”), a sociedade civil (por trás da maior petição online da história do Change.org, com 4,7 milhões de assinaturas) (Stolkel-Walker, 2019) e alguns deputados do Parlamento Europeu opuseram-se veementemente à proposta. A pressão foi em vão, considerando que a diretiva foi aprovada, mas serviu ao menos para que alterações importantes fossem incorporadas ao texto, como a ressalva de que não constitui infringência a direito autoral conteúdo que traga “caricatura, paródia ou pastiche”¹².

teúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) Citações, crítica, análise; b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. 8. A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha facultem aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita à cooperação referida no n.º 4 e, caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos. 9. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção. Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano. Os Estados-Membros asseguram também a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos permitem a resolução de litígios de forma imparcial e não privam o utilizador da proteção jurídica conferida pelo direito nacional, sem prejuízo do direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes. Em especial, os Estados-Membros asseguram que os utilizadores tenham acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos. A presente diretiva não prejudica de modo algum as utilizações legítimas, como as utilizações abrangidas pelas exceções ou limitações previstas no direito da União, nem conduz a qualquer identificação de utilizadores individuais nem ao tratamento de dados pessoais, exceto nos termos da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (UE) 2016/679. [...] (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=PT>. Acesso em: 01 set. 2019).

¹¹ No original: “Posting and sharing is how we participate online. Uploads and links are what makes the internet more meaningful for society than cable TV. The upload filters – that platforms will have no choice but to implement to limit their liability – will likely err on the side of over-blocking, withholding legitimate acts of expression to avoid legal trouble: in the court of the automated filter, we’ll be assumed guilty until proven innocent”.

¹² Condren et al (2008a: 282), contudo, incluem o pastiche entre uma das possíveis formas da paródia, ao lado do burlesco e da metaficção. Os autores propõem que “paródia” seja um conceito guarda-chuva, como se depreende do trecho a seguir: “Lampoons are certainly parodies, but they are only one of several kinds of parody; others include burlesque, pastiche, travesty and metafiction, as will be discussed further in Part 2 of this article, in the context of proposing a more defensible ordinary meaning for the term. While theorists can disagree over the precise borders and subdivisions between



Veja-se que o texto não abrange formas diversas de manifestação humorística, mas apenas três de suas variantes. A caricatura, sabe-se, é a representação humorística de uma pessoa, que exagera determinados traços¹³. O pastiche é a imitação aberta e descarada da obra de outro(s) artista(s), geralmente mediante colagem de elementos¹⁴.

Será que a proteção dos memes – que, para alguns, seriam exterminados caso aprovada a diretiva – depende agora da proteção legal à paródia, tal como no Brasil?

3 O MEME COMO PARÓDIA: LIMITAÇÕES E PROBLEMAS

A paródia é tradicionalmente entendida como uma manifestação humorística que parte de outra obra já estabelecida, para, a partir dela, construir uma nova. Ao passo que a paráfrase confirma o texto precedente, dizendo-o e outro modo, a paródia o nega, adicionando ao texto pretérito elementos indesejados ou mesmo que lhe são diametralmente opostos, com o objetivo de crítica ou inovação (Anjos, 2009: 8-10)¹⁵.

Enquanto o pastiche é uma simples imitação, a paródia vai além. A outra obra é uma inspiração, um ponto de partida – ela não é simplesmente roubada (“a takeoff, not a ripoff”, como resumido pela Justiça norte-americana no caso Nike v. “Just Did It”). Ou seja: a paródia precisa ser suficientemente parecida com a obra original para que a alusão seja compreendida, mas também diferente o bastante para que ambas não sejam confundidas (Little, 2019: 26-27).

Um pouco de etimologia pode ajudar a lançar luz sobre o conceito. Paródia vem do grego *paroidia*, sendo *para* um prefixo com conotação de contrariedade (como em “paraquedas”), mas também com sentido de “ao lado” (como em “parâmetro”). Trata-se, portanto, de um discurso oscilante (Harries, 2000: 5), compassado pela intertextualidade, emulando um determinado discurso ao mesmo tempo em que o ridiculariza.

these sometimes overlapping terms, it is clear both from the scholarly literature, and on any analysis of literary and artistic practice, that parody is the recognised umbrella term for a range of practices of transformative re-use”.

¹³ A definição é do Cambridge Dictionary: “(the art of making) a drawing or written or spoken description of someone that usually makes them look silly by making part of their appearance or character more noticeable than it really is”.

¹⁴ Novamente, utilizamos a definição do Cambridge Dictionary: “a piece of art, music, literature, etc. that intentionally copies the style of someone else’s work or is intentionally in various styles, or the practice of making art in either of these ways”.

¹⁵ Conforme o autor citado aprofunda em sua tese de doutorado: “Parodiar a criação de outro autor seria, portanto, imitá-la humoristicamente, recriando-a com originalidade e com o objetivo de fazer rir. Esse entendimento de paródia, entretanto, não é exato, já que o caráter humorístico, embora seja o mais comum na prática, não é o elemento essencial dessa forma de criação. A paródia, na realidade, é a negação de um texto, sua antítese. Assim, é perfeitamente aceitável que se parodie um texto dramático recriando-o para a forma cômica; porém, é viável, também, fazer o contrário, ou seja, conferir formato dramático a uma obra humorística. O que interessa para tipificar essa técnica é a recriação, o ato de transportar uma obra para outra, que a imita, mas de certa forma, a nega. [...] A paródia é admitida como uma criação nova, distinta da parodiada, porque naquela o autor se afasta do trabalho anterior, que é usado como ponto de partida para uma nova atividade intelectual e criativa. Na paródia, há uma negação do texto anterior, que é alterado, até mesmo deturpado, com o objetivo de crítica e inovação. Esse objeto não precisa se revelar sutil ou conter grandes indagações, podendo manifestar-se tão só pela deturpação da obra parodiada, que é mostrada de forma oposta à anteriormente concebida. [...] É nisso que reside a principal diferença com a paráfrase, pois, nesta, o autor confirma o texto parafraseado, reescrevendo-o de forma distinta, porém mantendo o que foi dito na primeira criação. Não há uma antítese, uma negação da obra anterior, mas, sim, a confirmação dessa obra”.

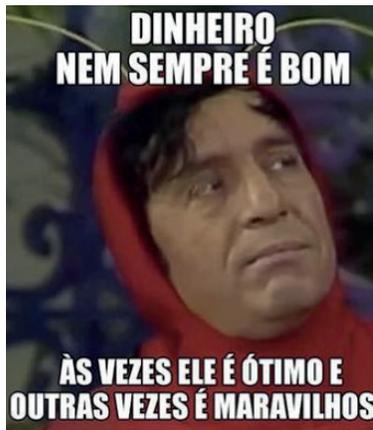


Para Linda Hutcheon (1985: 1), a paródia não é, de forma alguma, um fenômeno novo, mas sua ubiquidade no campo das artes nestas últimas décadas trouxe a necessidade de reconsiderar sua natureza e sua função¹⁶. Aparentemente, “o mundo moderno parece fascinado pela habilidade dos sistemas humanos de referirem-se a si próprios num processo de espelhamento infinito”¹⁷. Essa autorreflexividade, que domina dos comerciais aos filmes, coloca a paródia numa posição central da cultura contemporânea (Hutcheon, 1985: 1) – a ponto de, como lembra Shifman (2014: 32), o sucesso de um vídeo postado no YouTube poder ser mensurado pelo número de paródias dele feito pelos fãs. A análise de Hutcheon parece ainda mais pertinente neste início de século XXI, em que uma das formas de humor mais proeminentes – o meme – possui como uma de suas características centrais a referência a outros elementos da cultura, inclusive outros memes, num jogo de espelhos de reflexões infinitas.

No entanto, o fato de o meme ter a mesma consciência em relação ao material que o precedeu e ao mundo que o cerca não o torna, necessariamente, uma paródia, pois lhe falta o atributo central dessa forma de manifestação humorística que é a *imitação* de uma obra prévia. Se, por exemplo, se os filmes de *Austin Powers* imitam, de modo jocoso, a série 007 (Harries, 2000: 5), ao meme falta essa característica de diálogo direto e dúbio (de imitação/negação) com uma obra predecessora.

Os exemplos de memes citados na abertura deste artigo evidenciam esse aspecto. O Chapolin Colorado, utilizado nos memes do perfil Chapolin Sincero (presente em redes sociais como Instagram e Facebook), limitam-se à utilização de um personagem popular da televisão para acompanhar reflexões cômicas sobre o mundo contemporâneo, que vão desde a falta de dinheiro ao amor pela pizza. Um exemplo de meme segue abaixo:

FIGURA 2 - MEME DA PÁGINA CHAPOLIN SINCERO



Disponível em: <https://www.instagram.com/chapolinsincero/?hl=pt-br>. Acesso em: 29 set. 2019.

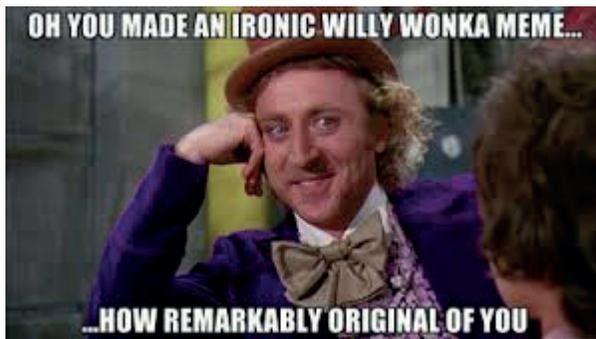
¹⁶ No original: “Parody is not a new phenomenon by any means, but its ubiquity in all the arts of this century has seemed to me to necessitate a reconsideration of both its nature and its function”.

¹⁷ No original: “The modern world seems fascinated by the ability of our human systems to refer to themselves in an unending mirroring process”

Nem o personagem do seriado televisivo – um herói medroso, indolente e atrapalhado – nem a ambientação do seriado são refletidos nos memes produzidos pelo perfil, que utiliza um conjunto de quatro fotos do personagem, com diferentes expressões faciais, como pano de fundo para reflexões totalmente fora do esquadro da série que dá nome à página (até porque ela remonta ao México dos anos 1960-1970, e os memes são marcados por temas contemporâneos, especialmente relacionados à vida de jovens adultos). Em resumo: este perfil do Instagram empresta do Chapolin apenas o nome e algumas imagens, para, a partir disso, criar uma crônica de costumes que não se refere ao espírito do personagem ou ao enredo do seriado estrelado por ele, e nem para criar uma nova série ou um novo personagem marcado pela contemporaneidade. A obra primígena não é propriamente imitada nem negada. Na verdade, tomando emprestada a síntese de Viktor Chagas (2018: 371), o meme se limita a acrescentar “uma camada de mediação entre as obras originais e os conteúdos delas derivados”¹⁸.

O mesmo se diga com os memes que utilizam fotos do personagem Willy Wonka, do clássico *A fantástica fábrica de chocolate* (1971). O que aparentemente interessa nesses memes é o sorriso irônico do ator Gene Wilder para acompanhar constatações debochadas, que fazem troça do suposto sentimento de superioridade do interlocutor – algo utilizado até mesmo em metamemes (isto é, memes que falam de memes), como o replicado a seguir:

FIGURA 3 - MEME DO “CONDESCENDING WILLY WONKA” (WILLY WONKA CONDESCENTE), ARQUIVADO NO MUSEU DE MEMES, COM A SEGUINTE MENSAGEM: “AH, ENTÃO VOCÊ FEZ UM MEME IRÔNICO DO WILLY WONKA... MUITO ORIGINAL DA SUA PARTE” (TRADUÇÃO LIVRE).



Disponível em: <http://www.museudememes.com.br/sermons/willy-wonka-ironico-condescending-wonka-creepy-wonka/>. Acesso em 29 set. 2019.

Como explica a página Museu de Memes, mantida pela Universidade Federal Fluminense (UFF), o *frame* utilizado nos memes é de uma cena em que Willy Wonka busca incitar

¹⁸ Chagas (2018: 374) acrescenta que a “tradução de conteúdo” é comum nos memes, de três formas principais: “generalização (a troca de uma frase por outra genérica); a omissão (a eliminação completa do elemento estrangeiro) e a substituição (a troca de um contexto cultural por outro)”. No caso do Chapolin Sincero, há uma clara substituição do contexto cultural mexicano dos anos 1960-1970 pelo contexto jovem brasileiro contemporâneo.



curiosidade nas crianças que visitam a fábrica a respeito de uma nova bala interminável. Não há, na obra original, um subtexto irônico e sarcástico, como em todos os memes que utilizam a imagem, que aparentemente se limitam a aproveitar uma interpretação possível do semblante do ator.

Ainda, é preciso considerar que nem todo meme é produzido com fotografias de pessoas famosas, incorporando ou não personagens. Por exemplo, os estrelados pelo Suricate Seboso, muito populares na região nordeste do Brasil, dos quais um é apresentado abaixo:

FIGURA 4 - MEME DA PÁGINA SURICATE SEBOSO.



Disponível em: <https://www.instagram.com/suricateseboso/?hl=pt-br>. Acesso em 29 set. 2019.

Aparentemente, a página se constrói por montagens a partir de fotos de bancos de dados retratando suricates, animais típicos da savana africana. A obra anterior (a fotografia do suricate) não é retomada para fins de crítica ou sátira, mas é apenas utilizada como combustível para uma nova manifestação humorística, calcada sobre uma apreciação, carregada de regionalismos, gírias e oralidade, sobre fatos do dia a dia da sociedade humana. Não se sabe exatamente o que está por trás da escolha específica do suricate para ilustrar a página (talvez seja a aliteração da letra “S”, ou o fato de o mamífero também viver em sociedade), mas o efeito não seria muito diverso caso outro animal fosse escolhido. Na verdade, há outros perfis semelhantes, como o Bode Gaiato, que confirmam essa premissa. O meme abaixo é ilustrativo:

FIGURA 5 - MEME DA PÁGINA BODE GAIATO



. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B25Gnnwlety/>.
Acesso em 29/09/2019.

Não há, tanto no Bode Gaiato como no Suricate Seboso, “imitação e transformação da criação primígena” – condição essencial para a paródia (Anjos, 2009: 56). Há, apenas, transformação: as fotografias do suricate e do bode, respectivamente, são editadas para inserção em um fundo estilizado (no caso do Bode Gaiato, para mescla da cabeça do bode com um tronco humano), ao qual é acrescentada uma frase (ou um conjunto de frases).

Ao contrário do que ocorre na verdadeira paródia, o público não reconhece a imitação parcial da obra parodizada. As fotografias do bode e do suricate, repita-se, poderiam ser abandonadas em prol de qualquer outro animal, e o meme ainda faria sentido. Obviamente que há toda uma carga simbólica (o bode como animal típico da região nordeste), mas ela não diz respeito a um bode específico (o bode da foto escolhida). O público não reconhece essa foto em particular, e, mais importante, não vê no meme uma imitação dessa foto. Trata-se apenas do pano de fundo de uma criação humorística que se apoia de modo inequívoco no elemento visual, mas cujo sentido é primordialmente preenchido por meio do texto superposto à imagem.

Numa segunda camada de argumentos, veja-se que um dos elementos do art. 47 da Lei nº 9.610/1998 para admissão da paródia é que ela não cause descrédito à obra originária.

No caso dos memes do ex-presidente Michel Temer, depreende-se do subtexto da notificação enviada aos humoristas que as fotografias utilizadas para fins cômicos causavam descrédito à obra originária, que era produzida, segundo a Secretaria de Comunicação, para “fins jornalísticos”.



Mostra-se discutível, para dizer o mínimo, retirar do meme o viés anárquico, por vezes desrespeitoso, com o material que lhe serve de base. A fotografia que ocupa o fundo da maior parte do que chamamos de meme será ressignificada, por vezes retirada de contexto – como, por exemplo, no caso de Willy Wonka, mencionado acima. Aliás, segundo o Museu de Memes, o próprio Gene Wilder, que dava vida ao personagem, desaprovava fortemente a utilização de sua imagem em memes. Isso poderia ser um impeditivo à reprodução dos memes com base na legislação de direito de autor?

Por fim, mesmo sob o olhar do direito comparado, a situação é complexa. Nos Estados Unidos, exige-se da paródia uma crítica ou comentário à obra anterior, cuja ausência pode implicar sua não qualificação como “uso justo” (fair use). Essa abordagem mais restritiva poderia fazer com que obras reconhecidas como paródias em outros países do *common law*, como a Austrália, deixassem de sê-lo por não realizar um comentário direto sobre a obra original (Condren et al, 2008a: 279-281)¹⁹.

Para o direito estadunidense, a partir do definido no caso *Campbell v. Acuff-Rose Music* (510 US 569 [1994]), a paródia sempre se constrói sobre outra obra pretérita, ao passo que a sátira sobrevive sozinha, é mais ampla e não mira uma obra específica, geralmente se dedicando a questionar as instituições e a moral da sociedade ou de uma porção dela (Condren et al, 2008a: 284).

A distinção, que não é isenta de críticas, também apresenta inconvenientes para o enquadramento dos memes como sátira – principalmente nos casos em que o meme não ostenta esse viés reflexivo-filosófico sobre os vícios da sociedade e se mostra, tão somente, um veículo para trocadilhos, como por exemplo este aqui:

FIGURA 6 - MEME COM O PERSONAGEM CEBOLINHA, ALICERÇADO EM TROCADILHO.



Disponível em: <https://pt.memedroid.com/memes/tag/trocadilho>. Acesso em: 30 set. 2019.

¹⁹ Paráfrase do original transcrito a seguir: “The US Act relevantly provides that ‘the fair use of a copyrighted work . . . for purposes such as criticism and comment, is not an infringement’. [...] A key factor was the finding that the lyrics of the rap version contained an implicit criticism of the original song, and could therefore be categorized as ‘criticism or comment’ and thus within the text of s 107. [...] The US approach would exclude many comic works easily and widely recognised as parodies because they appropriate, but do not comment in a directly critical way, upon some original work”.

O meme acima, que se alicerça unicamente no trocadilho entre a palavra “consolo” e a locução “com soro”, homófonas pela dificuldade do personagem Cebolinha em pronunciar a letra “R”, é um retrato de meme sem qualquer relevância social ou crítica mais ampla que a qualifique como sátira.

O que se defende, em resumo, é que apenas uma compreensão muito dilatada do conceito de paródia (ou do de sátira) sustentaria o enquadramento do meme como tal. Se isso poderia se justificar com o enquadramento dessa manifestação humorística dentro de uma exceção legal, presente tanto na legislação brasileira como na europeia, por outro isso distorce conceitos razoavelmente estabilizados no campo das artes (os de sátira e paródia) em prol de uma expressão humorística recente ainda não totalmente compreendida (o meme).

A proteção a novas formas de manifestação humorística seria melhor servida – *de lege ferenda* – por cláusulas gerais, na própria legislação infraconstitucional, que preservassem as formas mais diversas de expressão cômica, não apenas a listada pela legislação brasileira, nem a lista um pouco maior, mas ainda assim limitada, da diretiva da União Europeia.

Dessa forma, poderiam ser evitados tanto as agressões indevidas à liberdade de expressão humorística, com base em interpretações míopes da legislação – tal qual registrado no caso da Secretaria de Comunicação da Presidência –, como, também, esforços para fazer caber, no conceito de paródia, o meme.

CONCLUSÃO

Não é preciso invocar grandes princípios relativos à liberdade de expressão para expor naturezas-mortas e animais no pasto verde (Dias & Istamati, 2018: 195). A presença do direito se faz necessária justamente nas questões mais polêmicas – e, aparentemente, os debates em torno do enquadramento jurídico dos memes, embora possam ter gerado alguma controvérsia, ainda não se traduziram em litígios significativos perante o Poder Judiciário, até onde se tem notícia²⁰.

Não obstante, a liberdade de expressão é uma chama que precisa ser sempre protegida. Dados os rompantes autoritários de governos no poder, em diferentes partes do Brasil e do mundo – dos quais o exemplo da Bienal do Livro do Rio de Janeiro é o mais próximo na memória – é preciso ter a consciência que o humor é uma vítima em potencial.

Nesse contexto é que se destacaram as limitações da legislação brasileira, que possui diversos dispositivos redundantes na proteção a obras e seus criadores, virtualmente vedando quaisquer alterações desprovidas de consentimento, e impondo, ainda, estritas obrigações de crédito. Excepcionam-se, nesse sistema, apenas a paródia e a paráfrase.

²⁰ Há que se lembrar, como adverte Chagas (2018: 374), que “os memes não apenas reproduzem conteúdos alheios, mas ajudam a disseminá-los, cumprindo uma tarefa que muitas vezes segue ao encontro do propósito original da obra” – motivo pelo qual talvez algumas ações judiciais sejam desencorajadas.



Na Europa, a situação não é muito diferente. A nova diretiva para direitos autorais impõe uma série de diligências às grandes plataformas de compartilhamento de conteúdo, com vistas a impedir a disseminação de material não licenciado. São postas como exceções à obrigação de bloqueio somente as manifestações que tragam pastiche, paródia e caricatura.

Mostra-se provável que, diante disso, eventuais acusados de infringir as leis de direitos autorais, tanto no Brasil como na Europa, passem a valer-se dessas exceções legais. Daí a urgência de bem compreender o conceito de paródia, e de debater se o de meme cabe dentro deste.

Pelo que se observou de tendências mundiais, há uma aparente disposição em alargar o conceito de paródia para abranger o meme, a exemplo do que fez a doutrina na Austrália²¹. Contudo, não se entende que essa seja a melhor alternativa, considerando especificidades do meme que não se encaixam com propriedade no que, há milênios, vem se fixando como paródia. A análise de Viktor Chagas (2018: 375, grifos nossos) a respeito parece a mais acertada: “Os memes não apenas dependem da mídia para se propagar mas *eles próprios são um novo gênero de mídia*, que, por sua vez, requer uma nova relação com a autoria”. Fica em aberto como, exatamente, essa relação será estruturada.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Marco Antônio dos. **O humor**: estudo à luz do direito de autor e da personalidade. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. 133 f.

AUTRAN, Felipe. Prints de programas da Globo estão sendo removidos pelo Twitter. Tecmundo, 21/06/2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/131525-prints-programas-globo-sendo-removidos-twitter.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

AVEDAÑO, Tom C. Fora meme? Como o Governo Temer virou inimigo da indústria das piadas na Internet. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/ciencia/1495899503_382776.html. Acesso em 04 out. 2017.

BLACKMORE, Susan. **The meme machine**. London: Oxford Press, 1999.

BRANCO, Sérgio. Brazilian copyright law and how it restricts the efficiency of the human right to education. **Sur**: Revista Internacional de Direitos Humanos, 6, pp. 121-141, 2007. Disponível em: http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100006. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRODIE, Richard. **Virus of the mind**: the new science of the meme. London: Oxford Press, 2009.

²¹ Condren et al (2008b: 408-410, passim) sustentam que as tecnologias com as ferramentas “recorta e cola” possibilitaram o surgimento da chamada “paródia pós-moderna”, ou ainda, conforme citado em decisão judicial australiana, a “refuncionalização da paródia”. Rose, por exemplo, lista 37 tipos de paródia, entendendo-a, de modo amplo, como a “refuncionalização de material linguístico ou artístico pré-formado”. Os autores do texto citado, por sua vez, preferem definir paródia como “o empréstimo, imitação ou apropriação de um texto, ou outro produto cultural ou prática, com o propósito de comentário, geralmente humorístico, sobre ele ou algo diverso”. (No original: “parody is the borrowing from, imitation, or appropriation of a text, or other cultural product or practice, for the purpose of commenting, usually humorously, upon either it or something else”).

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/>. Acesso em: 29 set. 2019.

CAPUTO, Victor. **Temer proíbe o uso de suas fotos para memes**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/temer-proibe-uso-de-suas-fotos-para-memes/#>. Acesso em: 04 out. 2017.

CHAGAS, Viktor. Entre criadores e criaturas: uma investigação sobre a relação dos memes de internet com o direito autoral. **Fronteiras: estudos midiáticos**, n. 20 (3), pp. 366-377, set./dez. 2018.

CONDREN, Conal; DAVIS, Jessica Milner; McCAUSLAND, Sally; PHIDDIAN, Robert. Defining parody and satire: Australian copyright law and its new exception (Part 1). **Media and Arts Law Review**, 13, pp. 273-292, 2008a.

_____. Defining parody and satire: Australian copyright law and its new exception: Part 2 — Advancing ordinary definitions.' **Media and Arts Law Review**, 13, pp. 401-421, 2008b.

DIAS, Roberto; ISTAMATI, Gisela. Direito e humor: uma tensão permanente. In: OLIVIEIRI, Cris; NATALE, Edson (orgs.). **Direito, arte e liberdade**. São Paulo: Edições Sesc, 2018. pp. 194-205.

DIRETIVA 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>. Acesso em: 01 set. 2019.

DIRETIVA (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Jornal Oficial da União Europeia, 17/05/2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=PT>. Acesso em: 01 set. 2019.

HUTCHEON, Linda. **A theory of parody: the teachings of twentieth-century art forms**. New York and London: Routledge, 1985.

LITTLE, Laura E. **Guilty pleasures: comedy and law in America**. New York: Oxford, 2019.

MUSEU DE MEMES. Willy Wonka Irônico / Condescending Wonka / Creepy Wonka. Disponível em: <http://www.museudememes.com.br/sermons/willy-wonka-ironico-condescending-wonka-creepy-wonka/>. Acesso em: 29 set. 2019.

Nike, Inc. v. "Just Did It" Enters., 6 F3d 1225, 1228 (7th Cir. 1993).

REDA, Julia. Article 13 will kill the internet by mistake. **Wired**, 23/09/2018. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/article-13-will-kill-the-internet-by-mistake>. Acesso em: 10/02/2019.

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

STOKEL-WALKER, Chris. The gloomy saga of Article 13 just got a whole lot worse. **Wired**, 13/02/2019. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/the-article-13-copyright-saga-just-got-worse>. Acesso em: 08 mar. 2019.

VALENTE, Mariana. A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet? **InternetLab**, 26/03/2019. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/pt/opinio/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>. Acesso em 15/08/2019.

VECCHIOLI, Demétrio. Governo nega censura ao notificar blogs sobre uso de imagens em memes de Temer. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/23/governo->



-nega-censura-ao-notificar-blogs-sobre-uso-de-imagens-em-memes-de-temer.htm. Acesso em: 04 out. 2017.

WOJCICKI, Susan. YouTube chief says EU copyright plan could lead to blocked access. **Financial Times**, 12/11/2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/266e6c2a-e42e-11e8-a8a0-99b2e-340feb>. Acesso em: 07 dez. 2018.

YOUTUBE. **Save your internet**. Disponível em: <https://www.youtube.com/saveyourinternet/>. Acesso em: 08 dez. 2018.





A FRAGILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM A PROMULGAÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/790 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO SOBRE O DIREITO DO AUTOR E OS REFLEXOS NA LEI N. 12.965/14 (MARCO CIVIL DA INTERNET)

Mérian Kielbovicz¹.

Luiz Gonzaga Silva Adolfo².

RESUMO: Este artigo analisa o direito autoral *versus* a liberdade de expressão, com abordagem nas disciplinas da Diretiva n. 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho. O estudo foi desenvolvido com base na legislação brasileira, especificamente na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e na Constituição Federal de 1988, com enfoque nas disposições sobre o direito fundamental da liberdade de expressão. Destaca-se que a liberdade de expressão é um direito básico assegurado no Estado Democrático de Direito, garantia de todo indivíduo de se manifestar livremente, expressar suas opiniões e ideias. Entretanto, quando a temática é apresentada na Internet, pode ocorrer uma vedação ao produtor de conteúdo, que utiliza elementos protegidos pelos direitos autorais, para a criação de materiais *on-line*. A pesquisa foi realizada por meio da abordagem dedutiva e a técnica de pesquisa empregada se baseou na revisão bibliográfica, bem como na análise normativa e principiológica. Em suma, a criação de filtros automáticos visa a proteger os direitos autorais; porém, poderão ocorrer censuras prévias aos produtores de conteúdo, o que fere diretamente a liberdade de expressão, desencadeando o *start* da limitação informacional e o conseqüente fim da internet.

Palavras-chave: Internet. Liberdade de expressão. Direitos Autorais. Marco Civil da Internet. Diretiva (UE) n. 2019/790.

1 INTRODUÇÃO

A Internet surgiu com a função de interligar laboratórios de pesquisa, com a finalidade de auxiliar a comunicação de informações e dados. Após o primeiro acesso pela rede mundial de

¹ Graduada pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). Advogada. e-mail: m.kielbovicz@hotmail.com.

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul -Unisc. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). 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). e-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br.

computadores, até os inúmeros cliques diários em todo o mundo, a sociedade contemporânea tem ficado cada vez mais conectada, trazendo a realidade virtual para o dia a dia da maioria da população.

Com o crescimento dos acessos e da dissipação dos conteúdos *on-line*, passa-se a necessitar de um desenvolvimento nos canais digitais, implicando alterações na sociedade como um todo. A característica de instantaneidade da Internet faz com que a mesma informação seja recebida em diferentes partes do mundo, conectando pessoas que estão a milhares de quilômetros de distância por videochamada, mensagens de texto e outras formas de comunicação, com a mesma proximidade como se estivessem no mesmo local.

Após a expansão dos meios digitais, criou-se um sistema que não possuía um Estado, ou seja, sem supremacia ou fronteiras, no qual a conexão entre o cidadão de uma pequena cidade até o presidente de um grande país era instantânea. A Internet, portanto, passou a ser um objeto de estudo em todas as áreas do conhecimento, tendo, também, reflexos no judiciário.

Diante dos benefícios, logo surgiram os problemas, que careceram de amparo jurídico para as soluções que advinham diariamente de um campo novo, que se atualizava a cada instante, sempre em constante evolução. Foram criadas leis sobre os temas com relação à Internet, tendo cada país uma legislação específica para disciplinar as normas cibernéticas.

O mundo virtual, que não possuía regras, passou a ter disposições sobre responsabilidades, limites e penas, tendo o Estado o objetivo de regular as normas cibernéticas. No Brasil, foi com o advento da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, que se passou a disciplinar sobre princípios, direitos e deveres organizados com o intuito de regular o uso e o funcionamento da Internet no país.

Aliás, algumas das principais características do meio digital são a dinamicidade e a imprevisibilidade evolutiva das tecnologias informáticas. A referida Lei representou uma indispensável positivação de regras e princípios que visam à adequação das normas jurídicas às alterações sociais, comportamentais e culturais nas vias digitais. A Internet imergiu o mundo em uma realidade virtual, e o seu contínuo desenvolvimento implica alterações na sociedade como um todo.

Contudo, as linhas que conectam também precisam de limites, ou não? Essa foi a indagação desde o primeiro acesso *on-line*, mas que, pela complexidade, ainda não possui consenso na resposta. Neste estudo, o objetivo será analisar a liberdade de expressão, que é a base de um Estado Democrático de Direito, mas que, posteriormente ao surgimento da Internet, passou a ser o foco de muitos embates jurídicos, entre os direitos autorais e o direito de se expressar.

O artigo foi dividido em três tópicos centrais. No primeiro, será analisada a sociedade da informação, destacando-se o cenário atual de uma coletividade que evolui quase tão rapidamente como um “clique”. No segundo, aprofundar-se-á o tema da liberdade de expressão, abordando-se como é disciplinado este direito fundamental nas normas brasileiras.

Por fim, no último tópico, o objetivo será o de discorrer sobre as mudanças ocorridas após a recente promulgação da Diretiva n. 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho



sobre o Direito do Autor e as possíveis alterações sobre a liberdade de expressão no meio digital, podendo ser o *start* para o fim da vida digital no mundo real.

A presente pesquisa operar-se-á por meio de método de abordagem dedutiva, monográfica, pesquisa bibliográfica, sendo esse tipo de análise desenvolvida com base em materiais já elaborados, constituídos fundamentalmente de livros e artigos científicos.

2 O SUPERINFORMACIONISMO NA SOCIEDADE DO CONHECIMENTO

A era da sociedade da informação teve início após a Segunda Guerra Mundial, tendo, como basilar particularidade, o crescente desenvolvimento das novas tecnologias e das tecnologias de informação e comunicação. Neste interim, ocorreram inúmeras transformações no cotidiano da coletividade, que refletiram na esfera jurídica, uma vez que esta visa a garantir a proteção dos direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação (NASCIMENTO, 2017).

Com a invenção dos meios eletrônicos, a criatura passou a ser dominada pela criação. Claude Lévi-Strauss (2012, p. 12) aduz que “o homem fabrica e utiliza ferramentas, que ele emprega em técnicas variadas. Sua vida social se exerce em conjuntos institucionais cujo conteúdo pode mudar de um grupo a outro, mas cuja forma geral permanece constante”.

Após a criação da pólvora, o indivíduo perdeu o controle sobre suas invenções. Nas palavras de Demi Getschko (2015, p. 67), “a Internet foi concebida como sendo primariamente uma rede fim-a-fim. Nasceu com a intenção de permitir sempre comunicação direta entre origem e destino da informação, sem que alguém no meio do caminho filtre ou bloqueie os dados que trafegam”.

Os riscos da Internet emergem da celeridade e fragilidade das informações fornecidas à sociedade do conhecimento, ocorrendo uma vulnerabilidade dos consumidores frente ao ambiente cibernético. O termo sociedade da informação compreende uma sociedade que se constitui e se desenvolve sobre tecnologia, tendo como base a informação e a comunicação, passando a população a utilizar os meios eletrônicos para se interligar (SIQUEIRA JR., 2007).

Nessa senda, é seguro afirmar que, na sociedade da informação, a Internet modificou a forma de comunicação e convivência dos indivíduos, influenciando diretamente o exercício do direito de acesso às informações em geral. Os elementos que formam a Internet se moldam conforme as necessidades dos consumidores ou, talvez, seja o contrário, já que se busca a obtenção de conteúdos rápidos e rasos, aumentando o fluxo de informações, mas diminuindo a qualidade do teor (WACHOWICZ, 2015).

A sociedade da informação se modifica constantemente, ditando comportamentos e orientando a forma de comunicação dos relacionamentos interpessoais, isto é, gerindo o consumo e a própria vida em sociedade (MARTINS, 2014). Verifica-se, portanto, que, após a expansão da Internet, foi criada uma nova sociedade, surgindo as denominadas gerações “x, y e z”, existindo, a partir daí, uma vida *on-line*, com diálogos mais democráticos e menos centralizados, já que qualquer indivíduo pode ser o produtor do conteúdo, ou seja, ocorrendo uma dissipação de informações.



A Internet se tornou um meio de comunicação fortemente criativo, admitindo-se uma horizontalidade nas relações, fazendo com que um acontecimento isolado em um determinado país seja divulgado, informado e opinado em qualquer parte do mundo (RAMINELLI *et. al.*, 2015). Observa-se, assim, que o superinformacionismo causou impactos em todos os espaços da vida da coletividade, tendo como principal ferramenta os meios tecnológicos de comunicação, auxiliando a circulação da informação e tornando-a mais célere, aumentando as *views* aos mais diversos conteúdos.

Como se vê, a sociedade contemporânea consagrou a informação como um insumo da produção econômica e cultural (SIQUEIRA JR., 2007). Mas e o controle dessas mensagens? A Internet é uma terra sem lei?

3 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão teve sua disposição junto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, orientando-se que aquela englobaria tanto a liberdade de comunicação de pensamentos, como também, ideias e opiniões, constituindo garantias a todas as pessoas como direito da humanidade.

Ulisses da Silva Viana afirma que (2014, p. 128): “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

A consagração da liberdade de expressão como direito fundamental foi um marco para a sociedade contemporânea, uma vez que passou a ser vista como uma garantia essencial para a dignidade do indivíduo e, igualmente, uma proteção para o Estado (TÔRRES, 2013). Assim, a liberdade de expressão é a forma utilizada para se expressar, sendo um exercício da cidadania frente ao Estado Democrático de Direito.

Fernanda Carolina Tôrres (2013, p. 62) conceitua:

Na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.

Nesse passo, nota-se que a liberdade de expressão compreende a liberdade de se expressar por meio de seus pensamentos e, também, como um direito de transmitir informações nos canais de comunicação. A essência da liberdade de expressão é a democracia nos diálogos e a transparência sobre diversas questões do cotidiano, sendo do interesse individual e coletivo.

Dessa forma, caso existam restrições de conteúdos na Internet, poderá ocorrer uma censura na forma de transmitir informações, sendo uma cristalina limitação aos meios de comunicação, sobrevivendo lesões ao direito básico inerente ao cidadão, à liberdade de expressão (RAMINELLI *et. al*, 2015). Nas palavras de Miguel Reale Júnior (2010, p. 382), “as limitações ao conteúdo da liberdade de expressão podem acarretar aos destinatários a privação do conhecimento de ideias diversas e também impedi-los de construir livremente sua própria opinião e as razões que a fundamentam”.

As ferramentas de comunicação visam a criar um ambiente democrático e econômico, garantindo que possa haver uma manifestação livre de pensamento e opinião, sendo possível o compartilhamento de conhecimentos e informações (LIMA, 2015). Nesse sentido, é preciso que existam normas que regulem determinados conteúdos; porém, devem ser exceções.

Notório é que, ao limitar o criador de conteúdo *on-line* ou *off-line*, ocorre uma restrição de ideias e opiniões, fazendo com que somente existam espectadores, sendo vedado o direito de comunicação. A livre manifestação de pensamento visa a democratizar e a descentralizar o controle, produção e circulação de informações (RAMINELLI *et. al*, 2015).

Cíntia Rosa Pereira de Lima (2015, p. 159/160) afirma que,

hodiernamente, a internet tem sido utilizada como um eficaz meio de comunicação em massa, porque oferece maior rapidez, facilidade e a indivisibilidade, na medida em que se pode inserir em uma página da internet qualquer conteúdo sem controle prévio (como os *blogs*) e, muitas vezes, sem que o autor seja identificado, utilizando-se pseudônimos ou outras formas de não ser identificado.

No tópico seguinte, serão apresentadas as formas com que são utilizados (ou não) os nominados filtros da liberdade de expressão no Brasil.

3.1 O cenário da liberdade de expressão no Brasil

A Carta Magna de 1988 dispôs sobre a liberdade de expressão como direito fundamental, trazendo em seu texto a obrigatoriedade do Estado e dos particulares de garantir a sua efetividade em prol da democracia. Nesse rumo, a liberdade de expressão está positivada nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e ainda, no artigo 220 e seu parágrafo 1º, todos da Constituição Federal vigente.

Sobre o conceito de liberdade de expressão, José Luiz de Almeida Simão e Thiago Rodovahlho (2017, p. 209) citam que é “protegido pela disposição constitucional da liberdade de expressão, com *status* de cláusula pétrea, ao indivíduo é conferida a prerrogativa de pensar e acolher as ideias que lhe pareçam corretas, sem sofrer interferência do Poder Público ou da sociedade”.

Ainda, em relação ao papel da liberdade de expressão na democracia, Ronald Dworkin (2005, p. 503/504) aduz:



A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritarista. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem.

Observa-se, portanto, que a liberdade de expressão garante que o indivíduo possa exprimir seus pensamentos, ou seja, consagrando a dignidade da pessoa humana. Cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988 abordou o tema da liberdade de expressão como uma segurança para a coletividade, entretanto, foi a Lei n. 12.695/14, que tratou diretamente sobre a liberdade de se expressar na rede mundial de computadores.

O Marco Civil da Internet versou sobre os preceitos e normas da Internet, incluindo, em seus artigos, as disciplinas no que se refere à liberdade de expressão. Porém, o tema merece ressalvas, uma vez que, mesmo com a promulgação da referida lei e a criação de uma autonomia normativa, não se pode afastar a aplicação das normas e princípios da Carta Magna (OLIVEIRA, 2014).

Nesse sentido, frisa-se que o legislador se preocupou em relação à compatibilidade dos princípios constitucionais, visando a que o ambiente digital seja livre para o desenvolvimento de conteúdos em conformidade com a personalidade humana (TEFFÉ, 2015). A liberdade de expressão é um gênero que abrange liberdades e direitos, por meio da transmissão de informações, ideias e opiniões, exteriorizando-as de diversas formas, como atividades intelectuais, artísticas, científicas, políticas e de comunicação (VIANA, 2014).

Assim, a proteção pela livre expressão na Internet é basilar para a seguridade de uma reformulação social, política, econômica e cultural, reforçando a ideia de democracia, razão pela qual o Marco Civil da Internet valida a livre manifestação do pensamento no ambiente virtual (WACHOWICZ; SILVA, 2017).

Segundo José Luiz de Almeida Simão e Thiago Rodovalho (2017, p. 211),

fácil notar, portanto, que a liberdade de expressão do pensamento completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia. É um direito tão caro à cidadania que no Brasil somente se afigura viável sua suspensão na vigência do Estado de Sítio, decretado nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

A liberdade de expressão é um direito fundamental, tendo o condão de garantir o funcionamento da democracia e de educar para a tolerância do indivíduo em prol da coletividade, sendo esta a razão de sua fundamentalidade (SIMÃO; RODOVALHO, 2017). Logo, a preservação da liberdade de expressão na Internet garante que haja reformulação social, política, econômica e cultural na sociedade, reafirmando a ideia de democracia (WACHOWICZ; SILVA, 2017).

Nesse passo, qualquer espécie de limitação sobre a forma de se expressar pode gerar danos irreversíveis para a democracia, não sendo tolerável um retrocesso quanto à manifestação de opiniões por meio dos inúmeros canais de comunicações, uma vez que o Estado não deve pautar os assuntos que podem ou não ser debatidos, pois aconteceria um verdadeiro isolamento informacional.

Atualmente, a legislação pátria aborda a responsabilidade dos provedores de Internet junto ao artigo 19, dispondo sobre a necessidade de uma notificação judicial para que seja retirado um conteúdo ofensivo, visando a que não seja tolhida a liberdade de expressão (LIMA, 2015). Dessa forma, o sistema judicial de notificação de retirada de conteúdos evita uma censura, garantindo que haja o direito de se expressar, mas também conferindo segurança jurídica aos provedores de Internet (EKMAN, 2014).

Por consequência, entende-se que o Direito do Autor deve ser resguardado; contudo, nos tempos hodiernos, torna-se cada vez mais difícil distinguir o que é criação e o que é inspiração, principalmente no ambiente cibernético, onde tudo e todos possuem o mesmo acesso. Assim, a legislação brasileira utilizou de mecanismos para melhor garantir e proteger a manifestação do pensamento na Internet, considerando que a rede mundial é diretamente associada à potencialização das formas de expressão, comunicação e difusão de ideias (SOUZA, 2015).

No item seguinte, a discussão dar-se-á acerca da promulgação da Diretiva Europeia, que disciplina sobre o direito do autor, mas que pode ser o início do fim da Internet.

4 A CENSURA PREVENTIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA DIRETIVA (UE) N. 2019/790 E OS REFLEXOS NA LEI N. 12.965/14

A liberdade de expressão possui natureza essencialmente constitucional, sendo um direito assegurado o de buscar, receber e transmitir informações por quaisquer meios de comunicação. Conforme aludido anteriormente, a sociedade tem consumido crescentemente os meios digitais, sendo, ainda, um campo em transformação, mas que está presente no cotidiano da população em massa.

A linha tênue entre a liberdade de se expressar e o limite dos direitos autorais tem gradualmente se tornado mais frágil, uma vez que, com o crescimento dos acessos digitais, o mundo real se confunde com o virtual. No Brasil, a Lei do Marco Civil da Internet entrou em vigor no ano de 2014, ou seja, aproximadamente cinco anos desde a sua promulgação até o presente diálogo, notadamente tratando-se de um assunto ainda novo.

A necessidade de limites dos direitos autorais deve-se não exclusivamente aos autores, mesmo sendo a representação aparentemente da Lei de Direito Autoral brasileira, os direitos autorais, em verdade, têm que buscar uma conciliação entre os interesses públicos e privados



(WACHOWICZ; SILVA, 2017). Nessa linha, deve-se encontrar uma harmonização entre o direito de autor e o estímulo para a criação de novos conteúdos, prevalecendo, dessa forma, o acesso à cultura e às garantias fundamentais, ou seja, a coexistência de ambos para que haja o estímulo da produção ao invés de impedimentos ao acesso (BARBOSA, 2013).

Nesse passo, tanto as disciplinas da Lei n. 12.965/14 quanto as normas internacionais são recentes quando o tema é o meio digital; todavia, mesmo com as tentativas de garantir a segurança jurídica, ocorrem situações que podem romper com os direitos da coletividade. Dessa feita, visto que as Constituições não são dispositivos que se permitem atualizar automaticamente, de que forma os legisladores podem criar pontes ao invés de muros entre a sociedade e a Internet?

A indagação é breve, mas a resposta não caberia em um *post* ou *tweet*, pois poucos caracteres não conseguem *linkar* a estrada entre a liberdade de expressão e os direitos autorais. Com o objetivo de tratar dessa discussão, houve a promulgação da Diretiva n. 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, que ocorreu em 17 de abril de 2019, relativa aos Direitos do Autor e direitos conexos no mercado único digital, visando a trazer soluções, mas será mesmo?

Em síntese, ao longo dos artigos da Diretiva, foram apresentadas soluções para a proteção do direito autoral, no entanto, não é o Direito do Autor que preocupa os opositores desta Diretiva, e sim, as imposições disciplinadas, que podem limitar o direito de se expressar, este como já dito, um direito fundamental.

Entre os objetivos adotados pela Diretiva, destaca-se o de proteger os direitos autorais e os direitos conexos, buscando um melhor funcionamento do mercado interno, visando a garantir amparo aos titulares de direitos. Ou seja, a criação de exceções e limitações previstas na Diretiva pretendem equilibrar os direitos e os interesses dos autores e de outros titulares de direitos, por um lado, e dos usuários, por outro (UNIÃO EUROPEIA, DIRETIVA (UE) 2019/790).

As polêmicas surgiram antes mesmo da votação da Diretiva, e aqui será tratado sobre o regime de responsabilidade e nas obrigações das plataformas de Internet, que se baseiam em compartilhamento de conteúdo por terceiros. Citem-se, como exemplos, o YouTube, Facebook e o Twitter. Nessas plataformas, qualquer usuário pode subir um conteúdo; logo, até a promulgação da Diretiva, na Europa, os responsáveis pelos conteúdos eram os próprios usuários que os postavam, assim como também é atualmente disciplinado no Brasil.

O artigo 19 da Lei n. 12.965/14, Marco Civil da Internet, abordou a responsabilidade dos provedores de Internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, tendo como fundamento a liberdade de expressão com o objetivo de impedir a censura, elegendo como regra a notificação judicial e retirada. Dentre as exceções do referido artigo, encontram-se as infrações de direitos autorais, estas que não possuem regulamento expresse, sendo indicada somente a necessidade de previsão legal específica, mas que deverá ter, como parâmetro, a liberdade de expressão e demais garantias previstas na Carta Magna (WACHOWICZ; SILVA, 2017).

Já o artigo 17 da Diretiva sobre Direito de Autor estabeleceu em seu rol que são as plataformas que devem realizar um ato de comunicação ao público quando seus usuários sobem conteúdos protegidos por direitos autorais, devendo cada canal de comunicação empreender “melhores esforços” para licenciar todos os conteúdos com os detentores de direitos e, nos casos em que não haja essa licença, deve haver a remoção dos conteúdos protegidos.

Nota-se, que a finalidade do artigo 17 e de toda a Diretiva é de evitar que as grandes empresas continuem lucrando com a exploração de obras protegidas pelos direitos autorais, uma vez que não ocorre o devido repasse aos detentores dos direitos. Entretanto, no momento em que a legislação impõe a criação de filtros automáticos, poderá ocorrer uma colisão com a liberdade de expressão, limitando a inovação de conteúdo.

A liberdade de expressão é a base de uma sociedade democrática, sendo indispensável para a formação da opinião pública. As limitações de conteúdos da liberdade de expressão podem gerar danos aos indivíduos, pois, com a privação da comunicação entre o remetente e o destinatário de informações, ocorre um impedimento de construção livre de ideias e opiniões (TÔRRES, 2013).

Ainda, quando o Estado adentra no mérito de temas que estão sendo discutidos pela coletividade, o discurso passa a ser cerceado, não existindo uma neutralidade ideológica (TÔRRES, 2013). A criação de filtros automáticos pode gerar uma censura velada, já que haveria uma limitação de assuntos em discussão, de modo a barrar informações e opiniões, desencadeando um risco social na utilização dessas ferramentas de comunicação.

Nesse ponto, frisa-se que, com a criação de obrigações genéricas, a Diretiva responsabilizará os provedores de Internet em razão de violação dos direitos autorais por conteúdo de terceiros, o que desencadeia verdadeira repressão da liberdade de expressão, com impactos diretos no direito fundamental de se expressar, de informar e de ser informado. Nota-se, assim, que a Diretiva priorizou os direitos autorais e se esqueceu dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a Diretiva indica que a responsabilidade dos provedores de Internet será objetiva, devendo estes criarem filtros automáticos e obterem as licenças; do contrário, serão condenados a responsabilizar. Não será mais fácil calar os produtores de conteúdo?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, tratou-se de temas primordiais sobre a liberdade de expressão e os direitos autorais no âmbito digital. Buscou-se ponderar sobre o direito fundamental da liberdade de se expressar, com enfoque na sociedade contemporânea, considerando os elementos de discussão no Poder Judiciário, quais sejam os da responsabilidade dos provedores de Internet.

Notoriamente, com o gradativo consumo da Internet, houve a necessidade da criação de leis para amparar os problemas que surgiram com a celeridade das informações, com o conseqüente nascimento de normas cibernéticas. No Brasil, foi com a promulgação da Lei n. 12.965,



de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) que se passou a regular os direitos e deveres do uso da Internet no país.

O estudo foi dividido em três tópicos e apresentada, no primeiro, a sociedade da informação e o superinformacionismo, com destaque ao ambiente digital. Já, no segundo item, houve o aprofundamento da temática que embasa a liberdade de expressão, analisando-se as disciplinas desse direito fundamental nas normas brasileiras.

Finalmente, no último tópico, o objetivo foi discorrer sobre as mudanças ocorridas após a recente promulgação da Diretiva n. 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os direitos autorais e as possíveis lesões na liberdade de expressão no meio digital.

A presente pesquisa operou-se por meio de método de abordagem dedutiva, monográfica, pesquisa bibliográfica, sendo este tipo de análise desenvolvido com base em materiais já elaborados, constituídos fundamentalmente de livros e artigos científicos.

Ainda, cabe mencionar que, no Brasil, não existe uma regra específica para responsabilização dos provedores de Internet por violação de direitos autorais. Nesse passo, a regra geral da Lei n. 2.965/14 está no artigo 19, dispondo que somente haverá a responsabilização dos provedores quando, após uma ordem judicial, não ocorrer a remoção do conteúdo indicado.

Entretanto, por não ter sido criada uma norma para disciplinar a exceção do artigo 19 da citada lei, o cenário digital mundial e também no Brasil deve se atentar para a imposição de responsabilidade do artigo 17 da Diretiva Europeia, que dispõe sobre a necessidade de licenças e a criação de filtros automáticos, priorizando, notadamente, os direitos autorais sobre outros direitos fundamentais.

Após a normatização da Diretiva, as grandes plataformas de Internet já estão preocupadas, e com razão, com os efeitos que esses limites trarão para o ambiente digital, já que é uma atitude arriscada para o conhecimento, pois irá vedar a diversidade *on-line* e a liberdade de se expressar. As generalizações dispostas na Diretiva trazem insegurança para os usuários, produtores de conteúdo e para as plataformas, na medida em que o controle demasiado pode levar à vedação de opiniões e ideias na Internet; logo, uma censura prévia.

Assim, diante do que foi abordado no presente estudo, é possível verificar a importância da liberdade de expressão para a sociedade democrática, visto que é uma garantia fundamental do indivíduo, não podendo ser privado desse direito. Deve, em verdade, ocorrer uma adequação entre os direitos autorais e a liberdade de expressão, não sendo silenciado nenhum dos direitos em favor da permanência do outro.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 2ª ed. São Paulo: Migalhas, 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vidas**. Porto Alegre: Arquipélago, 2016.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **Propriedade industrial & Constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel: entre a incerteza e a esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2011.

BENATTO, Pedro Henrique Abrey; ANDRADE, Henrique dos Santos; ROSSETTO, Guilherme Ferreira. A responsabilidade dos provedores de aplicações no marco civil da internet: reflexões sobre a viabilidade da medida com foco nos problemas que assolam o poder judiciário. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 69, 2016.

BERNARDES, Mariele Berger. **Democracia na sociedade informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BORTOLANZA, Guilherme; BOFF, Salete Oro (Coord.). **Direitos fundamentais e novas tecnologias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRAVO, Álvaro Sánchez. **A nova Sociedade Tecnológica: da inclusão ao controle social. A Europ@ é exemplo?** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **A universalidade dos direitos humanos: realidade ou projeto?** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



EKMAN, Pedro. **Marco Civil da Internet: e eu com isso?** Carta Capital. **11.03.2014**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/marco-civil-da-internet-e-eu-com-isso-1031/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da Informação – mídia, globalização, e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na Sociedade da Informação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GETSCHKO, Demi. Marco Civil da Internet e os fundamentos de seus princípios. ARTESE, Gustavo (coord). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Eduardo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Antropologia diante dos problemas do mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, v. 110, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na internet**. *In*:

SOUZA et al. **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Direitos Autorais sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais**. Brasília: IDP, 2015.

MOTA, Francisco Teixeira da. **A liberdade de expressão em Tribunal**. Lisboa: FFMS, 2013.

NASCIMENTO, Valeria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica**. Revista de Direito das Comunicações, v. 7, 2014.

PAESANI, Líliliana Minardi (Coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **O Direito na Sociedade da Informação: A evolução do Direito Digital**. São Paulo: Atlas, 2013.

PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese; KESSLER, Márcia Samuel; OLIVEIRA, Rafael Santos de. **A influência da internet na construção de movimentos sociais em defesa da democratização das comunicações e da sua regulamentação no Brasil**. BDM (São Paulo. Impresso), v. ano 32, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Florianópolis: Revista Espaço Jurídico, v. 11, n. 2, jul./dez, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2014.



SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). **Direitos Fundamentais: Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Juremir Machado da. **A sociedade medíocre: passagem ao hiperespetacular**; o fim do Direito Autoral, do livro e da escrita. Porto Alegre: Sulina, 2012.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. **A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDIR./UFRGS, v. 12, 2017.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Habeas Data: Remédio jurídico da sociedade da informação. *In* PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III – Marco Civil da Internet** (Lei n. 2.965/2014). Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no Marco Civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 16, 2015.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental a liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, v. 200, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA (UE) 2019/790** do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, 17 de abril de 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>. Acesso em: 12 jul. 2019.

VIANA, Ulisses da Silva. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

WACHOWICZ, Marcos. Cultura digital e marco civil da Internet: contradições e impedimentos jurídicos no acesso à informação. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. Temas Contemporâneos de Propriedade Intelectual. *In*: Ricardo Bacelar. (Org.). **Os limites da publicação de conteúdo produzido em estabelecimento de ensino**: Estudo de caso entre a Lei dos Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet. 1ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017.





DA UTOPIA DO REMIX ÀS AMARRAS DA *COPYRIGHT DIRECTIVE* EUROPEIA: UM PASSEIO SOBRE JOHN LOCKE E BRETT GAYLOR

Larissa Oliveira Alves¹

RESUMO: O presente artigo descreve uma análise de conteúdo sobre a relação da Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia e do filme “*RIP! A Remix Manifesto*” do diretor Brett Gaylor. Partindo do conceito de propriedade do filósofo John Locke e do conceito de Direitos Autorais, houve a análise do Artigo 13 da Diretiva e do modo que ele é uma quebra no progresso artístico ao trazer, em seu texto, que todas as empresas de tecnologias deveriam filtrar o conteúdo de seus usuário por sua própria conta; ocorreu também uma análise do filme *RIP!*, citado, mostrando o lado dos remixadores e a busca pela liberdade de expressão como forma de compartilhar ideias, essas que não se configuram em Propriedade Intelectual. Constatou-se que o Artigo 13 é, de forma interpretativa, a cultura se baseando no passado, esse sempre tentando controlar o futuro; e o futuro perdendo a liberdade de progredir para as gerações futuras.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Remix; *Copyright Directive*.

1 INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia, iniciou-se um estado de pânico na internet por meio dos criadores de conteúdos em decorrência do artigo 13 (no rascunho, tornou-se artigo 17 na lei oficial), pois devido à forma que foi redigido traz à tona a interpretação de que as plataformas audiovisuais tornar-se-ão responsáveis caso um usuário transgrida o direito autoral de outrem.

Atualmente, o *Youtube*, por exemplo, não é responsável pelos seus usuários, de forma que, caso uma empresa note que o seu direito foi violado, a mesma entra em contato com a Plataforma reivindicando a retirada do vídeo ou a monetização. Logo, atua como mediadora entre as partes; com o artigo 13, as plataformas convertem-se em responsáveis pela violação dos direitos autorais e não usuário que a descumpriu.

Por que é importante discutir isso no Brasil? O Mercosul possui acordos comerciais com união europeia; e existem legislações que um grupo econômico julga ser importante, por consequência, a Europa pode vir a exigir, pela aproximação comercial, que outros países, grupos ou blocos

¹ Graduanda do Curso de Direito da UNIFACISA – Centro Universitário, larissa-oliveiraalves@outlook.com, sob a orientação do Prof. Dr. João Ademar de Lima Andrade

adotem, também, uma legislação semelhante com as dela. Visto que, o direito autoral é uma grande parte da geração e circulação de dinheiro em todo o mundo. Portanto, é natural que países esperem que parceiros comerciais tenham algo em comum, caso o acordo mencione direitos autorais.

Desenrola-se, ainda, o *lobby* da indústria. O que sucede? A internet democratizou o acesso e a produção de conteúdo, ela facilitou. Antes a produção de música, a título de exemplo, estava restrita nas mãos das gravadoras que eram entes multi poderosos. Presentemente com o *Youtube*, um talento pode vir a surgir devido a viralização de um *single* lançado na própria plataforma, mediante as próprias custas, tornando-se em uma carreira.

Outrora, as oportunidades para um novo artista eram muito fechadas e complicadas; com a internet livre, ocorreu o surgimento de novos astros, artistas que constroem novos conteúdos, oxigenando assim, a produção cultural. Mas é claro que haveria uma reação, pois a indústria tem medo de perder, ainda mais, o espaço, além da ambição de querer resgatar o que foi perdido.

Como base para a metodologia da análise de conteúdo traz-se o estudo da francesa Laurence Bardin, que discorreu a respeito do método em uso; para a autora, esse método é uma técnica de análise das comunicações que em decorrência de procedimentos sistemáticos e objetivos que ocorrem na descrição do conteúdo dos textos indicadores que permitem a indução de conhecimentos relativos a formação desses textos. É usada quando se quer ir além da leitura simples.

A análise de conteúdo tem por objetivo a palavra em si em referência ao aspecto da linguagem. Trabalha com mensagens, visando a manipulação de conteúdos e das suas expressões para realizar o esclarecimento dos indicadores que permitem inferir sobre uma outra realidade que não haja a da mensagem em si.

Diante disso, o presente artigo – de classificação exploratório, pautado sobretudo pelas circunstâncias principiológicas-filosóficas do *Creative Commons* que para atingir os objetivos deste estudo, pretende-se primeiramente realizar uma revisão bibliográfica sobre os conceitos de liberdade da doutrina Lockeana e do conceito de liberdade de expressão. A metodologia a ser utilizada será uma análise de conteúdo trazendo uma relação da Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia e do filme “*RIP! A Remix Manifesto*” do diretor Brett Gaylor.

2 DA PROPRIEDADE DE JOHN LOCKE

No final do século XVII, mais precisamente no ano de 1691, o filósofo inglês John Locke, com base em três movimentos ocorridos durante a Idade Média (Contratualismo, Liberalismo e o Empirismo), publicava anonimamente o Segundo Tratado Sobre o Governo, que vem a ser um relato do Estado de Natureza. Nesse tratado, Locke afirmava que os homens viviam, primeiramente, no estado de natureza, eram iguais e livres. Tendo essas características, não se deve causar um dano a vida, liberdade, saúde e a posse de outrem.

Em contraposição a um de seus influenciadores, Thomas Hobbes, o Estado de Natureza Lockena possui semelhanças a um lugar onde não dispõe de um governo exercendo poderes



sobre as pessoas pois, mesmo que um indivíduo não prejudicasse outrem, o local não possuía uma lei de conhecimento geral da população. Dessa forma, conforme indica o parágrafo 4 do Tratado, cada indivíduo tem livre arbítrio na hora de decisões, sem ser vinculado a outra vontade que o faça agir de tal maneira.

Sect. 4. To understand political power right, and derive it from its original, we must consider, what state all men are naturally in, and that is, a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons, as they think fit, within the bounds of the law of nature, without asking leave, or depending upon the will of any other man.

A state also of equality, wherein all the power and jurisdiction is reciprocal, no one having more than another; there being nothing more evident, than that creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another without subordination or subjection, unless the lord and master of them all should, by any manifest declaration of his will, set one above another, and confer on him, by an evident and clear appointment, an undoubted right to dominion and sovereignty. (LOCKE, 1691)

Para que essa liberdade coletiva não se tornasse em uma confusão e desordem, em decorrência do poder executivo de lei estar nas mãos dos homens, seria necessário a criação de um governo não absoluto. Pela consequência de seu pensamento iluminista, Locke era contra o Absolutismo, pois dizia que todos os homens tinham direitos como o direito à vida, à liberdade e à propriedade, desde o nascimento.

Desse modo, a criação de governo garantiria esses direitos naturais; caso esse governo violasse a vida, a liberdade e a propriedade, era de direito da população revoltar-se contra, configurando em uma resistência ao governo tirano que é caracterizado como o uso do poder em acima do limite do direito. Devido a falha do Estado de Natureza, ocorre a invasão à propriedade. Essa propriedade se estende em bens imóveis e bens móveis.

No §27 do Capítulo V, ao falar pra propriedade, John Locke afirma:

Sect. 27. Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others. (LOCKE, 1691)



Nota-se que Locke afirma que todo homem “tem uma propriedade em sua própria pessoa”. Costuma dizer que todo o objetivo das estruturas políticas é proteger a propriedade; o que poderia ser sordidamente mercantil, se ele não estivesse falando sobre a proteção não apenas dos bens físicos do homem, mas também de sua vida e liberdade.

Esse direito era garantido a todos e seu objeto era os recursos naturais, ou seja, o que a natureza oferecesse. A determinação do direito de propriedade, afirmava Locke que era mediante o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, “se a terra e todas as criaturas inferiores são comuns a todos os homens, no entanto cada homem tem a propriedade sua própria pessoa; quanto a ela, ninguém tem o direito algum, salvo ele próprio. O trabalho do seu próprio corpo e a obra de suas mãos, podemos dizer, são propriamente dele”. Dessa forma, o trabalho se configura como um método de progressão entre o condomínio primitivo coletivo para a aquisição de propriedades por apenas alguns.

Logo, desta maneira, quando o homem remove algo da natureza e a transforma em seu trabalho, isso se torna sua propriedade. Enquanto estava na natureza, o fruto, por exemplo, era de um estado como, ou seja, pertencia a todos, mas ao removê-la mediante um trabalho essa fruta deixa de ser um direito comum a todos os homens, porque o trabalho é do trabalhador, ou melhor, é a ele que o direito recai. Esse fato está disposto no §28.

Sect. 28. He that is nourished by the acorns he picked up under an oak, or the apples he gathered from the trees in the wood, has certainly appropriated them to himself. No body can deny but the nourishment is his. I ask then, when did they begin to be his? when he digested? or when he eat? or when he boiled? or when he brought them home? or when he picked them up? and it is plain, if the first gathering made them not his, nothing else could. That labour put a distinction between them and common: that added something to them more than nature, the common mother of all, had done; and so they became his private right. And will any one say, he had no right to those acorns or apples, he thus appropriated, because he had not the consent of all mankind to make them his? Was it a robbery thus to assume to himself what belonged to all in common? If such a consent as that was necessary, man had starved, notwithstanding the plenty God had given him. We see in commons, which remain so by compact, that it is the taking any part of what is common, and removing it out of the state nature leaves it in, which begins the property; without which the common is of no use. And the taking of this or that part, does not depend on the express consent of all the commoners. Thus the grass my horse has bit; the turfs my servant has cut; and the ore I have digged in any place, where I have a right to them in common with others, become my property, without the assignation or consent of any body. The labour that was mine, removing them out of that common state they were in, hath fixed my property in them. (LOCKE, 1691)

O fundamento de propriedade, para Locke, está na capacidade de transformação em seus benefícios e no próprio homem.

Portanto, para o filósofo liberalista, o direito à propriedade é visto como uma extensão de terra conectada a cada homem que, a ela, tem a capacidade de lavar, semear e cultivar. Em



outras palavras, o homem, naturalmente, é o proprietário de sua pessoa e de suas habilidades ao incorporar seu trabalho à matéria bruta que se encontrava em estado natural, convertida em coisa estabelecendo sobre ela um direito próprio do qual excluía todos os outros homens.

Os governantes não podem se apropriar do poder público e ser benefício, porque nada mais são do que agente fiduciário de um povo, único título à legenda da soberania. Mas, em constante, qualquer endividado pode se apossar de bens comuns, alegando que os transformou pelo seu trabalho. (Comparato, 2006, pg. 224).

Com essa contradição, Locke reforça que ao cercar uma parcela de terra, não prejudica as outras pessoas “[...] *though men had a right to appropriate, by their labour, each one of himself, as much of the things of nature, as he could use: yet this could not be much, nor to the prejudice of others* [...]”.

Para justificar a sua teoria sobre a propriedade privada, alega no §37 que

To which let me add, that he who appropriates land to himself by his labour, does not lessen, but increase the common stock of mankind: for the provisions serving to the support of human life, produced by one acre of inclosed and cultivated land, are (to speak much within compass) ten times more than those which are yielded by an acre of land of an equal richness lying waste in common. (LOCKE, 1691)

Significa que apenas o trabalho cria a riqueza.

Entretanto ao notar que no sistema da agricultura inglesa, o cultivo era para os próprios cultivadores, mas a finalidade da extinção desse sistema era a produção para o mercado. Pois o mercado reivindica que uma mercadoria seja trocada por outra coisa, no caso, a moeda. Logo, se o trabalho é o título da propriedade, então a moeda é a justificativa da apropriação de grandes extensões de terra. Na comprovação de sua teoria, utilizou-se de argumentos de essência capitalista.

Ao assumir, definitivamente, a sua posição de classe dominante, primeiramente no acidente e depois no mundo todo, a burguesia teve astros de realçar ético política de John Locke, então só os elementos que serviam para justificar o seu poder, e cobrir o restante sobre o manto da utopia. (COMPARATO, 2006)

3 DOS DIREITOS AUTORAIS

A respeito da Propriedade Intelectual, é a área do Direito que garante aos inventores ou responsáveis por qualquer produção integral, o direito de obter uma recompensa que é resultado da sua criação, por um determinado tempo. Seu conceito advém do conceito de propriedade de John Locke.



Historicamente, o primeiro passo dado do direito autoral foi com a Rainha Ana da Inglaterra que no ano de 1709 estabeleceu um estatuto que tinha como base o impulso para com aprendizagem o qual atribuiu o direito de cópia (*copyright*) que seria capaz de ser cedido aos editores, de forma que criasse um equilíbrio entre o direito do autor e o domínio público; e após 14 anos da sua publicação, a obra se tornaria de domínio público e qualquer um podia copiá-la. Mas foi com a Revolução Francesa (1789-1799) que surgiu a autonomia do autor ao reconhecer os seus direitos sobre as obras independentemente do editor.

As obras a serem protegidas são revestidas de caráter único, inventividade e a originalidade, são criações de espírito humano que se exteriorizam em quaisquer meios ou suportes intangíveis ou tangíveis. São amparadas no âmbito internacional pela Convenção de Paris, Convenção de Berna, Convenção de Roma, Conferência de Estocolmo, Organização Mundial da Propriedade Intelectual e pelo o Acordo TRIPS.

O Direito Autoral é o direito que o criador de obra intelectual tem de gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas criações (AFONSO, 2009). Tendo como base principal a Convenção de Berna que no seu Artigo 2 afirma que as obras originais são protegidas sem o prejuízo do autor.

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.

[...]

2) são protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística.

Vale ressaltar que a natureza jurídica do direito do autor é o direito subjetivo que se subdivide em direitos patrimoniais e pessoais, dividindo opiniões entre os doutrinadores. Tendo em vista a natureza dupla, o titular do direito e o autor passam a gozar dos direitos que são distintos mas que se relacionam de modo que passam a usufruir dos privilégios que são distintos, no entanto, se relacionam de maneira que no direito patrimonial há o aproveitamento econômico da obra podendo ser negociada e transferida, bem como o direito moral que corresponde a ligação entre o autor e a obra, este não podendo ser alienado.

São de características do direito moral a inalienabilidade, pois não se transferem; a impenhorabilidade, não é sujeito a garantia em relação a parte de credores; irrenunciabilidade, não são suscetíveis de abandono por parte do autor; e a absolutabilidade, atos que sobre todos têm efeito.

O artigo 6 bis da Convenção de Berna, adicionado em 1928 durante a Convenção de Roma, define o conteúdo do direito moral:

1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.

“A Convenção de Berna também preconiza a extensão desses direitos morais afirmando que os mesmos são, depois da morte do autor, mantidos pelos menos até a extinção dos direitos patrimoniais e exercidos pelas pessoas ou instituições às quais a legislação nacional do país em que a proteção é reclamada atribui qualidade para tal. Esta questão enseja várias discussões e afeta, entre outras coisas, o caráter imprescritível (que não prescreve) desses direitos, polémica que até hoje existe em relação à legislação nacional” (AFONSO, 2009).

Já o direito patrimonial é a utilização da obra, de forma pública, que ofereça um retorno monetário, direta ou indiretamente.

4 DIRETIVA DE DIREITOS AUTORAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Aprovada em maio de 2019, a *Copyright Directive* causou controvérsias na rede mundial de computadores (*internet*). A Diretiva a União Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital² reivindica que empresas como *Twitter*, *Youtube* e *Instagram* assumam uma responsabilidade mais ampla a respeito do compartilhamento, da distribuição de materiais assegurados pelos direitos autorais de forma que violem esses princípios. O artigo 13, “filtro de *upload*”, segmento mais controverso da Diretiva, goza de um aspecto negativo quando se fala em criadores de conteúdo online. No texto final, tornou-se o artigo 17.

O texto original do artigo supracitado enunciava o seguinte:

2^a Os prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e facultam ao público acesso a grandes quantidades de obras ou outro material protegido carregados pelos seus utilizadores devem, em cooperação com os titulares de direitos, adotar medidas que assegurem o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos relativos à utilização das suas obras ou outro material protegido ou que impeçam a colocação à disposição nos seus serviços de obras ou outro material protegido identificados

² *European Union Directive on Copyright in the Digital Single Market, título original*



pelos titulares de direitos através da cooperação com os prestadores de serviços. Essas medidas, tais como o uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdo, devem ser adequadas e proporcionadas. Os prestadores de serviços devem facultar aos titulares de direitos informações adequadas sobre o funcionamento e a implantação das medidas, bem como, se for caso disso, sobre o reconhecimento e a utilização das obras e outro material protegido.³

Redigido desse modo, o artigo trouxe a interpretação de que todas e quaisquer empresas do ramo tecnológico deveriam, por conta própria, filtrar os conteúdos que seus usuários publicam e bloquear o *upload* de conteúdos registrados e assegurados pelos direitos autorais sem o consentimento, sem a autorização expressa do criador da obra intelectual.

Esse objetivo do artigo é, de certa forma, similar ao termo de direitos autorais do *Youtube*. A plataforma ao notar que um direito está sendo violado, entra em ação para tirar do ar ou frustra o carregamento do conteúdo, por exemplo, um usuário que tenta inserir na plataforma uma música protegida ou um filme pirata (contrafação). Vale ressaltar que a plataforma utiliza do *Creative Commons*.

Com a mudança do texto, o artigo indica que empresas pequenas possuem obrigações mais brandas em relação a empresas de grande porte. O texto atual traz uma compreensão de que as empresas não são obrigadas a impor um filtro prévio mediante lei mas são incentivadas a seguir essa trajetória.

Logo, com a proposta dessa diretiva é que as plataformas online tenham uma responsabilidade legal sobre a violação dos direitos correspondente ao titular dos mesmos e o autor da obra. Isto quer dizer que, caso um usuário do *Twitter* viole as regras, o responsabilizado pelo processo judicial irá ser a plataforma e não o usuário.

Sites que dependem de conteúdo gerado por usuários, como *Facebook*, *Youtube*, *Google*, *Twitter*, *Instagram* e a própria *Wikipédia*, além de outras redes menores e fóruns *online*, como o *Reddit*, são os principais prejudicados pelo Artigo 17 (antigo 13), tornando-se legalmente responsáveis por tudo o que cada usuário publica lá dentro. (Carvalho, 2019).

Percebe-se que a situação é grave. A discussão desse artigo é mundial, logo, também é discutida no Brasil, e que podem trazer consequência no país. Dependendo do conteúdo a ser disponibilizado nas redes de *streaming*, como exemplo o *Youtube*, irá ser bloqueado em decorrência dessa nova diretiva aprovada pelo Parlamento Europeu, afetando os criadores de conteúdo brasileiros que devido a sua audiência em países como Portugal, onde possuem a

³ 2a. Member States shall provide that where right holders do not wish to conclude licensing agreements, online content sharing service providers and right holders shall cooperate in good faith in order to ensure that unauthorised protected works or other subject matter are not available on their services. Cooperation between online content service providers and right holders shall not lead to preventing the availability of non-infringing works or other protected subject matter, including those covered by an exception or limitation to copyright (texto original).

segunda maior audiência por conta da língua falada, ocorrendo assim uma queda no número de visualizações, gerando assim o declínio da monetização do conteúdo.

É de preocupação, igualmente, a relação entre o Mercosul e a União Europeia, pois, durante a negociação de acordos comerciais, podem haver exigências de legislações para a fundamentações de tais acordos. Por conseguinte, pode haver a necessidade de países terem legislações vigente alinhadas umas com as outras; o direito autoral pode entrar nos trâmites legais da negociação, fazendo com que o Mercosul elabore uma lei semelhante para com a Europeia.

Essa lei é a quebra do avanço cultural; um retrocesso, um modo de deixar as pessoas ligadas ao passado.

5 **RIP! A REMIX MANIFESTO**

A *Creative Commons*, elaborada no início dos anos 2000 por Lawrence Lessig, é uma espécie de licenciamento em que os criadores de obras podem especificar a maneira que seu trabalho vai ser usado, logo, possuem total poder de decidir como suas criações irão ser reutilizadas de acordo com o seu desejo. Comumente, nas obras CC não ocorrem a exigência de uma permissão antecipada, entretanto as obras que pertencem ao *Creative Commons* são protegidas pelos Direitos Autorais.

Em outras palavras, o *Creative Commons* foi elaborado para facilitar o compartilhamento, a fácil navegação a distribuição e a modificação de obras intelectuais na internet.

Essa licença foi utilizada como base para o roteiro do documentário canadense “*RIP! A Remix Manifesto*” do diretor e roteirista Brett Gaylor; o diretor e ciberativista afirma que a inspiração para o filme foi o DJ Girl Talk (Gregg Willis), conhecido por criar remix de músicas clássicas do pop.

No início do documentário, Brett Gaylor comunica “não estamos discutindo se a música é original ou não, pois as regras desse jogo não dependem de quem a compôs, mas sim de quem detém os direitos autorais. De acordo com essas pessoas, reproduzir uma simples nota é motivo para um processo”.

O mundo está vivendo uma guerra pelas ideias na qual o campo de batalha é a internet. O remix, objeto em questão do filme, vem a ser uma modificação feita em elementos da nossa cultura pop, logo, é um processo criativo. Coisas engraçadas, politizadas e novidades são colocadas na rede. O processo criativo se tornou mais importante que o produto, pois os consumidores viraram criadores e fazem a arte popular da geração futura. As pessoas que consomem os remixes, diz o adiremos que representam o passado, e elas declararam “guerra” já que para elas as ideias são propriedades intelectuais, trancadas até a venda.

De um lado fica o direito autoral (*copyright*), do outro lado, há os que exprimem os direitos de compartilhar ideias (*copyleft*). Acreditam que o domínio público deve ser protegido para garantir a troca de ideias e o futuro da arte e da cultura.



O manifesto remix de Gaylor tem quatro momentos:

1. A cultura se baseia no passado;
2. O passado tenta controlar o futuro;
3. O nosso futuro está perdendo a liberdade;
4. Para construir sociedade livres, precisamos limitar o controle do passado.

Dado que os artistas utilizam e se baseiam na arte anterior a deles, um domínio público adequado é requisito principal da criatividade, pois com ele, usa-se de forma livre os trabalhos anteriores já que faz parte da evolução da arte. Para exemplificar que atualmente o domínio público já não se configura tão regente, usa a música “Parabéns para Você” composta em 1893, que na data na qual foi gravado o filme, ainda não havia entrado em domínio público. Dialoga com o telespectador que se esse cantarolou a canção, violou os direitos autorais, visto que, a lei exige pagamento dos direitos para a *Warner Chappell*.

Os Direitos Autorais foram criados para aumentar o incentivo à criação, e não para impedi-la. Nas épocas passadas, as ideias pertenciam ao domínio público; as obras de artes e invenções poderiam chegar a ser melhoradas para as gerações futuras.

Para Lawrence Lessig, não podemos impedir o uso da cultura para expressar ideias de formas diferentes se essa criatividade for considerada subversiva, não podemos manter nossos filhos passivos como éramos. Só podemos transformá-los em “piratas”. Apesar desse rigoroso meio dos direitos autorais, há uma execução, essa é uma parte da lei dos Estados Unidos da América, chamada de “Uso Legítimo”, que permite a liberdade de expressão, possibilitando que um indivíduo faça o usufruto de pequenos trechos para demonstrar a sua expressão. Entretanto, tem-se essa liberdade apenas para textos, ficando assim os filmes enclausurados em passado superprotetor.

A remixagem está relacionada não com a técnica de cada vídeo usado em filme, e sim a democratização da técnica. Ela dá a chance de um indivíduo com um computador de baixo valor, crie e diga coisas de maneira singular.

Lessig, para exemplificar a questão do domínio público, utiliza-se do Walt Disney, que utilizou de obras do domínio público para torná-las relevantes para época. O seu trabalho continuou um diálogo de uma cultura, expressando-se com releituras de clássicos. Isso quer dizer que Disney fazia uso da remixagem. Após a morte de Walt, a Corporação Disney, que cuida do seu legado, tem como objetivo a proteção das obras para que não ocorra o fato de alguém se basear nelas.

Quando Mickey Mouse completou 60 anos, no ano de 1998, a lei foi reescrita para que o rato continuasse no domínio privado do império Disney. Por causa dessa mudança, o direito autoral de estendeu para 70 anos após a morte do autor.

Logo, para exemplos dos tópicos 1 e 2 dos momentos do Manifesto: Walt Disney se baseou no passado, faleceu, e a Corporações Disney mudaram a lei para que não fizessem mais a releitura das suas obras.



Quem faz a remixagem, ou seja, a mescla cultural acontecer, está enfrentando as empresas de comunicação, que vêm a ser um dos ramos mais poderosos. A comunicação é composta por vários estúdios e gravadoras que pertencem a outras empresas ainda maiores como *Disney*, *Viacom*, *Time Warner*, *News Corp*, *Bmg* e *General Eletric* detêm mais de 90% da mídia nos EUA.

Essas empresas são representadas pela Associação Americana de Gravadoras e a Associação Americana de Filmes. O objetivo principal é preservar o modelo que enriqueceu essas corporações menos que impeça o fluxo de novas ideias, novas tecnologias ou modelos. Mas, por mais que sejam poderosas, as empresas são ameaçadas pela Contrafação (pirataria). O Canadá é um dos países onde mais ocorre a contrafação de conteúdos protegidos por direitos autorais. Charlie Angus, membro do parlamento canadense na época, comentou “claro que as empresas fazem pressão para mostrar que não cumprimos obrigações se não fizermos o que lobby do ramo exige que nós façamos por eles”.

Exigiram do Governo Canadense o aprisionamento da cultura, o que caracteriza o terceiro ponto manifesto remix. A consequência é conhecida no mundo tecnológico como “gerenciamento digital de direitos”. Essa tecnologia, as empresas de áudios e filmes podem impedi-los de copiar CDs, DVDs e Arquivos no computador. Contrariando o modo de deixar a lei decidir o que as pessoas podem fazer, é um programa de computador decidirá pela população. A liberdade de expressão não foi incluída na lei, logo, o “*fair use*” foi proibido; o que se ocorre nos EUA é uma pressão para reter todos os direitos possíveis.

Desde o surgimento da internet, o *lobby* do entretenimento dos EUA pressiona o governo para ter leis cada vez mais rígidas, o que levou a processos contra mais de 24 mil americanos, e o direito advindo de acordos entre as partes não foram para o autor que supostamente estavam tendo seus direitos defendidos.

O diretor afirma que a cultura está ameaçada; toda a cultura. O conceito de propriedade intelectual se espalha, quando se percebe que as ideias redimais o que é petróleo, ouro ou propriedades, não há limites para o que se considera uma propriedade.

Sobre o quarto. E o último do manifesto do manifesto o diretor cita o Brasil e como o governo da época foi contra as leis dos Estados Unidos em relação aos remédios para AIDS e sobre a propriedade industrial. A remixagem da arte da ciência do conhecimento é uma das características que o brasileiro possui e que virou uma política governamental.

Para Gilberto Gil, sempre há uma maneira de dar as pessoas e aos jovens oportunidade para ter acesso a arte. O compartilhamento é a natureza da criação e não a criação isolada, porque ninguém é um criador sozinho, tudo já vem de uma coisa já criada; é uma cadeia que vai se processando com a literatura, a música e o cinema.

O Brasil busca combater as mazelas do passado com a inovação sendo baseada no acesso universal ao conhecimento e a liberdade de criação de uma visão sensata de propriedade intelectual e sua relação com o domínio público, mediante a utilização das licenças flexíveis do *Creative Commons*



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de que o direito autoral tem como principal função a proteção da propriedade intelectual do criador da obra, garantindo-lhe o usufruto dos direitos. Com o conceito da propriedade de Locke, nasceu contextualizado na expansão comercial, sendo expresso no Estatuto da Rainha Ana da Inglaterra.

Por outro lado, nota-se que os direitos autorais podem causar um empecilho na progressão das artes e ciências, pois, as artes feitas nos dias atuais são produzidas mediante as artes do passado; o produto da arte é a mistura de produtos anteriormente já criados. Com esse sentido, proteger de forma absoluta os direitos do autor pode significar o comprometimento do avanço e da livre expressão artística e científica, se não tiver a permissão de acesso de outras pessoas às essas obras protegidas.

A respeito do Artigo 13, na lei oficial Artigo 17, erra ao trazer uma interpretação controversa para empresas do ramo tecnológico que devem ter um filtro próprio para analisar os conteúdos postados pelos seus usuários para que não ocorra a quebra dos direitos autorais e o uso de sua obra, sem a autorização expressa do criador da obra intelectual. A interpretação é controversa pois nem todas as empresas possuem mecanismos para filtrar estes conteúdos, obrigando o site a se desligar por aversão aos processos judiciais.

Com isso é notável que esse artigo da Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia configura em um retrocesso onde a liberdade de expressão não era garantida, ferindo assim o Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que expressa: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito incluído liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Apesar dos estudos elaborados nessa análise de conteúdo, sugere-se que tratando de um assunto tão delicado sobre os direitos autorais, faça-se uma análise mais aprofundada entre a relação dos direitos autorais e a liberdade de expressão interligada com as leis que vigoram sobre esse assunto.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral**: conceitos essenciais. Barueri: Manole, 2009.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2013. 76 p. (Coleção FGV de bolso. Direito & Sociedade).

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. Presidência da República, [1975]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 24 set. 2019



CARVALHO, Lucas. **Artigo 13: entenda a lei de direitos autorais da Europa que ameaça a internet**. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/artigos-13-e-11-entenda-a-lei-europeia-que-ameaca-a-internet/83937>. Acesso em: 25 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**. *Estud. Av.*, São Paulo, v. 25, n. 72, p.251-276, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DINELLI, Bruna de Sá. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37776/segundo-tratado-sobre-o-governo-civil>. Acesso em: 23 set. 2019.

EUROPEIA, Comissão. **DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO: relativa aos direitos de autor no mercado único digital**. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>. Acesso em: 25 set. 2019.

FOX, Chris. **What is Article 13? The EU's copyright directive explained**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-47239600>. Acesso em: 25 set. 2019.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Inglaterra: Awnsham Churchill, 1690. 81 p. Disponível em: <https://english.hku.hk/staff/kjohnson/PDF/LockeJohnSECONDTREATISE1690.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

LELOUP, Damien; UNTERSINGER, Martin. **La directive de l'UE sur le droit d'auteur à l'heure du numérique est adoptée: Ce texte, censé encadrer le copyright dans l'Union européenne, a été approuvé par les eurodéputés, qui en ont modifié certains contours..** 2018. Disponível em: https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/09/12/le-parlement-europeen-adopte-la-directive-sur-le-droit-d-auteur-a-l-heure-du-numerique_5354024_4408996.html. Acesso em: 24 set. 2019.

NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p.75-90, maio 2007. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/11457/10193>. Acesso em: 24 set. 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de Propriedade Intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 163 p.

PEREIRA, Samuel. **FIM DA INTERNET? COMO O ARTIGO 13 COLOCA EM RISCO TODA A NOSSA LIBERDADE NA INTERNET!** 2019. Disponível em: <https://digitalks.com.br/artigos/fim-da-internet-como-o-artigo-13-coloca-em-risco-toda-a-nossa-liberdade-na-internet/>. Acesso em: 26 set. 2019.

REYNOLDS, Matt. **What is Article 13? The EU's divisive new copyright plan explained: Article 13 of the EU's new copyright directive has sparked huge controversy online, with YouTube campaigning strongly against the proposal. We explain why**. 2019. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban>. Acesso em: 15 set. 2019.

RIP!: A Remix Manifesto. Direção de Brett Gaylor. Produção de Daniel Cross, Mila Aung Thwin, Ravidia Din, Sally Bochner. Roteiro: Brett Gaylor. Música: Olivier Alary. Canadá: Canal D, B-side Entertainment, 2008. (86 min.), son, color. Legendado.

VANIN, Carlos Eduardo. **Propriedade Intelectual: conceito, evolução histórica e normativa, e sua importância**. 2016. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/407435408/propriedade-intelectual-conceito-evolucao-historica-e-normativa-e-sua-importancia>. Acesso em: 24 set. 2019.





A POSSIBILIDADE DE CONTRATOS INTELIGENTES NO LICENCIAMENTO DE DIREITOS DE AUTOR EM PORTUGAL

Pedro de Perdigão Lana¹

RESUMO: Os contratos inteligentes (*smart contracts*), que em sua forma atual são muito ligados às cadeias de blocos (*blockchains*), são uma das tecnologias que trazem muitas promessas ao mundo do direito, inclusive para o Direito Autoral/Direito de Autor. No entanto, antes de avançar nessas potenciais transformações, é oportuno esclarecer qual a possibilidade dogmática desse modelo contratual ser enquadrado e tutelado pelos ordenamentos jurídicos pré-existentes. Há dificuldades incompatíveis com as regras contratuais ou autorais, que exijam mudanças significativas nas legislações a fim de abarcar essa nova ideia? O sistema português é um bom ponto de partida tanto pela sua proximidade com outros países europeus quanto com o brasileiro. Os contratos inteligentes não são necessariamente contratos jurídicos, tuteláveis pelo poder público. Mas as normas lusitanas mostram que se a programação dos *smart contracts* for construída levando em consideração as determinações legais (assim como na elaboração de contratos tradicionais), não se constatam incompatibilidades que demandem alterações estruturais nos sistemas normativos, embora se percebam novos ganhos e novos riscos.

Palavras-chave: Licenciamento, *blockchain*, contratos

§1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por que falar de contratos inteligentes (mais conhecidos pelo anglicismo *smart contracts*) no espaço dos direitos de autor, em um momento tão insipiente? Segue-se aqui a esteira de outros autores, que indicam que essas discussões iniciais são o momento ideal para pautar que as novas ferramentas tecnológicas sejam direcionadas para reforçar a posição pela liberdade de informação, e, conseqüentemente, pela visão do direito de autor como um meio de difusão de cultura e conhecimento (FINCK & MOSCON, 2019, p. 103).

Tal defesa é particularmente relevante no contexto da gestão de direitos autorais no meio digital, hoje dependentes de diversas categorias de intermediários, com destaque para as Entidades de Gestão Coletiva. Mesmo nos países da União Europeia podem ser observadas falhas na atuação e eficiência das EGCs, tanto em relação aos ganhos dos autores quanto dos usuários (ASCENSÃO, 2013), mas é em regiões como a América Latina que o problema aparece com mais intensidade (BO-

¹ Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, graduado pela UFPR e técnico em eletrônica pela UTFPR. Advogado. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4384081232803994>.

TERO, 2016, p. 131-141). Nessas nações, é comum a atuação dessas entidades tender ao monopólio e ser caracterizada pela falta de transparência, chegando ao ponto de já terem ocorrido condenações milionárias por comportamento irregular. As novas tecnologias podem assim diminuir o papel das EGCs e tornar os autores mais independentes (ASCENSÃO, 2013, p. 168-169), mas também pode servir para reformular essas entidades e dar-lhes ainda mais centralidade (NERISSON, 2015).

Essa investigação pretende firmar uma das bases necessárias para essa discussão, dando um passo essencialmente dogmático, averiguando o enquadramento e funcionamento dos contratos inteligentes no ordenamento português, como exemplo de análise passível de ser repetida em outros ordenamentos.

§2 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como os contratos inteligentes são essencialmente contratos eletrônicos², o caminho a ser seguido começa em uma retomada dos principais pontos desse regime. Os contratos eletrônicos há muito são pacificamente aceitos no mundo inteiro, com notória contribuições das instituições e atos normativos da União Europeia, e o ordenamento e doutrina portugueses não são uma exceção. Persistem divergências e críticas em relação a certos aspectos e especificidades (como o incomum dever de confirmação no comércio eletrônico em Portugal, vide *HOMEM*, 2013, p. 27-30), mas não mais continuam as dúvidas de que, cumpridos certos critérios, eles devam ter a mesma eficácia que qualquer outro contrato tradicional.

Não se observam divergências significativas quanto ao enquadramento dos contratos eletrônicos na já clássica definição do conceito de “contrato” de Antunes Varela, constando que ele consiste em duas ou mais declarações de vontades contrapropostas, mas harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses (VARELA, 2012, p. 212). A forma eletrônica dessas declarações não altera essa classificação (ANTUNES, 2012, p. 14)³, embora ensejem algumas particularidades no regime contratual que não existiam nas formas tradicionais (CARVALHO, 2018, p. 74). Reconhece-se, contudo, que essas particularidades podem representar diferenças profundas em relação aos modelos contratuais anteriores, como se observa no enfraquecimento da distinção entre produtos digitais e serviços digitais, bastante visível nos serviços de hospedagem em nuvem (SVANTESSON, 2016, p. 27).

Os contratos eletrônicos também são abarcados pela modalidade de contratação à distância⁴.

² Essa é posição dominante na doutrina internacional, vide Savelyev (2017, p. 124). As posições discordantes, como a de Legerén-Molina (2018), parecem via de regra caminhar no sentido de ser possível automatizar e assim tornar “inteligente” apenas certas partes dos contratos.

³ Em Portugal, o tema foi solidificado pelo legislador no DL N.º 290-D/99, relativo ao regime jurídico dos documentos eletrônicos e da assinatura digital (com última alteração pelo DL n.º 88/2009), que equiparou para todos os efeitos as declarações eletrônicas às de forma tradicional, indicando que essa equiparação também se estenderia para os documentos eletrônicos e físicos (o que foi posteriormente explicitado na DL n.º 7/2004).

⁴ Inicialmente regulada pelo DL n.º 143/2001, entretanto revogada pelo DL n.º 24/2014 que transpôs para o ordenamento interno a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores. O artigo 2.º da Lei de 2014 exclui total ou parcialmente do seu âmbito de aplicação vários tipos de contrato, como o de serviços financeiros e de bens imóveis. (*HOMEM*, 2013, p. 9-10).



Esse modo de contratação não foi introduzido no cenário jurídico pelo meio digital e pela internet, já sendo possível muito antes disso realizar contratos por telefones, cartas, telegramas e outros. Mas pode-se afirmar que a popularização dessa forma se deve às tecnologias de comunicação e informação da sociedade informacional, que a colocaram no centro das preocupações do direito contratual.

Outro importante elemento é a relação umbilical entre contratação eletrônica e o comércio eletrônico, regulada pela Lei do Comércio Eletrônico (LCE, DL nº 7/2004) com significativa atualização pela Lei n.º 46/2012⁵. A internet possibilitou uma migração massiva do comércio tradicional para o ambiente eletrônico, tanto na relação entre comerciantes (*business-to-business*, B2B) quanto das empresas com os consumidores (*business-to-consumer*, B2C), abrangendo também as relações aparentemente comerciais entre indivíduos. A LCE não se aplica apenas aos negócios comerciais, com seu artigo 24º estendendo o regime do capítulo V dessa lei para todos os contratos celebrados por via eletrônica ou informática.

Há um aparente limite para a aplicação da LCE à contratação eletrônica, constatável na exigência de que uma das partes seja um prestador de serviço da sociedade da informação. Contudo, esse conceito é tão amplo que abrange não só qualquer exercício comercial que tenha ligação com a internet como pode também abranger mesmo atividades não juridicamente comerciais⁶.

Os contratos realizados por meios individuais de comunicação, também chamados de contratação eletrônica em sentido estrito, apresentaram poucos desafios aos sistemas normativos tradicionais (artigo 30º da LCE), pois há neles basicamente uma mudança formal e vigora aqui o princípio da liberdade de forma (FESTAS, 2006, p. 413-414)⁷. Por outro lado, há um aumento de complexidade, exigindo uma complementação normativa específica, quando se fala dos contratos eletrônicos celebrados em linha (*online*), como se observa pela aplicação exclusiva dos artigos 27º, 28º e 29º da LCE a essa categoria. Estes são contratos onde a declaração negocial de uma das partes (geralmente a empresa) está na verdade exposta e gerenciada por um sistema informático, cabendo a outra parte (geralmente) demonstrar interesse e aceitar condições padrões fixas para realização automática e imediata do negócio⁸.

Uma importante distinção é a que existe entre o comércio eletrônico direto e o comércio

⁵ Aqui se encontra outro bom exemplo da integração dos contratos eletrônicos nos sistemas contratuais tradicionais, pois o legislador português remeteu para os quadros já vigentes do ordenamento nacional toda a matéria que não se encontrava expressamente regulada na Diretiva n.º 2000/31/CE. (PEREIRA, 2004a, p. 342)

⁶ O artigo 3º, 1 da LCE define esses serviços como “qualquer serviço prestado à distância por via eletrônica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade econômica na sequência de pedido individual do destinatário”. A amplitude do conceito já era constatada mesmo antes da internet assumir uma participação tão profunda na vida comercial e das pessoas em geral (PEREIRA, 2004b, p. 78-79).

⁷ O princípio da liberdade de forma resta positivado no regime geral pelo art. 219º e 405º do Código Civil, e expressamente afirmado quanto aos contratos eletrônicos no art. 25º, nº 1 da LCE. Por trás desses artigos está o princípio da admissibilidade e equiparação dos contratos eletrônicos aos tradicionais, que sofre algumas exceções previstas prevista no artigo 25º, 2 da lei.

⁸ Menciona-se ainda os contratos *click wrap*, que são uma subclassificação dos contratos em linha e se referem às situações onde uma proposta de negócio é ofertada, sob determinados termos, no sítio do prestador e cuja atuação do consumidor resume-se a simples cliques aceitando-a, resultando na formação do contrato (CARVALHO, 2018, p. 75-80)



eletrônico indireto. Enquanto no segundo o ato comercial é realizado apenas parcialmente por meios eletrônicos, com a entrega de produtos sendo feita por meios tradicionais, no primeiro realiza-se todo o processo eletronicamente, observável no caso de produtos imateriais e/ou digitais. As licenças de direitos de autor tratam usualmente de bens imateriais, sendo assim enquadráveis no comércio eletrônico direto, embora não se deva esquecer que algumas delas envolvam também a troca de bens físicos (para a exposição de uma pintura sob o regime do artigo 149º do CDADC⁹, por exemplo).

Por último, é ainda importante para o tema desse trabalho falar sobre os contratos automatizados sem intervenção humana, previstos no art. 33º do LCE, onde historicamente se destacam as negociações automatizadas de alta frequência características do mercado de ações (QUELHAS, 2015).

Nesse tipo, o processo de negociação e conclusão dos contratos é feita quase que exclusivamente por algoritmos (MORASSUTI & CARDOSO, 2017, p. 6-7)¹⁰, com intervenção humana tendente a zero. Diz-se “quase” e “tendente” porque é possível argumentar pela existência de alguma vontade humana ao menos em última instância, constatável na programação ou ajustes do algoritmo que depois atuará com certa autonomia (FESTAS, 2006, p. 417-425; ASCENSÃO, 2003, p. 63-65). Esse dispositivo legal parece fornecer uma base sólida para a eventual regulação dos contratos inteligentes, e será um pouco mais aprofundado nas próximas seções.

§3 CADEIAS DE BLOCOS NOS CONTRATOS

Como a explicação técnica sobre o funcionamento das cadeias de blocos já se encontra profundamente analisada em diversos artigos, será feita aqui apenas uma síntese das informações mais importantes e recomenda-se a leitura dos textos referenciados. A cadeia de blocos é um tipo de base de dados que realiza determinadas funções criptográficas e alcança alguns requerimentos de integridade (funções *hash* que criam um registro inviolável das transações) e autenticação das informações nas transações eletrônicas (BACON et al, 2018, p. 5-6). O funcionamento dessa tecnologia foi inicialmente apresentado por um autor com o homônimo Satoshi Nakamoto (2008) apenas como parte da explicação sobre a moeda eletrônica Bitcoin, mas alguns viram na *blockchain* um potencial muito maior que o do objeto principal do artigo.

Uma função *hash* é um processo no qual os conteúdos de um dado ou transação são transformados em uma sequência de dígitos que é única para esse conteúdo, com chances extremamente baixas de surgirem dois iguais. A consequência disso é que qualquer mudança no

⁹ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-Lei n.º 63/85) com recente e importante alteração relativa principalmente às entidades de gestão coletivas pelo DL n.º 100/2017.

¹⁰ Algoritmos são, em um sentido amplo, instruções sobre uma sequência de ações a serem realizadas. Mas no meio da ciência da computação, uma definição mais precisa seria de procedimentos computacionais que partem de um valor/valores como entrada (*input*) para, depois de realizar determinadas operações, chegar a um valor/valores como saída (*output*).



dado original faz com que a função *hash* resulte em um valor absolutamente diferente, garantindo assim a integridade da informação. O mesmo procedimento pode ser feito para conjuntos de dados, como uma sequência de documentos, através do uso de *hash pointers* que ligam um ao outro. Por razões de eficiência, em vez de fazer a ligação de dados individuais junta-se toda a informação em blocos e então eles são encadeados através desses *hash pointers*¹¹, o que dá à tecnologia o seu nome.

Antes de inserir esses dados na rede, para evitar a intervenção de agentes maliciosos, é necessário autenticar a identidade das partes envolvidas no registro da transação. A cadeia de blocos faz isso através de uma estrutura de chaves públicas, consistindo em um par de chaves associadas a cada indivíduo/entidade (uma privada e uma pública), um algoritmo de assinatura e uma função de validação. O indivíduo/entidade pode ser identificado apenas pela chave pública, que serve como um pseudônimo e garante a privacidade dos participantes. A associação entre a chave privada e a pública para criptografar e descriptografar a troca de dados garante que as pessoas na rede são de fato quem dizem ser (BACON, 2018, p. 14-15; DIVINO, 2018, p. 2776-2781).

Os *tokens* são a representação de bens nas cadeias de blocos, e funcionam como os elementos básicos das transações na rede. Eles são mais conhecidos no formato de moedas digitais, mas podem representar informações ou bens fora da *blockchain* e têm várias potenciais funções diferentes, como dar direito a alguma ação ou serviço, como os *tokens* de utilidade, ou mesmo participar nos lucros de uma empresa, como os *tokens* de investimento (FENWICK & MCCAHERY & VERMEULEN, 2019, p. 187-189; BACON et al, 2018, p. 78-93).

As *blockchains* têm como base as *distributed ledger technologies* (DLTs) (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 313-314)¹², que funcionam através de uma rede *peer-to-peer* compartilhada e descentralizada de participantes¹³, onde cada elemento é chamado de nodo e armazena uma cópia (total ou parcial) local da cadeia de blocos e que atuam conforme certo protocolo de consenso¹⁴. Essa tecnologia é capaz de fornecer uma elevada segurança sobre a veracidade dos dados, pelos registros serem como regra visíveis por qualquer interessado e ser quase impossível promover uma alteração nas informações já consolidadas¹⁵. Também o faz de forma transparente,

¹¹ Os “blocos” são na verdade divididos em duas partes: seu “corpo”, que são os registros da transação em si, e a “cabeça”, cuja função é o encadeamento, que contém um selo temporal e o resultado da função *hash* do bloco anterior. (BACON et al, 2018, p. 9-13).

¹² É mais preciso terminologicamente falar de *blockchain* no plural. São, na verdade, uma gama de DLTs que compartilham alguns princípios fundamentais, já que essa última tecnologia pode ser livremente adaptada para as mais diferentes aplicações.

¹³ Esse caráter aberto do *blockchain* não é uma de suas características inerentes/necessárias. Algumas cadeias de blocos podem ser configuradas para serem centralizadas e fechadas, o que pode ser muito útil em certas aplicações governamentais ou bancárias (BACON et al, 2018, p. 28-32).

¹⁴ . O funcionamento dos protocolos pode variar bastante e a melhor escolha depende do uso para o qual se pretende utilizar a DLT. Menciona-se, dentro os mais famosos, os protocolos *Proof of Work* (utilizado pela moeda Bitcoin) e *Proof of Stake* (utilizado na rede Ethereum), mas o número de alternativas já se encontra na casa das dezenas (BACH & MIHALJEVIC & ZAGAR, 2018)

¹⁵ Para modificar dados já inseridos na cadeia de blocos que se baseia em uma DLT há apenas dois caminhos: inserir um novo dado (uma transação corretiva) cujos efeitos sejam capazes de negar um registro anterior, o que não é possível em todos os casos; ou a concordância da maior parte dos participantes da rede para promover o chamado



rápida, a um baixo custo (note-se: quando comparado com outras tecnologias capazes de cumprir as mesmas funções) e dispensando tanto a necessidade de confiança entre os participantes quanto a garantia de uma autoridade central (BACON et al, 2018, p. 18-25).

A cadeia de blocos traz alguns benefícios para a contratação eletrônica, notoriamente na certeza sobre a incolumidade do conteúdo do contrato e a identificação segura (ainda que anomizada) das partes contratantes. Outros elementos menores também são positivamente afetados, como o dever de acusar a recepção das ordens de encomenda no comércio eletrônico, previsto no artigo 29º do DL nº 7/2004, que passa a ser automático e com um registro preciso e seguro dos termos e momento em que a encomenda foi feita e o fornecedor tomou ciência dela.

As assinaturas eletrônicas são um aspecto jurídico central do uso das cadeias de blocos para as contratações no cenário digital, e por isso merecem algumas palavras a mais. O DL nº 290-D/99, em sua versão alterada pelo DL nº 62/2003¹⁶, traz, em seu artigo 2º a diferenciação entre assinatura eletrônica (simples), assinatura eletrônica avançada, assinatura eletrônica qualificada¹⁷ e, por fim, assinatura digital¹⁸. Essa última é um subtipo da terceira (que por sua vez é um subtipo da segunda). As *blockchains*, como se descreveu acima, cumprem esse papel, inclusive estampando selos temporais, e satisfazem as mais altas exigências de segurança. Por essas razões, é uma tecnologia capaz de criar uma assinatura digital, preenchendo os elevados requisitos de verificação, ao mesmo tempo que dispensa o envolvimento de terceiros para certificação. Isso garante a obtenção do maior nível de proteção judicial, incidindo sobre o documento digital as presunções de autoria, vontade e inalterabilidade, dando a ele plena força probatória (CORREIA, 2009).

Mas as assinaturas nas cadeias de blocos levantam dificuldades, que devem ser consideradas no planejamento do contrato na arquitetura de programação, como a utilização de pseudônimos para identificação das partes em uma transação através das *blockchains*. Não é razoável vedar inteiramente o recurso à essa anomização, mas recomenda-se que sejam mantidos meios de identificar a pessoa em casos como de investigações penais¹⁹.

de *hard fork*, que é a substituição (ou, caso não haja elevado consenso entre os participante, o surgimento de uma nova cadeia, paralela à primeira) do *blockchain* por um novo com as correções desejadas.

¹⁶ Que transpôs para o ordenamento interno a Diretiva 1999/93/CE. Perceba-se que o DL nº 290-D/99 antecede a mencionada diretiva e já em grande parte harmonizava o ordenamento português com as normas europeias, o que tornou menos urgente a transposição da diretiva (CORREIA, 2006, p. 282-283)

¹⁷ “g) Assinatura electrónica qualificada: Assinatura digital ou outra modalidade de assinatura electrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura”

¹⁸ “d) Assinatura digital: Modalidade de assinatura electrónica avançada baseada em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento electrónico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo e ao destinatário usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento electrónico foi alterado depois de aposta a assinatura”

¹⁹ Ver os comentários aos artigos 78 e 117 da Lei-Modelo sobre Registros Eletrônicos Transferíveis da UNCITRAL, disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records

§4 CONTRATOS INTELIGENTES

O conceito de “contratos inteligentes”, cunhado por Nick Szabo (1997)²⁰, pode ser enganador em uma primeira visão. O autor do conceito afirma que os contratos não têm necessariamente ligação com as tecnologias de inteligência artificial, e sim significam promessas especificadas em formato digital (com a utilização de interfaces de usuário e protocolos) integradas em *hardware* e *software* para automatizar e facilitar o processo de contratação²¹, tendendo a se autonomizar da ação humana. Para exemplificar, a máquina de vendas de refrigerantes é apontada como um ancestral, bastante simplificado, desse tipo de contrato²².

O termo “inteligente” é utilizado apenas para diferenciá-los dos contratos baseados em papel, menos funcionais, com destaque para a criação de obstáculos intrínsecos ao descumprimento contratual que acabam dispensando em certa medida a necessidade de sanções reativas, como as punições legais garantidas pelo estado. Outros elementos ressaltados pelo autor são o reforço da transparência, incluindo o seu aspecto de verificabilidade, e da privacidade das partes.

Há outras definições relevantes de contratos inteligentes, das quais se destaca a de Vitalik Buterin (2014), criador da principal rede de cadeia de blocos hoje que serve como base para elaboração e manutenção de contratos inteligentes (*Ethereum*)²³. Ele define contrato inteligente como um mecanismo envolvendo bens digitais e duas ou mais partes, onde algumas ou todas delas inserem ativos, que são automaticamente redistribuídos entre os envolvidos de acordo com uma fórmula baseada em determinados dados que não são plenamente conhecidos quando o contrato é iniciado.

Apesar desses contratos já serem teoricamente possíveis antes da cadeia de blocos, é com essa tecnologia (e principalmente com a *Ethereum*) que os critérios de segurança necessários passam a ser preenchidos, com ganhos de transparência sem perda de privacidade, pois o contrato em si e a realização de cada fase contratual também estão inseridos na rede de nodos (BACON et al, 2018, p. 47-49).

Por isso, há também a definição de alguns teóricos que afirmam que o conceito de contrato inteligente hoje está intrinsecamente ligado à tecnologia de cadeia de blocos, diferen-

²⁰ Rigorosamente falando, o conceito foi utilizado pelo autor pela primeira vez em 1994, ganhando alguma profundidade em 1996 no seu artigo “*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*”, que foi posteriormente aprimorado e republicado na forma aqui citada.

²¹ Embora, como se verá pela explicações que seguem, a simples automatização de alguma etapa do contrato não o tornará um *smart contract*, pois caso contrário as etapas automatizadas de compras do comércio eletrônico em linha tornariam quase todos esses negócios contratos inteligentes. (DIVINO, 2018, p. 2786)

²² Regulada pelo artigo 22º a 25º do DL nº 24/2014. Parece que esse regime poderia ser aplicável a alguns tipos de contratos inteligentes mais rudimentares, nomeadamente de estabelecimentos comerciais automatizados (artigo 2º, 2, b) e principalmente no campo do comércio B2C de varejo, mas o detalhamento desses artigos (em especial o 23º, 2) não abarca bem a ideia de contratos inteligentes e tornam duvidosa a possibilidade de se estender o regime para contratos mais complexos ou com objetivos não comerciais.

²³ A rede *Ethereum* faz parte da segunda geração de DLTs, que inovaram ao adicionar uma linguagem computacional Turing completa, significando que todo e qualquer problema de computação pode ser resolvido usando a linguagem dos contratos inteligentes. (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 315)



ciando-se assim dos modelos rudimentares como o das máquinas de venda de refrigerantes pelas características únicas possibilitadas pelo DLT, e pelo fato de que a performance de ambos os lados do contrato passa a ser automatizada, em vez de ser uma automatização unilateral (SAVELYEV, 2017, p. 120-121; BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 315).

O contrato inteligente não é necessariamente um contrato jurídico, e sim a automatização das ações de um determinado acordo, construído sob certos protocolo, expressado em instruções e convertido em um programa de computador ou algoritmo (BACON et al, 2018, p. 50-53). Para ser considerado formalmente um contrato em termos legais, possibilitando o recurso aos tribunais ou outros meios de solução de litígios previstos no ordenamento jurídico, exige-se um cuidado na sua formulação para respeitar inteiramente os limites estabelecidos em lei. Afinal, um *smart contract* existe no plano fático e pode ter eficácia prática mesmo tratando de objetos ilegais ou com instruções que poderiam ser claramente identificadas como abusivas, devido à sua característica de auto executoriedade.

Conforme faz Divino (2018, p. 2785-2787), cumpre diferenciar essa última categoria nomeada na doutrina como códigos de contrato inteligente (*smart contract code*) e aquela primeira, mais relevante para a investigação aqui desenvolvida, chamada de contratos inteligentes legais (*smart legal contracts*).

Quando categorizável como um contrato jurídico, o regime do já mencionado artigo 33º da LCE parece ser bastante adequado para fornecer os primeiros passos regulatórios, firmando já no n. 1 que “à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum”. Esse dispositivo legal diz que as disposições sobre erro do regime comum se estendem a alguns dos problemas comumente levantados sobre a automatização computadorizada de atos contratuais, nomeadamente o erro de programação, defeitos de funcionamento da máquina e deformação de mensagem na transmissão eletrônica (FESTAS, 2006; ASCENSÃO, 2003, p. 65-68)²⁴.

Outro elemento importante dos contratos inteligentes são os agentes de *software* que se relacionam com eles, categorizados em dois grupos. O primeiro, interno às *blockchains*, é responsável pela execução automatizada do código da programação. Em outras palavras, esse grupo realiza a sequência de operações informáticas lógicas que são o funcionamento do contrato em si. O segundo grupo, está externamente localizado em relação à cadeia de blocos e é responsável pela interação dessa com elementos externos, sejam eles do meio virtual ou do mundo físico. São esses agentes que irão verificar a disponibilidade de dinheiro em uma conta de um banco tradicional e realizar a transferência, conferir se uma encomenda chegou ao local desejado, investigar os preços de mercado, entre outros. Eles também estão na raiz de um dos obstáculos dos contratos inteligentes, que é a recepção de uma informação equivocada oriunda de uma falha de um agente externo resultar em um *output* se a condição tivesse de fato sido preenchida.

²⁴ solução parece ser aplicável aos contratos inteligentes mesmo quando não exista um dispositivo legal específico, vide a análise do ordenamento espanhol feita por Legerén-Molina (2018, p. 226-229).

Esse segundo grupo de agentes são fundamentais para possibilitar a criação daquilo que Szabo (1996) chamou de propriedade inteligente, estendendo o conceito dos contratos inteligentes ao integrá-los em objetos físicos. O avanço da Internet das Coisas (*Internet of Things*) e do aumento exponencial de agentes que liguem diretamente o mundo físico com o eletrônico tornam os *smart contracts* cada vez mais interessantes pela sua potencial aplicação massiva, visto que hoje seu custo de implantação ainda é alto em comparação aos benefícios possíveis de serem obtidos (LEGERÉN-MOLINA, 2018, p. 202-204 e 208).

A grande dificuldade encontrada nos contratos inteligentes é a outra face daquilo que os tornou atraentes, qual seja sua auto executoriedade e tendência à inalterabilidade, que ficam claras em situações como a acima onde mesmo percebendo a falha do oráculo não é possível impedir a execução contratual. Enquanto em uma cadeia de blocos centralizada a mudança de parte da programação é um pouco mais fácil, quando ela é baseada em uma DLT a alteração torna-se muito mais difícil, frustrando as partes que supervenientemente mudam sua vontade sobre algum elemento do contrato. Para além disso, há situações onde não é proveitoso para nenhuma das partes seguir rigidamente certo acordo, mas não existe essa área cinza nos *smart contracts* (BACON et al, 2018, p. 55-57).

Observa-se então a importância de uma assessoria jurídica para formular os contratos inteligentes, de maneira que se tornem totalmente válidos juridicamente e prevejam o máximo de condições que podem ocorrer em uma relação contratual comum. Para trazer um exemplo concreto, no comércio eletrônico seria necessário programar o *smart contract* antes de inseri-lo na cadeia de blocos para que seja garantido o direito de arrependimento previsto no artigo 10º, 1 do DL 24/2014, com a expressa previsão de introduzir posteriormente uma transação corretiva que anule o contrato (CARVALHO, 2018, p. 78-79). Não fornecer essa possibilidade significaria que os termos do acordo infringiriam um direito legal, impedindo sua proteção por meios judiciais.

Não se pode, e nem seria desejável, confundir a auto executoriedade do contrato inteligente com uma total dispensa do recurso aos tribunais (STOKES & RAMOS, 2017, p. 126), até porque sua capacidade de operacionalizar relações ilegais exige que intervenções judiciárias sejam planejadas para efetivamente coibir e interromper esses comportamentos²⁵.

Outra dificuldade é a interpretação do contrato. Em vez da linguagem aberta e da análise subjetiva que caracterizam os contratos tradicionais e o direito como um sistema, os contratos inteligentes funcionam de forma autônoma (independente de execuções e garantias externas) e com base em lógica booleana, com os valores reduzidos, ainda que em última instância, a “verdadeiro” e “falso” (SAVELYEV, 2017, p. 125). Por mais que exista certa ambiguidade e alguma margem de discricionariedade possa ser programada, isso parece reduzir, ao menos no estado atual da tecnologia, o âmbito de aplicação dos contratos inteligentes (LEGERÉN-MOLINA, 2018, p. 205).

²⁵ Como, no caso de sistemas de cadeias de blocos que não sejam totalmente abertos e descentralizados, a inclusão de superusuários (entidades públicas ou privadas criadas com esse propósito) capazes de sobrescrever o contrato. Outra opção seria a execução judicial dos usuários com possibilidade de alterar o *smart contract*, que são geralmente as próprias partes e/ou a pessoa que o programou e implantou (SAVELYEV, 2017, p. 133).



A regulamentação específica dos contratos inteligentes com base em DLT no âmbito europeu ainda é escassa, embora as preocupações com a cadeia de blocos já sejam extensas e apareçam em diversos documentos oficiais²⁶, mas a partir dos princípios gerais contratuais algumas normas de boa conduta já podem ser depreendidas, como os termos do contrato existirem também em um formato inteligível ao homem médio, não se restringindo à linguagem de programação (GOMES, 2018, p. 49-50)²⁷. Ficam assim protegidos os direitos de informação das partes e facilita-se uma eventual análise por um juiz, que se torna menos dependente de um perito técnico.

§5 DIREITO CONTRATUAL DE AUTOR E LICENÇAS

Define-se aqui, na esteira de Tiago Bessa (2012, p. 1140), o direito contratual de autor como *“aquela parte do direito das obrigações que se caracteriza pelo facto de o autor, como criador intelectual da obra e, em alguns casos, titular original da mesma, ser parte num contrato”*, frisando ser este voltado principalmente para o exclusivo de exploração econômica dos direitos patrimoniais (porque uma das principais características dos direitos morais/pessoais é sua inalienabilidade).

No direito português, as bases desse ramo podem ser encontradas nos artigos 40º a 55º do CDADC (“parte geral”), com tipificação dos contratos entre os artigos 83º a 185º da mesma Lei (“parte especial”), ressaltando-se que esses tipos nominados estão sob influência dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de forma dos contratos (PEREIRA, 2008, p. 197), não sendo capazes de esgotar as possibilidades de disposição dos direitos de autor²⁸.

²⁶ Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de dezembro de 2018, sobre a tecnologia de cadeia de blocos: uma política comercial orientada para o futuro (2018/2085(INI)); Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de outubro de 2018, sobre tecnologias de cadeia de blocos e aplicações de cifragem progressiva: reforçar a confiança através da desintermediação (2017/2772(RSP)). Fora do âmbito europeu, usos extensivos podem ser observados na China, exemplificados pelo reconhecimento do valor legal das evidências baseadas em cadeias de bloco pelas Disposições do Supremo Tribunal Popular sobre diversas questões no julgamento de Casos em Tribunais da Internet, de 07/09/2018. Juízes de outros países, como o Brasil, também estão reconhecendo em seu judiciário o valor probatório das *blockchains* (vide TJSP, Agravo de Instrumento n. 2237253-77.2018.8.26.0000, rel. Fernanda Gomes Camacho, julgado em 19/12/2018). A cidade de Dubai nos Emirados Árabes Unidos foi até mais além, fundando um Tribunal baseado na tecnologia da cadeia de blocos, buscando maior eficiência no sistema judiciário e lidar com os problemas da irreversibilidade dos contratos inteligentes (cf. <https://www.difccourts.ae/2018/07/30/difc-courts-and-smart-dubai-launch-joint-taskforce-for-worlds-first-court-of-the-blockchain/>). Vários estados americanos, dentre eles Vermont (12 V.S.A. § 1913) e Nevada (R.S.N, §243 e §268), estão rapidamente avançando no processo regulatório dos *smart contracts* e *blockchain*, sob perspectivas liberalizantes no que aparenta ser uma disputa por proporcionar o ambiente mais atrativo para o desenvolvimento dessas tecnologias em seus respectivos territórios.

²⁷ GOMES, Delber. Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts. **Revista Eletrônica de Direito**, v. 3, p. 39–55, 2018. p. 49-50.

²⁸ Embora exponha uma clara atipicidade dos negócios jurídicos, Ascensão (2012, p. 418-421) aponta a existência de uma tipicidade de conteúdo (ou seja, de efeitos produzidos, como o direito de sequência), no sentido de que só figuras típicas estariam beneficiadas pelo caráter absoluto do direito de autor. Especificamente sobre a inexistência de tipicidade taxativa das autorizações, que quando não tipificadas são reguladas apenas somente sob o regime geral do CDADC, ver p. 385 da obra mencionada, com a ressalva da consideração do contrato de edição como tipo paradigmático das licenças de exploração de obra, conforme explica Tiago Bessa (2012, p. 1172-1174).



Essa atipicidade sobre os poderes de disposição é reforçada e complementada pelos princípios específicos que regem o direito patrimonial do autor, sejam eles o da indeterminação, o da destinação e da autonomia (BESSA, 2012, p. 1146-1147)²⁹.

O criador da obra geralmente necessita da ajuda de terceiros para maximizar a sua exploração econômica (como intérpretes, curadores de museus ou editores, amparado pelos artigos 9º, 1 e 40º). As licenças são o instrumento preferencial para essa função, sendo encontrada no artigo 41º do CDADC sob o nome “autorização”³⁰.

Dentre os três tipos negociais abstratos previstos no CDADC (transmissão, oneração e autorização), a licença é mais proveitosa ao autor, definida por Bessa como “*um negócio jurídico pelo qual o titular do direito patrimonial de autor autoriza uma outra pessoa a explorar um ou mais modos de aproveitamento econômico de um bem imaterial*”.

Ela permite a máxima incidência do princípio da autonomia, com possibilidade de combinações de concessões parciais dos direitos, ao mesmo tempo em que não resulta na transmissão da titularidade entre as esferas jurídicas (PEREIRA, 2008, p. 466), mantendo o titular original plena capacidade de exploração e utilização da obra, excetuando-se as situações onde seja acordado o contrário em uma licença exclusiva (BESSA, 2012, p. 1161-1174). O recurso à autorização é também mais atrativo por não exigir determinadas formalidades (que não se confundem com a exigência da forma escrita a exemplo da escritura pública prevista no artigo 44º para as situações de transmissão total³¹).

Essa acentuada discricionariedade parece facilitar a transposição dos contratos de direito de autor para a formato de contratos inteligentes. Mas a determinação legal do artigo 41º, 2 de que sejam reduzidos a escrito os define como negócios solenes³², tornando logo duvidosa a sua plena conversibilidade para o ambiente das cadeias de blocos. Há três linhas de argumentação para confrontar essa dúvida.

A primeira e principal é que a exigência de forma escrita não especifica o tipo de linguagem e acaba por possibilitar que ela seja expressa em uma linguagem computacional. Em segundo, diminuindo a importância do aparente problema, essa exigência de forma parece não acarretar a nulidade do contrato no caso específico das autorizações, pois nelas trata-se apenas

²⁹ Princípios depreendidos do artigo 68º, 1 a 4, do CDADC. O primeiro se refere expressamente à não limitação da exploração econômica da obra por formas legalmente tipificadas, o segundo à ampla capacidade do titular do direito de definir por quais formas essa exploração se dará e para quem os concederá, e o terceiro determina a larga independência entre essas formas.

³⁰ Conforme aponta Ascensão (2010, p. 385), o legislador parece ter andado mal na escolha desse termo. A autorização já existe como um conceito técnico referente a uma manifestação de vontade para consentir com certo ato, tanto no regime civil geral quanto no direito de autor, enquanto a autorização como contrato no direito de autor é classicamente nomeada como licença voluntária de exploração ou utilização da obra. Por outro lado, a confusão terminológica encontra justificativa no fato da licença legal ou compulsória não poder ser enquadrada como uma autorização, e sim como uma limitação.

³¹ A exigência legal do reconhecimento notarial para transmissões/onerações parciais, apesar de ainda constar no texto legal, já perdeu a razão de ser com o advento de leis posteriores e a nulidade agora se aplica apenas para a falta de forma escrita. Ver, nesse sentido, Acórdão do TRL de 26/03/1998, processo nº 0045772, rel. Pessoa dos Santos.

³² Ver o Artigo 36º, 1, do Código Civil para o quadro geral dessas nulidades.



de uma exigência *ad probationem* (ROSA, 2012, p. 225-227)³³. Em terceiro, no âmbito das propostas de alteração do ordenamento, essa imposição legal é fortemente criticada na doutrina como exagerada, pensando especialmente no caso de pequenas utilizações e explorações da obra (ASCENSÃO, 2012, p. 425), defendendo-se uma mudança legislativa antes que litígios sobre contratos inteligentes de fato comecem a aparecer.

O quadro detalhado acima não encontra maiores obstáculos para ser harmonizado com a contratação eletrônica e, de fato, autorizações sobre direitos de autor são largamente fornecidas hoje tanto por meio eletrônico quanto para utilizações exclusivamente eletrônicas, a exemplo dos programas de computador. A segurança fornecida pela cadeia de blocos para as bases de dados também parece, ao menos em uma primeira visão, positiva para os sistemas de gestão de direitos de autor. Resta encaminhar a análise para o cenário específico dos *smart contracts* e averiguar se esse nível de compatibilidade se repetirá nele.

§6 LICENÇAS COMO CONTRATOS INTELIGENTES

A própria natureza do contrato inteligente, na sua definição como um programa digital auto executável baseado em cadeia de blocos, tem consequências bastante relevantes para a proteção legal das licenças, dispensando-a ou exigindo novos cuidados e provocando a necessidade de se pensar em novas normas. Alguns dos nomes mais importantes da doutrina internacional já vêm apontando o potencial das *blockchains* para o direito de autor e, mais especificamente, para os contratos de licenciamento, a exemplo de Bodó, Gervais e Quintais (2018).

Afinal, quais são as mudanças que os contratos inteligentes causam no licenciamento autoral? São elas suficientes para justificar uma incompatibilidade ou alteração significativo do sistema pré-existente? Não se pretende fornecer aqui uma lista exaustiva e muito menos tratar de todas as conexões existentes entre contratos inteligentes e licenciamento³⁴, mas apenas mostrar algumas diferenças que comprovem não ser possível simplesmente realizar transposição diretas de um modelo para o outro.

Em primeiro, uma das regras mais afetadas é o conteúdo mínimo da autorização, determinada pelo artigo 41º, 3 do CDADC³⁵ (BESSA, 2012, p. 1195-1209). Esse ponto necessita de uma análise mais alongada, por sua maior importância como cerne do licenciamento.

A especificação exaustiva dos modos de utilização da obra, que não pode ser uma autorização generalista, é parte necessária da formulação do contrato inteligente, pois todos os usos possíveis da obra devem estar previstos no código. Nessa modalidade contratual tecnológica,

³³ A jurisprudência portuguesa já firmou esse entendimento em diversas ocasiões, como o acórdão do STJ de 15/12/1998, processo n. 98A1138, e mais recentemente o Acórdão do STJ de 01/07/2008, processo n. 08A1920, com forte apoio doutrinário. Tiago Bessa (2012, p. 1187-1189) discorda dessa posição.

³⁴ Não se abordará, por exemplo, o fato de o próprio contrato inteligente ser em sua essência um programa de computador e, portanto, tutelável por direito de autor. (SAVELYEV, 2017, p. 124)

³⁵ “3 - Da autorização escrita devem constar obrigatória e especificadamente a forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço.”

a dúvida vai ser sempre resolvida em favor do autor, no sentido de que o que não foi expressamente previsto necessariamente estará excluído no conteúdo do contrato (o que pode, por sua vez, gerar problemas quanto ao princípio da funcionalidade dos contratos de direito de autor).

Os dispositivos legais relativos ao preço e ao direito à retribuição do autor parecem ser significativamente beneficiados pela adoção de contratos inteligentes. O modo de pagamento automatizado é vantajoso especialmente quando a licença se refere a atos de exploração parciais e separados, permitindo inclusive micropagamentos para um verdadeiro cardápio de opções para o interessado em adquirir as licenças sem exigir do autor nada além das instruções iniciais³⁶. Há aqui também o potencial de simplificar para os autores um sistema de gestão bastante complexo, dispensando a necessidade intermediários como as EGCs (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 329-330). A existência de mais uma possibilidade de cobrança através de *tokens* é profícua³⁷, mas pode-se ainda recorrer à utilização de agentes digitais externos em contas bancárias ou sistemas de pagamento como o Paypal.

Os contratos com prazo determinado não revelam grandes dificuldades, pois a duração determinada no código já garantiria esse elemento. Mas os contratos por prazo indeterminado são mais problemáticos, pois seria impossível aqui a aplicação do princípio geral do direito que permite que a parte se desvincule livremente através do instituto da denúncia³⁸. Mas é possível que sejam programadas opções de *opt-out* quando não se determina um prazo, acordando-se nesse momento os termos de custos e condições de saída.

Mais grave é o problema da territorialidade. As cadeias de bloco, especialmente quando descentralizadas, seguem o padrão do ciberespaço com sua tendência globalizante e facilidade de ignorar fronteiras, enquanto o direito de autor é marcado pelo princípio da territorialidade. Assim como as licenças de *Creative Commons* funcionam em nível global, os contratos inteligentes têm uma tendência a padronizar internacionalmente os termos de licenciamento (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 316 e 320-322)³⁹. Como resposta, pode-se pensar na adição de mecanismos digitais de geo-localização ou, preferencialmente, uma ampliação do sistema de licenças multiterritoriais. Essa já é uma tendência observada dentro da União Europeia, ao menos para as obras musicais⁴⁰.

Em segundo, são reforçados, no âmbito das licenças e fora deles, os direitos subjetivos do autor de fiscalização, controle prévio e identificação⁴¹. Esse reforço advém mais da estrutura

³⁶ Isso se torna possível quando se utilizam moedas digitais, em valores equivalentes à centésimos de centavos, o que é inviável com moedas tradicionais pelo custo da transação ultrapassar o valor de troca. Algumas empresas, como a Ujo Music, já utilizam contratos inteligentes com essa finalidade (FINCK & MOSCON, 2019, p. 95).

³⁷ O CDADC não restringe o preço das licenças a valores pecuniários, com o artigo 91º, 2 permitindo a contrapartida em espécie quando trata dos contratos de edição, que são paradigmáticos para o tipo autorização.

³⁸ Ver, na jurisprudência, o exemplo do acórdão do TRL de 30/11/2010, processo n. 5903/09.4TVLSB.L1-1.

³⁹ Enquanto isso tem um lado comercial e de segurança jurídica positivo, também pode significar uma diminuição da flexibilidade na negociação de termos que beneficiem o ofertante do contrato em detrimento da outra parte, conforme aponta (FINCK & MOSCON, 2019, p. 83).

⁴⁰ Esse é um dos focos da Diretiva n.º 2014/26/UE, internalizada pelo Decreto-Lei n.º 100/2017.

⁴¹ Identificáveis, respectivamente e no regime do contrato de edição, nos artigos 86º, 7, 94º, 1 e 97º do CDADC.



da cadeia de blocos baseada em DLT abertas, com seu alto índice de transparência e facilidade de acesso, do que da natureza dos contratos inteligentes (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 331). Pela mesma razão, o dever do autor de garantir que a obra é genuína e o dever de usuário de comprovar que detém uma autorização legítima são facilitados, com possibilidade de averiguação por qualquer pessoa. Uma das consequências relevantes dessa nova característica é a possibilidade de se criar uma escassez artificial no ambiente eletrônico, baseada no alto grau de segurança dos registros das transações na *blockchain*, o que por sua vez afeta significativamente as regras sobre exaustão (primeira venda) das obras digitais (FINCK & MOSCON, 2019, p. 85 e 93-94).

Em terceiro, o espaço de utilizações livres e limites dos direitos de autor torna-se uma questão bastante delicada. Acentua-se aqui o notório problema dos dispositivos tecnológicos de proteção que criam, sem amparo jurídico, barreiras digitais ao acesso livre ou privado a determinadas obras (LESSIG, 1999, p. 528).

O art. 75, n. 5 do CDADC firma que é nula toda e qualquer cláusula contratual que elimine ou impeça o exercício normal das utilizações livres pelos usuários, mas um contrato inteligente que não preveja formas de permitir esses tipos de acesso fará exatamente o que essa regra veda. Essa previsão precisaria ser aberta ou exaustiva para ser adequada. Não se considera que isso possa ser um impedimento forte à implementação de contrato inteligentes nos processos de licenciamento, vide a permanência da licitude de dispositivos tecnológicos de proteção em cenários similares⁴², mas é com certeza um aspecto que precisa ser combatido. Até porque já se indicou que a solução para esse problema, característico na tradicional gestão digital desses direitos, pode ser encontrada na aliança entre novas tecnologias, particularmente o aprendizado de máquina das inteligências artificiais (ELKIN-KOREN, 2017).

Em quarto, há quem aponte que as funcionalidades das cadeias de bloco são capazes de lidar suficientemente com os problemas que originalmente levaram à criação de licenças compulsórias, tornando-as mais custosas que a solução através das *blockchains*. Lembra-se, dentre outros motivos, a recusa de autorizar, o interesse público e, principalmente, a dificuldade de se monitorar a utilização massiva de certa obra (BODÓ & GERVAIS & QUINTAIS, 2018, p. 329-330).

Em quinto, devem ser incluídos nos *smart contracts* mecanismos que possibilitem uma interpretação ou uma revisão no sentido de se proteger o autor como parte mais fraca do contrato (ASCENSÃO, 2012, p. 423), o que é um princípio fundamental do direito português, enquanto o contrato inteligente, conforme aponta Savelyev (2017, p. 131-132), é por sua natureza igualitário (no sentido que não há normas especiais que protegem algum dos lados). Se esses mecanismos não forem propositalmente incorporados, há um sério risco desse novo modelo servir para enfraquecer a posição do artista.

⁴² O artigo 6º, n. 4 da Diretiva Infosoc (Diretiva 2001/29/CE) é um indicativo da posição europeia. Essa regra afirma que os detentores de direitos de autor, quando negociam os termos contratuais, não são obrigados a prever mecanismos que garantam o acesso legítimo às obras sob o regime dos limites e exceções.

§7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os últimos tópicos da seção anterior levam novamente à pergunta que iniciou e motivou essa investigação. Os contratos inteligentes nos direitos de autor levarão a formas totalmente novas de licenciamento e proporcionarão sistema de gestão mais benéficos aos criadores intelectuais?

Não parece ser o caso. Por mais que se possa apontar algumas mudanças significativas, novos obstáculos e novas facilidades, dificilmente se poderia falar em uma transformação estrutural dos ramos jurídicos envolvidos, sejam eles do Direito dos Contratos, seja do Direito de Autor.

As cadeias de bloco não são mais cenários hipotéticos, avançando rapidamente no espaço comercial e sendo reconhecida pelas instituições públicas pelo mundo inteiro. Os contratos inteligentes estão se tornando mais acessíveis e práticos a cada dia. O direito contratual é um ramo jurídico particularmente internacionalizado e aberto, ao menos em comparação com outros ramos, apegando-se pouco a formalismos rígidos e se adaptando bem às mudanças que ocorrem no mundo fático, dentre elas as tecnológicas. Pela apuração desenvolvida *supra*, parecem não haver impedimentos legais fortes a um contrato inteligente, se construído com uma adequada assessoria de profissionais do direito⁴³.

Isso não se confunde com afirmação otimista de que esse advento será necessariamente positivo. A sociedade informacional, apesar de ter ampliado em muito as possibilidades de difusão cultural e acesso às obras, também trouxe limitações aos usos privados e por vezes fortaleceu demasiadamente a posição empresarial.

Riscos existem, e provavelmente novos problemas surgirão e serão consolidados na aplicação de contrato inteligentes nos contratos de direitos de autor. Existem também entraves, como: i) a incerteza e receios sobre a regulação aplicável; ii) a inexistência de um ordenamento internacional de direito de autor; iii) a falta de garantias de que a informação inicialmente colocada na cadeia de blocos seja verdadeira; iv) a necessidade de que o novo sistema de gestão seja amplamente adotado para compensar a mudança; e v) os altos custos para implantar uma *blockchain* voltada para a gestão de direito de autor (o que torna mais atrativas as alternativas com funções similares existentes no mercado).

Reitera-se, no entanto, que esses problemas não são uma barreira intransponível. O atual estágio das tecnologias de cadeia de blocos permite aplicações e desenvolvimentos diversificados e mesmo concorrentes entre si.

Voltando à hipóteses mais palpáveis, a expectativa que os autores tenham à sua disposição um sistema seguro, tornando-se capazes de negociar diretamente com os interessados

⁴³ Alguns autores, como Divino (2018, p. 2805) aparentam confundir potenciais obstáculos de contratos inteligentes, como a sua inflexibilidade, com obstáculos inerentes. Esquecem, contudo, que a própria programação dos contratos inteligentes pode alterar a rigidez de sua arquitetura e inserir no funcionamento contratual certas determinações legais. Nesse sentido, afirmando a extensão das regras do direito contratual tradicional aos *smart contracts* (LEGERÉN-MOLINA, 2018, p. 220)



em suas obras⁴⁴, pressiona as entidades de gestão coletiva tanto para melhorar o serviço que prestam (em termos de transparência, remuneração e controle) como para incorporar as tecnologias de cadeias de blocos buscando otimizar seus próprios sistemas. Essa incorporação seria muito salutar, pois solucionaria total ou parcialmente vários dos obstáculos antes apontados⁴⁵. Assim, mesmo que existam movimentos para que os contratos inteligentes fortaleçam uma visão precipuamente comercial e focada na indústria do entretenimento, a capacidade disruptiva de desenvolvedores menores no atual estado da sociedade informacional parece estimular uma convergência e equilíbrio dos interesses envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, José Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**, 1 ed. (Reimp). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- _____. Contratação eletrônica. In **Direito da Sociedade da Informação vol. IV**, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. **Revista da Ordem dos Advogados**. ano 73, nº 1, Lisboa, p. 149-183, 2013.
- BACH, L. M.; MIHALJEVIC, B; ZAGAR, M. Comparative analysis of Blockchain Consensus Algorithms. **Proceedings of the 41st MIPRO**, p. 1545-1550, Opatija, Croatia, 2018.
- BACON, Jean; et al. Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers, **Rich. J.L. & Tech.**, v. 25, no. 1, 2018.
- BATALHA, Daniel A. S. F. **Criptocontratação: uma nova forma de contratação automatizada?** (Tese de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Empresariais com Menção em Direito Empresarial da Universidade de Coimbra), 2018.
- BESSA, Tiago. Direito Contratual de Autor e licenças voluntárias de exploração da obra. **Revista da Ordem dos Advogados**, v. Ano 72, n. IV, p. 1129-1246, 2012.
- BODÓ, B.; GERVAIS, D.; QUINTAIS, J. P. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? **International Journal of Law and Information Technology**, v. 26, n. 4, p. 311-336, 2018.
- BOTERO, Carolina (coord.). **La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe (Parte I, Informe de Investigación)**. Bogotá: Fundación Karisma, 2016.

⁴⁴ Essa é uma promessa antiga da gestão digital de direitos de autor (LESSIG, 1999, p. 524) que avançou alguns pequenos passos nos últimos anos, parecendo encontrar novas expectativas de finalmente ser concretizável na cadeia de blocos. A história mostrou, no entanto, que essas novas facilidades no ambiente eletrônico não só não tornaram as EGCs dispensáveis (ao contrário do que alguns autores afirmaram no início do século) como deram-lhes novas funções (REBELLO, 2009, p. 346-356).

⁴⁵ Como a coordenação internacional dos licenciamentos, a sincronização dos registros tradicionais com a *blockchain* e a possibilidade de criar uma DLT com algum nível de centralização e, consequentemente, capacidade de alteração de contratos problemáticos ou indesejados (BODÓ & GERVAIS, D & QUINTAIS, 2019, p. 318-323 e 330)



BUTERIN, Vitalik. **DAOs, DACs, DAs and More: An Incomplete Terminology Guide**. 2014. Disponível em: <https://blog.ethereum.org/2014/05/06/daos-dacs-das-and-more-an-incomplete-terminology-guide/>

CARVALHO, Jorge Morais. O Direito Português dos Contratos Eletrónicos. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, p. 68-92, 2018.

CORREIA, Miguel Pupo. Assinatura Electrónica e certificação digital. In **Direito da Sociedade da Informação vol. VI**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006

_____. Assinatura electrónica e certificação digital – novas tendências. In **Direito da Sociedade da Informação vol. VIII**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ELKIN-KOREN, N. Fair use by design. **UCLA Law Review**, v. 64, n. 5, p. 1082–1100, 2017.

FENWICK, M.; MCCAHERY, J. A.; VERMEULEN, E. P. M. The End of ‘Corporate’ Governance: Hello ‘Platform’ Governance. **European Business Organization Law Review**, v. 20, p. 171–199, 2019.

FESTAS, David de Oliveira. A contratação eletrônica automatizada. In **Direito da Sociedade da Informação vol. VI**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FINCK, M.; MOSCON, V. Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0. **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 50, n. 1, p. 77–108, 2019.

GOMES, Delber. Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts. **Revista Electrónica de Direito**, v. 3, p. 39–55, 2018.

HOMEM, Mariana Carvalho. A formação dos contratos no comércio electrónico. **Revista Electrónica de Direito**, v. 1, p. 1–49, 2013.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio. Los contratos inteligentes en España: La disciplina de los smart contracts. **Revista de Derecho Civil**, v. V, n. 2, p. 193–241, 2018.

LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**, v. 113, p. 501–546, 1999.

MORASSUTTI, B. S.; CARDOSO, A. P. C. Algoritmos Computacionais e Contratos: Uma Breve Introdução ao Assunto, uma Proposta de Classificação e Algumas Indagações. **Anais do XXVI CONPEDI**. São Luís, 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf>

NÉRISSON, Sylvie. Has Collective Management of Copyright Run Its Course? Not so Fast. **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 46, n. 5, p. 505–507, 2015.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Comércio Electrónico e Consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, n.º 6, 2004a.

_____. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Princípios do comércio electrónico: breve apontamento ao DL 7/1004, in **IDET/ Miscelâneas nº 3**, Coimbra, Almedina, 2004b.

QUELHAS, José Manuel. High-Frequency Trading (HTF). **Boletim de Ciências Económicas**, vol. LVIII, p. 369-400, 2015.



REBELLO, Luiz Francisco. Gestão de direitos no ambiente digital. In **Direito da Sociedade da Informação vol. VIII**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RISIUS, M.; SPOHRER, K. A Blockchain Research Framework. **Business & Information Systems Engineering**, v. 59, n. 6, p. 385–409, 2017

ROSA, Victor Castro. A autonomia da vontade nos contratos de Direito de Autor. In **Direito da sociedade da informação e Direito de Autor, vol. X**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SAVELYEV, Alexander. Contract law 2.0: ‘Smart’ contracts as the beginning of the end of classic contract law. **Information and Communications Technology Law**, v. 26, n. 2, p. 116–134, 2017.

DIVINO, Stéfano B. S. Smart Contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. **RJLB**, v. 4, n. 6, p. 2771–2808, 2018.

STOKES, M.; RAMOS, G. F. Smart Contracts. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, v. 46, p. 124–127, 2017.

SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private international law and the Internet**, 3rd Ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2016.

SZABO, Nick. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. **First Monday**, v. 2, n. 9, 1997.

_____. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. **Phonetic Sciences Amsterdam**. 1996. Disponível em: http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html

VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**, vol. I, 10.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

WACHOWICZ, Marcos. A Revisão da Lei Autoral, Principais Alterações: Debates e Motivações. **PIDCC**, ano IV, nº 08, p. 449-551, 2015.





GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO ÂMBITO AUDIOVISUAL NA AMÉRICA LATINA

Ana Paula Borges Martins¹

RESUMO: O advento do Decreto n. 9.574/2018, como forma de efetivação dos direitos já previstos na Lei 12.853/2013, assinalou um importante passo rumo à implantação do sistema de gestão coletiva de arrecadação de direitos patrimoniais autorais e conexos de artistas e intérpretes em obras audiovisuais no Brasil. Em o árduo caminho das três novas associações habilitadas para fazer tal arrecadação – tendo as suas suspensões revertidas em sede de processo administrativo perante a atual Secretaria Especial da Cultura, sucessora do MinC – a tendência é seguir avançando nessa implantação, em razão de ser o modelo que melhor atende à igualdade dos interesses da classe artística, da indústria cultural e da sociedade civil. Com o objetivo de demonstrar a *práxis* da gestão coletiva desses direitos, o presente artigo examina brevemente o atual cenário brasileiro em diálogo com os modelos de outros países latinos como Paraguai, Peru, Costa Rica, Uruguai, Argentina, Chile e Colômbia.

Palavras-chave: Decreto n. 9.574/2018; gestão coletiva; audiovisual.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar a efetividade da gestão coletiva em matéria audiovisual no contexto da América Latina e seu diálogo com o cenário brasileiro atual.

Por meio da análise da prática consolidada em outros países, em matéria de gestão coletiva do audiovisual, somada à prática já vivenciada no âmbito da gestão coletiva na seara musical no Brasil, e em cotejo com a corrente política atualmente vigente no poder público federal, os autores e intérpretes poderão enfrentar ainda muitas dificuldades para o recolhimento de seus direitos.

A gestão coletiva é imprescindível devido à natureza de alguns dos direitos autorais e conexos no audiovisual, cuja gestão adequada é impraticável por titulares individuais de direitos tornando-se mais econômico e satisfatório que esses direitos sejam geridos coletivamente em nome de um grupo de titulares de direitos.²

¹ Advogada e pesquisadora. Pós-graduação em Propriedade Intelectual, Direito do Entretenimento e Mídia pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP Pesquisadora pela Universidade Federal do Paraná, no Grupo de Estudos e Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD). Possui bacharelado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC/2015.1. Colaboradora na Comissão de Estudos de Mídia e Entretenimento do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e coordenadora da Revista de Mídia e Entretenimento do mesmo instituto.

² WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Curso gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos para profissionais do direito.** Disponível em: https://welc.wipo.int/lms/pluginfile.php/1349163/mod_resource/content/6/di501_m6_intro_collective_management_PT.pdf. Acesso em: 26 set. 2019

Para isso, vale observar a prática já vivenciada no âmbito musical no Brasil por meio da atuação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) no recolhimento da cobrança, aliada ao tratamento da gestão coletiva na legislação de outros países, principalmente, Colômbia (Lei Pepe Sanchez), Chile (Lei Ricardo Larráin).

O Decreto n. 9.574, que dispõe sobre a gestão coletiva de direitos autorais e fonogramas, que entrou em vigor em 2018, culminou na habilitação de três associações de gestão coletiva de direitos autorais do audiovisual no Ministério da Cultura (MinC), atualmente Secretaria Especial da Cultura, significando um primeiro passo rumo à implantação da gestão coletiva no audiovisual. Em seguida, contudo, houve a suspensão das habilitações e a reversão dessa suspensão, tratadas adiante.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo e por levantamento bibliográfico. O procedimento que será empregado para desenvolver o estudo consistirá em pesquisa bibliográfica nacional e internacional, e por meio de analogia traçar alternativas para a prática brasileira. Propõe-se, desse modo, entender os processos, atores e argumentos que permeiam a gestão coletiva de direitos autorais.

O atual sistema de arrecadação de direitos conexos de artistas e intérpretes na obra audiovisual vem demonstrando a inequidade da gestão individual, bem como a injustiça da não remuneração a cada nova exibição. Essa insatisfatória experiência brasileira somada à da gestão coletiva audiovisual, em amadurecimento, nos países vizinhos conduz à conclusão pela necessidade de implantá-la no Brasil, como forma de pulverizar a arrecadação da circulação comercial de uma obra audiovisual, a despeito das dificuldades políticas do momento.

É o que o artigo busca demonstrar.

1 IMPLICAÇÕES DO DECRETO N. 9.574/2018

O início do interesse por essa pesquisa deu-se por conta da publicação do Decreto n. 9.574/2018 que possibilitou que outras associações que tenham interesse na gestão coletiva de direitos autorais e conexos, que desejem realizar a atividade de cobrança, se habilitassem no (falecido) Ministério da Cultura, possibilitando a gestão de direitos além das associações que já existem em matéria de obras musicais, literomusicais e fonogramas.

A intenção é, a partir disso, efetivar a proibição da cessão ou promessa de cessão de direitos autorais dos intérpretes de obras audiovisuais às empresas, impedir que isso se torne um cenário comum, numa prática contratual lícita, impossibilitando o exercício da gestão coletiva para fins de arrecadação e distribuição dos direitos conexos decorrentes da execução pública de obras audiovisuais.

A efetividade da gestão coletiva do audiovisual já está há passos largos de uma universalização por conta do Tratado de Beijing e da aplicação desse sistema em mais de 40 países. No Brasil, contudo, vinha sendo barrada sob o argumento de que o autor da obra seria originalmente

o produtor audiovisual. Entretanto, conforme lições do jurista e professor Lênio Streck, reside aqui um grande equívoco, uma vez que o produtor da obra audiovisual não é criador e, portanto, não poderia, nunca, ser o detentor desse direito na origem. O que ocorre, ensina Streck, é uma simples autorização para exploração comercial da obra de audiovisual.³

O Tratado de Beijing⁴ concede, resumidamente, aos artistas quatro espécies de direitos econômicos por conta de suas performances fixadas em conteúdos audiovisuais: os direitos de (i) reprodução; (ii) distribuição; (iii) locação; e, (iv) disponibilização. Com relação às performances não afixadas (ao vivo), o Tratado concede aos artistas três tipos de direitos econômicos: (i) o direito de *broadcasting* (exceto no caso de retransmissão); (ii) o direito de comunicação com o público (exceto quando a apresentação é uma transmissão); e (iii) direito de fixação. Além disso, o tratado dispõe acerca dos direitos morais aos intérpretes de identificação e oposição em face a modificações prejudiciais.

Muito embora os direitos de reprodução, distribuição, locação e disponibilização de obras audiovisuais por parte dos artistas intérpretes, assim como os direitos morais de reivindicação de autoria e preservação do conteúdo, estejam presentes na atual Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), a adesão a este tratado por parte do Brasil demandará disposições mais específicas a respeito das formas de disposição e controle desses direitos por parte dos intérpretes, na medida em que, hoje, esse controle e disposição, por conta de uma prática de mercado, é transferido por contrato ao produtor da obra audiovisual.

Por conta desse arranjo a nível global em andamento, houve no final do ano passado três habilitações de associações em matéria de gestão coletiva audiovisual: a da Associação de Diretores Brasileiros de Cinema e do Audiovisual (DBCA), da Gestão de Direitos de Autores Roteiristas (GEDAR) e da Associação de Gestão Coletiva de Artistas e Intérpretes do Audiovisual do Brasil (INTER ARTIS BRASIL).⁵

Tendo em vista o engatinhar da gestão coletiva em matéria audiovisual, analisar o que já é consolidado em outros países pode ser um bom caminho.

1.1 Breve histórico legislativo brasileiro autoralista

Os direitos autorais encontram amparo no rol das garantias fundamentais desde a Constituição de 1891 no Brasil, com exceção do período denominado Estado Novo.

Somado a isso, os direitos autorais alcançaram um patamar ímpar, semelhante àquele das democracias mais desenvolvidas atualmente, com o advento da Constituição de 1988, na

³ STRECK, Lênio. **O direito do criador de audiovisual de cobrar direitos por sua criação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/streck-direito-cobranca-direitos-obras-audiovisuais>. Acesso em: 26 set. 2019

⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Tratado de Beijing**. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12213>. Acesso em: 26 set. 2019.

⁵ SECRETARIA ESPECIAL DA CULTURA. **Entidades do setor audiovisual são habilitadas para cobrar direitos autorais**. Disponível em: <http://cultura.gov.br/entidades-do-setor-audiovisual-sao-habilitadas-para-cobrar-direitos-autorais/>. Acessado em: 26 set. 2019.



qual o art. 5º prediz:

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;

Posteriormente, com o advento da Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA), que trata e consolida a legislação sobre direitos autorais, juntamente com a Lei n. 12.853/13, adotou-se o modelo de associações de gestão coletiva, onde cada setor, ou categoria de representados, deve constituir sua entidade civil, de interesse público e sem fins lucrativos, a qual poderá praticar todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial dos direitos autorais de seus afiliados, assim como exercer a atividade de cobrança desses direitos, em conformidade com o que é disposto nos artigos 97 a 100-B da LDA, incluindo a observância aos princípios da isonomia, transparência, eficiência e publicidade, valores também elencados no Decreto n. 9.574/18.

De acordo com LDA, a habilitação das associações para o exercício da gestão coletiva de direitos autorais é competência do MinC, conforme regulamento do Decreto n. 8.469/15 (revogado pelo Decreto n. 9.574/18) e da Instrução Normativa n. 3/15 do falecido órgão, além do que dispõe o Art. 98, §1º que para o exercício da atividade de cobrança, as associações devem ter sua habilitação frente à Administração Pública Federal.

Somado a isso, um movimento de artistas brasileiros, na década de 70, culminou com a regulamentação da atividade de artistas e de técnicos em espetáculos de diversões pela Lei n. 6.533/78, a qual abarca os intérpretes do âmbito audiovisual, definindo artista como todo aquele que “cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública”.⁶

Confira-se o seu art. 13, que se tornou basilar para o tratamento dos direitos conexos na legislação brasileira:

Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais:

Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em de-

⁶ STRECK, Lênio. **Parecer**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-streck-inter-artistas-habilitacao.pdf> Acesso em: 26 set. 2019.

corrência de cada exibição da obra. (grifo meu)

Logo, uma vez que a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos é proibida ao produtor da obra audiovisual, ele não pode se valer – ou anular – o direito de reivindicação dos outros participantes da obra.

1.2 Gestão coletiva do audiovisual no Brasil

O recolhimento por exibição ainda não está totalmente em prática no território nacional, entretanto as associações já conseguem recolher as remunerações de seus artistas afiliados em outros países. Atualmente algumas empresas nacionais que atuam no setor audiovisual promovem o pagamento de direitos autorais diretamente aos artistas, outras o fazem de forma muito incipiente e ainda há outras que não reconhecem os direitos e por conseguinte não repassam qualquer valor aos detentores desses direitos. No caso de reprises de novelas, por exemplo, como os sucessos do canal da Tv paga *Viva*, já há um acordo contratual pré-estabelecido com os artistas.^{7*}

Numa seara onde o licenciamento para a utilização das obras é mais comumente realizado diretamente entre produtor, distribuidor e exibidor, com a concessão da habilitação às associações, há a permissão de que a cobrança junto aos exibidores possa ser realizada diretamente pelos titulares, de modo que possam ter um aproveitamento econômico proporcional ao sucesso que a obra alcança.⁸

Para que os artistas de cada categoria do setor audiovisual recebam os devidos recolhimentos, a partir de agora eles devem ser vinculados a alguma das três instituições. O ato de filiação na GEDAR ocorre com a assinatura de três documentos: a declaração de associação, uma declaração de autoria da obra e a autorização para o cadastro de obras audiovisuais em um sistema de dados utilizados pelas associações de gestão coletiva no Brasil e no exterior, de modo que qualquer roteirista que atue em meios de comunicação do audiovisual pode se associar. Por outro lado, a única exigência da INTER ARTIS, BRASIL fundada em 2005, é que o intérprete tenha participado de pelo menos uma obra audiovisual.⁹

Com as habilitações confirmadas, o recolhimento não é retroativo, ou seja, as instituições que requereram a prerrogativa de fazer o recolhimento de direitos só poderão fazê-lo a partir de obras criadas a da sua habilitação. E, além disso, essas instituições serão avaliadas anualmente para garantir que seguem cumprindo os critérios estabelecidos pela normativa. Entretanto, tendo em vista as atuais ações do governo federal com relação ao audiovisual brasileiro; isso pode ser

⁷ *A gestão coletiva de direitos autorais no âmbito audiovisual também foi tema de discussão na última audiência pública sobre eventual mudança na lei de direitos autorais que se desenrolou até o final de setembro de 2019. (<http://cultura.gov.br/consulta-publica-sobre-lei-de-direitos-autorais-e-apresentada-a-oab-sp/>)

⁸ MENDONÇA, Gabriela. **Direitos autorais no audiovisual ganha regulamentação e pode afetar Globo**. Disponível em: <https://gente.ig.com.br/cultura/2019-03-25/direitos-autorais-artistas-audiovisual.html> Acesso em: 26 set.2019.

⁹ Idem



temeroso*¹⁰: as associações devem apresentar ao respectivo órgão da Administração Pública Federal (no caso a atual Secretaria Especial da Cultura) uma série de documentos e informações, com a finalidade de permitirem a atividade fiscalizatória, acompanhamento governamental e a aplicação de eventuais sanções.

No entanto, em maio de 2019, o governo federal por meio do Ministério da Cidadania suspendeu as habilitações das instituições¹¹. Posteriormente a decisão foi revertida via processo administrativo frente à Secretaria Especial da Cultura, e assim a efetivação do recolhimento pode ir adiante.

2 GESTÃO COLETIVA NO ÂMBITO DO AUDIOVISUAL NA AMÉRICA LATINA

Mesmo com a reversão da suspensão das habilitações via processo administrativo frente à Secretaria Especial da Cultura, ainda não está consolidado o recolhimento no território brasileiro. Em outros países da América Latina, contudo, como Chile, Colômbia, Argentina, Peru, ele já ocorre. No Panamá e na Rep. Dominicana, não está havendo o recolhimento ainda, mas já existe a sua previsão.

Por meio da entidade Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), com sede na Espanha, foi formada uma coalização de entidades de gestão coletiva de direitos audiovisuais da Ibero América. Eis as entidades que fazem parte *da Latin Artis*¹², além da AISGE: INTER ARTIS PERÚ (IAP), ASOCIACIÓN NACIONAL DE INTÉRPRETES S.G.C. DE I.P. México (ANDI), CORPORACIÓN DE ACTORES DE CHILE (CHILEACTORES), COOPERATIVA DE GESTÃO DOS DIREITOS DOS ARTISTAS INTERPRETES OU EXECUTANTES (GDA), INTER ARTIS BRASIL - ASSOCIAÇÃO DE GESTÃO COLETIVA DE ARTISTAS DO AUDIOVISUAL DO BRASIL (IAB), ACTORES - SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTION, SOCIEDAD URUGUAYA DE GESTIÓN DE ACTORES INTÉRPRETES (SUGAI), por meio dessa coalização as associações brasileiras já estão conseguindo recolher fora do território nacional.

Os valores arrecadados são pagos diretamente aos artistas associados, sem intermediários. No caso de artistas estrangeiros, a associação de um país repassa às associações dos países de nacionalidade da obra, se existindo uma associação relacionada com seus

¹⁰ **O governo federal atual vem tomando sérias medidas em desfavor do setor audiovisual como corte de verbas (<https://revistaforum.com.br/politica/bolsonaro-anuncia-corte-de-43-no-orcamento-de-fundo-audiovisual-para-2020/>), limitação de conteúdos

(<https://oglobo.globo.com/cultura/bolsonaro-nao-posso-admitir-filmes-como-bruna-surfistinha-com-dinheiro-publico-23817326>), intervenção na Agência Nacional de Cinema (ANCINE)

(<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-afasta-presidente-da-ancine-christian-de-castro.shtml>), e direcionamento religioso da referida autarquia

(<https://oglobo.globo.com/cultura/filmes/bolsonaro-quer-um-nome-terrivelmente-evangelico-na-ancine-23919616>)

¹¹ SANTOS, Dayane. **Governo suspende cobrança de direitos autorais no audiovisual**. Disponível em: <https://www.brasil247.com/brasil/governo-suspende-cobranca-de-direitos-autorais-no-audiovisual?amp=1>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹² <http://www.latinartis.org>

respectivos afiliados. Por conta disso é importante a presença de pelo menos uma associação em cada país por categoria. Na existência de uma associação equivalente num país, ela irá arrecadar valores e destinar ao país de origem dos artistas que participaram das obras que geraram a arrecadação.¹³ Em alguns países, os estrangeiros não possuem direito de se associar a mais de uma instituição. É o caso dos países onde vigora o direito do bloco econômico da comunidade andina (Colômbia, Peru, Chile, Equador e Venezuela).¹⁴

Por meio de um convênio de reciprocidade, as associações podem representar os direitos dos associados da outra associação no seu próprio território nacional. Por exemplo: Se uma associação X, chilena, possui um convênio com uma Y, peruana, cada uma delas representa o grupo de associados da outra no seu próprio território. E assim, as diretrizes de cada país serão aplicadas pela associação que recolhe os direitos.¹⁵ A legislação aplicável é sempre aquela onde o direito está sendo recolhido.

Além disso, as variações de remuneração de direitos respeitam a mesma lógica de execução pública da seara musical, por exemplo, quando se trata de sincronização em conteúdo audiovisual. No caso, se um conteúdo audiovisual passar na TV aberta haverá uma remuneração maior por parte de atores, roteiristas etc., do que se o for em TV paga. Assim como uma música de abertura é mais bem remunerada que uma música de troca de cenas, em matéria de gestão coletiva de obras literomusicais e fonogramas. Do mesmo modo, cada artista receberá de acordo com a sua participação na obra audiovisual, levando-se em conta alguns critérios, que podem variar em cada país, mas que em geral são: número de cenas na qual houve sua participação; duração da participação no capítulo (em caso de séries e novelas), participação em número de cenas e/ou minutagem, entre outros.

2.1 Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)

A EGEDA foi fundada na Espanha em setembro de 1990 e iniciou suas atividades em 1993, quando começou a fazer o recolhimento de direitos autorais de produtores audiovisuais.

Também é cofundadora da Coalizão de Criadores e Indústrias de Conteúdo, uma associação de empresas e entidades de administração cujo um dos principais objetivos é alterar a legislação na Espanha para buscar *downloads* de conteúdo protegido por direitos autorais.¹⁶

Sua base de atividades e recolhimento gira em torno da (i) cópia privada; (ii) comunicação pública; (iii) antipirataria; (iv) comercialização de sequências e fragmentos de obras audiovisuais; (v) gerenciamento de direitos de produtores obtido por atribuição de autores ou artistas.

¹³ <https://www.interartis.org.br/faq>

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem

¹⁶ <http://www.egeda.es/>



A EGEDA atualmente se faz presente nos países Argentina, Chile, Colômbia, Rep. Dominicana, Equador, Espanha, Peru, Uruguai e Estados Unidos, e atua com produtores e empresas do setor audiovisual e há pouco tempo faz parte de la Organización Mundial del Turismo como membro afiliado.¹⁷

Essa instituição, de certa forma, acabou pegando *carona* no movimento global de arrecadação, uma vez que o direito é reconhecido, mais fortemente, aos atores, roteiristas e diretores.

2.2 INTER ARTIS: Paraguay, Peru e Costa Rica

A situação da gestão coletiva (INTER ARTIS) no Paraguai¹⁸ encontra-se no mesmo patamar da brasileira, entretanto a associação paraguaia correspondente já tem sua habilitação aprovada desde outubro de 2013.¹⁹ Tal habilitação, à época, recebeu grande apoio do governo federal, diferente do que ocorreu no âmbito do governo brasileiro.²⁰ A Inter Artis Paraguai reivindica uma compensação financeira por reproduções para uso pessoal (*remuneración compensatoria por cópia privada*) e estima que já exista um débito a esse título de cerca de US\$ 2 milhões.²¹ Além do Paraguai, a INTER ARTIS também está presente no Peru²² e na Costa Rica.

2.3 Uruguai

A gestão coletiva no âmbito audiovisual foi estabelecida pela Lei n. 17.616/03 no Uruguai, além disso, uma das associações referentes à Sociedade Uruguia de Gestão de Interpretação de Atores do Uruguai (SUGAI) teve sua habilitação aprovada pelo Poder Executivo em 2011. Essa associação visa administrar os direitos que a lei concede aos atores para a reprodução de programas de TV, filmes e outras obras audiovisuais. Assim como no Brasil, essas associações devem se habilitar frente ao poder executivo e não ter finalidade de lucro. Além disso, também existe uma filial da EGEDA nesse país.

Em países como Uruguai e Argentina, a legislação permite o recolhimento de exibição de obras em domínio público, destinando o dinheiro para fundos de fomento culturais, assim

¹⁷ PERIÓDICO PRIMICIAS. Reconocen a Enrique Cerezo, presidente de EGEDA por su labor a favor de industrias de la cultura y el turismo a través de los Premios Platino del Cine Iberoamericano. Disponível em: <http://primicias.com.do/?p=9494>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁸ <http://interartis.com.py>

¹⁹ PARAGUAY. Resolución DGDAC n. 89/2013. Disponível em: <http://interartis.com.py/wp-content/uploads/2013/11/AUTORIZACION%20C3%93N-INTER-ARTIS-PARAGUAY.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

²⁰ MONTEVIDEO PORTAL. Mujica habló en Foro Iberoamericano sobre Interpretaciones Audiovisuales. Disponível em: <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Mujica-hablo-en-Foro-Iberoamericano-sobre-Interpretaciones-Audiovisuales-uc218153>. Acesso em: 26 set. 2019.

²¹ Actores reclaman US\$ 2 millones, que para Dinapi no corresponde. Disponível em: <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/artes-espectaculos/actores-reclaman-us-2-millones-que-para-dinapi-no-corresponde-1704050.html>. Acesso em: 26 set. 2019.

²² <http://www.interartisperu.org>

como previsto na revogada lei brasileira de direitos autorais (Lei n. 5.988/73) em seu Art. 93, parágrafo único.²³

2.4 Argentina

Diferentemente de outros países, as associações argentinas não necessariamente não poder ter finalidade lucrativa, assim como Lei de Propriedade Intelectual, (Lei n. 11.723), não faz nenhuma referência a algum ato estatal que permita às sociedades de gestão coletiva atuarem, nem na Lei n. 20.115 de 1973, na Lei n. 16.648 de 1968 ou no Decreto n. 124 de 2009, normas que regulam algumas entidades desse tipo. Essas normas trazem parâmetros mais genéricos de atuação das associações, não estabelecendo atividades específicas.

A principais associações são:

- a) Sociedade Geral de Autores da Argentina de Proteção Recíproca (Argentores): Lei n. 20.115 de 1973, regulamentada pelo Decreto Nacional 461 de 1973. A Argentores representa os criadores nacionais e estrangeiros de literatura, drama, música-drama, cinematográfica, televisão, rádio, coreográfica, de entretenimento, pantomímico, jornalístico, libreto para continuidade dos espetáculos, sejam escritas ou divulgadas por rádio, cinema ou televisão ou em um suporte material capaz de gravar sons e imagens ou imagem e som. Uma das associações mais antigas da Latino América, fundada em 1910;
- b) Sociedade de Artistas Visuais da Argentina (SAVA): Ainda não possui regulamentação legal específica;
- c) Diretores cinematográficos argentinos (DAC): Pelo Decreto n. 124/09, o DAC foi reconhecido como a única entidade representativa para a coleta e distribuição dos direitos autorais dos diretores de cinema e obras audiovisuais nacionais e estrangeiras em todo o território argentino. Além disso, representa dentro do território argentino os autores e diretores de obras cinematográficas e audiovisuais argentinos ou estrangeiros e seus legítimos destinatários para receber, administrar e distribuir a remuneração prevista na Lei n. 11.723 e suas emendas, para os autores principais, para qualquer tipo exploração, uso, provisão interativa ou comunicação ao público em qualquer forma de suas obras audiovisuais fixadas em qualquer suporte.²⁴

²³ ALFONSO, Javier. **"No creo que el copyleft sea algo a imponer a todos"** Disponível em: <https://www.buscqueda.com.uy/nota/no-creo-que-el-copyleft-sea-algo-imponer-todos>. Acesso em: 26 set. 2019.

²⁴ UNESCO. **Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica**. Disponível em: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/2019/01/Panorama-de-la-gestio%CC%81n-colectiva-final-1.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.



2.5 Chile (Lei Ricardo Larrain)

A Lei n. 17.336, de 1970²⁵, sobre a proteção da propriedade intelectual, se refere em seu Título V, substituído pela à Lei n. 19.166, de 1992²⁶, acerca da gestão coletiva do direito de autor, catalogando sociedades de gestão como pessoa jurídica de direito privado, estabelecendo que esse tipo de empresa não pode ser proposto fim de lucro.

Em 29 de outubro de 2016, a Lei n. 20.959 (Lei Ricardo Larraín) foi publicada. Ricardo Larraín foi o premiado diretor de cinema chileno que faleceu aos 59 anos. Desde então, diretores e roteiristas podem receber remuneração pela comunicação pública de suas obras audiovisuais.

Os novos regulamentos estendem os efeitos da atual Lei n. 20.243, que em 2008 estabeleceu normas sobre direitos morais e econômicos em favor dos intérpretes ou atores das obras audiovisuais, aos diretores e roteiristas dessas obras, que passam a ter direitos de remuneração. O recolhimento pode ser feito pela entidade de gestão coletiva que os representa.

As diretrizes de remuneração das obras intelectuais expressamente permitidas por lei dispõem que os direitos de exibição são autorizados em troca de pagamento ou remuneração em favor de seus intérpretes e/ou autores, pois configuradas como inalienáveis e intransferíveis por parte de seus proprietários. No caso da Lei n. 20.243, a remuneração acima mencionada surge em favor dos intérpretes de obras audiovisuais, quando exibidos na televisão ou em cinemas, na *web* ou em cópias alugadas ao público.

Artículo 3°.- El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales:

- a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital;
- b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos;
- c) El arrendamiento al público, y
- d) La utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión en un recinto o lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo.²⁷

²⁵ CHILE. **Lei 17.336/70**. Disponível em: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/Ley%2017.336%20Sobre%20Propiedad%20Intelectual.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

²⁶ CHILE. **Lei 19.166/1992**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30533>. Acesso em: 01 out. 2019.

²⁷ CHILE. **Lei 20.243/2008**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269075>. Acesso em: 26 set. 2019.

La remuneración a que se refiere este artículo no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que a los artistas intérpretes de obras audiovisuales les reconoce la ley n° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Uma das associações atuantes no Chile, a DYGA, trata-se de uma associação de direitos autorais audiovisual constituída em 12 de abril de 2017, uma entidade de gestão coletiva dos direitos dos diretores e gravadores audiovisuais regida pela Lei (de Propriedade Intelectual) n. 17.336 e pela Lei n. 20.243 e Lei n. 20.959.²⁸

2.6 Colombia (Lei Pepe Sanchez)

A Lei Pepe Sanchez trata-se da Lei n. 1835 de 2017 que garante o pagamento a roteiristas e diretores, em seu texto, percebe-se uma observação com relação à cessão de direitos conexos:²⁹

Artículo 98. Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor.

Parágrafo 1°. No obstante, la presunción de cesión de los derechos de los autores establecidos en el artículo 95 de la presente ley, conservarán en todo caso el derecho a recibir una remuneración equitativa por los actos de comunicación pública incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público que se hagan de la obra audiovisual, remuneración que será pagada directamente por quien realice la comunicación pública.

La remuneración a que se refiere este artículo, no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el autor hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que a los autores de obras cinematográficas les reconoce la Ley 23 de 1982 y demás normas que la modifican o adicionan, así como sus decretos reglamentarios.

Na Colômbia, a regulamentação das sociedades de gestão coletiva encontra-se na Lei n. 44/1993, em seus Arts. 10, 13 e 14, os quais afirmam que as associações devem ser estabelecidas como organizações sem fins lucrativos e com status legal, visando defender os interesses dos autores de acordo com o disposto na Lei n. 23 de 1982, que é a lei de direitos autorais nesse país.

A Lei n. 44/1993, em seu Art. 13³⁰, estabelece uma série de atribuições às sociedades de gestão coletiva, tais quais:

²⁸ <https://www.dygachile.cl>

²⁹ ²²COLOMBIA. **Ley 1835/2017**. Disponível em: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30031893>. Acesso em: 26 set. 2019.

³⁰ URUGUAI. **Ley 44/1993**. Disponível em <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/44.pdf/7875d74e-b3ef-4a8a-8661-704823b871b5>. Acesso em: 01 out. 2019.



1. Representar seus associados perante as autoridades jurisdicionais e administrativas em todos os assuntos de interesse geral e particular para eles;
2. Negociar com os usuários as condições das autorizações para prática de atos incluídos dos direitos que administram e da remuneração correspondente e concede essas autorizações nos termos dos mandatos que estes lhe conferem e sem desconsiderar as limitações impostas por lei;
3. Negociar com terceiros o valor da compensação justa que corresponde quando eles exercem a cobrança do direito a tal contraprestação;
4. Arrecadar e distribuir a remuneração de seus associados dos direitos que se aplicam. Para o exercício desta atribuição, as associações serão consideradas representantes de seus associados pelo simples ato de afiliação a eles.
5. Contratar ou concordar, em nome de seus associados, sobre os assuntos de interesse geral ou particular;
6. Fazer acordos com sociedades estrangeiras de gestão coletiva de mesma atividade ou gerenciamento;
7. Representar empresas estrangeiras no país com quem já possuem contrato de representação perante as autoridades jurisdicionais e administrativas em todos os assuntos de interesse geral e particular de seus membros, com o poder de ser julgado em seu nome;
8. Garantir a salvaguarda da tradição intelectual e artística nacional;
9. Outros que sejam autorizados por lei e estatutos.

Além disso, atualmente as associações de gestão coletiva habilitadas na Colômbia são:

- a) EGEDA: Entidade de gestão coletiva dos direitos dos produtores audiovisuais da Colômbia, com status legal e autorização de operação conferida em 2006.
- b) ATORES: Companhia de Administração Colombiana de Atores, com status legal reconhecido e confirmado além da autorização de operação reconhecida em 2011.
- c) DASC: Diretores audiovisuais colombianos, com status legal e autorização de operação conferidos em 2018.
- d) REDES: Rede Colombiana de Escritores Audiovisuais, Teatro, Rádio e Novas Tecnologias, com status legal e autorização de operação conferida em 2018.³¹

Pepe Sánchez foi um ator militante na causa do pagamento da arrecadação aos diretores e roteiristas.

³¹ derechodeautor.gov.co

CONCLUSÃO

A gestão coletiva de direitos autorais busca um equilíbrio entre três interesses fundamentais: (i) o dos criadores, que têm o monopólio da exploração de suas obras, para que tenham um incentivo à criação, e que, após sua morte, possam estender os direitos decorrentes dessa exploração aos seus herdeiros; (ii) o da indústria cultural, que investe, contrata os criadores e financiam a reprodução em massa das obras; e, (iii) o da sociedade civil, que se beneficia do acesso e uso dos produtos e serviços culturais que permanecem circulando ao longo do tempo. Logo, a reivindicação dos artistas é compreensível, porque se não lhes for garantido o direito de remuneração a cada nova exibição, eles não terão direito patrimonial algum após a morte, como os autores. Entretanto, os meios técnicos e as necessidades culturais mudam, e de tempos em tempos as regras precisam ser discutidas novamente. Não é novidade, as mudanças sempre trazem desequilíbrios e com o avanço da Internet não foi diferente, tornou-se necessário um novo equilíbrio.

Considera-se que o direito à remuneração por exibição é a maneira de garantir que os autores de obras audiovisuais sejam compensados pelo trabalho criativo de maneira diretamente proporcional ao sucesso comercial da obra e à renda gerada por sua circulação.

A proposta de uma remuneração por exibição, cujos beneficiários são todos os coautores da obra audiovisual, é um direito que Xalabarder³² nomeia como “residual”, uma contrapartida complementar à transferência de direitos de exploração do trabalho aos produtores, e que aumenta o preço acordado para tal cessão. É um direito que surge após os autores do audiovisual desistirem da cessão de seu direito em favor do produtor e que complementa a remuneração prevista no contrato de prestação de serviço artístico. Sua razão de ser é remunerar os autores por todos os usos da obra, bem como os rendimentos obtidos com a sua exploração, que não foram previstos até à data da assinatura do contrato. Portanto, não está descartado que o contrato de cessão considere a existência do direito à remuneração estabelecido por lei.

A questão da proibição da cessão direitos autorais e conexos de artistas e intérpretes é a chave para o fundamento da gestão coletiva de direitos autorais no audiovisual, uma vez que tais direitos são irrenunciáveis nos países de *droit d’auteur*. Assim, a implantação da gestão coletiva no Brasil não poderia decorrer da adoção *ipsis litteris* do modelo descrito por Xalabarder.

Outros aspectos também terão que ser definidos pelo legislador brasileiro. Ademais ainda está meio obscuro para qual lado a gestão coletiva em âmbito nacional irá correr tendo em vista a necessidade de adoção de uma catalogação internacional unificada, como já ocorre com a música com o ISRC, e a produção literária com o ISBN. Para as obras audiovisuais, pode-se adotar o ISAN, ou o EIDR, por exemplo.

Pela importância do tema, vale frisar: só a gestão coletiva permitirá a justa remuneração aos artistas e intérpretes, que como quaisquer outros autores de obra artística, do espírito, fazem jus à contraprestação patrimonial a cada exibição da obra.

³² <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2019031112-003843888.pdf>



REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos do Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014.

BRASIL. **Decreto n. 9.574/2018**. Dispõe sobre gestão coletiva de direitos autorais.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. **Lei n. 9.610/1998**. Lei de direitos autorais.

_____. **Lei n. 12.853/2013**. Lei sobre gestão coletiva de direitos autorais.

CHILE. **Lei n. 20.959/2016** (Lei Ricardo Larraín.).

COLOMBIA. **Lei n. 1835/2017** (Lei Pepe Sanchez).



The background features a complex pattern of light green circuit lines and nodes. In the upper right corner, there is a network diagram with circular nodes containing icons: a musical note, a thumbs-up, a laptop, and a book. A solid green vertical bar is positioned on the left side of the page.

DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

CAPÍTULO 12



AS CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA PARA UMA JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

Maurício Brum Esteves¹

RESUMO: Trata-se de um estudo, cuja problemática motriz é averiguar as contribuições da hermenêutica para uma justificação do Direito de Autor. Parte-se da hipótese de que as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual são insuficientes para justificar a existência do direito autoral, e dão azo à sensação de crise e descompasso advinda com a sociedade informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional. Destarte, com base metodológica hermenêutica, além de modo de abordagem teórico dialógico e técnica de pesquisa vinculada à revisão bibliográfica, o presente estudo possui o objetivo de analisar as contribuições da hermenêutica para uma justificação do Direito de Autor. Sob a perspectiva hermenêutica, que insere a linguagem na pauta do Direito de Autor, para além da relação Autor (criador) e Obra (objeto), passa-se a privilegiar um terceiro elemento, antes esquecido pelas teorias tradicionais: a relação de criação. Passa-se a compreender, assim, que a Obra – antes objeto da subjetividade do “gênio-criador” – na verdade, já existe no mundo (na forma de potência), e se concretiza através da linguagem, na relação intersubjetiva com o Autor. A regulação/proteção deste ambiente cultural complexo, destarte, é caminho pelo qual perpassa a justificação (constitucional) do Direito de Autor.

Palavras-chave: Direito de Autor. Hermenêutica. Virada Linguística.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo sobre o Direito de Autor, cuja problemática motriz está alinhada, e serviu de base, para a resolução de pesquisa recentemente publicada,² que pretendeu investigar em que medida a perspectiva hermenêutica filosófica possui condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional para o direito autoral, com vistas à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação.

¹ Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela FADERGS. Bacharel em Direito pela PUCRS. Coordenador Docente do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual (GIPPI/UFRGS). Membro e atual vice-presidente (2019-2021) da Comissão Especial da Propriedade Intelectual (CEPI - OAB/RS). Membro da Comissão de Acesso à Justiça (CAJ - OAB/RS). Cofundador do HEPPI - Hub de Estudos e Pesquisas em Propriedade Intelectual. Frequentou a WIPO-UNIGE Intellectual Property Summer School (WIPO/UNIGE, Genebra/Suíça). Certificado pela conclusão do curso CopyrightX (Harvard Law School). Autor do livro: “Justificação Constitucional do Direito de Autor” (Lumen Juris/2019). Palestrante. Professor visitante em diferentes instituições de ensino. Advogado. Sócio no Silveiro Advogados.

² ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Parte-se da hipótese (agora comprovada),³ de que as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual são insuficientes para justificar a existência do direito autoral, e dão azo à sensação de crise e descompasso advinda com a sociedade informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional. Por outro lado, a perspectiva hermenêutica filosófica demonstra possuir condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma nova justificação para o direito autoral, mais afeta ao paradigma constitucional vigente no Brasil desde 1988.

Ademais, de acordo com Victor Drummond, desde o seu início como categoria jurídica, o Direito de Autor jamais foi interpretado com a análise da filosofia, mas “bordeado por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses, muitas vezes sequer diretamente relacionados ao sujeito-criador”⁴. Esta mínima densidade filosófica é chamada por ele de “déficit filosófico do Direito de Autor”, responsável por lhe atribuir valores equivocados, cujas teorias tradicionais – em que pese revestidas de um aparente substrato filosófico - não passam de “tentativas de justificar razões econômicas”⁵, *a posteriori* ou *ex post facto*, e, ainda por cima, “falsear o conhecimento”.⁶

Ocorre que, se a Teoria do Direito sofreria profundas transformações com a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck, o Direito Autoral não passaria imune a essas transformações – em que pese o fenômeno tenha passado, aparentemente, despercebido pela maior parte da doutrina autoralista, até o presente momento. Tal qual na Teoria do Direito, a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas inserem a linguagem na pauta do Direito Autoral. Mais precisamente, inserem a linguagem como o *locus* da expressão artística e criativa, permitindo a tessitura de uma genuína justificação ao Direito de Autor.

Destarte, com base metodológica hermenêutica, além de modo de abordagem teórico dialógico e técnica de pesquisa vinculada à revisão bibliográfica, o presente estudo possui o objetivo de analisar as contribuições da hermenêutica na criação de pontes genuínas para enfrentar, e que permitam atravessar, o “abismo gnosiológico” que representam o conhecimento atinente ao Direito de Autor, para fins de permitir pavimentação segura rumo a pretendida justificação (constitucional) do Direito de Autor.

2 O “DÉFICIT FILOSÓFICO” DO DIREITO AUTORAL

Parece haver pouca, quiçá nenhuma, controvérsia na literatura técnica de que a gênese dos Autorais está estritamente relacionada com a criação da máquina de tipos móveis, por Gu-

³ A propósito, *vide*: ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação constitucional do direito de autor**: da hermenêutica aos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, p. 58-83, jun. 2016. ISSN 2448-3931. Disponível em: <http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 64.

⁵ *Idem*. *Ibidem*. p. 81.

⁶ *Idem*. *Ibidem*. p. 81.

temberg,⁷ no ano de 1450, aproximadamente. Certamente, não foi à experiência de Gutemberg a responsável por criar os Direitos Autorais, propriamente ditos, mas, sem dúvida, acabou por gestar, mesmo que de forma inconsciente, a problemática que acabou ocupando o epicentro das discussões sobre a matéria: afinal “o que é o Direito Autoral”?⁸ Qual é a sua justificação, função e natureza jurídica na (e para a) sociedade?

Cláudio Lins de Vasconcellos, de forma precisa, deduz o senso comum teórico para justificar a proteção por Direitos Autorais: “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”.⁹ Por isso, para Vasconcellos, 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”.¹⁰

Sob este viés (econômico), os Direitos Autorais são justificados pela sua natureza de “remédio jurídico” (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*)¹¹ que faz com que bens imateriais (bens públicos,¹² 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.

⁷ “O comércio repousava na compra e venda desses manuscritos. E assim foi até o aparecimento de um invento que mudou a história do pensamento e do conhecimento humanos pela possibilidade de multiplicação dos escritos (...) máquina de imprimir com tipos móveis em 1450, a uma velocidade dezenas de vezes maior que o registro manual, foi o ponto de virada no surgimento desse direito em virtude da infinita capacidade de reprodução de um mesmo texto, pela máquina, dispensando novas interferências dos autores”. ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**, São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 25.

⁸ A propósito, Victor G. Drummond: “A questão previa que se coloca e a seguinte: o questionamento fundamental da ordem da filosofia que deveria ser efetuado pela doutrina autoralista deveria ser: porque o direito de/para o autor? Mas insistentemente se tem perguntado o que é o direito de autor, já com uma noção de interpretação prévia para justificar fundamentos históricos e de razão econômica. A pergunta sobre “o que é o direito de autor” necessariamente obriga a uma compreensão do direito de autor hoje, e já induz a uma relativização evidente e inquestionável, sendo os seus matizes o que deve ser devidamente definido previamente. Por outro lado, o que é o direito de autor já conduz à análise da natureza jurídica, o que afasta a busca do conteúdo filosófico central do direito em análise.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur**. p. 61.

⁹ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277

¹⁰ Idem. *Ibidem*. p. 277

¹¹ A propósito: “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.” BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia do Direito Autoral**. 2011. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf. Acesso em 25/06/2016, às 16h. p. 30.

¹² A propósito: “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**. Duke Law Journal. 2008. p. 1700/1701



Em outras palavras, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de certa tecnologia, filme, livro, etc., ele espera que este investimento possa 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.

A fácil reprodução por terceiros é o que Denis Borges Barbosa chama de “tendência inexoravelmente à dispersão” do conteúdo informacional dos bens imateriais. De acordo com Denis, 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 passaria a ser “insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme”.¹³

Destarte, visando a dirimir a problemática da “tendência inexoravelmente à dispersão”, é que, em sua concepção original, o Direito Autoral nasce para resolver um problema genuinamente econômico: cria uma *escassez artificial* e uma *rivalidade de consumo* para os bens imateriais – que são “bens livres” e “públicos”, em seu estado natural -, para permitir sua apropriação, como se estivessem sujeitos à lei da escassez, e, desta forma, servir de incentivo à criação.

Dito de outra forma, o mercado de bens imateriais – que não gozam de escassez natural e são não exclusivos¹⁴ - seria insuficiente, por si só, para a manutenção de um fluxo de investimento e rentabilidade na produção de bens imateriais. Os Direitos Autorais, destarte, nascem como Direitos de Exclusiva para responder a estes anseios econômicos primários: garantir o retorno de investimentos.

A concessão de privilégios é a primeira forma encontrada pelas monarquias do século XV para responder aos anseios econômicos das corporações de ofícios formadas por copistas de manuscritos e ilustradores (que futuramente adotariam a condição de Editores), que começavam a se formar na renascença. A raiz do Direito de Autor, portanto, salienta Bruno Hammes, “está nos privilégios concedidos para as diversas obras”.¹⁵ Tais privilégios “se encontram na Itália, desde o final do século XV e na Alemanha, França e Inglaterra desde os inícios do século XVI, concedidos geralmente aos impressores e editores”.¹⁶ Assim, *e.g.*, em 1469, Johann von Speyer obteve o privilégio exclusivo de exercer a arte de impressão durante cinco anos, “por tela trazido à Veneza”;¹⁷ e, em 1557, a *Stationer Company*, autorizados como Guilda em 1403 pelo prefeito de Londres, obteve o privilégio de impressão em todo o Reino Unido.¹⁸

¹³ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia do Direito Autoral**. p. 30.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph E., **Economic Foundations of Intellectual Property Rights**. p. 1700/1701.

¹⁵ HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de Direito Autoral**. Coordenador, Alberto André. Ed. da Universidade, UFRGS, 1984. p. 26.

¹⁶ Idem. *Ibidem*. p. 26.

¹⁷ Idem. *Ibidem*. p. 26.

¹⁸ IZZO, Umberto, **Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico**, Carocci, Roma: 2010, p. 46. *Apud* DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, p. 58-83, jun. 2016. ISSN 2448-3931. Disponível em: <http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185/175> . Acesso em: 27 nov. 2016.

Obviamente, não se pode cogitar que as monarquias renascentistas tenham concedido tais privilégios despidos de interesses próprios. O monopólio, no regime monárquico de então, adverte Victor Drummond, “era, pois, forma de controle e instrumento econômico político da coroa”.¹⁹ As atribuições de privilégios - prossegue Victor Drummond - eram altamente benéficas à monarquia, eis que por meio destas, estabeleceu-se como resultado algumas vantagens recíprocas:

1. Com a impressão promovida pelos empresários, não havia qualquer custo ao Estado para a produção de livros (o que, de fato, também não era visto como obrigação do Estado de então);
2. A exclusividade atribuída aos grupos econômicos, mantinha o Estado sob controle das situações políticas com parte dos empresários;
3. E, por fim, o mais, importante, uma vez que os privilégios eram destinados com a exclusividade para a impressão e comercialização, havia o controle efetivo sobre o conteúdo publicado pela comercialização, estabelecendo eficaz forma de censura. Este seria, inclusive, um motivo para atribuir a ausência de cobrança de tributos.²⁰

Acertadamente, destaca Victor Drummond, que “dentre estes argumentos, muito possivelmente a censura eficaz e barata seria o mais relevante do ponto de vista da atribuição de privilégios a grupos determinados”,²¹ durante as monarquias renascentistas. O ânimo de censura (política e religiosa) é patente, visto que mesmo mais de cem anos após a morte de Maria Tudor, a *Stationer Company* ainda teria suas prerrogativas ampliadas “pelo *Licensing Act* de 1662, que entre outras coisas lhe conferiu poder de Polícia, inclusive para invadir qualquer residência, de dia ou à noite, caso suspeitasse da presença de livros não licenciados”.²²

Para muitos autores, a concessão de privilégios aos editores, impressores e livreiros - que, ao fim e ao cabo foram os primeiros “titulares” de Direito de Autor -, é visto como o “pecado original” do instituto jurídico do Direito Autoral.²³ De qualquer sorte, o surgimento histórico desses privilégios é, inegavelmente, o precursor histórico sobre o qual o Direito de Autor iria construir suas bases, mormente se considerarmos que, para combatê-los, a concepção de Propriedade Privada passaria a constituir fator imanente na justificação da proteção autoral, devolvendo aos criadores das obras a exclusividade temporária sobre suas criações.

Importante destacar a advertência de Victor Drummond, no sentido de que o direito de propriedade “ao ser atribuído aos cidadãos constituía uma forma de impedir o retorno dos

¹⁹ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. *Conpedi Law Review*, [S.l.]. p. 77.

²⁰ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. *Conpedi Law Review*, [S.l.]. p. 78.

²¹ Idem. *Ibidem*. p. 78.

²² VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um modelo em transformação*. p. 34.

²³ Idem. *Ibidem*. p. 29.



privilégios, o que, ao fim e ao cabo, poderia significar o retorno da monarquia, que durante muito tempo foi um receio histórico e existencial”.²⁴ Simbolicamente, “em conjunto com outros elementos (tripartição de poderes, abolição de privilégios, etc.), a propriedade privada afastava o retorno da monarquia”.²⁵

Mesmo que de forma incipiente, a Inglaterra pré-Revolução Burguesa foi o primeiro país a instituir uma Lei de Direitos Autorais. Trata-se do Estatuto da Rainha Ana, que devolveu aos Autores,²⁶ em 1710, o direito de imprimir suas obras, inaugurando o instituto do *Copyright*²⁷ - que até hoje é dito como o bastião dos Direitos Patrimoniais do Autor.²⁸ Mesmo na França pós-Revolução, cujo *Droit D’auteur* é tido como a gênese dos Direitos Morais do Autor, a noção de Propriedade ocupou posição de enorme destaque na fundamentação do Direito Autoral, “o que se percebe pela ‘mantrificação’ de ideias, como o brado de Chapelier que propõe a ‘sacralização’

²⁴ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. *Conpedi Law Review*, [S.l.]. p. 64/65

²⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. *Conpedi Law Review*, [S.l.]. p. 64/65

²⁶ Tal qual ocorre até hoje, a necessidade de incorporar a criação em um suporte físico, acabava ocasionando com que os Autores pactuassem a transferência dos seus Direitos de Titularidade em prol dos editores – a fim de serem inseridos no processo industrial de editoração das obras. Atualmente, os “intermediários”, como são conhecidos profissionais como os Editores, tem percebido seu mercado atrofiar, com o advento da Internet. Naquela época, entretanto, a única possibilidade de contato entre o Autor de uma obra e o seu público leitor era através de uma Editora.

²⁷ “Para muitos, esta foi a primeira lei de direitos autorais do mundo, porque somente a partir daí o direito de exploração passou legalmente às mãos dos autores. Pelo Estatuto, os autores adquiriram direitos exclusivos sobre suas obras por um prazo de 14 anos, prorrogável por mais 14, caso o autor estivesse vivo. Durante o período de proteção, nenhum editor, impressor ou livreiro poderia mandar imprimir as obras de um autor sem sua autorização”. VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um modelo em transformação*. p. 35.

²⁸ O direito autoral brasileiro possui natureza híbrida. Isso significa que o conteúdo, ou conjunto de prerrogativas do autor, é tratado, na vigente legislação autoral, a Lei 9.610/98, sob duas perspectivas: os direitos morais do autor, afetos aos Direitos de Personalidade, insertos nos artigos 24 a 27, da Lei 9.610/98; e, os direitos patrimoniais do autor, de cunho financeiro e monetário, previstos nos artigos 28 a 45, da Lei 9.610/98. A explicação para esta natureza híbrida na proteção ao direito autoral, que, inclusive, ganhou terreno fértil na atual Constituição Federal, encontra-se na adoção, pelo legislador pátrio, de uma forma mais completa de proteção às prerrogativas do autor, que fossem além da exacerbada visão patrimonialista dos países anglo-saxônicos, adeptos do sistema copyright, sem, contudo, restringir a proteção legal à faceta moral do autor, como ocorre na escola francesa (*droit d’auteur*), de cunho essencialmente moral. Merece especial destaque, que a teor da Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXVII, a proteção constitucional ao autor limita-se à sua faceta patrimonial. Ou seja, não previu o constituinte a forma híbrida de proteção, que se tratou de um avanço legislativa infraconstitucional, ocorrido dez anos após a promulgação da Constituição Federal. Em outras palavras, o legislador infraconstitucional que laborou a atual e vigente Lei 9.610/98, indo além da previsão Constitucional para a proteção dos direitos de autor, instituiu o sistema híbrido de proteção, onde, em termos práticos, cada segmento de direitos – moral e patrimonial – cumpre funções específicas na proteção aos direitos do autor. Nas palavras de Plínio Cabral, “os direitos de cunho moral se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiro óbice a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação” (CABRAL, PLÍNIO. A Nova Lei de Direitos Autorais - Comentários. 4ª edição. São Paulo: editora HARBRA, 2003. p. 50). Em contrapartida, “os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários” (CABRAL, PLÍNIO. A Nova Lei de Direitos Autorais - Comentários. 4ª edição. São Paulo: editora HARBRA, 2003. p. 50). As prerrogativas morais do autor, que para os efeitos da Lei são inalienáveis e irrenunciáveis, encontram-se detalhadamente previstas no artigo 24, da Lei 9.610/98. Dentre elas, destaca-se o direito de reivindicar a autoria, conservar a obra inédita, bem como modificá-la (antes ou depois de utilizada) e retirá-la de circulação, quando sua circulação ou utilização implicar afronta à reputação e imagem do autor. Já as prerrogativas patrimoniais são aquelas que o criador tem sobre sua obra de, com exclusividade, utilizar, fruir e dispor, dependendo de prévia autorização deste a pretensão de terceiros em exercer quaisquer dos direitos exclusivos do seu titular. Estes direitos estão elencados, na legislação autoral, no artigo 29, podendo-se destacar o direito de reproduzir, editar, adaptar, traduzir, distribuir e utilizar, de forma direta ou indireta, a obra protegida.



da propriedade literária e artística, definindo-a como a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades”.²⁹

A partir deste ponto, consegue-se compreender o denominado “déficit filosófico do Direito de Autor”, que para Victor Drummond “decorre do fato primordial de que o direito de autor, desde o seu início como categoria jurídica”,³⁰ jamais foi ambientado, interpretado e desenvolvido com a análise da filosofia, mas “bordeado por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses, muitas vezes sequer diretamente relacionados ao sujeito-criador”.³¹

Esta mínima densidade filosófica, prossegue Victor Drummond, “atribui valores equivocados, justificando o direito de autor, por exemplo, pelo utilitarismo, pelas teses lockeanas proprietaristas, pela exacerbada consideração humanista atribuída a Kant”,³² ou seja, por justificativas filosóficas do direito de autor não suficientemente definidas, compreendidas, ou discutidas.

Neste sentido, atribuir a Descartes, Locke, J.S. Mill, Bentham, Kant, Hegel, Fichte ou a qualquer outro filósofo a responsabilidade de uma construção efetiva do direito de autor é inadequado, e cientificamente inoportuno, para dizer o mínimo. O que deve ser salientado é que a força de ideias e argumentos que formam um ambiente de compreensão de fundamentos para uma categoria de direito serviram, também neste caso, para explicar ou desenvolver fundamentos (futuros) do direito de autor. Neste sentido, não se pode afirmar que Kant foi o criador do direito de autor para os países de *droit d’auteur* e nem que Locke teria sido o pai do sistema de *copyright* ou da propriedade intelectual (*intellectual property*).³³

É crucial na compreensão do “déficit filosófico”, o fato de que o desenvolvimento histórico do Direito Autoral não teve como fundamento a reflexão de uma justificativa eminentemente filosófica, mas, sim, aspectos de cunho essencialmente econômico, seja no âmbito de sua “estória”, ou de suas teorias “filosóficas”,³⁴ que, ao fim e ao cabo, não passam de “tentativas de justificar razões econômicas”,³⁵ *a posteriori* ou *ex post facto*, e “falsar o conhecimento”.³⁶

²⁹ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 66.

³⁰ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.] p. 64.

³¹ Idem. *Ibidem*. p. 64.

³² Idem. *Ibidem*. p. 67.

³³ Idem. *Ibidem*. p. 63.

³⁴ De acordo com Willian Fisher, há quatro perspectivas que atualmente dominam a Teoria sobre Propriedade Intelectual. São elas: Teoria Utilitarista (Utilitarianism), Teoria do Trabalho (Labor Theory), Teoria da Personalidade (Personality Theory) e Teoria do Plano Social (Social Planning Theory). FISHER, Willian. **Theories of Intellectual Property**. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

³⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.] p. 81.

³⁶ Idem. *Ibidem*. p. 81.



Ora, o “‘abismo gnosiológico’ que ‘separa’ o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são”³⁷ não depende “de pontes que venham a ser construídas, paradoxalmente, depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita”,³⁸ tal como operam as “teorias filosóficas” na busca de justificar o Direito Autoral. Conforme alerta Lenio Streck, “o interprete não ‘decide’ para depois ‘fundamentar’. Se isso fosse verdadeiro, seria possível alcançar o outro lado do abismo gnosiológico do conhecimento e depois construirmos a ponte pela qual “já teríamos passado””.³⁹ As “teorias filosóficas” do Direito Autoral, conquanto, além do seu escopo econômico, caem na armadilha filosófica denunciada por Streck, já que “o próprio sujeito/interprete constrói a ponte para atravessar o abismo gnosiológico que o separa dos objetos”.⁴⁰ Por isso, Victor Drummond as acusa de “falsear o conhecimento”.⁴¹

Portanto, o que se pretende com o presente texto, na esteira das contribuições de Lenio Streck e Victor Drummond, é analisar as contribuições da hermenêutica na criação de pontes genuínas para enfrentar, e que permitam atravessar, o “abismo gnosiológico” que representam o conhecimento atinente ao Direito de Autor, para além do legado que herdamos da Modernidade.

3 PONTES HERMENÊUTICAS PARA O DIREITO DE AUTOR

Até esta quadra da história, o Direito Autoral carece, em absoluto, de alguma justificação que lhe dê substrato. Primeiramente, operou-se a época dos privilégios – o “pecado original” do Direito de Autor –; e, na sequência, a inserção da concepção econômica de “propriedade”, que jamais abandonaria o Direito Autoral.

Conforme temos sustentado,⁴² não se trata de nenhum exagero afirmar que a ideia de propriedade inexistia antes da modernidade. Tanto na Roma antiga,⁴³ quanto no sistema de produção

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 449

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.449

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 406

⁴⁰ Idem. *Ibidem*. p. 568

⁴¹ DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.] p. 81.

⁴² 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.

⁴³ Obviamente fugiria ao tema deste artigo analisar as concepções de propriedade privada no Direito Romano. Todavia, com o socorro de Salo de Carvalho, é importante denunciar tratar-se de um grave erro tratar determinados períodos históricos como blocos harmônicos e monolíticos, “como se o direito romano da antiguidade, por exemplo, não houvesse sido vivo e em constante movimento; como se os regimes políticos romanos do Império e da República não houvessem alterado as formas de interpretação jurídicas; como se o texto normativo referido como ‘o’ direito do período não houvesse sofrido forte mutação na realidade da aplicação do próprio direito”. (CARVALHO, Salo. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. Editora Saraiva: Rio de Janeiro. 3ª Ed. 2015. p. 23.) Destarte, considerando que em se tratando de Roma, uma civilização cuja influência religiosa sempre foi preponderante nos atores sociais, cujo modelo de produção não guardava qualquer semelhança com os modelos atuais, não



feudal, onde a terra e tudo o mais que lhe guarnecia, pertencia ao Senhor de forma hereditária, não se permitia que houvesse qualquer concepção de propriedade sobre algo. Em outras palavras, não era o homem que se apropriava das coisas, mas as coisas que se apropriavam do homem, conforme sua posição na sociedade.

Da mesma forma, a própria concepção de subjetividade é uma construção moderna⁴⁴: criada pelo *cogito* cartesiano⁴⁵ e alimentada/gestada pelo advento da imprensa.⁴⁶ Para o Direito de Autor, tanto a concepção de propriedade, quanto a gênese da subjetividade, representam momentos chaves, conforme expõe Victor Drummond:

Com o advento da imprensa (e sua popularização) e com a compreensão do *cogito*, há um fortalecimento da ideia do sujeito-criador (ainda que não dita, isso acabou sendo interpretado *ex post facto* ou *a posteriori*). Antes desse momento, havia somente uma espécie de proto-direito-de-autor e, a partir de então, pode-se afirmar que se está diante de uma espécie de 'modernidade do direito de autor'.⁴⁷

O senso comum teórico indica que o Direito Autoral jamais teria nascido não fosse à concepção de subjetividade que permitisse ao homem sentir-se proprietário sobre algo. Não apenas proprietário, mas o “gênio-criador”, a fonte única e exclusiva de uma obra original - ou, como habitualmente se denomina: uma criação do (seu) espírito. Em outras palavras, o Autor ganha a condição de protagonista máximo: sem o “gênio-criador” não haveria obras.

Tal assertiva, entretanto, não se sustenta quando analisamos o Direito Autoral sob a perspectiva da hermenêutica, que vem galgando conquistas significativas na crítica da epistemologia afeta à filosofia da consciência⁴⁸ que encampou a Teoria do Direito durante a modernidade – e possui traços paradigmáticos no Direito Autoral, mormente a noção de “gênio-criador”.

se pode falar em propriedade privada com os mesmos olhos de quem se debruça sobre a matéria hoje. Em se tratando de Roma, é mais provável que a terra possui a família Romana, inclusive por estarem albergados sob os auspícios e proteção de seus Deuses Lares, do que a visão moderna de que o homem possui e governa as coisas. O homem como centro do Universo e dono de sua razão é uma visão genuinamente moderna.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 165.

⁴⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. p. 64.

⁴⁶ MCLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação como extensões do homem (Understanding Media). São Paulo: Editora Cultrix, 1968. p. 35. *Apud*. SILVEIRA, Sérgio Amadeus. Cibercultura, commons e feudalismo informacional. **Revista Famecos**, Porto Alegre nº 37. Dezembro de 2008. P. 85.

⁴⁷ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. p. 64.

⁴⁸ Acerca do desenvolvimento da epistemologia filosófica da metafísica clássica até a filosofia da consciência, cumpre transcrever Lenio Streck: “Assim, pode-se dizer que tudo se inicia como o eidos platônico, e na sequência a ousia aristotélica, acrescida da vontade divina em Tomás de Aquino (ens creatum), terminando, desse modo, o período que podemos denominar de metafísica clássica. A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inigável (pode-se dizer, inclusive, que o positivismo jurídico inicia com o nominalismo de Ockham), passa pela ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito-objeto sobre uma transformação: surge o subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando os século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo



Ora, se a Teoria do Direito sofreria profundas transformações com a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck, o Direito Autoral não passaria imune a essas transformações – em que pese o fenômeno tenha passado, aparentemente, despercebido pela maior parte da doutrina autoralista, até o presente momento. Neste sentido, Victor Drummond ganha posição de destaque neste processo de tomada de consciência da importância da hermenêutica para o Direito Autoral, conforme se denota, *in verbis*:

Entendo que a perspectiva hermenêutica e o *linguistic turn* conduzem a que a própria natureza e gênese do direito de autor tenha que ser revista. Como consequência, se algum dia o direito de autor foi visto como categoria que pretendeu garantir exclusividades àqueles que permitiram a (posterior) produção de obras, essa perspectiva deve ser revista como decorrência de ter havido um déficit filosófico do direito de autor.⁴⁹

Com efeito, tal qual na Teoria do Direito, a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck – e trabalhadas por Victor Drummond - inserem a linguagem na pauta do Direito Autoral. Não se ignora as “Teorias Contemporâneas da Autoria”,⁵⁰ desenvolvidas no século XX, que inserem a impessoalidade e a linguagem (de forma incipiente) como elementos para provocar uma suposta “morte do autor”.⁵¹ Entretanto, ainda aqui a linguagem é trabalhada como uma ferramenta dentro do Direito Autoral, única e exclusivamente para operar uma crítica da exacerbada noção de “gênio-criador”. A partir de Victor Drummond, valendo-se da crítica hermenêutica operada por Lenio Streck, ganha destaque a denúncia de que a linguagem não é uma mera ferramenta, mas, sim, parte do processo criativo⁵². Nas palavras de Victor Drummond, a linguagem é o *locus* da expressão artística e criativa.⁵³

Importante trazer a lume, que se durante o período da metafísica clássica, passando pelo essencialismo, pelo nominalismo e também a filosofia da consciência, a linguagem ocupou papel

paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio epocal cartesiano, denominado cogito; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade de poder (Wille Zur Macht) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade de poder.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 174.

⁴⁹ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. p. 51/52.

⁵⁰ A propósito das Teorias Contemporâneas da Autoria, ver CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa**: na Economia da Informação em Rede. São Paulo: Quartie Latin, 2010. p. 63/75.

⁵¹ BARTHES, Rolando. **The death of the author**. In Image-Music-Text. New York: Hill and Wangs, 1977. p. 142/148.

⁵² A propósito: “Language is not a simple tool; instead, it is part of the linguistic process.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo**: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(1): 74-81 janeiro-junho 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 76.

⁵³ A propósito: “Therefore, language is the locus of artistic and creative expression.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo**: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 76.



de coadjuvante na epistemologia jurídica filosófica, a partir das pesquisas de Wilhelm von Humbolt, começasse a experimentar a gênese da virada linguística (*linguistic turn*) que tomaria forma, mais tarde, com (o segundo) Wittgenstein e Martin Heidegger. Para Lenio Streck, a partir da virada linguística (*linguistic turn*), “mais que uma filosofia da linguagem, haveria que se falar de uma linguística filosófica, uma filosofia como linguagem, ou, mais claramente, um filosofar como linguagem”.⁵⁴ Em outras palavras: “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”.⁵⁵ Não por outra razão, Wittgenstein, em que pese em sua primeira fase, já afirmava que “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”.⁵⁶

A grande inovação operada pela virada linguística (*linguistic turn*) é a transferência da construção do conhecimento para o âmbito da linguagem, afinal, “é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)”.⁵⁷ Para Lenio Streck:

Com o giro – que aqui denomino de ontológico-linguístico para diferenciá-lo das pretensões analíticas, principalmente do neopositivismo lógico -, o sujeito não é fundamento do conhecimento. Trata-se, na verdade – e busco socorro em Stein -, de uma compreensão de caráter ontológico, no sentido de que nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é uma existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêutico-ontológico.⁵⁸

Conforme se depreende, “a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição do sentido”,⁵⁹ que não mais estará na consciência do sujeito (assujeitador), mas, sim, na linguagem, “como algo que produzimos e que é condição de possibilidade de estarmos no mundo”.⁶⁰ Mais, a partir da virada linguística (*linguistic turn*), “não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito”.⁶¹

Evidentemente, alerta Lenio Streck, essas transformações provocarão mudanças substanciais no seio da comunidade jurídica – e, de fato, vem provocando – “afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 189.

⁵⁵ Idem. *Ibidem*. p. 216.

⁵⁶ WITTGENSTEIN. Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus - The Original Authoritative Edition**. Chiron Academic Press. Versão Kindle. Suécia. 2016. Posição. 2307. Ponto. 5-6.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 224.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 224.

⁵⁹ Idem. *Ibidem*. p. 226.

⁶⁰ Idem. *Ibidem*. p. 226.

⁶¹ Idem. *Ibidem*. p. 228.



que funda os objetos no mundo (...) isto é, a sua atividade subjetiva, que faz com o que o mundo ou as coisas sejam como elas são”.⁶²

Cumpra repisar, que a noção de subjetividade é um elemento fundador da moderna concepção de Autoria, e que ora se esvai de todo e qualquer sentido com a virada linguística (*linguistic turn*) e a crítica hermenêutica do Direito. Se o senso comum teórico indica que o Direito Autoral jamais teria nascido não fosse à concepção de subjetividade do “gênio-criador” - protagonista máximo da relação de Direito Autoral – a partir de Victor Drummond, valendo-se da crítica hermenêutica operada por Lenio Streck, ganha relevo a denúncia de que a linguagem passa a ser o elemento central do processo criativo.⁶³ Em outras palavras, a linguagem é o próprio *locus* da expressão artística e criativa,⁶⁴ e não mais a subjetividade do Autor.

Por isso, o proprietarismo do direito de autor, em seu surgimento, seja na perspectiva do *copyright* ou do acentuado personalismo-proprietarista do direito (revolucionário) francês que gerou o *droit d’auteur* devem ser interpretados como destinados ao sujeito-criador, nesta nova perspectiva pós *linguistic turn*. O direito de autor justifica-se pela hermenêutica e, também, pela hermenêutica, precisa ser reavaliado, como consequência da reapreciação de sua função e do novo posicionamento do direito de autor, que sempre deveria ter sido assim interpretado.⁶⁵

Frisa-se, que não se pretende, de forma alguma, reduzir a importância do Autor no processo criativo. Muito pelo contrário, o “sujeito criador” permanece peça importante na relação de Direito de Autor. Trata-se, entretanto, de reconhecer que o processo de construção criativo não se dá no solipsismo do “gênio-criador”, mas, sim, dentro de um contexto maior de construção do sentido, no qual a linguagem ganha papel preponderante, denunciando, assim, o caráter inter-subjetivo da relação de Autoria, que passa a ocorrer no escopo do “círculo criativo”.

4 DO “CÍRCULO HERMENÊUTICO” AO “CÍRCULO CRIATIVO”

Para Martin Heidegger, há, na relação de criação, um elemento mais essencial do que o próprio Artista e a Obra: a Arte.

“O artista é a origem da obra. A obra é a origem do artista. Nenhum é sem o outro. E, todavia, nenhum dos dois se sustenta isoladamente. Artista e obra são, em si mesmos, e na sua relação recíproca, graças a um terceiro, que é o primeiro, a saber, graças àquilo a que o artista e a obra de arte vão buscar o seu nome, graças à arte”.⁶⁶

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 227.

⁶³ DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo:** porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 76.

⁶⁴ Idem. *Ibidem*. p. 76.

⁶⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”:** contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. p. 51/52.

⁶⁶ HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de Arte.** Tradução de Maria da Conceição Costa. Edições 70. São Paulo/Lisboa. 2010. p. 11.

Victor Drummond, nesta mesma toada, reafirma que, na perspectiva da hermenêutica, o Autor não é o sujeito fundamental - a origem - da relação de Autoria, mas, sim, o “ambiente da criação” – ou, a Arte, como chamaria Heidegger.

From a hermeneutic perspective, no fundamental original creator exists; rather, being-there exists in the environment of creation – the interpretation of the world is a reality – and, in this case, its Weltanschauung leads to another creation.⁶⁷

Com efeito, sob a perspectiva hermenêutica, para além da relação Autor (criador) e Obra (objeto), há um terceiro elemento - preponderante sobre os demais - que é a própria relação de criação. De acordo com Victor Drummond, em que pese haja uma interdependência entre o Autor e a Obra, esta já se encontra no mundo na forma de “potência”. A obra não está na subjetividade do Artista – em que pese seja parte dele – mas vem ao mundo – onde ele está na forma de potência – através do Artista. Portanto, não faz sentido afirmar que o “gênio-criador” do Artista é a origem da obra.⁶⁸ A Arte, ou a relação de criação, precede o Artista e, também, a Obra.

Em outras palavras, a partir da perspectiva filosófica hermenêutica, passa-se a compreender que a Obra – antes objeto da subjetividade do “gênio-criador” - já existe no mundo (na forma de potência), e se concretiza através da linguagem, na relação intersubjetiva com o Artista, dentro de um *locus* específico, e, desta forma, dentro de um “círculo criativo”.

De acordo com Victor Drummond, há dois elementos importantes no conceito de “círculo criativo”. Primeiro: todas as criações artísticas existem em um meta-círculo potencial, comunicativo-interpretativo, hermenêutico/criativo. O universo criativo como um todo não pode ser protegido, mas parte dele pode ser (isto é, o conjunto de Obras criadas), mesmo que este último faça parte do círculo criativo global.⁶⁹ Segundo: esse ambiente torna possível a proteção por causa dos direitos associados aos atos da interpretação artística realizada pelo sujeito criativo/hermenêutico; que é a Obra protegível. Para criar, esse sujeito criativo (ser-criativo) precisa ter ingressado no círculo hermenêutico, que neste caso passa a ser denominado “círculo criativo”.⁷⁰

⁶⁷ Tradução livre: “De uma perspectiva hermenêutica, não existe um criador fundamental original; Em vez disso, o ser-existe no ambiente da criação - a interpretação do mundo é uma realidade, e, neste caso, o seu weltanschauung leva a outra criação.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo:** porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 81.

⁶⁸ A propósito: “The work may not (yet) be a creation but it is potentially in the world. The work is either in the artist or “part of him”, or, as I said, just potentially in the world. Thus, from a philosophical perspective, it does not make much sense to say that a work only exists because there is an artist; indeed, the work may come into being through another artist”. DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo:** porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 81.

⁶⁹ Versão original “First, all artistic creations exist in a potential, communicative-interpretative, hermeneutic/creative meta-circle. The creative universe as a whole cannot be protected, but part of it can be (i.e., the set of Works created), even if the latter is part of the overall creative circle.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo:** porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 81.

⁷⁰ Versão original: “Second, this environment makes protection possible because of the rights associated with acts of the artistic interpretation performed by the creative/hermeneutic subject; this is the protectable work. To create, this creative



Portanto, para além da proteção exacerbada à Obra – como ocorre no sistema afeto ao *Copyright* – e à pessoa do Autor – como se pretende no sistema *Droit D'Auteur* – o Direito Autoral revisitado pela hermenêutica deveria passar a dedicar sua atenção para a proteção do “ato de criar”/“processo criativo” – o “ambiente da criação” (Victor Drummond) ou, simplesmente, a “Arte” (Martin Heidegger) -, a fim de permitir a manutenção do “círculo criativo”, no qual o Artista possa se dedicando ao encontro, sempre virgem, com a Arte da criação.

Mais, os aportes hermenêuticos acima apresentados – obviamente de forma incipiente –, já nos permitem visualizar o papel de destaque que o Direito Fundamental Social à Cultura, inserido no art. 215, da CRFB,⁷¹ pode (e deve) passar a desempenhar na justificação do Direito Autoral.⁷² Para além das “teorias filosóficas tradicionais”, que justificam o Direito de Autor apenas sob uma perspectiva econômica – causando o problema do déficit filosófico -, a hermenêutica nos permite fundamentar a proteção autoral com foco na manutenção de um “círculo criativo”, que, por sua vez, não deixa de ser a representação, ao menos em parte, do próprio patrimônio cultural brasileiro, previsto no art. 216, da CRFB – e que inclui, por exemplo: “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”.⁷³

Para Victor Drummond, a indicação do que seja “cultura” comporta uma dupla vertente:

Como (1) a totalidade das manifestações inerentes à existência e a representatividade de um povo; e, como (2) o conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da(s) pessoa(s) e de sua personalidade.⁷⁴

Seja como “representação de um povo”, ou como “elemento formador das capacidades/personalidades”, a cultura desempenha papel fundamental no fomento das potencialidades criativas – logo, dentro do “círculo criativo” – influenciando, portanto, sobre quem apenas a “absorve” ou quem a “produz”. Conforme anota Victor Drummond, “no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas, por outro lado, também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador, ainda que esta não seja necessariamente uma obrigação

subject (creative-being) must have entered the hermeneutic circle, which in this case I term creative circle.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo**: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. p. 81.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 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.”

⁷² A propósito, *vide*: ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação constitucional do direito de autor**: da hermenêutica aos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁷⁴ DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 307.

lógica”⁷⁵. Portanto, há um movimento cíclico, que representa o próprio “círculo criativo” – cuja manutenção, repita-se, deve ser o epicentro das preocupações do Direito de Autor, em sua feição hermenêutica.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi analisar as contribuições da hermenêutica na justificação (constitucional) do Direito de Autor, para além do legado da Modernidade, herdeira do paradigma afeto à filosofia da consciência.

Conforme demonstrado, desde o seu início como categoria jurídica o Direito de Autor jamais foi interpretado com a análise da filosofia, mas a partir de conceitos econômicos e políticos. O denominado “déficit filosófico do Direito de Autor” foi o responsável por lhe atribuir valores equivocados, com base em teorias, que muito embora estivessem revestidas de um aparente substrato filosófico, não passam de “tentativas de justificar razões econômicas”⁷⁶, *a posteriori* ou *ex post facto*, e, ainda por cima, “falsear o conhecimento”⁷⁷.

Ocorre que, se a Teoria do Direito sofreria profundas transformações com a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck, o Direito Autoral não passaria imune a essas transformações – em que pese, repita-se, o fenômeno tenha passado, aparentemente, despercebido pela maior parte da doutrina autoralista. Com efeito, sob a perspectiva hermenêutica, que inserem a linguagem na pauta do Direito Autoral, para além da relação Autor (criador) e Obra (objeto), passa-se a privilegiar um terceiro elemento, antes esquecido pelas teorias tradicionais, que é a relação de criação. Não obstante haja uma interdependência entre o Autor e a Obra, esta última já se encontra no mundo na forma de potência, e não mais na subjetividade do Artista – ainda que seja parte dele – e venha ao mundo – onde ela está na forma de potência – através do Artista.

A partir da perspectiva filosófica hermenêutica, passa-se a compreender que a Obra – antes objeto da subjetividade do “gênio-criador” - já existe no mundo (na forma de potência), e se concretiza através da linguagem, na relação intersubjetiva com o Artista, dentro de um *locus* específico, e, desta forma, dentro de um “círculo criativo”, cuja manutenção passa a ser o epicentro das preocupações do Direito de Autor.

⁷⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 310.

⁷⁶ DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur**. p. 81.

⁷⁷ Idem. Ibidem. p. 81.



REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia do Direito Autoral**. 2011. Disponível em http://www.denis-barbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf. Acesso em 25 jun. 2016, às 16h.
- BARTHES, Rolando. **The death of the author**. In Image-Music-Text. New York: Hill and Wangs, 1977.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.
- CABRAL, PLÍNIO. **A Nova Lei de Direitos Autorais - Comentários**. 4ª edição. São Paulo: editora HARBRA, 2003.
- CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede**. São Paulo: Quartie Latin, 2010.
- CARVALHO, Salo. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito**. Editora Saraiva: Rio de Janeiro. 3ª Ed. 2015
- DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.
- DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, p. 58-83, jun. 2016. ISSN 2448-3931. Disponível em: <http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedi-review/article/view/185>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- _____. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 5(1): 74-81 janeiro-junho 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- _____. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344.
- ESTEVES, Maurício Brum. **Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- 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.
- FISHER, Willian. **Theories of Intellectual Property**. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.
- HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de Direito Autoral**. Coordenador, Alberto André. Ed. da Universidade, UFRGS, 1984.
- HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de Arte**. Tradução de Maria da Conceição Costa. Edições 70. São Paulo/Lisboa. 2010.
- IZZO, Umberto, **Alle origine del copyright e del diritto d'autore - tecnologia, interessi e cambiamento giuridico**, Carocci, Roma: 2010, p. 46. *Apud* DRUMMOND, Victor Gameiro. O “Déficit Filosófico do

Direito de Autor” E os Privilégios Monopolistas dos Sistemas de Copyright e de Droit D’Auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, p. 58-83, jun. 2016. ISSN 2448-3931. Disponível em: <http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185/175> . Acesso em: 27 nov. 2016.

MCLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação como extensões do homem (Understanding Media). São Paulo: Editora Cultrix, 1968. p. 35. *Apud*. SILVEIRA, Sérgio Amadeus. Cibercultura, commons e feudalismo informacional. **Revista Famecos**, Porto Alegre nº 37. Dezembro de 2008.

STIGLITZ, Joseph E., Economic Foundations of Intellectual Property Rights. **Duke Law Journal**. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WITTGENSTEIN. Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus - The Original Authoritative Edition**. Chiron Academic Press. Versão Kindle. Suécia. 2016.





DIREITO AUTORAL E FOTOGRAFIA: A NECESSÁRIA RELEITURA DO CONCEITO DE OBRA FOTOGRÁFICA NA LEI 9.610/98

Alex Mecabô¹

RESUMO: A proteção da fotografia por meio da Lei de Direitos Autorais brasileira, exigia, inicialmente, a demonstração da presença de fatores técnicos e artísticos aptos a conformar a foto ao conceito de obra intelectual decorrente de criações do espírito. Contudo, com a alteração na Lei 9.610/1998 levada a cabo pela Lei 12.853/2013, houve uma ampliação desmedida da proteção às obras fotográficas, ignorando que muitas imagens, a despeito de possuírem alguma estética visual elogiável, não denotam qualquer atributo de artisticidade ou elemento criativo do autor, figurando como mero conteúdo documental. O presente artigo, debruçado sobre esta temática, explora, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a irrazoabilidade da atual formatação legal, que, na contramão de outros países signatários da convenção de Berna, protege de forma exacerbada a fotografia e deixa em segundo plano a exigência de criação artística – mutilando, assim, o a própria essência do direito autoral: proteger a expressão da personalidade humana e fomentar a criatividade.

Palavras-chave: Fotografia; Direito Autoral; Criação do Espírito

INTRODUÇÃO

O que faz da fotografia uma obra de arte? Que atributos legitimam a proteção conferida pela legislação autoral? Considerando-se a atual conformação da Lei 9.610/98 – que deixou de exigir a percepção de artisticidade da obra fotográfica – as respostas repousam, de forma simplista, em uma proteção irrestrita e despropositada da fotografia, ignorando-se, por completo, o núcleo fundante da própria proteção autoral concebida pelo sistema *droit d'auteur*: o fomento à criatividade e originalidade.

É certo que a atual solução brasileira, marcada por esta excessiva proteção das fotografias, destoa da formatação portuguesa, estampada no art. 164 do CDAC, que dispõe: “*Para que a fotografia seja protegida é necessário que pela escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor*”.

A compreensão dada pelo ordenamento português, confirmada pelos tribunais daquele país, garante uma melhor simetria entre a proteção legal e o atual contexto tecnológico, no qual constata-se um aperfeiçoamento e barateamento do equipamentos fotográficos e uma sensível

¹ Advogado graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba, com intercâmbio de mobilidade pela Universidade de Coimbra. MBA, em Gestão e Business Law, pela FGV. Especialista em Processo Civil. Mestrando em Direito Civil, pela UFPR.

facilitação do processo de captura de imagens, garantindo, assim, que qualquer indivíduo faça registros fotográficos de considerável qualidade, mas nem sempre dotados de algum atributo da personalidade do sujeito, de uma real materialização de uma criação do espírito.

A imagem do pôr-do-sol de uma praia, por exemplo, capturada por um amador, pode possuir um elogiável visual estético, mas não deveria ser abarcada na rigidez protetiva disposta pela legislação autoral, sob pena de esvaziar o próprio conteúdo histórico e justificante desta norma, cancelando o irrazoável.

Frise-se: a mera captura mecânica de um objeto exterior não pode ser encarada, para os fins de proteção autoral, como obra artística. As restrições de circulação decorrentes do reconhecimento da propriedade intelectual sobre uma fotografia dotada de simples conteúdo documental dificultam o acesso à cultura e informação, na medida em que, não raras vezes, veículos de comunicação objetivam usar imagens captadas por terceiros e lançadas em redes sociais para ilustrar reportagens de conteúdo jornalístico e nítido interesse público.

Assim, a partir deste recorte, o presente artigo visa denotar a necessidade de alteração legislativa da Lei de Direitos Autorais brasileira no tocante à proteção da fotografia, utilizando-se, para tanto, de exemplos emblemáticos, nacionais e estrangeiros, bem como de referencial doutrinário e jurisprudencial na matéria.

1 DIREITO AUTORAL: PERCURSO HISTÓRICO E JUSTIFICAÇÃO

A atuação do intelecto converge, ou para a satisfação de objetivos estéticos, ou para produção de bens materiais funcionais, de modo que sua exteriorização resulta em duas espécies distintas de obras: as de cunho estético – artísticas, reguladas pelo direito autoral – e as utilitárias – submetidas aos regimentos de propriedade intelectual (BITTAR, 2000, p. 15).

No tocante às obras autorais, objeto do presente estudo, seu caminho evolutivo foi pavimentado pela coexistência de duas diferentes acepções, provenientes de formas distintas de construção do próprio Direito: o modelo de *copyright*, de origem anglo-saxã, e o modelo da *droit d’auteur*, derivado do sistema francês.

Enquanto que o primeiro, consolidado a partir do Estatuto da Rainha Ana, de 1710, concebida um modelo de valorização e encorajamento do aprendizado, mas com maior estímulo, proteção e destaque ao mercado editorial – sendo até mesmo negado, em grande medida, como forma de proteção autoral – (NETTO, 1998, p. 33), o segundo estava voltado à proteção do próprio artista, outorgando-lhe inúmeras garantias que viabilizassem e fomentassem a exploração exclusiva da obra e dos interesses que repousavam sobre o exercício da criatividade (ZANINI, 2015, p. 50).

Em verdade, o sistema de *copyright*, como marco embrionário da preocupação estatal no tocante à circulação de ideias, emergiu em um contexto de substituição do regime de privilégios, ou ciclo de privilégios, que, em linhas gerais, “estabelecia um monopólio de exploração em favor de livreiros e impressoras, normalmente por tempo determinado. Eram concedidos pelos



governantes e comumente objetivavam a gratificação de determinada pessoa em função de um trabalho ou ato realizado. Ao lado do aspecto econômico ligado aos livreiros e impressoras, também funcionavam como recurso político para o controle da difusão das doutrinas consideradas perigosas” (ZANINI, 2015, p. 45).

O novo regime instalado, ainda que proporcionasse pouco destaque para os criadores das obras (até mesmo por ser proveniente de reivindicações oriundas do mercado editorial), foi um diploma elogiável por regular o mercado livreiro, rompendo o exercício da censura estatal, estabelecido durante o regime de privilégios por meio da sólida parceira celebrada entre o Estado e a *Stationers’ Company* (antiga detentora do monopólio de circulação das obras literárias). Frise-se, todavia, que o novo sistema anglo-saxão, a despeito de garantir o direito de livre circulação de livros, mantinha a obrigatoriedade de inscrição de quaisquer obras literárias nos registros da empresa *Stationers’ Company* – denotando a manutenção de uma certa vigilância estatal sobre o fluxo de ideias (ZANINI, 2015, p. 50).

Interessante ponderar, também, que o sistema de *cópia* garantia, inicialmente, a possibilidade de exploração *ad eternum* das obras pelas editoras – enfatizando o destaque mercadológico que o modelo anglo-saxão estabelecia. Apenas com o julgamento do célebre caso *Donaldson vs. Beckett*² é que se pôde reconhecer a delimitação temporal de exploração de obras e as noções de domínio de público – percebidas até os dias de hoje.

O percurso histórico do sistema de *copyright*, em verdade, foi permeado por uma nítida interferência mercadológica, e não de exata proteção autoral, sendo, assim, uma legislação de transição entre o regime dos privilégios – que garantia ao Estado controle irrestrito sobre o conteúdo das obras – e as modernas leis de direitos autorais – focalizadas, atualmente, na proteção dos autores sob o aspecto patrimonial e moral, bem como no fomento da criatividade e da circulação de ideias.

No vértice oposto, a despeito de sua origem também ser datada de um contexto de superação do regime de privilégios, o sistema “*droit d’auteur*”, concebido na França da década de 1790, a partir das legislações revolucionárias de 1791 e 1793, teve sua formação impactada por uma compreensão mais elástica acerca da propriedade e dos direitos provenientes da obra, outorgando aos autores não apenas os aspectos patrimoniais decorrentes do exercício da criatividade, mas também, no decorrer do século XIX, os direitos da personalidade respectivos (direitos morais de autor), afirmando-se, assim, a dimensão jusnaturalista e personalista do direito do autor (ZANINI, 2015, p. 50).

Sublinhe-se, neste contexto, que as noções de propriedade e patrimonialidade sobre o direito autoral³, bastante presentes nos debates acadêmicos da época, foram brilhantemente acentuadas na clássica obra de Antônio Chaves, nos seguintes termos:

² Alexander Donaldson alegava estar dentro do seu direito ao imprimir a obra “The seasons”, de James Thomson, uma vez que transcorrido o prazo de proteção de 28 anos (14 anos, prorrogável por mais 14). A obra, contudo, havia sido adquirida pelo livreiro londrino Thomas Beckett em 1729, que, irrisignado, levou o caso para os tribunais. A decisão reafirmou que os direitos autorais não seriam perpétuos, de modo que transcorrido o prazo legal, as obras cairiam em domínio público.

³ A convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) define a propriedade intelectual como “a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às



[...] a importância de se definir legislativamente como direito de propriedade o direito de autor, porquanto o legislador deve chegar à consequência ulterior de que esta propriedade precisa ser governada pelas regras clássicas da propriedade clássica, isto é, da propriedade sobre as coisas materiais [...] O direito de autor representa uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, sem cair em qualquer contradição lógica, porque traduz numa fórmula sintética aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial. Patenteia um vínculo de natureza pessoal, no sentido de formar a personalidade do autor um elemento constante do seu regulamento jurídico e porque seu objeto constitui, sob certos aspectos, uma representação ou uma exteriorização da personalidade [...]. O direito de autor é, pois, conclui, um poder de senhorio de um bem intelectual, poder esse que, em razão de sua natureza especial, abraça no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial. (CHAVES, 1987, p. 07)

Apreciando as nuances teóricas que repousavam sobre a temática, Justin Hughes, teórico americano, apropriando-se de aspectos das teorias clássicas da propriedade, formatou sua própria aceção de propriedade intelectual.

Em seu clássico artigo intitulado “*The philosophy of intellectual property*”, datado de 1988, o estudioso americano analisa as concepções da propriedade intelectual sob duas perspectivas distintas: a um, a partir de John Locke, sob o espectro da *Locke Labor Theory*, e, a dois, por meio Friedrich Hegel, com a compreensão de sua teoria da personalidade⁴.

Inicialmente, voltado para a visão lockeana do trabalho, Hughes apresenta a compreensão, em síntese, de que aquilo que exigiu tempo, esforço e esgotamento do indivíduo deve ser passível de apropriação. Ou seja, a obra criada, por ser precedida por um trabalho suficientemente desagradável (esforço), deve ser recompensada por meio da *propriedade* – indicando, assim, um caráter absolutamente utilitarista da teoria. Para corroborar, também, Hughes ressalta a perspectiva do valor adicionado (*The value-added labor theory*), que sustenta que o exercício laboral apto a gerar algum valor – ou riqueza – social, mereceria ser recompensado por meio do instituto da propriedade (HUGHES, 1988, p.. 125).

Na sequência, Justin Hughes, ao entender pela insuficiência dos estudos de Locke para justificar a conformação teórica da propriedade intelectual, utiliza-se da teoria da personalidade de Friedrich Hegel para embasar suas conclusões. Nesta visão, Hughes denota que a apropriação da ideia está fundada a partir “*da incorporação da vontade e da liberdade de uma pessoa em um*

execuções 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”.

⁴ Cabe destacar que as teorias de Locke e Hegel foram elaboradas em contextos distintos e focalizadas em distintas áreas do conhecimento jurídico, não se conformando propriamente como teorias de propriedade intelectual. O transporte realizado por Hughes – adaptando as teorias às noções da propriedade intelectual– parte de um exercício hermenêutico deste autor que é apto a corroborar a tese aqui apresentada.



bem, que, por esta razão, passa a pertencer ao sujeito que o externou” (ESTEVES, 2018, p. 36). Ou seja, o direito do autor percebido como uma “*emanação do direito da personalidade*” – nos exatos termos salientados, também, pelo teórico alemão Otto Von Gierke (CHAVES, 1987, p. 12).

E mais. Se o objetivo, na normatização dos direitos sobre a obra intelectual, como visto, é proteger o autor e possibilitar-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua criação e, de outro, a fruição dos proventos econômicos resultantes de sua utilização desta propriedade, dentro da linha dos mecanismos de tutela dos direitos individuais, é possível concluir que a propriedade imaterial relaciona-se profundamente com os interesses da personalidade (reforçando, também, o caráter subjetivista e privatista do Direito do Autor) (BITTAR, 2000, p. 04).

Note-se, aqui, que, em razão do sistema protetivo autoral brasileiro ter sido largamente influenciado pelo regime de “*droit d’auteur*” francês⁵, a justificação exposta por Justin Hughes⁶ converge para a própria justificação da proteção autoral no ordenamento pátrio brasileiro.

Explica-se. Se, para o teórico americano, uma proposta de compreensão da propriedade intelectual alinha-se à assimilação do trabalho (John Locke) e à manifestação da personalidade humana (Friedrich Hegel), é certo que o objeto protetivo da legislação autoral deverá percorrer este núcleo fundante. O próprio art. 7º da Lei de Direitos Autorais brasileira indica que “*São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*”.

Neste aspecto, por meio do exercício hermenêutico, o preceito normativo poderia ser facilmente confortado nas ideias apresentadas por Hughes, ao aproximar a expressão “*criação*” das noções trazidas pela “*Locke Labor Theory*” (como exigência de um esforço laboral do artista, de materialização da ideia). Ainda, a designação “*do espírito*”, também indicada no art. 7º da referida normativa, como a assimilação da teoria da personalidade hegeliana, sob a ótica da expressão do próprio ser na obra externalizada: a essência da criação do espírito do artista.

Contudo, a despeito da formulação teórica acima citada, com a evolução tecnológica experimentada nas últimas décadas – invenção de máquinas fotográficas digitais de alta performance, instrumentos sonoros automatizados, sofisticados programas de computador – há uma clara tendência de proteção irrestrita na LDA brasileira, ignorando-se, muitas vezes, que algumas das novas manifestações do intelecto não são dotadas, de fato, de qualquer elemento criativo, artístico, ou, até mesmo, de um efetivo exercício laboral do autor da obra.

Ilustrando a celeuma – que será aprofundada nos tópicos subseqüentes –, tem-se o emblemático caso da “*selfie do macaco*”, ocorrido em 2011, e que ensejou uma longa disputa judicial referente a direitos autorais. Em síntese, o fotógrafo britânico David Slater, em uma de

⁵ A primeira convenção internacional sobre propriedade intelectual, ocorrida em Berna, foi fortemente influenciada pelas noções francesas de direito autoral, de modo que o sistema “*droit d’auteur*” pode ser percebido em diferentes culturas e regiões do planeta.

⁶ Frise-se que o autor americano não objetivou a criação de uma teoria única de justificação da propriedade intelectual, mas, sim, expôs algumas teorias clássicas – insuficientes em alguma medida – para robustecer uma compreensão desta forma sui generis de propriedade.



suas viagens pelas florestas tropicais da Indonésia, “decidiu montar a câmera sobre um tripé, configurando-a de modo a aumentar as chances de um close up de rosto [...]. Afastou-se do equipamento e deixou que os macacos se aproximassem; eles brincaram com a câmera por aproximadamente trinta minutos, “até que, é claro, algumas fotografias foram inevitavelmente tiradas” (SLATER, 2014). Dentre elas, a célebre fotografia do rosto do macaco Naruto sorrindo para a câmera, reproduzindo as características de uma selfie” (BITTENCOURT, 2015, p. 2238). Para melhor compreensão, veja-se a imagem ora debatida:

FIGURA 1 - A SELFIE DO MACACO



Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/disputa-em-torno-de-selfie-de-macaco-chega-ao-fim.ghtml>.
Acesso em 29 set. 2019.

O caso ensejou uma longa disputa acerca da propriedade sobre os direitos autorais decorrentes da fotografia, uma vez que não havia, em uma primeira visão, participação ativa do fotógrafo na criação da obra. A PETA, ONG dedicada ao tratamento ético de animais, optou por representar os interesses do animal, em uma ação judicial proposta na Corte Federal de São Francisco, nos EUA.

Após regular trâmite processual, em 2016, o juiz determinou que a Lei de Direitos Autorais (Copyright Act) não abrangeria os animais, entendendo que o fotógrafo David Slater seria titular exclusivo dos direitos advindos da obra. A PETA recorreu, e em julho de 2017 o caso

do selfie do macaco voltou à Justiça. Desta vez, antes que o tribunal respondesse, houve a celebração de acordo entre as partes (EL PAIS, 2017, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/12/cultura/1505207783_546587.html).

O caso ilustra, com propriedade, a dificuldade de conformação irrestrita da fotografia dentro dos limites de uma legislação autoral, sobretudo em um novo contexto tecnológico. A quem serve a proteção autoral? Qual seu núcleo fundante? Busca-se apenas remunerar um trabalho, um esforço do indivíduo, ou, de fato, a arte concebida a partir da criação de espírito?

Note-se que mesmo em situações menos extremas, a obra fotográfica, incluída no rol de obras protegidas pela legislação autoral brasileira, tem garantido alguns flagrantes abusos e desconformidades frente a uma visão sistêmica do próprio ordenamento jurídico e princípios constitucionais estruturantes⁷, sobretudo considerando as peculiaridades que esta manifestação artística possui com relação às demais expressões do intelecto – conforme será analisado na sequência.

2 A FOTOGRAFIA COMO OBRA AUTORAL: CONCEITO E CONFORMAÇÃO CONTEMPORÂNEA

O surgimento da fotografia tem intrínseca relação com “a sociedade industrial, em estreita ligação com seus fenômenos mais emblemáticos – a expansão das metrópoles e da economia monetária, a industrialização, as modificações do espaço, do tempo e das comunicações – mas, também, a democracia” (ROUILLE, 2009, p. 16).

Sabe-se que, historicamente, o reconhecimento da primeira fotografia deu-se há mais de um século, por meio dos experimentos de Joseph Nicéphore Niépce, “que após várias tentativas, conseguiu retardar cada vez mais o desaparecimento da imagem, até obter a primeira fotografia que se tem notícia em 1826”. (GOLÇALVES, 2017, p. 121)

De lá para cá, contudo, as tecnologias e procedimentos envolvidos na captação de fotos mudaram radicalmente.

Em seus tempos remotos, a fotografia exigia a fixação “por meio de agentes químicos e com auxílio de câmara escura, da imagem dos objetos exteriores, seja diretamente sobre uma chapa sensível, seja por uma reprodução dessa chapa sobre papel ou outra chapa” (OLIVER, 1991, p. 16). Todavia, com a evolução tecnológica percebida nas últimas décadas, sobretudo constatada a partir da automatização e simplificação dos processos de captura de imagens – e amplo acesso da população a câmeras portáteis de alta performance e baixo custo – o próprio exercício de fotografar transformou-se, ampliando o número de fotógrafos profissionais e, também, garantindo que fotógrafos amadores pudessem obter, com considerável qualidade, registros fotográficos do seu cotidiano (lançados, inclusive, de forma maciça e pouco cuidadosa nas redes sociais, *blogs* e outros *sites* espalhados pela *internet*).

⁷ Aqui, cabe destacar que a proteção excessiva sobre a fotografia representa, muitas vezes, violações à liberdade de imprensa e ao acesso à informação e à cultura – constitucionalmente assegurados.



O referido aperfeiçoamento tecnológico, entretanto, não foi devidamente acompanhado pelo aprimoramento legislativo da LDA, sendo certo que a facilitação na obtenção de fotografias de alta resolução, até mesmo por aparelhos de uso cotidiano, como *smartphones*, tem trazido um cenário de desequilíbrio entre a proteção outorgada à obra fotográfica e seus correspondentes atributo artístico e contribuição cultural.

É evidente que existem fotografias que são verdadeiras obras de arte, graças ao talento por trás das câmeras, como é o caso das imagens captadas por George Williams ou Sebastião Salgado, que não se limitam a captar a beleza e as características de um objeto/pessoa/paisagem, mas o fazem mediante escolhas (como enquadramento, ângulo, etc...) que tornaram as imagens icônicas.

Em verdade, a proteção autoral irrestrita das fotografias não apenas mutila a natureza da lei de proteção autoral, mas também desprestigia profissionais (ou amadores) que, de fato, utilizam a fotografia como uma legítima expressão da personalidade, da técnica, do espírito e de sua essência. Sublinhe-se:

Na era da incompetência técnica, fotografar não é um ato apaixonado. É uma relação desumanizada, que evoca a lógica fria do serial killer. Mera impressão de um aparelho disparado por um dedo humano destituído de vontade afetiva, autômato. Eis um dos motivos pelo qual as fotografias gestadas pela incompetência técnica parecem não ter força: superfícies que não se desdobram em profundidades. Quando a fotografia deixa de ser um crime passionai e passa a ser assassinato em série, não há mais uma busca pelas ficções da realidade interior dos fotógrafos. Os registros da incompetência técnica são sempre remissivos a outras imagens, ou seja, tendem a se descolar do imaginário para aderir ao já imaginado. Nesse ponto, a fotografia perde sua força enquanto memória afetiva, estética ou histórica e ganha força como memória imagética. A memória é a profundidade da imagem. Não é à toa que as imagens tiveram sua capacidade de apelo reduzida. São menos memoráveis, ou seja, afetada em sua capacidade de suscitar recordações. (HOFFMANN; OLIVEIRA; 2015, p. 95)

Note-se, neste sentido, que a legislação autoral brasileira, em sua origem, reconhecia a necessidade de verificação, a partir do caso concreto, da conformação, ou não, da fotografia como criação artística (GONÇALVES, 2017, p. 131). Veja-se o teor do art. 6º, VII, da Lei n. 5.988 de 1973:

Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística;

A normativa, no entanto, alterada pela Lei 9.610/1998, deixou de contemplar a referida exigência para conformação da fotografia à legislação autoral, garantindo, em uma leitura menos



atenta (que ignora a própria natureza da legislação autoral), a interpretação de que qualquer fotografia seria encaixada no conceito de obra artística, sendo, portanto, objeto de proteção da legislação autoral.

3 OS EXCESSOS DECORRENTES DO CONTEXTO TECNOLÓGICO *VERSUS* A PROTEÇÃO DESMEDIDA DA OBRA FOTOGRÁFICA

Como visto, pela atual dicção da Lei de Direitos Autorais brasileira, qualquer obra fotográfica integraria a propriedade imaterial do fotógrafo, independentemente se valorada como obra especial de caráter artístico ou não, conforme já manifestado até mesmo pela Corte Superior em algumas oportunidades:

Nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”. Dispõe também a lei que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, dependendo “de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades” (arts. 28 e 29). 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos⁸.

Assim, pela acepção jurisprudencial, “*não há dúvida de que a fotografia é obra intelectual, fruto de atividade típica de criação (inspiração), envolvendo escolha de ângulos adequados, posição da luz, localização, composição da imagem etc.*”⁹

Esta conformação, contudo, que protege de forma demasiada a fotografia, deixa em segundo plano a exigência da criação artística, propiciando exageros e assimetrias (ASCENSÃO, 1980, p. 227), sobretudo em uma sociedade marcada pelo aprimoramento das câmeras de uso cotidiano (como aquelas embutidas em celulares, por exemplo) e a ampliação do uso da fotografia como *hobby* (fato constatado a partir dos dados que denotam que 66% da população brasileira encontra-se ativa em redes sociais, compartilhando experiências e imagens do seu cotidiano) (TECHTUDO, 2019, Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/conheca-as-redes-sociais-mais-usadas-no-brasil-e-no-mundo-em-2018.ghtml>).

É certo que há fotografias com valor documentário, mas que não poderiam ser encaixadas nas raías do direito autoral, vez que desacompanhadas de qualquer trabalho artístico ou «*criação de espírito*» do fotógrafo – fundamentos centrais da legislação de proteção autoral que seguem a

⁸ STJ - AgInt no AgInt no AREsp: 775401 DF 2015/0222121-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 28/03/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2019.

⁹ STJ. REsp 1317861-PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 05.05.2016.



tradição do *droit d'auteur* (GONÇALVES, 2017, p. 132). Repisa-se: a fotografia produzida por meios meramente técnicos ou mecânicos não pode ser considerada obra de arte (OLIVER, 1991, p. 17).

Quando a obra fotográfica é decorrente de um mero processo mecânico, de transposição de um objeto exterior – executado, primordialmente, de forma autônoma, pelo próprio equipamento digital – é nítido o descompasso empreendido pela legislação autoral, que expande excessivamente o conceito de obra artística fotográfica e, assim, anula as barreiras que justificam a própria existência da Lei de Direitos Autorais. Em verdade, a obra literária ou artística não é a descoberta, é a criação. Por mais intuição estética que tenha havido no isolamento do objeto fotografado, o fotógrafo não cria o objeto; e a fotografia limita-se a reproduzi-lo por meios mecânicos. Por isso, a rigor, a fotografia deve estar fora da proteção autoral quando representa a mera transposição do objeto (ASCENSÃO, 1980, p. 226).

Sublinhe-se, neste contexto, que a legislação portuguesa (CDA), de forma irretocável, em seu art. 164, dispõe: *“Para que a fotografia seja protegida é necessário que pela escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor”*. A solução portuguesa, confirmada reiteradamente pelos tribunais daquele país, garante uma melhor simetria entre a proteção legal e o atual contexto tecnológico, no qual muitas imagens, até mesmo dotadas de interesse jornalístico ou decorrentes da mera captura mecânica de um objeto exterior, são lançadas e compartilhadas em redes sociais e *blogs*, perdendo, em grande medida, a possibilidade de identificação de autoria – principalmente considerando-se a ausência de exigência legal de registro da obra autoral fotográfica¹⁰.

Corroborando o afirmado acima, a Suécia (bem como o restante dos países nórdicos) trata a fotografia em lei distinta da lei geral de autor (ASCENSÃO, 1980, p. 226).

Ou seja, a proteção trazida pelo ordenamento brasileiro é discrepante não apenas com relação a outros países que possuem direta relação com o sistema *droit d'auteur*, mas também destoa da própria natureza e dos princípios justificantes que ensejaram a criação de um regramento específico de proteção dos direitos de autor. A título comparativo, veja-se a compreensão trazida pelas cortes portuguesas acerca do tema:

Nos termos do art. 164 do CDAC para que a fotografia seja protegida é necessário que pela escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução, possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor. “A protecção é a contrapartida por se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade”. “O Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação. Na exigência da criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor (Prof. Oliveira Ascensão, Direito de Autor e Direitos Conexos, pág.90). - Não apresentando as fotografias objecto do litígio as características que determinam a sua protecção nos termos do CDAC, a sua utilização não autorizada não preenche um dos requisitos da obrigação de indemnizar, a ilicitude, pelo que a mesma não se verifica”¹¹.

¹⁰ Art. 18, da LDA: A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

¹¹ Tribunal da Relação de Lisboa. 1848/07.0TJLSB-8. J. 02.07.2009.

Ou seja, enquanto para o ordenamento brasileiro, “a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral”¹², o Direito português compreende que o “carácter criativo, constitui, pois, característica necessária da obra protegida pelo Direito de autor, exigindo-se um mínimo de criatividade, encarada no nosso ordenamento jurídico com o sentido de originalidade ou individualidade o objecto a comandar, sem se reconhecer o papel preponderante à visão do autor refere Luiz Francisco Rebelo que originalidade é sinónimo de criatividade e não de novidade, acrescentando, com base no teor do art. 196º nº1 (contrafacção), que a obra é original desde que “tenha individualidade própria”¹³.

Os excessos decorrentes da vigente conformação legal são incontestes. Ilustra-se, neste sentido, a propositura de 455 demandas indenizatórias no estado de São Paulo, pelo fotógrafo Giuseppe Silva Borges Stuckert¹⁴, em razão da utilização não consentida de algumas fotografias de paisagens, por agências de turismo, capturadas por ele e sem qualquer indicação de autoria ou registro da obra¹⁵.

E mais. Inúmeros veículos de comunicação sentem-se desencorajados de utilizar imagens não captadas por seus fotógrafos, mesmo quando dotadas de interesse público – situação que viola a própria garantia de liberdade de imprensa e de acesso à informação pela sociedade, constitucionalmente asseguradas.

Explica-se. Pela atual redação do art. 7º, VII, da LDA¹⁶, a captura da imagem de um grande acidente, por exemplo, mesmo que não possua qualquer atributo artístico e criativo do fotógrafo, será protegida pela normativa de direitos autorais, e a imprensa, para utilizar esta imagem em seu exercício jornalístico, necessitará (i) da autorização expressa do autor; (ii) da indicação dos créditos na imagem; e (iii) da publicação do material sem qualquer espécie de edição¹⁷.

As exigências, por óbvio, não se coadunam com a necessária agilidade de transmissão da informação, bem como impõem óbices impraticáveis ao exercício jornalístico contemporâneo. Note-se que a eventual utilização indevida de imagens que não materializem “criações do espírito” deveria ser passível de impugnação pelo fotógrafo a partir das regras comuns atinentes

¹² STJ. AI no AGResp 775401/DF. Rel. Min. Raúl Araújo. J. 28.03.2019.

¹³ Tribunal da Relação de Lisboa. 1848/07.0TJLSB-8. J. 02.07.2009.

¹⁴ *Isto porque, apenas pela mera análise de tais documentos é possível comprovar que o apelante está agindo com total má-fé, vez que são provas produzidas MUITO após à produção da referida fotografia, bem como MUITO após ao ajuizamento de tantas outras ações (455 só no Estado de São Paulo) que o Autor e seu advogado pleiteiam o recebimento de verbas indenizatórias, por suposto uso indevido.* (Contrarrazões de apelação. Autos n. 1018291-75.2017.8.26.0506. TJSP).

¹⁵ *Fotografia em discussão que diz respeito a imagem de paisagem comum sem especificidade - Autor que ajuizou dezenas de ações com o mesmo objeto em face de outras empresas.* (TJSP. AC 1012406-17.2016.8.26.0506. Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva. J. 31.10.2018)

¹⁶ 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: VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

¹⁷ Frise-se que a inobservância dos requisitos precitados poderá, de acordo com a LDA, ensejar uma tripla responsabilização: por violação aos direitos morais (art. 24), patrimoniais (arts. 28 e seguintes) e pela possibilidade de aplicação da sanção civil (arts. 102 e seguintes).



à responsabilidade civil, estando, também, sujeitas às regras ordinárias de ônus probatório – mas não seriam confortadas na legislação autoral.

Situação diferente seria aquela relativa às fotografias dotadas de atributos da personalidade, resultados legítimos de um efetivo trabalho artístico do fotógrafo, que permaneceriam protegidas pela LDA, resguardando os interesses e direitos envolvidos na utilização da obra e fomentando a criação artística no país. Ou seja, *“com respeito à obra fotográfica, em que se adotou orientação da lei francesa, a protegibilidade em concreto está relacionada ao caráter artístico da forma (art. 7º, inc. VII). Daí, nem toda fotografia merece ser acolhida no regime legal, cabendo, em caso de dúvida, verificação efetiva de sua artisticidade”* (BITTAR, 2000, p. 75).

Em verdade, o fotógrafo, qual os artistas, também precisa estudar e conhecer cores, luzes, composição, perspectiva. Com isso, será capaz de retratar o mundo, a vida, a natureza ou um objeto de um ponto de vista exclusivo. Independentemente da quantidade de reprodução, a foto será única. Isto, os céticos que nos desculpem, é arte. Mas existem momentos em que a fotografia deixa de ser arte, é verdade. Basta esquecermos sua essência criativa. Se apenas for considerado o aspecto técnico: a manipulação da câmera; o conhecimento das lentes, dos filtros, da iluminação, dos diafragmas e tempos de exposição; o lado comercial do relacionamento com os clientes e das dores de cabeça com os fornecedores, aí sim a fotografia como arte mergulha na escuridão (CESAR; PIOVAN, 2009).

CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível concluir que a atual conformação da legislação autoral brasileira tem garantido assimetrias ao proteger, de forma incondicionada, a fotografia, sobretudo por afastar a exigência de criatividade e originalidade da obra e ignorar as diferenças existentes entre uma fotografia artística (que decorre de um olhar perspicaz, um ângulo específico ou um efeito ou edição trazido pelo fotógrafo) e uma fotografia de conteúdo puramente documental (de simples captura de um objeto externo).

É certo que o próprio núcleo fundante dos regimes de proteção autoral, percebido por meio do seu percurso histórico, evidencia que, para a existência o direito de autor, é necessária a percepção de um atributo artístico, de exteriorização da personalidade do indivíduo, do desempenho de um esforço laboral, de modo que a mera captura mecânica de um objeto, dotada de nenhuma originalidade, não poderá ser confortado nas raízes do direito autoral.

O presente estudo, diante do recorte apresentado, denotou a possibilidade de revisitar o ordenamento português, que há muito exige, para a assimilação da fotografia como obra artística, a demonstração de elementos aptos a indicar a tecnicidade, originalidade e criatividade envolvida no processo de criação da foto. Ou ainda, como ocorrido nos países nórdicos, criar uma legislação específica para a fotografia, equilibrando todos os interesses envolvidos e afastando a aplicação da necessária rigidez observada na legislação autoral.

Por fim, o atual contexto tecnológico, de proliferação de câmeras fotográficas digitais, de alta performance e baixo custo, exige uma atuação ativa do legislador, corrigindo as assimetrias que o direito autoral brasileiro contemporâneo chancela.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. São Paulo: Forense, 1980, p. 227.
- BARTHES, Roland. **A câmara clara**: nota sobre a fotografia. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2000. p. 15.
- BITTENCOURT, Rui Carlos Sloboda; GUANDALINI JUNIOR, Walter. A selfie do macaco – autoria e fotografia na contemporaneidade. In **Quaestio Iuris**. Vol. 8. N. 04. Rio de Janeiro, 2015. p. 2238.
- CESAR, Newton. PIOVAN, Marco. **Making off**: revelações sobre o dia-a-dia da fotografia. Distrito Federal: SENAC. 2009
- CHAVES, Antônio. **Direito de autor**: princípios fundamentais. São Paulo: Forense, 1987.
- EL PAIS, 2017, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/12/cultura/1505207783_546587.html
- ESTEVES, Maurício Brum. **Por uma justificação constitucional do direito de autor**: da hermenêutica aos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7320?locale-attribute=en>
- GONÇALVES, Rafaella Dias. Diálogos em Direito: uma abordagem luso-brasileira sobre o direito autoral da fotografia na era digital. In **PIDCC**, Aracaju, ano VI, Volume 11, n. 03, out/2017.
- HUGHES, Justin. The philosophy of intellectual property. In **Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal**. Dec. 1988. Disponível em: <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n1902/pdf/book.pdf>.
- MANSO, Eduardo Oliveira. **Direito autoral**. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- NETTO, José Carlos Costa. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.
- OLIVER, Paulo. **Direito autoral, fotografia e imagem**. São Paulo: Letras e Letras, 1991.
- ROUILLÉ, André. **A fotografia**: entre documento e arte contemporânea. SENAC: São Paulo, 2009, p. 16.
- STJ. **AgInt no AgInt no AREsp: 775401/DF**. Rel. Min. Raul Araújo. J. 28.03.2019, DJe 11.04.2019.
- STJ. **REsp 1317861-PR**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 05.05.2016.
- TECHTUDO. **Conheça as redes sociais mais usadas no Brasil e no mundo**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/conheca-as-redes-sociais-mais-usadas-no-brasil-e-no-mundo-em-2018.ghml>
- Tribunal da Relação de Lisboa. 1848/07.0TJLSB-8. J. 02.07.2009.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 50.





TURNÊS HOLOGRÁFICAS: A UTILIZAÇÃO DA RESSURREIÇÃO DIGITAL PELA INDÚSTRIA DA MÚSICA

Gustavo Fortunato D'Amico¹

RESUMO: O presente estudo busca compreender o fenômeno da utilização da tecnologia de ressurreição digital pela indústria da música, mais precisamente na realização das turnês holográficas. Esse procedimento permite recriar e projetar no palco artistas já falecidos em performances completamente novas. O aumento considerável nos anúncios dessas turnês, que vão de artistas como Roy Orbison a Amy Winehouse, mostra que existe um mercado para esse tipo de apresentação, bem como, permite uma nova forma de capitalizar com a imagem e o catálogo do artista após a sua morte, o que por sua vez, torna o assunto num terreno fértil para discussões jurídicas. Dessa forma, estes espetáculos não são uma mera conjectura, eles já fazem parte da nossa realidade, inclusive com utilizações de artistas nacionais. Por essa razão, a partir de revisão bibliográfica e aplicação do método indutivo, o presente trabalho pretende compreender como lidar com esses processos dentro da legislação nacional. Assim, pode-se concluir que no Brasil, por mais que existam mecanismos para lidar com as questões tratadas pela ressurreição digital, é evidente que eles não estão adequados para a nova realidade propiciada pelo desenvolvimento das novas tecnologias, devendo o tema debatido com mais ênfase, para evitar que tanto empresas, quanto artistas venham sofrer prejuízos.

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

1 INTRODUÇÃO

A indústria da música sofreu uma alteração significativa em sua atuação quando da virada do século XX para o XXI, se antes a sua maior fonte de renda era a venda de discos e CDs, com o surgimento da tecnologia *peer-to-peer* (P2P) e os hábitos da grande maioria dos consumidores de música mudando, a indústria precisou, necessariamente, se reinventar.

Dessa forma, artistas se viram obrigados a marcar cada vez mais shows, na maior variedade de lugares possíveis. Se antes os artistas podiam contar com a receita da venda de discos, a indústria das últimas décadas os forçou a saírem pelo mundo, tocando e captando novos fãs. Assim, o paradigma: “turnê para vender discos”, foi substituído pelo: “discos para vender turnês”.

Ocorre que, antes, a morte do artista, comercialmente, não possuía um efeito muito negativo na indústria, porquanto, as vendas de discos comumente se mantinham, por outro lado,

¹ Mestrando pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pesquisador pelo GEDAI/UFPR.

o mercado de turnês é completamente dependente do artista, assim, com a sua morte, todo o “negócio” morre junto com ele e dificilmente poderá haver lucro com seu catálogo.

Diante dessa problemática, uma possível solução fora encontrada pela indústria nas turnês póstumas, ou seja, começaram a utilizar projeções dos artistas com o intuito de proporcionar aos espectadores a vivência, mesmo que virtual, de estar num espetáculo conduzido pelo artista, capitalizando sobre a nostalgia dos velhos, novos e curiosos fãs. Dessa forma, essas projeções podem ir desde interpretações antigas em telão, como nos shows da turnê Elvis *in Concert* de 2013, até “hologramas”, como Dio e Zappa em 2019.

Enquanto as projeções de interpretações antigas em telão não demandam maiores discussões, tendo em vista que tratam-se de mera reprodução de trabalhos já realizados, os hologramas, por sua vez, refletem visuais novos de artistas mortos sobre o sucesso já alcançado.

Dessa forma, o presente artigo possui o objetivo de analisar essa inovação, seus impactos no mercado e identificar sua possível aplicação no Brasil, considerando nossa legislação.

2 O PAPEL DO HOLOGRAMA NO MERCADO MUSICAL

Para que seja possível compreender a mudança e o impacto que as turnês feitas por hologramas trazem à indústria da música, faz-se necessário, primeiramente, compreender como a virada do século impactou no modo de se fazer negócios neste setor e de que forma essa mudança levou à substituição do CD pelos shows, alterando, assim, o foco da indústria.

2.1 A importância dos shows para a indústria da música no séc XXI

A virada do século trouxe uma série de obstáculos para a indústria da música, se no final dos anos 90 a indústria do entretenimento parecia indestrutível, comemorando recordes de vendas em todo mundo e com a promulgação de leis mais rigorosas no combate a pirataria, como aponta Alessandra Tridente (2009), a chegada do milênio trouxe uma mudança significativa na forma de consumir e compartilhar música, essa mudança decorreu da popularização da tecnologia *peer-2-peer* (P2P), a qual consiste num “formato de rede de computadores em que a principal característica é descentralização das funções convencionais de rede, onde o computador de cada usuário conectado acaba por realizar funções de servidor e de cliente ao mesmo tempo.” (CIRIACO, 2008).

Na prática, essa tecnologia permitiu o compartilhamento massivo de músicas e filmes e, diferentemente dos métodos de cópia anteriores, as reproduções digitais são significativamente mais baratas e replicam, com perfeição, o conteúdo original não havendo qualquer perda na qualidade do material, nem sua deterioração pelo uso prolongado.

Entre os expoentes na tecnologia P2P destacou-se o Napster, programa que permitia o *download* gratuito de músicas e contava com um acervo tão vasto quanto o seu número de



usuários – que no auge da plataforma foi de 80 milhões – possibilitando o *download* não só das músicas que estavam sendo lançadas há época, mas, também, o compartilhamento de conteúdos que estavam fora de catálogo (TRIDENTE, 2009, p. 59).

Essa mudança drástica no hábito de consumo dos usuários levou à queda considerável na venda de discos, forçando artistas, gravadoras e editoras a reverem a forma com que estes conduziram seus negócios. Se antes era possível um artista, ainda que seja uma parcela pequena deles, viver a partir dos *Royalties* derivados da venda de discos, o novo Milênio trouxe uma alteração significativa, colocando os shows como a principal fonte de renda de um artista, deixando a música de ser um produto para se tornar um serviço (KUSEK; LEONHARD, 2005, p.115).

Nesse novo cenário, o show assume um papel de liderança na condução dos negócios e, com ele, uma série de outros produtos e serviços são comercializados em conjunto, objetivando aumentar a receita dos artistas, indo desde o *merchandise* até os *meet & greets* – pagamento pelo fã de uma determinada quantia para conhecer o ídolo. Entretanto, esse novo modelo apresenta uma falha crucial em sua aplicação: ele está diretamente ligado à capacidade do artista de excursionar.

Dessa forma, o novo modelo é extremamente dependente da pessoa do artista, isto porque, se este não estiver em condições de agendar uma extensa turnê ao redor do globo, por qualquer que seja o motivo, o serviço não poderá ser ofertado e, conseqüentemente, o lucro não será obtido. Porém, existe um obstáculo natural que não pode ser superado, a finitude da vida humana.

Ademais, é nesse cenário que surge o dilema de como continuar capitalizando com o catálogo do artista, da melhor forma possível, após sua morte. Pois, como já mencionado anteriormente, a venda de música perdeu em muito seu potencial lucrativo e, mesmo com as inovações como o *streaming*, – que conforme Mariana Valente é “uma tecnologia que consiste na distribuição *online* de dados, por meio de pacotes.” (in: FRANCISO; VALENTE, 2016, p.267) – que teve um papel significativo na retomada de crescimento da comercialização de música em 2016, a receita desse setor continua abaixo do período pré-napster. Exemplificando, em 2018 a arrecadação da indústria musical foi de, aproximadamente, US\$9.8 bilhões de dólares, enquanto em 1999 a receita era de US\$ 14.6 bilhões (ROSENBLATT, 2019).

2.2 O holograma e a turnê após a morte

Uma possível solução ao problema anteriormente tratado, foi encontrada numa técnica desenvolvida para o teatro vitoriano por John Henry Pepper no séc. XIX. Basicamente, esse método – que recebeu o nome de ‘Fantasma de Pepper’, conforme explica Medeiros – consiste: “na projeção da imagem de um objeto oculto do observador, através da reflexão em uma lâmina plana de vidro inclinada de 45°” (2006, p. 334). Assim, aquilo que é considerado como holograma pela indústria da música nada mais é do que um fenômeno inteiramente baseado na “reflexão parcial da luz nas interfaces entre dois meios com índices de refração diferentes.” (MEDEIROS, 2006, p.337).



Enquanto a ideia original de Pepper consistia em aumentar a intensidade da luz sobre determinado objeto para projetá-lo no palco, as inovações tecnológicas recentes trouxeram novas formas de aplicar esse método, pois, como bem explica Elmorshidy, ao invés do reflexo de uma pessoa ou objeto no vidro, hoje, com auxílio de projetores de alta definição, é possível projetar diretamente vídeos, animações e efeitos especiais em uma tela transparente especialmente projetada e quimicamente tratada (2010).

É essa a tecnologia que permitiu, em 2012, que o falecido Rapper Tupac participasse do Festival Coachella, mesmo ele tendo morrido em 1997. O show marcou a primeira utilização de um holograma para uma performance ao vivo, visto que, até então, o que ocorria era a projeção de imagens de acervo do artista em um telão, cuidadosamente editadas para parecer como uma participação especial, como no dueto entre Nat King Cole e sua filha Nathalie, ou, ainda, a exibição de imagens de performances do artista em um telão com acompanhamento de uma banda ao vivo, como no caso da turnê *Elvis in concert*, que passou pelo Brasil em 2013, conforme notícia Vinhas (2012):

O *Elvis Presley in Concert* é basicamente uma coleção dos melhores concertos do cantor que foram gravados em filmes e vídeos. As apresentações utilizadas no show são extraídas principalmente do material de *Elvis, That's the Way It Is* (de 1970), *Elvis on Tour* (de 1972) e do especial de televisão *Elvis: Aloha from Hawai, via satellite* (de 1973).

Tirando a voz de Elvis, todo o resto foi remasterizado. As imagens são projetadas em um telão gigante de LED, enquanto uma orquestra de 16 músicos (sendo vários deles membros da formação original da banda do cantor) acompanha o áudio tocando ao vivo no palco. Tudo, em termos de encenação, cenografia, iluminação, som e produção geral foi feito como se Elvis estivesse vivo e de volta à estrada. Elvis não morreu – não de todo, pelo menos.

Percebe-se que, nos dois casos acima apresentados, a participação do artista falecido se dá de forma distante dos demais, enquanto que a nova tecnologia de hologramas projeta o artista diretamente no palco ao lado dos demais integrantes do show, dando uma sensação de interação muito maior.

Esse fenômeno tem sido conhecido como ressurreição digital, que é, essencialmente, “a técnica pela qual, utilizando-se de computação gráfica, artistas conseguem recriar digitalmente a imagem de uma pessoa já falecida, para depois inseri-la em uma obra nova.” (D'AMICO, 2018, p.117), ou, como nos casos ora analisados, projetá-las em palcos para realização de espetáculos.

Como consequência, nos últimos anos, houve um crescimento significativo na exploração dessa tecnologia, sendo possível encontrar apresentações holográficas, ou notícia de familiares que autorizaram a realização do processo de ressurreição digital: artistas como Frank Zappa, Ronnie James Dio, Roy Orbison, Whitney Houston, Maria Callas, Amy Winehouse, e Michael Jackson.

Destarte, como apontam alguns jornalistas do ramo musical, os hologramas não podem ser ignorados pela sociedade, seja pelo fato da proliferação desses espetáculos, ou pelo retorno



financeiro satisfatório que eles apresentam, conforme relatou Kory Grow (2019), para a Rolling Stone, que os shows de Zappa e Orbinson venderam muito bem, com este vendendo uma média de 1.800 assentos por show, provando que, de fato, existe uma demanda de mercado para esse tipo de entretenimento.

Assim, para a indústria da música, os hologramas são uma excelente ferramenta para promover seus catálogos, pois em 2017 na feira *Pollstar Live!* – importante feira do setor de música e casa de shows dos Estados Unidos – num painel promovido pela empresa *Eyellusion*, uma das pioneiras no uso de shows holográficos, com a temática “*The Hologram Opportunity: Tapping Into Expanded Touring Potential & A New Live Experience*”², empresários do setor falaram dos benefícios dessa ferramenta, desde a possibilidade de realizar shows em dias que costumam não ser utilizados por bandas em atividade, como nas segundas-feiras, e, também, pelos hologramas serem uma excelente forma de promover as vendas dos catálogos dos artistas, como aponta Mark Pinkus, presidente da *Rhino Entertainment*. Ele, inclusive, cita como exemplo, o *box* com seis discos do Dio que venderam com base na apresentação holográfica feita no festival *Wacken* e toda a publicidade gerada pela ela, visto que essa modalidade é, ainda, uma novidade. Conclui que esses eventos possuem o total apoio das gravadoras que, por sua vez, incentivam as casas de shows a aderirem à tecnologia (EYELLUSION, 2017).

Dessa forma, observa-se que diante do número cada vez maior de turnês de hologramas sendo anunciadas, bem como o crescimento de empresas dedicadas a esse setor, sendo *Eyellusion*, *Base Hologram*, *MDH Holograms* e *Musion* apenas alguns exemplos, resta evidente que essa tecnologia é uma verdadeira inovação no mercado.

Cediço que o Manual de Oslo define inovação como sendo: “a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um 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.” (OCDE, 1997, p.55). E, com base nessa definição, é possível constatar que a realização de shows de artistas falecidos por meios holográficos, consiste numa inovação de produto, vez que ela oferece ao público algo novo, ou seja, possibilita ao indivíduo de vivenciar, ainda que virtualmente, um show do finado artista.

Dessa forma, a relevância desse novo mercado para o Brasil é inquestionável, considerando que em 2013 dois ícones da música nacional, Cazusa e Renato Russo, retornaram aos palcos em formato de Holograma (ANDRION, 2019). Por essa razão, nota-se que a ressurreição digital já faz parte da realidade do mercado da música local, sendo indispensável compreender os direitos envolvidos nesses projetos para evitar que direitos sejam lesados ou contratos sejam equivocadamente firmados.

Por essa razão, a seguir serão analisados os direitos atrelados aos casos de ressurreição digital para shows holográficos de artistas falecidos.

² A Oportunidade dos Hologramas: tocando no potencial de turnês expandidas e uma nova experiência ao vivo – Tradução livre



3 O PROCESSO DE RESSURREIÇÃO DIGITAL NA INDÚSTRIA DA MÚSICA

Como foi possível observar, os shows holográficos representam uma importante modalidade de eventos para a indústria do entretenimento, sendo a música um dos principais braços a adotarem essa técnica.

Porém, diferentemente das obras cinematográficas, em que apenas precisam recriar a aparência dos artistas, ficando a voz e a atuação física, geralmente, ao encargo de outro intérprete (D'AMICO, 2017), os shows apresentam maior complexidade, haja vista que não basta apenas recriar o visual do artista, mas sim a experiência do show ao vivo, o que inclui, necessariamente, sua performance. Diante disso, novos interesses devem ser inseridos no planejamento daquele que pretende desenvolver espetáculos dessa natureza.

Assim, antes mesmo de se discutir sobre a criação do holograma, faz-se indispensável, obter os direitos autorais necessários para utilização das obras musicais do artista, pois, sem isso, a chance de sucesso do empreendimento reduz significativamente.

3.1 O licenciamento na música

Para compreender de que forma se opera a obtenção desses direitos, é importante entender do que tratam os direitos autorais.

O direito autoral é o ramo do direito que, conforme disposto na Lei 9.610/98 (LDA), tutela os direitos de autor e aqueles que lhe são conexos. Por direitos de autor, temos o direito que todo criador possui a partir da elaboração e da exploração econômica da obra criada por ele (como autor e editor), enquanto os direitos conexos tratam daqueles destinados a determinadas categorias que, de alguma forma, colaboram, seja na criação, na produção ou na divulgação das obras intelectuais (como intérpretes e produtores fonográficos) (BITTAR, 2008).

Esses direitos concedem, aos seus titulares, duas formas de proteção sobre essas obras, os morais e os patrimoniais. Sobre os direitos morais, leciona Alessandra Neves: “é o vínculo perene que une o criador à sua obra, considerado pela lei como direito de caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível, perpétuo, imprescritível, inalienável e irrenunciável” (2011, p.141). E, quanto aos patrimoniais, a referida autora os define como: “aquele referente à fruição econômica da obra, no sentido de conferir ao autor a prerrogativa de usar ou autorizar a utilização da obra, no todo ou em parte, podendo dela dispor a qualquer título.” (2011, p.143).

Com base nas definições apresentadas, constata-se que os contratos a serem firmados devem, necessariamente, versar apenas sobre os direitos patrimoniais da obra, tendo em vista a natureza intransferível dos direitos morais.

Dessa forma, o passo seguinte é compreender que tipo de contrato deverá ser firmado, uma vez que se pretende desenvolver uma apresentação baseada em hologramas. Assim, a modalidade mais indicada seria a de licenciamento das obras, pois ao contrário da cessão, que

almeja a transferência total dos direitos sobre a obra (BITTAR, 2008), o licenciamento apenas prevê uma transferência parcial destinada à uma finalidade específica, ficando os demais direitos em posse do seu titular (BITTAR, 2008).

Contudo, ao se tratar da música, muitos são os possíveis titulares reconhecidos pela legislação brasileira: autor, compositor, editor, intérprete, músico acompanhante e o produtor de fonograma. Porém, para o caso em análise, duas dessas figuras ocupam posição de destaque, o editor e o produtor de fonograma.

Destarte, o editor é aquele que obtém, via contratual, as prerrogativas de comercializar os direitos autorais de uma música, atuando como um representante do autor da letra e do compositor da melodia. Sobre a sua atuação no mercado, encontramos a seguinte explicação no site da Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS):

Cabe à editora divulgar, promover, licenciar e administrar as obras de um autor.

Cabe, portanto, à editora tentar incluir uma obra sua no próximo disco de um artista de sucesso ou na trilha sonora de novelas ou filmes, brigar para fazer parte de alguma campanha publicitária, entre outros usos como estes, chamados de mecânicos.

E isso vale para o caminho inverso: **é ela quem administra as solicitações de autorização das execuções** caso alguma gravadora queira usar sua música em um disco ou uma produtora audiovisual se interesse em ter sua obra em uma novela, filme ou comercial, por exemplo. (2018) (grifo nosso)

Diante dessa informação, percebe-se que a editora possui poderes para negociar, em nome do artista, eventuais usos comerciais que sua obra pode vir a ter. Entretanto, ela cobre apenas os direitos autorais da obra, ou seja, a letra e a melodia, mas, para a produção de espetáculos holográficos, a interpretação do artista - seja ele o titular dos direitos de autor da obra, ou não – é o fator mais essencial, é nesse ponto que entra o produtor fonográfico.

Por sua vez, o produtor fonográfico, conforme descrito no site da ABRAMUS, “pode ser uma gravadora ou o produtor fonográfico independente, que é quem arcou com os custos da gravação.”. Cabe a ele, também, conforme disposto no art. 93 da LDA, autorizar ou proibir a reprodução, distribuição, a comunicação ou qualquer outra utilização dos fonogramas de sua titularidade.

Dessa forma, fonograma, para fins da LDA, consiste em “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;” (BRASIL, 1998).

Portanto, é justamente no fonograma que se encontra o principal elemento para a realização do show holográfico: a voz e a interpretação do artista. Por isso, sem ele o trabalho pode se tornar inútil, afinal, quando consumidor paga para ir ao show de um artista falecido, ele espera, ao menos, ouvir o músico. Assim, por mais que seja indispensável a obtenção dos direitos de autor da obra, a peça principal é a obtenção dos direitos de utilização do fonograma. E, é por essa razão que



quando foi abordada a posição da indústria sobre o assunto, no tópico anterior, Pinkus, diretor da Rhino, enfatizou que as gravadoras apoiam iniciativas como essa, afinal de contas, tais shows se mostram como uma fonte alternativa e promissora de receita para esse segmento.

Estabelecidos estes pontos, faz-se imprescindível compreender alguns requisitos necessários para que os contratos de licenciamento de obras musicais sejam firmados com excelência, sem que possam vir a causar eventuais prejuízos futuros ou, até mesmo, impedir a realização do projeto.

Outrossim, sobre os contratos é preciso fazer uma observação inicial. A LDA ao tratar do assunto, art.49, apesar de mencionar no *caput* a figura do licenciamento, não faz a distinção entre cessão e licenciamento, assunto este que já foi abordado, tratando, portanto, como transferência total ou cessão global a verdadeira transmissão dos direitos de autor, enquanto estabelece como cessão parcial, as transferências com finalidade específica (ASCENÇÃO, 1998).

Na mesma linha, leciona Denis Borges Barbosa (2013, p.45):

Assim é que, à falta do hábito – no âmbito autoral brasileiro do uso da expressão “licença” –, a falta de critério científico leva ao emprego da palavra “cessão” para descrever tanto a transferência de direitos (e.g., venda) quanto autorização para o exercício de direitos (e.g., locação). Claro está, porém, que mesmo fora do campo do *software* (onde há previsão legal específica) existe campo para a licença autoral.

Feita essa observação, a referida legislação, em seus artigos 49 e 50 traz alguns requisitos que deverão ser observados pelas partes ao celebrarem contratos sobre direitos autorais.

Em primeiro lugar, conforme já mencionado, os contratos apenas poderão versar sobre os direitos patrimoniais, tendo em vista que os direitos morais são indisponíveis; Em segundo lugar, o art. 50, estabelece que o licenciamento sempre será feito por escrito, ou seja, para que o licenciamento seja válido é preciso que tenha sido elaborado um documento e que o mesmo tenha sido devidamente acordado e assinado pelas partes, isto porque, o art. 49, VI, determina que os contratos que versem sobre direitos autorais sejam analisados de forma restritiva, implicando que os usos da obra deverão ser restritos às modalidades estabelecidas no contrato e qualquer uso fora desses limites presume-se a violação dos direitos autorais, sendo necessário firmar um novo contrato nesses casos.

Ademais, nessa mesma linha, o art. 49, IV, estabelece que, salvo disposição em contrário, o contrato só produz efeitos no país de sua celebração. Na prática, se uma empresa deseja levar o show holográfico para outro país, ela deverá acordar expressamente em quais países pretende levar o espetáculo.

Igualmente, o contrato deverá estabelecer o período em que o uso da obra estará autorizado e em caso de omissão dessa informação, será considerada a autorização por no máximo cinco anos, conforme Art. 49, III, da LDA.



Por fim, o já mencionado art. 50, prevê que presumir-se-á como onerosos todos os contratos que tratem de direitos autorais, contudo, como bem aponta Plínio Cabral (2003), isso não exclui a possibilidade do contrato ser firmado na modalidade gratuita, entretanto, se esse for o caso, tal informação deve estar expressa no documento.

Assim, se observados, esses elementos permitirão a elaboração de pactos que protejam de forma satisfatória os interesses das empresas investidoras desse novo nicho de mercado. Contudo, esses contratos, apenas, protegem as empresas quanto aos direitos autorais das obras do artista que será ressuscitado, faltando, ainda, a proteção quanto ao elemento que levará o público às casas de shows: o holograma. Porém, para a replicação da aparência do artista no holograma, não cabe às editoras ou gravadoras o poder de autorizar essa reconstrução digital, mas sim aos herdeiros do finado artista.

3.2 A liberação do uso de imagem

Primeiramente, cumpre destacar que apesar do uso da palavra holograma, a forma de apresentação desses shows não denomina-se assim, isto porque, como bem aponta Clifton, utiliza-se essa expressão, haja vista sua proximidade com a noção popular dessa tecnologia, porém, em verdade, um holograma é um sistema de luzes projetadas que mudam de acordo como ângulo em que são observadas, criando um elemento tridimensional, podendo ser visto de qualquer ângulo (2012). Ocorre que, nesses shows, ditos holográficos, utiliza-se de projeções em 2D, bidimensionais, mas passam a sensação de profundidade tridimensional, contudo a visão do espectador é limitada, não podendo ver de todos os lados, sendo por essa razão que, em determinadas casas de shows, alguns setores não são vendidos, porquanto o resultado visual só pode ser obtido até um certo ângulo específico (IFEANYI, 2019).

Por sua vez, a criação dessas projeções trata-se de um verdadeiro trabalho de pesquisa e arte, pois, para conseguir atingir esses resultados, as empresas recolhem uma grande quantidade de imagens e vídeos do artista em vida, bem como, o depoimento de pessoas que tinham contato com ele, para, em seguida, criar uma animação computadorizada que é transformada em um arquivo de vídeo do artista numa performance que nunca existiu (CLIFTON, 2012).

Dessa forma, é esse o processo que permite replicar, em tese, a experiência de um concerto ao vivo, pois possibilita, com base no roteiro, que o artista interaja com a banda, cometa um erro, ou qualquer outra coisa que poderia acontecer numa apresentação ao vivo, proporcionando uma sensação de realidade ao público. (IFEANYI, 2019).

Com base nisso, é justamente nesse momento que se torna indispensável a autorização dos herdeiros do falecido artista, pois o processo de reconstrução digital não procura apenas reproduzir algo que já havia sido feito pelo artista, mas sim, a recriação completa dele em um trabalho que jamais fora realizado.

Nesse ponto, surge o direito de imagem, o qual, em conformidade como o parágrafo único do art. 20 do código civil, será resguardado por seus herdeiros. Isto porque, ele tutela o direito



do indivíduo sobre suas características físicas, as quais o individualizam em meio à coletividade e, nas palavras de Carlos Alberto Bittar (20015, p. 153):

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

Deste modo, as apresentações holográficas, sem a menor dúvida, replicam justamente estes componentes distintos do indivíduo, pois mesmo que a tecnologia ainda não permita uma replicação perfeita, é inquestionável a semelhança entre as projeções e os artistas.

Por essa razão, faz-se indispensável a autorização de seus herdeiros para que projetos holográficos sejam realizados, haja vista, que a legislação nacional garante o direito à oposição a qualquer uso indevido da imagem do falecido. Assim, o direito os protege com base na premissa de que uma ofensa ao falecido é considerada, também, aos descendentes. (ZANINI, 2015.).

Assim, aos herdeiros cabe o direito de se opor às utilizações comerciais da imagem de seus entes falecidos, conforme ficou estabelecido pelo STJ no caso do álbum de figurinhas ‘Heróis do Tri’, evidenciando que referida ofensa não necessariamente precisa ser um ataque pejorativo, mas, a mera exploração comercial não autorizada, mesmo que em caráter elogioso, também, é considerado como uso indevido (BRASIL, 2005).

Contudo, para uma parte da doutrina, esse controle exercido pelos herdeiros encontra limitações, haja vista que o objetivo da lei é salvaguardar a memória e o legado do artista e não a de tornar os herdeiros em titulares do direito de sua imagem. Como consequência, a eles não caberia ceder a imagem do ente o que, portanto, impediria a recriação digital, conforme leciona Romano(2016, p.02):

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

Contudo, na prática, tal argumento encontra um obstáculo, pois, evidencia-se que mesmo não detendo a titularidade da imagem do falecido, possuem legitimidade processual para mover ações judiciais contra os usos indevidos dela (ZANINI, 2015).

Observa-se, então, que independentemente da titularidade da imagem, a recriação do artista num holograma necessita da autorização expressa dos familiares, pois eles são os únicos legitimados a obstar referido projeto e requerer indenizações pelo uso. Por essa razão Migliore (2009), menciona o fato de que algumas empresas que desenvolvem projetos com a imagem de pessoas falecidas optam por celebrar pactos similares aos de *non petendo*, cuja prestação pecuniária compra a renúncia ao direito de ação dos herdeiros.

Neste diapasão, pactos de *non petendo* são, basicamente, acordos firmados entre as partes de um contrato, no qual elas abrem mão da possibilidade de exigir judicialmente um direito subjetivo, ou seja, o credor não abre mão da titularidade dele, como ocorre na remissão, mas apenas da pretensão judicial quanto ao cumprimento da obrigação (NETO; GUIMARÃES, 2017).

Destarte, partindo de uma interpretação analógica, tal ideia baseia-se no art. 190 do Código de Processo Civil, ao tratar dos chamados negócios processuais, que permitem às partes flexibilizar o procedimento judicial, estabelecendo contratualmente, ou até mesmo no curso processual, regras de procedimentalidade, vez que, como aponta Alberto Trigo (2018), antes da existência do conflito há um ambiente conciliatório muito mais favorável à salvaguardar os interesses das partes.

Deste modo, tais negócios, para que sejam aceitos, precisam observar alguns requisitos, conforme destacam Neto e Guimarães:

A cláusula geral do art. 190 traz alguns elementos que juntos, e somente juntos, caracterizam os negócios jurídicos processuais. São eles: (i) direitos que admitam autocomposição: só é possível estabelecerem-se os negócios jurídicos processuais sobre aqueles direitos materiais que admitam composição (...); (ii) a mudança no procedimento deve ocorrer para ajustá-lo às especificidades da causa; (iii) deve versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais: além de apenas alterar o procedimento eles podem versar sobre atitudes das partes durante o processo, que nas palavras de Arruda Alvim: “(...) frequentemente uma convenção processual terá consequências tanto procedimentais quanto de comportamento processual”; (vi) *[sic]* podem ser celebrados antes ou durante o processo. (2017, p. 422)

De outro vértice, ao se falar da viabilidade de uma cláusula de *non petendo*, elementos constitucionais, como o da inafastabilidade de jurisdição e do acesso à justiça, aparecem de forma a obstaculizar a aplicação negocial, porquanto cediço a impossibilidade de afastamento do Poder Judiciário para analisar lesão ou perigo ao direito, conforme aprofunda Reichelt:

Adentrando mais amiúde no conteúdo do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, impõe-se consignar uma exigência fundamental: *no processo de interpretação e de*



aplicação das normas jurídicas, os comandos que regulam a atuação das partes e do juiz não devem ser concebidos como obstáculo a impedir que uma lesão a direito subjetivo da parte possa ser submetida ao controle jurisdicional. Deve ser rechaçada qualquer tentativa de interpretação que se proponha a erguer muros com o objetivo de impedir que as partes possam trazer suas demandas àqueles que exercem a atividade jurisdicional. Ao contrário, deve ser preferida a exegese do texto legal na qual se possa vislumbrar a existência de um caminho livre de barreiras em favor daquele que busca proteção jurisdicional. (2018, 45-46)

Diante dessa situação, para que o pacto de *non petendo* seja válido, faz-se necessário observar limites muito semelhantes ao da cláusula arbitral, pois, em ambas ocorre o afastamento da tutela jurisdicional, porquanto, tratam-se de equivalentes jurisdicionais e, com isso, a inaplicabilidade desta, por si só, afasta aquela (NETO; GUIMARÃES, 2017).

Logo, diante do contido no artigo primeiro da Lei 9.307/96, percebe-se que a arbitragem versa, apenas, sobre direitos patrimoniais disponíveis. Porém, como visto anteriormente, o que legitima a atuação dos herdeiros para mover ações é a premissa de que uma ofensa à honra do falecido, resulta numa ofensa aos seus descendentes (MIGLIORE, 2009), assim, trata-se de um direito moral, ficando, portanto, afastada a hipótese de utilização do *non petendo* para obstar a jurisdição, sendo perfeitamente possível ao familiar insatisfeito demandar contra o projeto.

Com base neste paradigma, os contratos que versem sobre direitos de imagem, assim como os de direito autoral, devem, necessariamente, conter cláusulas que estipulem de forma expressa e restritiva os usos a serem dados à imagem do falecido (ZANINI, 2018), como forma de minimizar eventuais litígios.

Por essa razão, ao analisar as hipóteses disponíveis para realização desses projetos, observa-se que, em que pese a não aplicabilidade do *non petendo*, ainda existem possibilidades, dentro dos negócios processuais, que podem ser utilizadas para dar maior segurança à empresa que trabalha nessa área. Conquanto, mesmo que haja a impossibilidade de afastamento do direito de ação, consagrado pela Constituição, nada impede às partes convencionarem sobre algumas restrições processuais, mesmo que parciais (TRIGO, 2018).

Por exemplo, poderiam as partes, de comum acordo, afastar a possibilidade de tutelas provisórias em eventuais demandas que busquem discutir o contrato. Essa alternativa parece interessante, pelo fato de que um projeto de show holográfico, como visto, demanda tempo e dinheiro e uma interrupção abrupta das exibições poderiam causar um prejuízo econômico e social significativo. Dessa forma, com o óbice à utilização desse mecanismo processual, garante-se ao familiar a possibilidade de rever judicialmente a autorização concedida, contudo, apenas em sede de cognição exauriente.

Dessa sorte, observa-se que em pese a nossa legislação possibilite a realização de espetáculos holográficos de artistas falecidos, ainda existem questões que encontram obstáculos na aplicação do ordenamento, vez que são pautados em conceitos anteriores às novas possibilidades trazidas pela tecnologia.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente trabalho traça um paralelo entre a utilização, pela indústria da música, da tecnologia conhecida como: a ressurreição digital e as possíveis respostas do direito.

Num primeiro momento, foi apresentado o impacto que as tecnologias de compartilhamento de arquivos tiveram no mercado musical, principalmente na venda de discos, e sua influência no hábito de consumo dos indivíduos. Se antes a música era um produto, ela passa a ocupar um papel de serviço, tornando as turnês sua principal fonte de divulgação e comercialização.

Contudo, esse sistema encontra-se diretamente ligado na pessoa do artista, sendo que sua morte significa uma redução substancial na exploração de seu catálogo, porém, uma possível solução de monetização foi encontrada pelas empresas e herdeiros com a realização dos shows holográficos, em que projeções do artista no palco, acompanhado de uma banda ao vivo, dão aos espectadores a sensação de estarem num concerto do astro.

Referida solução, tem sua base teórica na aplicação de uma técnica de teatro da Era Vitoriana, a qual, com a utilização de luzes e espelhos, é possível passar ao público a impressão de estarem diante de uma aparição tridimensional de algo ou alguém. Assim, essa técnica, somada à imagens desenvolvidas por computação gráfica, com base em acervos, permite às empresas criarem performances completamente novas e roteirizadas, por meio do qual o artista falecido pode interagir com outros músicos, com a plateia e até cometer erros.

Dessa forma, partindo da premissa da ascensão das turnês póstumas, bem como a constatação da proliferação de empresas visando explorar esse mercado, o ramo dos shows holográficos se mostra promissor. Mesmo não sendo algo novo para o Brasil, considerando os shows holográficos de Cazuzu e Renato Russo em 2013, é de fundamental importância compreender quais os cuidados que devem ser observados para realização de tais espetáculos sob a guarda do direito brasileiro.

Destarte, num primeiro momento, constatou-se que para a realização desses concertos é indispensável a obtenção dos direitos autorais para execução do catálogo do artista. Nesse cenário, é preciso negociar com as editoras, as quais detêm o controle sobre os direitos de autor das obras e, também, com os produtores de fonogramas, titulares das fixações onde a interpretação do artista está registrada, contendo, portanto, o áudio que será utilizado no projeto.

Assim, os contratos de licenciamento foram apontados como os mais adequados à negociação, devendo-se observar os requisitos estabelecidos em lei para sua celebração, tais como: onerosidade e especificidade, pois, uma vez que seja apontada alguma omissão, o projeto pode restar interrompido na sua totalidade ou para a realização de uma nova rodada de negociações.

Em seguida, discutiu-se, ainda, a necessidade de obtenção da autorização da família do artista, visto que apesar de não serem titulares do direito de imagem e nem a sucederem, pois personalíssimo, a legislação os legitima a propor ações judiciais contra eventuais usos indevi-



dos. Por essa razão, necessário se faz a negociação direta com os herdeiros sobre o projeto póstumo, a fim de tratar sobre os usos da imagem, lembrando que tais pactos devem ser analisados de forma restritiva em caso de litígio.

Por conseguinte, debateu-se sobre a possibilidade da utilização de cláusulas de *non petendo*, como mecanismo para garantir a vedação de demanda judicial pelos herdeiros após a concessão da autorização do uso da imagem do falecido. Porém, concluiu-se que tal pacto encontraria resistência na garantia constitucional do acesso à justiça e da inafastabilidade do judiciário, vez que trata-se a respeito de direito moral dos herdeiros em razão de uma ofensa à honra e memória do finado artista.

Diante desse paradoxo, foi apontado que, apesar da inaplicabilidade do *non petendo* de forma a afastar totalmente o judiciário dos conflitos contratuais envolvendo imagem póstuma, os negócios processuais ainda são uma alternativa válida para mitigar eventuais mecanismos judiciais que ocasionam entraves práticos e prejudiciais aos empreendimentos, de forma a trazer uma segurança jurídica às contratações.

Por fim, o presente artigo constatou que muito embora existam meios de garantir os direitos dos interpretes falecidos, a abordagem dada pelo direito brasileiro ainda é muito pautada nos usos tradicionais da imagem, protegendo apenas a memória e o legado deixado pelo artista, sem considerar os usos futuros que a tecnologia permite, porquanto, se antes a morte era o ponto final de uma carreira, hoje ela pode ser algo promissor no modelo de negócio.

REFERÊNCIAS

ABRAMUS. **Associação Brasileira de Música e Artes**. Disponível em: <https://www.abramus.org.br/musica/musica-faq/12381/quem-e-o-produtor-fonografico/>. Acesso em: 23 set. 2019.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Música e Artes. **Edição de obras: a ABRAMUS faz esse trabalho?**. ABRAUMUS. 03 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www.abramus.org.br/noticias/15716/edicao-de-obras-a-abramus-faz-esse-trabalho/>. Acesso em: 23 set. 2019.

ANDRION, Roseli. Hologramas ‘ressuscitam’ grandes nomes da música mundial em 2019. **Olhar digital**, 18 de jul. de 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/hologramas-sao-cada-vez-mais-presentes-em-shows-de-musica/88159>. Acesso em: 23 set. 2019.

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

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro 1988.

_____. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de set. de 1996.

BRASIL. Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fev. de 1997.

_____. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de jan. de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil e processual. Recurso Especial n.113. 963-SP, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Quarta Turma, **Diário de Justiça**, 10 de outubro de 2005.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de mar. de 2015.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**: comentários. 4ª ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CIRIACO, Douglas. O que é P2P?. **Tecmundo**. 25 de ago. de 2008 Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/torrent/192-o-que-e-p2p-.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

CLIFTON, Jacob. How do they make those projections of dead celebrities and politicians?. **HowStuffWorks**. 31 de out. de 2019. Disponível em: <https://electronics.howstuffworks.com/gadgets/high-tech-gadgets/projections-of-dead-celebrities-and-politicians.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

D'AMICO, G.F. Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing. In: XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2016. p. 129.

ELMORSHIDY, Ahmed. Holographic projection technoogy: the world is changing. **Journal of telecommunications**, Londres, vol. 2, p. 104-112, 2010. Disponível em <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1006/1006.0846.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

EYELLUSION, **Live Music Hologram Panel Highlights From Pollstar Live 2017**. 1 de mai. de 2017. (29m00s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Vo__qRa-yCg. Acesso em: 23 set. 2019.

FRANCISCO, Pedro Augusto; VALENTE, Mariana (org). **Da rádio ao streaming**: ecad, direito autoral e música no brasil. 1ªed. Rio de janeiro: Beco do Azougue, 2016.

GROW, Kory. Live after death: inside music's booming new hologram touring industry. **Rolling Stones**. 10 de set. de 2019. Disponível em: <https://viagemeturismo.abril.com.br/destinos/elvis-presley-in-concert-confirma-shows-no-brasil-em-outubro/>. Acesso em: 23 set. 2019.

IFEANYI, Kc. The hologram concert Revolution is here, whether you like it or not: meet the company touring Whitney Houston and Buddy Holly. **Fast Company**. 19 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/90365452/hologram-concert-revolution-like-it-or-not-meet-company-touring-whitney-houston-buddy-holly>. Acesso em 23 set. 2019.

KUSEK, David; LEONHARD, Gerd. **The future of music**: manifesto for the digital music revolution. 1ªed. Boston: Berklee press, 2005.

MEDEIROS, Alexandre. A história e a física do fantasma de pepper. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v 23, p. 329-344. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/5811>. Acesso em: 23 set. 2019.



MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida**: um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Alessandra Helena. **Direito de autor e direito à imagem**: À luz da Constituição Federal e do Código Civil. 1ªed. Curitiba: Juruá,2011.

NETO, Domingos de Mendonça; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pacto de non petendo. **Revista de Processo**, vol 272/2017, p.419-439, Outubro de 2017. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-NEGO%cc%81CIO-JURI%cc%81DICO-PROCESSUAL-DIREITOS-QUE-ADMITEM-A-AUTOCOMPOSIC%cc%a7A%cc%83O-E-O-PACTUM-DE-NON-PETENDO-II.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Paris: OCDE, 2005.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. **Revista de Processo**, vol. 258, p.41-58, 16 de dez. de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.258.02.PDF. Acesso em: 23 set. 2019.

ROMANO, Rafael Salomão. O filme Rogue One: uma história Star Wars e o direito de imagem. **Conjur**. Publicado em 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/rafael-salomao-romano-filme-rogue-onee-direito-imagem>. Acesso em: 23 set. 2019.

ROSENBLATT, Bill. Music industry's revenue continues to grow, but beneath the surface are warning signs. **Forbes**. 02 de mar. De 2019. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/billrosenblatt/2019/03/02/the-warning-signs-among-the-music-industrys-revenue-growth/#a3679767de3b>. Acesso em: 23 set. 2019.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral**: Paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no Século XXI. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. Pactum de non petendo parcial. **Revista de Processo**. vol. 280/2018, p.19-39, junho de 2018. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tjus.br/xmlui/handle/tjdf-t/40190?show=full>. Acesso em: 23 set. 2019.

VINHAS, Tânia. Elvis Presley in Concert confirma show no Brasil em outubro. **Viagem**. 15 de mai. de 2012. Disponível em: <https://viagemturismo.abril.com.br/destinos/elvis-presley-in-concert-confirma-shows-no-brasil-em-outubro/>. Acesso em: 23 set. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à Imagem**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2018.





OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, AUTORAIS E CONEXOS NA DUBLAGEM BRASILEIRA

Hiago Andrioti Cordioli¹
Luciana Lopes Canavez²

RESUMO: O presente artigo é um relato de pesquisa de iniciação científica, realizada no curso de graduação em Direito pela UNESP, financiada pela FAPESP. Possui como tema os direitos da personalidade, autorais e conexos na dublagem brasileira, um ramo artístico que vem ganhando cada vez mais espaço no contexto cinematográfico e televisivo. A pesquisa teve, como objetivo, analisar a proteção jurídica conferida aos profissionais de atores em dublagem no Brasil, tendo em vista que os estudos existentes no Brasil e no mundo sobre a proteção jurídica da voz e dos atores em dublagem são escassos. Para tal, foi feito um estudo da bibliografia já produzida, como livros, artigos e trabalhos acadêmicos, e das posições doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Utilizou-se o método de abordagem indutivo, de forma a analisar casos específicos para entender a realidade geral dos dubladores, com o uso das técnicas de análise jurisprudencial qualitativa - com estudo de decisões judiciais entre os anos 1990 e 2019 -, entrevistas com roteiro semiestruturado, e estudo de casos; bem como o método dedutivo, para entender como os artistas em geral são tutelados pelo Direito brasileiro e aplicar na particularidade dos dubladores. Os resultados e as conclusões da pesquisa doutrinária e jurisprudencial apresentaram uma boa proteção legal para os profissionais, porém, as entrevistas e análise da realidade fática da profissão apontaram para diversas violações legais no âmbito contratual aos direitos da personalidade e conexos aos direitos de autor devidos aos profissionais da dublagem.

Palavras-chave: dublagem. artistas. direitos autorais e conexos. direitos da personalidade.

INTRODUÇÃO

Uma das formas de arte que mais vem crescendo no gosto público e, conseqüentemente, no setor econômico, são as obras audiovisuais, compreendendo, por exemplo, as obras cinematográficas e televisivas. Com a expansão global desta indústria, principalmente com a exportação de conteúdos norteamericanos, que dominam o mercado, um dos maiores desafios que esta indústria encontra ao entrar em outros países é a adaptação das obras para a língua local. Como o meio mais

¹ Mestrado em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Graduou-se Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP.

² Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2012). Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2004). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1999). É professora na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP - Campus Franca/SP, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Supervisora da Unidade Auxiliar do Centro Jurídico e Social da Unesp/Franca. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico e Social - GEPPIDES.

popular atualmente, existe a dublagem, que consiste na tradução do texto original e na gravação de novas vozes, com atores nacionais, sobre a atuação dos artistas estrangeiros.

Este tipo de adaptação de idioma mostra-se importante por sua característica de aproximar mais as pessoas de um determinado país, falantes de um determinado idioma, de produções de outro país, com outro idioma. Permite uma maior identificação do espectador com o que está sendo reproduzido, não só pela “impressão” de ver o ator estrangeiro falar em sua própria língua, mas também pelas adaptações do texto original para o contexto nacional. É por isso que a obra audiovisual dublada recebe o nome de “versão brasileira”.

Apesar da má aceitação por uma parcela da sociedade, que prefere ver as obras audiovisuais com áudio original e legendas, a maioria dos brasileiros prefere assistir conteúdo dublado em português. Contudo, a realidade nem sempre foi assim: há vinte anos, a dublagem de filmes não era algo tão comum e popular, pois os gastos para dublar as obras eram consideravelmente maiores do que outros meios de adaptação de idioma, como a legendagem. Atualmente, com os formatos digitais, os custos para a dublagem diminuíram, contribuindo para o crescimento do mercado. Outros três fatores foram importantes para o crescimento da demanda de filmes dublados: a proliferação de shopping centers, onde as principais redes de cinemas se instalam, garantindo um maior acesso do grande público aos filmes; o formato 3D, que dificulta a leitura das legendas; e a TV aberta, que moldou o consumo e forçou a TV paga a aderir a dublagem, influenciando também o cinema (GENESTRETI, 2015).

Com a popularização da dublagem, aumentou também o interesse na profissão de dublador, que é, na verdade, é um ator especializado em dublagem. Para se tornar um ator em dublagem, deve-se fazer uma graduação em artes cênicas ou um curso profissionalizante de teatro, mais um curso de especialização em dublagem para, só então, começar a dublar profissionalmente. Existe também a necessidade de um registro de ator profissional conhecido como DRT, sigla denominada a partir de Delegacia Regional do Trabalho, concedido pelo Sindicato dos Artistas e Técnicos de Diversão (SATED) ou pelo Ministério do Trabalho.

Isto posto, demonstra-se a crescente importância desta forma de arte e dos artistas que a exercem como sua profissão. Portanto, o presente estudo prestou-se a analisar a tutela legal e jurídica desta classe artística, bem como procurou entender quais seriam suas principais necessidades e problemas, de modo a, ao final, apresentar uma solução.

Uma análise profunda do trabalho de um dublador permite entender que a classe tem suas particularidades que a difere dos demais atores. A principal e mais latente diferença é a utilização da voz do ator como seu instrumento de trabalho. E é justamente esta peculiaridade da profissão de ator em dublagem que não está sendo devidamente tutelada pelo Direito brasileiro, dando margem a diversas situações fáticas de constrangimento, lesão de direitos morais e materiais e conflitos entre dubladores, estúdios de dublagem e distribuidores de produções audiovisuais.

Durante muito tempo, não houve preocupação legal para tutelar os direitos relativos à voz. Até o final do século XIX, não havia qualquer meio de gravação e reprodução da voz humana. Ao falar, a voz do ser humano perde-se naquele espaço-tempo em que a voz foi exteriorizada. Por



isso, a voz não foi considerada um bem jurídico até o início do século XX, quando as tecnologias como a radiodifusão, o cinema falado e a televisão começaram a se desenvolver.

Até hoje, a voz não encontra um devido respaldo legal na legislação brasileira, e a legislação específica sobre o assunto é inexistente. Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, têm reconhecido a voz como uma expressão da personalidade humana. Os direitos relativos à voz, no Brasil, ainda estão relacionados a outros direitos da personalidade, como direito à imagem, à honra e à integridade, não existindo um direito autônomo para a voz. Contudo, esta é considerada um bem jurídico pela doutrina e pela jurisprudência, sendo objeto de relações contratuais e de proteção contra riscos ou lesão à identidade imprimida na voz de cada ser humano.

Fernanda Leonardi (2013, p. 38-40) narra a difícil conceituação sobre o direito do artista sobre sua interpretação na história e nos mais diversos países. Contudo, o entendimento da maior parte dos estudiosos e dos aplicadores do Direito é o de que a interpretação de uma obra pelos artistas é um resultado direto de sua personalidade.

Estes, por sua vez, são caracterizados por Rubens Limongi França (1983, p. 10). como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”. Para Carlos Alberto Bittar (1989, p. 17), são aqueles “próprios da pessoa em si (ou originários)” e os “referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”. Goffredo da Silva Telles Júnior (1979 apud LEONARDI, 2013, p. 112) dispõe sobre os direitos da personalidade como “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é estritamente pronto”, e sustenta que são direitos de defender a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a intimidade, a reputação, a honra e a autoria.

Apesar de não haver previsão expressa, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm considerado o “direito à voz” como um direito da personalidade. Rubens Limongi França (1983, p. 10) afirma, nesse sentido, que “além de direitos privados da personalidade definidos em lei, outros há, reconhecidos pelo costume e pelo direito científico”, e que “o fundamento próximo da sua sanção é realmente a extratificação no direito consuetudinário ou nas conclusões da ciência jurídica. Mas o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o Direito Natural”.

Para Carlos Alberto Bittar (1989, p. 17), “a adoção de posição flexível, dada a generalização desse campo, torna possível, a nosso ver, o abrigo dos novos direitos que, naturalmente, a reflexão científica virá identificar e trazer para o posterior sancionamento do direito positivo”.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 3) aponta que hoje está assentada a categoria fundamental dos direitos da personalidade em nosso ordenamento, tendo estes se afirmado no Brasil “ao longo de anos de desenvolvimento da doutrina, e mesmo de sua positivação, desde a própria Constituição Federal e até que o Código Civil lhes dedicasse capítulo próprio”. E continua (p. 5): “descobrem-se ou autonomizam-se novos direitos da personalidade, que concorrem a



preservar um conteúdo densificado da pessoa humana, e de sorte a ampliar o raio de tutela de todas as suas renovadas virtualidades”.

Antônio Chaves (1999, p. 131) traz a frase de Henri Desbois ao conceituar o dublador como um “ator invisível”, o que nos faz entender que o dublador, por meio da voz, imprime a própria personalidade na obra dublada. O autor analisa decisões judiciais que reconhecem o dublador como intérprete e detentor de direitos conexos ao direito de autor e concorda com a ideia de que a voz é atributo da personalidade.

Walter Moraes (1976, p. 109-110) reconhece como intérpretes, entre outros artistas da voz, os dubladores. Ao falar sobre cada categoria, ele relaciona a voz à personalidade do intérprete, mencionando que “o povo viveu preso à personalidade de atores radiofônicos através da expressividade de suas vozes” e que o cantor solista tem um “cunho de sua personalidade impresso na atuação”, o que “faz dele um típico criador de obra artística”.

O artista, ao interpretar uma obra, expressa nela sua personalidade, caracterizada, no caso da dublagem, pela sua voz. A voz, nas palavras do filósofo Pitágoras, é o “eco da alma”, é “uma das extensões mais fortes de nossa personalidade” (BEHLAU; ZIEMER apud LEONARDI, 2013, p. 23). Saint-Clair Lopes (apud LEONARDI, 2013, p. 37) diz que “o microfone é o tradutor dos sentimentos humanos: a voz que nele se emite e as palavras que frente a ele se articulam em todos os lares, influenciam as pessoas e criam novas convicções, não importam as fronteiras”.

Como artistas intérpretes, os atores em dublagem possuem direitos conexos aos direitos de autor sobre as obras que interpretam. Eliane Abrão (2002, p. 194) conceitua os direitos conexos como “direitos de conteúdo não autoral aos quais se reconheceriam direitos patrimoniais equiparados aos de autor, pelo fato de seus titulares atuarem e difundirem obras autorais”. Ora, como os artistas intérpretes não criam uma obra nova, caso em que incidiria a proteção do direito de autor, mas sua interpretação sobre uma obra comunica ao público a criação do autor, expressando uma personalidade original que lhe é própria, o Direito confere aos artistas proteção vizinha à dos direitos de autor, com as devidas similaridades e diferenças que lhes competem.

Giannini (apud CHAVES, 1999, p. 27-28) diz que “a criatividade do artista intérprete é, hoje, constatação universalmente admitida”, e que

Estabelecido que o artista intérprete é criador de sua interpretação como o autor o é da obra musical ou literária, constituindo o trabalho interpretativo uma obra singular, diferindo, apenas, o domínio da expressão artística em que cada um se manifesta, ressaltada, assim, a similitude das obras realizadas pelo autor e pelo artista intérprete, e pouco a pouco foi-se impondo a necessidade de uma expressão jurídica da posição do intérprete face à sua obra interpretativa, bem como das consequências dessa definição.

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 464) diz que a proteção dos artistas e executantes foi estritamente influenciado pela evolução dos meios técnicos, pois, antes disso, “a intervenção

do artista teve caráter necessariamente fugaz, confundindo-se com a própria atuação física do homem e só perdurando porventura na memória dos circunstantes”, de modo que “não tinha grande sentido falar em proteção do artista”, complementando que “quando a interpretação passa a poder ser comunicada a ambiente diferente ou fixada para a transmissão em diferido o problema muda de figura”.

Antônio Chaves (1987, p. 8-9) aponta que a regulamentação positiva dos direitos autorais, como atividade do intelecto, resultou sempre de uma escolha e um compromisso entre duas exigências contrastantes: “o interesse da coletividade em utilizar livre e imediatamente o resultado, e o interesse do autor em reservar para si mesmo o emprego econômico, ou ao menos em retirar proveito do aproveitamento alheio”. Por isso, tanto os direitos de autor, quanto os direitos conexos, tutelam os interesses morais e patrimoniais dos autores das obras artísticas e dos intérpretes.

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 6) discorre sobre os direitos conexos da seguinte forma:

A atividade intelectual do homem provoca o aparecimento de novos bens na sociedade. São bens culturais; distinguem-se dos outros bens por serem incorpóreos, mas têm também uma existência objetiva, como todos os bens.

Durante muito tempo não se sentiu a necessidade de uma proteção particular da criação intelectual. Enquanto destinada ao círculo dos presentes, a obra não reclamava um estatuto próprio. Se reproduzida num exemplar, a proteção da propriedade do exemplar surgia aos olhos de todos como suficiente para tutela dos interesses implicados. A cópia era atividade penosa, exemplar a exemplar, e cairia aliás frequentemente na categoria do uso privada.

A possibilidade técnica de comunicação a ambiente diferente fez surgir os chamados direitos conexos, afins ou vizinhos do direito de autor. (...)

Poderá afirmar-se que as atividades protegidas através de direitos conexos acompanham sempre a utilização de uma obra literária ou artística, protegida ou não?

Essa ligação ainda se encontra no que respeita aos artistas, pois só se protegem os artistas intérpretes ou executantes, mas não em relação a outros beneficiários.

Antônio Chaves (1999, p. 181) entende que a radiodifusão foi a responsável pelo surgimento das questões relativas aos direitos dos artistas intérpretes, quando “a atividade do artista veio a estender-se na potencialidade de gozo a um público ilimitado (ou indefinido)”. Nas palavras de Fernanda Leonardi (2013, p. 37), “indubitavelmente, a radiodifusão aproximou a humanidade”.

Os intérpretes, músicos executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão conquistaram direitos sobre a execução pública dos fonogramas e programas de que são titulares. Esses direitos foram consolidados internacionalmente através da Convenção In-



ternacional para a Proteção de Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão de 1961 (Convenção de Roma), referendada no Brasil pela Lei 4.944/66 e promulgada pelo Decreto nº 57.125/73. Seus princípios foram incorporados à atual Lei de Regência de Direitos Autorais, Lei 9.610/98.

A partir da Convenção Internacional para a Proteção de Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão, a primeira sobre o assunto, realizada em Roma no ano de 1961 e com entrada em vigor em 1964, aderida pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 57.125/65, os direitos conexos aos direitos de autor foram consagrados internacionalmente. Segundo esta Convenção, os artistas intérpretes podem impedir a radiodifusão e a comunicação ao público de suas execuções sem seu consentimento. Além disso, podem impedir a fixação de suas execuções sem seu consentimento ou para fins diversos dos consentidos. O artigo 90 da Lei 9.610/98 (BRASIL, 1998), a atual Lei de Direitos Autorais, recepcionou este princípio da Convenção de Roma.

O parágrafo 2º do mesmo artigo (BRASIL, 1998) é deveras importante ao discorrer que “A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações”, mostrando a preocupação de proteger, além da interpretação, a representação física da pessoa, expressão da sua personalidade, representada pela voz e pela imagem.

Através de entrevistas com os profissionais da área, da análise de julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, bem como da legislação pertinente aos direitos dos artistas intérpretes, representados principalmente na Lei nº 6.533/78, que regula as profissões de artistas e técnicos em espetáculos de diversões, e pela Lei nº 9.610/98, sobre direitos autorais, pudemos encontrar uma série de violações aos direitos da personalidade e direitos conexos aos direitos de autor nas relações contratuais entre distribuidores de obras audiovisuais e atores em dublagem.

O principal problema enfrentado pelos dubladores refere-se justamente à veiculação indevida de reproduções de suas interpretações para determinadas obras.

A Lei nº 6.533/78 (BRASIL, 1978, on-line), que dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, discorre sobre os direitos autorais e conexos da seguinte forma: “não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais”. O parágrafo único do mesmo artigo complementa: “Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra”.

O artigo 91 da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998, on-line) estabelece um ponto que é crucial para entender a abusividade dos contratos dos distribuidores de audiovisuais: “As empresas de radiodifusão poderão realizar fixações de interpretação ou execução de artistas que as tenham permitido para utilização em determinado número de emissões, facultada sua conservação em arquivo público”. E o parágrafo único complementa: “A reutilização subsequente da fixação, no País



ou no exterior, somente será lícita mediante autorização escrita dos titulares de bens intelectuais incluídos no programa, devida uma remuneração adicional aos titulares para cada nova utilização”.

Os contratos entre distribuidores e atores em dublagem preveem, de fato, a remuneração pelos direitos conexos. Contudo, o problema está no abuso contratual que caracteriza a cessão de direitos conexos por um prazo de 70 anos, tempo em que a obra interpretada pelo ator em dublagem cairá em domínio público, sem o devido pagamento pelas incessantes reproduções nas mais variadas mídias.

Em entrevistas, os atores em dublagem brasileiros explicaram que os contratos são feitos da seguinte maneira: o “cliente” (que são as produtoras ou distribuidoras de obras audiovisuais, tais como filmes, seriados, desenhos animados ou novelas) contrata um estúdio de dublagem e escolhe diretamente os atores que irão dublar a obra (como no caso de dubladores que sempre dublam os mesmos atores estrangeiros), ou o estúdio escala um diretor e este realiza testes com um número de dubladores, ficando a cargo do cliente escolher qual é o de sua preferência para determinado personagem.

Em seguida, o dublador assina um contrato exclusivamente para aquele determinado trabalho que realizará - pode ser um filme, um episódio ou um bloco de episódios de séries e novelas, cedendo seus direitos conexos ao direito de autor para o distribuidor, recebendo como contraprestação apenas uma pequena porcentagem (que varia entre os estúdios - geralmente de 10 a 30%) sobre a remuneração por hora trabalhada. Portanto, se um estúdio paga, por exemplo, R\$100,00 (cem reais) por hora trabalhada, mais 10% sobre este valor relativo aos direitos conexos, o ator em dublagem estará recebendo R\$10,00 (dez reais), somente, para ceder sua voz para que esta seja distribuída e redistribuída em todo tipo de mídia, seja DVDs, Blu-Rays, redes de televisão aberta ou a cabo, cinemas, aviões, por uma quantia ínfima, por setenta anos.

Os entrevistados declararam ainda que, nos contratos, existe uma cláusula que declara que o artista cede seus direitos autorais sobre a obra para reprodução em mídias como TV, DVDs, *streaming* “e tecnologias que ainda serão inventadas”. Ou seja, os distribuidores se eximem do pagamento pela reprodução das obras criadas pelos artistas da voz sobre mídias que ainda nem existem.

O presente trabalho consistiu na reunião de uma pluralidade de métodos procedimentais e de abordagem, de forma a otimizar o levantamento e análise de materiais.

A pesquisa foi fundamentalmente realizada através do método técnico-dogmático, utilizando como base teórica as fontes imediatas jurídico-formais de pesquisa (BITTAR, 2001, p.140-141), como a legislação brasileira, o estudo de obras de jûris-filósofos, doutrinadores e pesquisadores da área de direitos dos artistas.

Foi realizado um levantamento e revisão bibliográfica sobre o tema de direitos da personalidade e da propriedade intelectual, bem como sobre a profissão de ator em dublagem, suas particularidades e sua tutela legal. Para tal, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que o estudo da teoria geral dos direitos autorais e da personalidade, assim como os direitos dos artistas



em geral, e o tratamento da legislação e da doutrina do direito brasileiro sobre o assunto pode permitir entender como podem estes serem aplicados no caso da dublagem (ANDRADE, 2010, p. 119).

Conjuntamente, foram feitas análises de casos práticos através de entrevistas semiestruturadas com os profissionais da área e levantamento de julgados pelos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, onde se concentram os estúdios e profissionais da dublagem. Desta forma, foi utilizado o método de abordagem indutivo, em que o estudo de casos específicos pode fornecer um panorama geral da situação da aplicação dos direitos dos atores em dublagem (ANDRADE, 2010, p. 119). Os métodos procedimentais utilizados foram o dogmático-jurídico e monográfico. (ANDRADE, 2010, p. 122).

Para entender a atual conjuntura da dublagem no Brasil, bem como de sua tutela legal, foi necessário um levantamento de dados sobre a formação e evolução desta classe profissional, e também da legislação lançada ao longo dos anos sobre o assunto, utilizando o método histórico. Ademais, a reunião de materiais jurídicos, doutrinários e filosóficos produzidos pelos aplicadores e pesquisadores do Direito, particularmente no âmbito dos direitos da personalidade e da propriedade intelectual, permitiu um embasamento concreto e geral para questão dos direitos dos atores em dublagem. Para tal, foi utilizado o método dogmático-jurídico. Por fim, um estudo de casos práticos permitiu entender como o Direito brasileiro tem enfrentado os conflitos envolvendo atores em dublagem, estúdios e distribuidores de audiovisuais.

Uma vez que a bibliografia especializada sobre os direitos dos artistas intérpretes e executantes é escassa, este trabalho sobre o caso particular dos atores em dublagem permitiu uma breve contribuição para o estudo do tema em geral, bem como pretendeu jogar um pouco de luz sobre os problemas e necessidades enfrentados pelos profissionais da área.

CONCLUSÃO

A dublagem no Brasil vem ganhando cada vez mais espaço nas produções audiovisuais. Seja no cinema ou na televisão, cada vez mais filmes, seriados, desenhos animados, novelas, e tantos outros formatos do gênero vêm demandando a dublagem em português para o público brasileiro, que comprovadamente prefere, em sua maioria, que a obra estrangeira seja traduzida e adaptada através da dublagem em detrimento da legendagem.

Assim, o mercado de dublagem vem crescendo, com estúdios especializados cada vez mais numerosos e atingindo novos centros, saindo do chamado “eixo Rio-São Paulo” e chegando a cidades como Campinas, Curitiba e até Miami, fazendo crescer também o número de pessoas interessadas em se tornar atores em dublagem. Tudo isto demonstra a importância da arte de dublar para a indústria cada vez maior do entretenimento audiovisual.

Os “dubladores” são, antes de tudo, atores que se especializaram na interpretação através da voz. A voz é um dos principais instrumentos de comunicação do ser humano e o direito à voz vem ganhando mais importância no ordenamento jurídico tendo em vista os avanços



tecnológicos que beneficiam, melhoram e potencializam a comunicação entre as pessoas, bem como possibilitam uma maior integração mundial da cultura e sociedades.

Ora, alguns poderão dizer que os dubladores não são intérpretes, são “imitadores”, pois seu trabalho estaria reduzido a imitar o trabalho de outros atores, apenas traduzindo o texto para o português. Os defensores da legendagem, por exemplo, afirmam que se perde muito da atuação do ator da obra original ao substituir sua voz pela de outro ator.

É certo que o ator em dublagem não cria uma obra nova. Porém, longe de não haver interpretação em seu trabalho, ou mesmo um pouco de criação, o ator em dublagem é um artista intérprete tanto quanto o ator da obra estrangeira que está dublando, e muitas vezes precisa criar novos elementos para que a adaptação da obra para a versão brasileira fique aceitável e identificável para o público nacional.

Por isso, os direitos conexos ao direito de autor, que se resumem nos direitos dos artistas intérpretes e executantes, são devidos aos atores em dublagem, por sua interpretação e criação baseada na obra já feita.

Por todo o exposto, seria possível dizer que os atores em dublagem têm uma plena tutela de seus direitos morais e patrimoniais pela legislação brasileira. De fato, a atual situação legal dos dubladores, fruto de décadas de lutas e reivindicações pelos profissionais da área, representa um grande avanço para a proteção dos interesses da classe. Contudo, como será demonstrado a seguir, apesar da previsão legal, na prática, os distribuidores de obras audiovisuais não estão, de fato, respeitando e concedendo os direitos devidos aos atores em dublagem.

Os contratos de cessão de direitos conexos aos direitos de autor violam expressamente o art. 13 da Lei nº 6.533/78 (BRASIL, 1978, on-line): “Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais”. Violam também o parágrafo único do mesmo artigo: “Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra”.

O Poder Judiciário tem atuado, muitas vezes, no sentido de reconhecer essa violação legal e, conseqüentemente, nulidade contratual. Como exemplo, podemos citar um caso de muita repercussão midiática envolvendo os dubladores da animação dos estúdios Disney-Pixar, “Os Incríveis”. A ANAD - Associação Nacional dos Artistas de Dublagem, ajuizou ação indenizatória contra as empresas The Walt Disney Company do Brasil e Delart Estúdios Cinematográficos, alegando que os artistas foram contratados pela Delart para dublar o filme animado exclusivamente para o cinema, mas houve reprodução do filme em outros meios, como DVDs e televisão, sem autorização da Associação e sem a devida remuneração. As empresas foram condenadas a pagar indenização por danos materiais, no valor de R\$ 25 mil, e danos morais, em R\$ 15 mil, para cada integrante da equipe de dublagem do filme “Os Incríveis”. Em recurso, a Disney afirmou que a autorização para exploração econômica da obra envolve tanto sua exibição em cinema, quanto comercialização em DVD e radiodifusão, salvo ressalva específica, inexistente no caso. Alegou, ainda, que o diretor de dublagem teria cedido e autorizado o uso irrestrito do direito conexo de dublagem, invocando, inclusive, os recibos de pagamento aos dubladores como prova do afir-



mado. O juiz relator do caso no TRT entendeu que a suposta “cessão de direitos” espelharia, na verdade, renúncia de direitos incompatível com o sistema jurídico vigente, especialmente com as normas de proteção inseridas na lei dos direitos autorais (9.610/98), pelo que seria desprovida de validade e eficácia, ainda que firmada pelo diretor de dublagem (DUBLADORES..., 2012).

Os atores em dublagem entrevistados afirmaram que não acham que têm seus direitos plenamente garantidos pela legislação brasileira, e que gostariam que houvesse uma previsão legal mais específica sobre o pagamento dos direitos conexos aos direitos de autor pelas obras interpretadas, considerado por eles baixo ou pouco em relação ao lucro total das obras. Contudo, a maioria dos entrevistados disse nunca ter procurado as vias judiciais para ter seus direitos reparados por medo de retaliação: muitos que o fizeram nunca mais foram contratados pelas empresas contra as quais acionaram judicialmente. Os profissionais também apontaram para a necessidade de união da classe, bem como de uma organização de uma associação para representá-los coletivamente de modo efetivo.

Fernanda Leonardi (2013, p. 152) comenta que a tutela da voz no Brasil será mais efetiva se as próprias pessoas passarem a zelar mais por suas vozes e se houver maior conscientização de que a voz é um bem jurídico a ser protegido. Continua a autora: “é importante que as empresas de criação e de comunicação sejam as primeiras a reconhecer o valor jurídico e econômico do som da voz e a respeitá-lo”. E completa: “A voz destaca-se dos outros atributos da personalidade por suas características especiais, bem como por seu uso isolado, tradicionalmente vinculado ao rádio, mas, hoje, presente em diversos outros meios de comunicação”.

Conclui-se, com este trabalho, que o Direito brasileiro presta uma tutela relativamente boa em relação aos direitos da personalidade e direitos conexos aos direitos de autor aos atores em dublagem, prevendo, no ordenamento legal, a remuneração sobre a reprodução da fixação das interpretações dos artistas. Contudo, tendo em vista o teor leonino dos contratos feitos pelos distribuidores de obras audiovisuais, que frequentemente descumprem a proibição de cessão de direitos conexos e a imposição do pagamento devido a um número determinado de reproduções da obra, vê-se uma necessidade de aprimoramento da legislação atual, estabelecendo uma porcentagem e um tempo mais específicos de pagamento e permissão de uso pela obra interpretada, bem como sanções mais graves para o caso de violações às disposições legais, de modo a coibir futuras práticas de abusos contratuais.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Yachouch. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.
- ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.



- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 1.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BLINN, Miika. The Dubbing Standard: Its History and Efficiency Implications for Film Distributors in the German Film Market. **IME Working Papers on Intellectual Property Rights**, Londres, n. 57, mai. 2008. Disponível em: <https://www.dime-eu.org/files/active/0/BlinnPAPER.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 50.450, de 12 de abril de 1961**. Regula a projeção de películas cinematográficas e a propaganda comercial através das emissoras de televisão e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50450-12-abril-1961-390081-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 4.641, de 27 de maio de 1965**. Dispõe sobre os cursos de teatro e regulamenta as categorias profissionais correspondentes. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4641.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978**. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6533.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- 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: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.091, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta inciso VII ao § 2o do art. 81 da Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para incluir o nome dos dubladores nos créditos das obras audiovisuais. Brasília: Congresso Nacional, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12091.htm. Acesso em: 21 mai. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



CHAVES, Antônio. Direito à imagem e direito à fisionomia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 76, n. 620, jun. 1987a, p. 7-14.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987b. v. 1.

CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizado de acordo com a nova lei de direitos autorais, n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. São Paulo: LTr, 1999.

CHAVES, Antônio. **Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

COELHO, Teixeira. **O que é indústria cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CORDIOLI, Hiago Andrioti. **Os direitos da personalidade, autorais e conexos na dublagem brasileira**. 2019. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

CORREIA, Izaías. **Branca de Neve, a Primeira Dublagem Brasileira**. Disponível em: <https://dublagembrasileira.com.br/?p=550>. Acesso em: 13 ago. 2019.

COSTA NETO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, Marcia Tosta. **Os donos da voz**: indústria fonográfica brasileira e mundialização da cultura. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

DUBLADORES do filme “Os Incríveis” serão indenizados pela Disney. Migalhas, [s./l.], 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI154737,51045-dubladores+do+filme+Os+Incríveis+serao+indenizados+pela+Disney>. Acesso em: 21 set. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos e fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 5-13.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 567, 1983, p. 9-16.

FREIRE, Rafael de Luna. Dublar ou não dublar: a questão da obrigatoriedade de dublagem de filmes estrangeiros na televisão e no cinema brasileiros. **Revista FAMECOS**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 1168-1191. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/4955/495551017019.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

GENESTRETI, Guilherme. **Pesquisa revela que 6 em 10 brasileiros preferem filmes dublados**. Folha de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/08/1666126-pesquisa-revela-que-6-em-10-brasileiros-preferem-filmes-dublados.shtml>. Acesso em: 21 ago. 2019.

GOMES, Orlando. Os direitos da personalidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 216, 1966, p.5-10.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KNOOR, Joaquim. **Direitos conexos ao autor, dubladores e seus direitos**. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/outubro-de-2017/direitos-conexos-ao-autor-dubladores-e-seus-direitos/>. Acesso em: 22 mai. 2019.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. E-book.

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. **Voz e Direito Civil**: Proteção jurídica da voz: história, evolução e fundamentação legal. Barueri: Manole, 2013.

LESSA, Leandro Pereira. **A dublagem no Brasil**. Monografia (Monografia em Comunicação Social) - Faculdade de Comunicação, Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2002. 289 p. Disponível em: <http://www.ufjf.br/facom/files/2013/04/Leandro-Pereira-Lessa.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

LIPSZYC, Délia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: Unesco, 1993.

MACHADO, Nelson. **Versão Brasileira**. São Paulo: Valente, 2013.

MENDONÇA, Leandro José Luz Riodades de. **Cinema e indústria**: o conceito de modo de produção cinematográfico e o cinema brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Estudo dos Meios e da Produção Mediática) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27153/tde-22072009-183038/publico/2155125.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Walter. **Artistas Intérpretes e Executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. **Indústria fonográfica**: um estudo antropológico. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2009.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2007.

Redação Mundo Estranho. Quando surgiu a dublagem no Brasil e no mundo? **Superinteressante**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quando-surgiu-a-dublagem-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

NASCIMENTO, Fernanda Gomes do. **A voz em estúdio**: O uso audiovisual da Dublagem e do Diálogo Pós-Sincronizado no Brasil. Dissertação (Dissertação de Mestrado) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. 116 p.

NAZZO, Georgette N. (coord.). **A tutela jurídica do direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 1991.



PERALTA, Patrícia Pereira; SILVA, Elizabeth Ferreira da; TERUYA, Dirceu Yoshikazu. Direito de autor e acesso à cultura. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, n.16, p. 1-16, set. 2013. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/download/3324/2934>. Acesso em: 19 mai. 2019.

PIMENTA, Eduardo Salles. **Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. **O direito de autor nos programas de televisão**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

SANTOS, Marco Antônio dos. **Universo AIC: As Fases da Dublagem no Brasil**. Disponível em: <http://retrotv.com.br/especiais/universo-aic-as-fases-da-dublagem-no-brasil>. Acesso em: 13 ago. 2019.

SZANIWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VOLPATO, Gilson Luiz. **Guia prático para redação científica**. Botucatu: Best Writing, 2015.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (org.). **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. Florianópolis: Boiteux, 2010. ASPI. 25 anos da ASPI. Disponível em: http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/livro_mw_estudodireitoautor.pdf. Acesso em: 19 mai. 2019.





EL MECANISMO DE ADAPTACIÓN DE CONTRATOS: COMENTARIOS A PARTIR DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

Jorge Luis Ordelin Font¹
Salette Oro Boff²

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo valorar las implicaciones para el régimen jurídico de los artistas intérpretes o ejecutantes del mecanismo de adaptación de contratos establecido en la Directiva de Derechos de Autor en el Mercado Único Digital. El estudio se centra en el mecanismo de adaptación de contratos, su naturaleza jurídica y posibilidades o no de aplicación teniendo en cuenta el régimen legal de estos sujetos, sus particularidades en materia contractual. Para su desarrollo se utilizaron métodos y técnicas de investigación de la metodología cualitativa y la revisión bibliográfica.

Palabras Claves: Mecanismo, adaptación de contratos, artistas intérpretes o ejecutantes.

INTRODUCCIÓN

La recientemente aprobada Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, (en adelante la Directiva de Derechos de Autor en el Mercado Único Digital) reconoce en el artículo 20 de la Directiva se establece “1. Los Estados miembros velarán por que, de no existir convenios de negociación colectiva que prevean un mecanismo comparable al establecido en el presente artículo, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes o sus representantes tengan derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones”.

El fundamento de la especial protección reconocida en este instrumento legal se fundamenta en la especial situación en la que se ubican los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes al momento de conceder licencias o ceder sus derechos. Como bien se reconoce el

¹ Investigador posdoctoral del Programa Nacional De Posdoctorado PNPd/CAPES, Programa de Posgraduación Stricto Sensu en Derecho de la Faculdade Meridional IMED, Brasil

² Profesora del Programa de Pos graduación en Derecho, Maestría, IMED. Profesora de IESA y UFFS

considerando 72 de la directiva se trata de proteger a las personas físicas que suelen estar en la posición contractual más débil cuando suscriben estos contratos para fines de explotación a cambio de una remuneración.

Si bien el principio y la obligación del mecanismo se establecen tanto para autores como para artistas intérpretes o ejecutantes, el presente trabajo se centrará en el régimen jurídico de estos últimos y sus implicaciones. Teniendo en cuenta que todavía subsisten diferencias en cuanto al régimen legal para los autores y para los artistas, a pesar de la actividad creativa desarrollada en ambos casos, entre las que podemos mencionar: el no reconocimiento de iguales facultades, e incluso de la extensión de las mismas; distintos términos de duración de las facultades patrimoniales y la sujeción a *numerus clausus* de estas últimas.

Aunque es válido mencionar la existencia de una tendencia en la doctrina española que defiende “la regulación homogénea al contenido moral y patrimonial del derecho de autor y del derecho del intérprete” (ROMÁN PÉREZ, 2003, p. 192); posición que si bien no es pacífica, no deja de ser interesante y sumamente alentadora en cuanto a la equiparación de ambos sujetos, en todos aquellos aspectos que no hayan sido precisados por las legislaciones nacionales, es decir, siempre que exista una laguna y una remisión expresa de aplicación subsidiaria de lo previsto por el legislador para el régimen legal de los autores, como es la realizada por el artículo 132 del *TRLPI* y el artículo 130 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú.

Para esta posición doctrinal, se vendría a reconocer a los intérpretes y ejecutantes, además de las facultades expresamente reconocidas en los cuerpos legales como paternidad, reproducción y comunicación pública, etc., otras facultades como la divulgación, modificación de la interpretación, retirada del comercio de la ejecución o acceso al ejemplar único o raro de la misma y transformación.

Sin embargo, lo cierto es que, si bien no todas las legislaciones cuentan con un artículo de aplicación subsidiaria de la normativa del derecho de autor, la jurisprudencia se ha encargado de realizar la correspondiente interpretación analógica en estos casos, lo cual ha posibilitado que la noción de estas facultades, su contenido y límites sean aplicados en lo pertinente a la situación de los artistas, desechándose así la interpretación de las facultades patrimoniales reconocidas a los intérpretes como *numerus clausus* (GINSBURG, y LUCAS, 2003).

La aplicación subsidiaria no puede ser confundida con la denominada regla de “coexistencia pacífica”, que reconoce la imposibilidad de que la protección concedida a los sujetos de los derechos conexos, dentro de los cuales se encuentran los intérpretes y ejecutantes, afecte la protección concedida a los autores, en los propios cuerpos normativos; al tiempo que se establece como norma interpretativa que los derechos “conexos” reconocidos en estas legislaciones no puede nunca ir en detrimento de los derechos de los autores. A criterio de ROGEL VIDE (2004, p.13), no debemos entender tras su lectura, una “supeditación de unos derechos a los otros, sino derechos distintos de los distintos creadores, colocados a nivel de igualdad y semejantes todos, en su esencia”. Interpretación que, si bien contribuye al fundamento de la autonomía de



los derechos en cuestión, no revierte la deficiente técnica legislativa, que ya no se corresponde con los nuevos paradigmas de protección de la creación de los artistas intérpretes y ejecutantes.

En cuanto a las diferencias del plazo de duración de la facultad de los artistas intérpretes y ejecutantes, específicamente las de índole patrimonial, para autores como MARTÍN VILLAREJO (2009, p. 55) la misma constituye una manifestación de discriminación entre artistas y autores, mientras que para otros como ROMÁN PÉREZ (2010, p. 226), no se cumple con esta diferencia de plazos el objeto social que tiene en sí mismo la limitación temporal de estas facultades.

Más allá de la inseguridad jurídica que provoca la concurrencia de disímiles facultades en el producto musical, como lo son los derechos de los compositores, intérpretes y productores de fonogramas hacen imposible que la interpretación pueda pasar a dominio público cuando ha transcurrido el plazo de protección de los artistas.

I EL MECANISMO DE ADAPTACIÓN DE LOS CONTRATOS

Una primera lectura del artículo nos permite identificar como elementos determinantes de la regulación de la figura los siguientes: 1) Derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, siempre y cuando no existan convenios de negociación colectiva, 2) exista un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, y 3) la remuneración inicial pactada resulte ser desproporcionada en comparación con la totalidad de ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, poder determinar la naturaleza jurídica de la regulación realizada sobre el mecanismo de adaptación de los contratos resulta un poco confusa. No es claro si la regulación está referida a un derecho, el ejercicio de la acción para la defensa de un derecho (figura de marcado carácter procesal) u a la institución material que permite el ejercicio de las dos anteriores. La regulación realizada en la Directiva no es clara y parece ser que une supuestos de una u otra figura.

I.2 ¿Derecho a reclamar?

En este sentido la norma jurídica utiliza el término de “derecho de reclamación”, aunque es necesario precisar que este “reclamo” tiene su fundamento en el artículo 18 de la propia Directiva, donde se establece el principio de remuneración adecuada y proporcionada en los contratos de explotación en los que se concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras y prestaciones. El apartado 2 de este artículo establece que los Estados podrán utilizar diferentes mecanismos y tendrán en cuenta el principio de libertad contractual y el justo equilibrio entre derechos e intereses.

Solo cuando la remuneración del artista no sea adecuada y proporcionada teniendo en cuenta el conjunto de la prestación, las circunstancias del caso, las prácticas del mercado y la explotación real de la prestación, es que es posible acudir al mecanismo de adaptación de los



contratos. Sin embargo, no es claro porque realizar un reconocimiento expreso de este “mecanismo” cuando es lógico que una vez reconocido el principio de remuneración adecuada y proporcionada en los contratos de explotación solo sería preciso instar el cumplimiento de este ante las autoridades correspondientes.

Todo parece indicar que el legislador comunitario prefirió consagrar un derecho “protector” del principio de remuneración adecuada y proporcionada, que no es en sí mismo un mecanismo, sino una figura jurídica que permiten la remuneración adecuada y proporcionada posterior al perfeccionamiento del contrato de cesión o licencia. En este sentido puede ser entendido como tal, cualquier figura jurídica que permita la “adaptación” teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Hay que tener en cuenta que el principio de remuneración adecuada y proporcionada puede ser aplicado antes del contrato de cesión o licencia como después del mismo. Una figura que puede ser utilizada para dicha aplicación de forma previa a la celebración del contrato pueden ser los mecanismos de negociación colectiva o los acuerdos de remuneración conjunta, regulados en el ordenamiento jurídico alemán para determinar si una remuneración es equitativa. En este caso las asociaciones de autores junto con las asociaciones de usuarios de obras o usuarios individuales de obras establecen dichos acuerdos a partir de tener en cuenta las circunstancias del área respectiva de regulación, especialmente la estructura y el tamaño de los usuarios. La propia norma reconoce que entre lo acordado en los convenios colectivos y en los convenios de remuneración conjunta los primeros tienen prioridad.

Pese a que la Directiva utiliza el nombre de mecanismo de adaptación, no se refiere a la institución a la que se le solicita o que realiza la adaptación del contrato, sino a la figura o institución jurídica que le da el derecho al artista intérprete o ejecutante de solicitar a la contraparte la adaptación del contrato. De no existir esta figura en los ordenamientos jurídicos nacionales las mismas deberán ser implementadas. Cada ordenamiento jurídico nacional tiene la libertad de determinar cuál o cuáles son los mecanismos para aplicar dicho principio.

Si bien la figura de la adaptación tiene un marcado carácter instrumental dado que permite hacer efectivo el principio de remuneración adecuada y proporcionada, no constituye el medio para hacer dicha reclamación, sino el derecho de hacer la misma cuando aquella no guarda proporcionalidad con el valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cedidos.

En este sentido es importante precisar que cualquiera que sea la figura que sirva para materializar la adaptación del contrato no puede ser confundida con el uso de la cláusula *Rebus sic stantibus* del Derecho común ni con los mecanismos alternativos de solución de controversias. La cláusula *Rebus sic stantibus* en virtud de la cual es posible reestablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones entre las partes, siempre y cuando exista una alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la celebración, originando con ello una desproporción exorbitante entre las prestaciones de los contratantes, lo que quiebra la regla de la conmutatividad del comercio jurídico, expresión del



equilibrio básico que debe existir entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio, y del principio de buena fe.

La protección concedida por el mecanismo es mayor que la prevista en la *Rebus sic stantibus* porque parte del equilibrio de las prestaciones al igual que esta y de la desigual posición que ocupan las partes en la negociación del contrato. Si bien se sustenta en la ruptura de la base económica del negocio, el fundamento de esta ruptura varía puesto que mientras en el caso de la cláusula debe demostrarse que dicha ruptura es consecuencia de una alteración radical e imprevisible, en el caso del mecanismo ello no es necesario, teniéndose solo en cuenta el conjunto de la prestación, las circunstancias del caso, las prácticas del mercado y la explotación real de aquella en la quiebra de la base del negocio de cesión o licencia.

Además, es importante precisar que el mecanismo funciona solo en materia de remuneración adecuada y proporcional y no en cualquier negocio en el que intervenga el artista intérprete o ejecutante, sino solo en aquellos en los cuales existe un desequilibrio entre la remuneración y la cesión o licencia de sus derechos. En aquellos contratos relacionados con la actividad profesional del artista intérprete o ejecutante que no estén relacionados con esta cesión o licencia de derechos conexos no es posible implementar el mecanismo, como pudiera ser el caso de los derechos de imagen u otros derechos de propiedad intelectual relacionados con su actividad profesional como pudieran ser los derechos sobre marcas o diseños.

Este derecho tiene además carácter indisponible dado que el artículo 23 de la propia Directiva establece la obligación de los Estados de velar porque ninguna disposición de carácter contractual impida el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20. Por ende, debe descartarse la posibilidad de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad puedan desvirtuar dicha obligación.

Debido a que los artistas intérpretes o ejecutantes suelen ser reacios a hacer valer sus derechos frente a sus socios contractuales ante un órgano jurisdiccional, la Directiva obliga a los Estados miembros también a establecer un procedimiento alternativo de resolución de litigios con respecto a las reclamaciones presentadas por artistas intérpretes o ejecutantes, o por sus representantes en su nombre, relativas y al mecanismo de adaptación del contrato y a las obligaciones de transparencia. Ello nos permite distinguir entre el mecanismo de adaptación, en la concepción que la hemos explicado y aquel o aquellos mecanismos en virtud de los cuales se resuelven los litigios relativos a dicha figura, su interpretación y aplicación.

No hay dudas que sea cuál sea el mecanismo de adaptación utilizado este puede ser objeto de litigio y de posible resolución tanto en un procedimiento alternativo como en la vía judicial. Los principales problemas se encuentran no en el reconocimiento o no de estas figuras, sino en el cómo estas deben ser concebidas teniendo en cuenta que deben ser al mismo tiempo lo suficientemente precisas para no ser confundidas con otros derechos, ni con el principio de remuneración adecuado y proporcional y al propio tiempo ser lo suficientemente abarcador de todos los supuestos a los que se pudiera aplicar, tanto a autores como a artistas intérpretes o ejecutantes.



1.3 Los contratos para la explotación de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes

Reconocer la existencia de facultades morales y patrimoniales del intérprete sobre la actividad creativa que el mismo desempeña, es decir la interpretación. De tal suerte que, al igual que el autor, el derecho del artista intérprete y ejecutante, está a su vez conformado por un conjunto de facultades, poseen las mismas características. Las facultades morales protegen la personalidad del intérprete con la actividad creativa que el mismo realiza, manifestación de éste, que posee un carácter personalísimo y esencial, inherente a la condición de intérprete, lo que a su vez provoca que estas facultades sean extrapatrimoniales, absolutas, inalienables, irrenunciables, inembargables, inejecutables, inexpropiables, insubrogables y relativamente indisponibles.

Por su parte, las facultades patrimoniales posibilitan la explotación económica de la interpretación a partir de la utilización de ésta y se les reconocen a los intérpretes para protegerlos de las utilidades que escapan al régimen contractual con el cual consienten los usos de su prestación, ya sea, tanto por sus presentaciones en vivo como por la utilización de una fijación o reproducción donde conste su interpretación o ejecución; a diferencia de las facultades anteriores, son susceptibles de transmisión y tienen una duración limitada.

La utilización y la transmisión de las facultades patrimoniales constituyen el centro de las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales, amén de las actuaciones en vivo. Según el marco de actuación del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la comercialización de la interpretación, se han reconocido dos tipos fundamentales de facultades patrimoniales, las facultades de explotación con carácter exclusivo y las facultades de explotación de simple remuneración.

Las primeras se caracterizan por su ejercicio individual y preponderancia de la autonomía de la voluntad, puesto que le corresponde a su titular determinar cómo y cuándo autorizar cada acto de explotación. Dentro de estas facultades son reconocidas la de fijación de las interpretaciones artísticas en vivo o no fijadas en ningún soporte, medio o sistema; la de autorizar la reproducción de las interpretaciones artísticas fijadas, la autorización de la distribución de la interpretación o ejecución, bajo las formas de venta u otro título de transmisión de la propiedad, alquiler y préstamo de las interpretaciones fijadas; la de autorización de la comunicación al público de las interpretaciones artísticas y; la de la puesta a disposición del público de las interpretaciones fijadas.

Por su parte, en las facultades de simple remuneración el ejercicio de la autonomía de la voluntad es prácticamente inexistente o nulo, puesto que en ellas el ejercicio de las facultades de explotación por parte de su titular se realiza de forma indirecta. Estas dependen del ejercicio de facultades exclusivas o compensan actos de explotación para los que no se precisa autorización. Nos referimos a utilidades de la ejecución o interpretación que no pueden ser autorizadas individualmente por el titular, producto del propio desarrollo tecnológico en cuanto a las fijaciones, comunicación pública, distribución y reproducción de su interpretación, lo que hace imposible la determinación del número de usuarios de esta.



Las utilizaciones libres sujetas a remuneración, conocidas también como licencias no voluntarias. Se consideran una limitación del derecho exclusivo, y sólo son aplicadas, al igual que en el caso de las excepciones si cumplen con los requisitos de la prueba de los tres pasos, es decir si es un caso especial, no atenta contra la normal explotación de las prestaciones protegidas por los derechos conexos y no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos. Dentro de ellas se encuentra la remuneración compensatoria por copia privada de las interpretaciones artísticas fijadas, por la puesta a disposición interactiva de las mismas, por su alquiler, así como, remuneración por la comunicación pública.

Por razones de orden práctico las facultades de remuneración son ejercidas por las sociedades de gestión colectiva. Como bien se reconoce el mecanismo no debe aplicarse a los contratos celebrados por las entidades de gestión colectiva u operador de gestión independiente. En principios o, las entidades de gestión deben negociar licencias con los usuarios, autorizar la explotación de las obras, recaudar y distribuir los beneficios económicos y regalías obtenidos a partir de los actos de explotación. Sin embargo, ello no es así cuando el objeto de la gestión son los derechos de remuneración, lo que sucede en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales. En este supuesto la entidad solo realizará las actividades de recaudación y distribución puesto que, en este tipo de derechos, no es necesario contar con la autorización de su titular para su utilización. Como afirma SCHUSTER (2011, p. 11), la actividad de estas entidades está dirigida esencialmente a la fijación y distribución de las regalías percibidas en virtud de estos derechos, por lo que solo implica la fijación del monto a remunerar siempre y cuando esta no haya sido fijada por la ley o por la autoridad competente.

Tampoco existe claridad normativa ni doctrinal sobre cuáles son principios que rigen la transmisión de las facultades patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes. Para SÁNCHEZ ARISTI (2007, p. 1455), por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español la cesión de estas facultades se debe de realizar conforme a los usos del sector y en su defecto por las normas generales del Código Civil; posición contraria sostiene RÓMÁN PÉREZ (2010, p. 208), quien es partidaria de la aplicación de las normas que rigen la transmisión de los derechos de autor.

Por su parte, las normas tampoco son lo suficientemente claras al respecto, pues si bien en algunos casos como el Código de Propiedad Intelectual francés, pareciera que se pretende regular un régimen distinto al de los autores a la hora de realizar la correspondiente transmisión, en otros como el de Perú, es expreso el carácter subsidiario de este último régimen con respecto al de aquel³. En este aspecto consideramos que a menos que el legislador haya expresamente dispuesto una norma o régimen específico para la transmisión de estas facultades, la remisión a las normas que regulan las mismas en el campo del derecho de autor, es obligatoria, no solamente porque razones de índole de interpretación sistemática lo aconsejan, sino también por los elementos anteriormente expuestos que fundamentan la especial relación que existe entre ambos objetos de protección, dígase la obra y la interpretación. De ahí que la aplicación por parte de los operadores

³ Vid. art. 130, *Ley de Derecho de Autor de Perú*. En el caso de la legislación española si bien es cierto que la misma tiene una remisión a las normas de derecho de autor, las formas de transmisión no están expresamente contempladas en este apartado.



del Derecho de las normas del Derecho de autor, ante la imprevisión normativa constituye un buen punto de partida en pos del acercamiento y uniformidad de ambos regímenes legales, cuyas diferencias no encuentran asidero en los fundamentos actuales de la propiedad intelectual.

Al igual que sucede con los autores, estas formas de cesión de las facultades patrimoniales deben de quedar debidamente configuradas a partir del carácter tuitivo de estas normas, puesto que, a los intérpretes, también, les es muy difícil imponer sus condiciones en sus relaciones con los productores, editores, distribuidores o empresarios que llevan a cabo la explotación de la interpretación.

Conjugar estas normas tuitivas con la labor desempeñada por los sindicatos de artistas, para imponer a los productores un mínimo de condiciones en los contratos celebrados con estos; significa la protección de los artistas para evitar una cesión total o de buena parte de las facultades patrimoniales exclusivas a cambio de condiciones leoninas. Pero sobre todo significa el respeto a la actividad creativa que los mismos desarrollan y la necesidad de vivir de forma decorosa de ésta.

Por ello la cesión realizada de estas facultades no significa que el cesionario adquiera un derecho ilimitado sobre las facultades del titular originario – artistas intérprete o ejecutante –; el cedente conserva durante el término de explotación de la prestación las facultades morales sobre las mismas; los efectos de la “cesión” deben interpretarse en forma restrictiva, limitada exclusivamente a los modos de explotación, ámbito territorial y términos de duración previstos específicamente en el contrato, una vez extinguidas las facultades del cesionario éstas revierten al cedente.

La enajenación del soporte material que contiene la creación, no confiere al adquirente, el ejercicio de ningún derecho de explotación sobre la interpretación, toda cesión salvo disposición legal o contractual expresa, se presume onerosa, y debe ser proporcional a la explotación de la prestación, en el caso de que así no sea debe existir la posibilidad de revisión del contrato por remuneración no equitativa; de igual forma el contrato celebrado entre el intérprete y el cesionario del derecho, no puede ni debe abarcar la totalidad de las facultades patrimoniales del intérprete, sino limitarse única y exclusivamente a aquél o aquéllos que sean absolutamente necesarios atendiendo a la naturaleza y objeto del contrato de que se trate; son nulos los pactos que impidan la interpretación de los mismos temas⁴.

El contrato de cesión debe de constar por escrito, considerándose nula la transferencia respecto de aquellos modos de usos desconocidos al momento de la contratación; toda cesión se considera intransferible; el cesionario de la prestación tiene la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida; a la vez que el cedente le garantiza el ejercicio pacífico de las facultades patrimoniales cedidas.

⁴ Esta posición se ha visto matizada con el establecimiento de cláusulas de exclusividad para los productores, en las que los artistas se comprometen a no grabar con otras compañías los mismos temas por un tiempo. Para ROMÁN PÉREZ (2010, p.194) la limitación se trata en cuanto a la grabación, como objeto de protección distinto de la interpretación, por lo tanto, si bien la interpretación de un mismo tema no deberá de ser vuelta a fijar, ello no impide que no sea interpretada in vivo. Lo contrario sería un menoscabo de los derechos fundamentales y personalísimos del artista intérprete.



Por otro lado, debe tenerse presente que la prestación de la interpretación o ejecución como un servicio objeto de un contrato de prestación de servicios o de trabajo, ya sea suscrito con un productor de fonogramas o audiovisuales, un organizador de espectáculos o un organismo de radiodifusión, en los cuales se presumen que se han cedido determinadas facultades al arrendador o empleador del artista intérprete y ejecutante.

Si bien no corresponde en este momento establecer una distinción entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, lo cierto es que, la actividad realizada por el artista intérprete y ejecutante puede ser desarrollada tanto de forma independiente como vinculada con algún empresario que se dedique a la realización de espectáculos públicos.⁵ En ellos es prácticamente imposible, deslindar la relación que se establece entre la interpretación y la ejecución como creación intelectual y el servicio que la persona del artista brinda en razón de aquella, por lo cual se configura una relación especial cuyos límites no siempre quedan del todo claros.

Tanto en uno como en otro caso el artista no desarrolla su actividad creativa bajo la dependencia técnica del organizador del espectáculo, sin embargo, sí debe cumplir con los requisitos, parámetros y hasta gustos estéticos que el arrendador o empleador solicita, en el cumplimiento de sus instrucciones generales, lo cual supone que se haya bajo la organización y dirección de aquel a cambio de una remuneración. Sin embargo, el hecho de que el empresario asuma los riesgos del espectáculo público y a la vez los frutos que produce la actividad desarrollada por el artista intérprete y ejecutante han incidido en que cada vez y con mayor frecuencia, el reconocimiento de tal actividad se realice bajo la regulación que brindan las normas del Derecho Laboral, a partir de la presencia de una relación de trabajo.

Ello ha traído consigo que el representante al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes, cuando desarrollan su actividad creadora como un servicio, se encuentren sometidos a un doble régimen jurídico. Por un lado, la regulación que el Derecho Laboral supone con sus especiales disposiciones de orden público en materia de condiciones de trabajo, de relaciones colectivas de trabajo y de protección y cargas sociales y; por otro lado, las presunciones de cesión de facultades a favor de los empresarios, reguladas por las leyes de propiedad intelectual⁶.

⁵ Si bien se utiliza tradicionalmente el término de empresario este no debe de ser utilizado en el estricto sentido mercantil sino en el de cualquier persona natural o jurídica que organice espectáculos públicos, pudiendo ser desarrollada esta actividad habitualmente, como en determinadas ocasiones.

⁶ En este particular no existe uniformidad por parte de las legislaciones foráneas, puesto que algunas no establecen la manera de proceder en cuanto al hecho de que la interpretación o ejecución se realice en el marco de una relación laboral, lo que implica que se deba de analizar la posibilidad de aplicar en estos casos la posición anteriormente sostenida en este informe en relación a aplicar por analogía en caso de lagunas las normas relativas a los derechos de autor, por su parte otras legislaciones como la española en el artículo 110 del *TRLPI* consagra que "Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública", similar posición sostiene la legislación argentina al regular "Sin perjuicio del derecho de propiedad perteneciente al autor, una obra ejecutada o representada en un teatro o en una sala pública puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo", art. 110 del *TRLPI* y art. 56 último párrafo Ley N° 11.723 sobre Propiedad Literaria y Artística de los Intérpretes.



En cualquier caso, los efectos de las normas de propiedad intelectual suelen ser más abarcadoras que las regulaciones que al respecto realizan las normas de Derecho Laboral, puesto que aquellas comprenden cualquier prestación de servicios, dígame contratos con productores de fonogramas o audiovisuales, organizador de espectáculos y entidades de radiodifusión, mientras que estas últimas sólo se han concebido al objeto de la relación con los organizadores de espectáculos⁷.

La Directiva considera que la protección concedida por el mecanismo de adaptación de los contratos no es necesaria cuando la parte contratante actúa como usuario final y no explota por sí misma la interpretación o ejecución, por ejemplo, en algunos contratos de trabajo. Sin embargo, resulta difícil determinar aquellos contratos de trabajo en los que el empleador actúa como usuario final y no está explotando la obra. Esta excepción en la aplicación del mecanismo de adaptación tiene mayor posibilidad de ser aplicación en algunos supuestos de contratos de prestación de servicios más que en un contrato de trabajo donde el empleador procura beneficiarse económicamente de la prestación artística, existiendo en consecuencia una explotación, en la que no puede ser comprendido como usuario final.

1.4 Remuneración desproporcional

La determinación del carácter desproporcionado de la remuneración no es una tarea sencilla y puede variar en dependencia de múltiples circunstancias. Es necesario disponer de información para poder evaluar el valor económico de la explotación de las interpretaciones o ejecuciones con respecto a la remuneración recibida por la licencia o cesión de los derechos, mientras que por otro lado es imprescindible que exista transparencia.

Sin embargo, lo esencial para poder accionar el mecanismo es el modelo de negocios empleado se recoge en el contrato. Como sugiere la propia Directiva debe tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, incluida la contribución del artista intérprete o ejecutante, así como las especificidades y prácticas de remuneración en los distintos sectores de contenidos y si el contrato se basa en un convenio de negociación colectiva.

Cualquier previsión legal que se realice sobre el mecanismo de adaptación de los contratos debe tener en cuenta que, los contratantes tienen capacidad para adaptar las condiciones contractuales de tal forma que se pueda eludir o al menos convertir en ineficiente la adaptación contractual. No solo puede tenerse en cuenta los ingresos derivados de la subsiguiente explotación de la grabación de la interpretación o ejecución por la parte contratante como apunta en el considerando 78 de la Directiva sino todos los ingresos generados por la comercialización de productos vinculados o relacionados con la prestación artística, para poder determinar si

⁷ El carácter público del espectáculo no está determinado por el simple hecho de que supere las hoy imprecisas barreras de la esfera privada del artista, sino que la misma incluye tanto la actividad que se desarrolla directamente ante el público como a las destinadas a la grabación por cualquier sistema y en los más diversos medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, cabaret, discotecas, cuyo destino sea su pública difusión. (SÁNCHEZ ARISTE, 2007, p. 1490).



es desproporcionadamente baja. Ello resulta polémico si no se realizó una estimación del valor económico de los derechos al momento del perfeccionamiento del contrato.

Un ejemplo de lo contradictorio y complejo que pudiera ser la aplicación de este mecanismo de adaptación la encontramos en el contrato 360º o *full all rights*. Este constituye la respuesta de las empresas discográficas al abandono del modelo de negocios de la música sustentado en la grabación, promoción y venta de discos. Según BYRNE (2012, pp. 287-288), en virtud de este contrato todos los aspectos de la carrera de un artista son manejados por productores, gerente de *marketing*, abogados, contables y *mánager*. En este modelo el artista se convierte en una marca que la corporación posee y dirige, y en teoría esto alienta. En palabras de GÓMEZ HERNÁNDEZ y RAMÍREZ MEJÍA (2011, p. 163) se denominan 360º “porque los artistas prometen un porcentaje para la compañía de todos los ingresos generados por la actividad del artista”. Con este contrato las disqueras pasan a percibir beneficios por los ingresos que el artista musical genera por concepto de *shows*, transmisiones televisivas, *merchandising*, *ring tones*, imagen, publicidad, entre otros (MARTÍN QUIÑA, 2014, pp. 5 y 6).

El contrato *full all rights*, según CABALLERO LEAL, “no sólo se limita a la producción y explotación de álbumes discográficos, sino que abarca la totalidad de las actividades artísticas en general que un artista pueda desarrollar, ya sea en su faceta de actor, de productor, de compositor, de intérprete, o de cualquiera otra actividad que lo vincule con la industria del espectáculo y del entretenimiento”.

Con su suscripción, las empresas discográficas se comprometen a invertir recursos financieros, facilitar medios y gestionar la carrera artística del artista musical, a cambio de participar en los beneficios obtenidos de la explotación de las facetas de su carrera. Entre estas, se encuentran la venta de discos, explotación de conciertos y los llamados derechos subsidiarios (*ancillaries* en inglés), como son: *merchandising*, auspicios, conciertos, clubes de admiradores y de comercialización detallista, publicidad, promoción y relaciones públicas, organización de giras y participación en eventos como festivales, ferias o acontecimientos culturales determinados, *souvenirs* de la gira, entradas *VIP* (*very important people*), realizar, negociar y firmar todo tipo de contratos y compromisos, de toda clase, orden y naturaleza, con cualquier tercero, y demás personas que estén relacionadas con la actividad artística y profesional del artista. Este contrato se sustenta en el principio de exclusividad.

En principio el contrato 360º supone que la empresa discográfica desplace al *mánager* en sus funciones, su fin es el de “anular la importante e incómoda figura del *mánager* externo y recuperar parte de su inversión cada vez que el artista se sube a un escenario” (COLL I RODRÍGUEZ, 2007, p. 106). Mientras el contrato está vigente la carrera del artista es manejada por la disquera, quien invierte en esta y paga un anticipo durante la fase de preparación y ejecución del proyecto artístico. Este anticipo se utiliza en múltiples funciones entre ella se pueden mencionar el pago de los músicos, cubrir la realización de giras, pagar hoteles, alquilar medios de transporte, comidas, etc. Es muy poco probable que las empresas corran con los gastos y participen en la organización de las giras. (BYRNE, 2012, p. 290).



A cambio, participa en las ganancias que se generen. Los montos de participación varían y dependen de los poderes de negociación de cada músico. Al respecto, no existen fórmulas predefinidas y se modifican según las circunstancias. Se suscriben, además, teniendo en cuenta la previsión de resultados concretos: compromisos de grabación de una cierta cantidad de discos o canciones –por lo general tres discos o treinta canciones-. A diferencia del contrato que se suscribe con los *mánager*, donde el período de duración es por lo general de tres a cinco años.

Además, es necesario tener en cuenta que el modelo de negocios que este contrato sostiene no es para todos, solo para aquellos artistas que son previamente escogidos por los administradores de artistas y repertorios (*A & R*) de las empresas discográficas, quienes descubren y fomentan nuevos talentos según criterios y tendencias de mercado. Buscan las mayores ganancias posibles y, subvaloran, en la gran mayoría de las ocasiones, el valor artístico del producto musical.

Generalmente, el contrato se inicia con un acuerdo por un “sencillo”, si funciona la canción la disquera tiene el derecho de lanzar el disco, y al lanzarlo se perfecciona un negocio de 360°. Las discográficas hacen el disco, lo ponen en la radio, son el principal motor de *marketing*, coordinan las entrevistas en los medios de comunicación, y facilitan los presupuestos para realizar los videos y grabaciones musicales. Pero ello no quiere decir que desaparezcan las tensiones tradicionales entre los artistas y las compañías, así como tampoco implique determinados riegos.

En múltiples casos, son contratos abusivos en los cuales los artistas tienen que ceder mucho más de lo que anteriormente cedían a favor de las disqueras. Por lo general, los artistas más jóvenes, que son los más impresionables, suscriben este tipo de contratos, sin tener una asesoría previa. En dependencia del éxito de este, así serán los beneficios adquiridos. Lo primero que se descuenta son los anticipos recibidos de las disqueras, luego, saldada esta deuda, el artista y la disquera participan en los beneficios según el porcentaje que se haya acordado. La empresa trabajará de conjunto con el artista, siempre y cuando exista éxito económico en su carrera, un rédito que justifique la inversión y aporte ganancias. Una vez que esto no ocurra la disquera romperá el vínculo contractual con el artista, o simplemente no renovará el contrato.

CONCLUSIONES

BYRNE, David, **Cómo funciona la música**, Jandepora, [s.e.], 2012.

COLL I RODRÍGUEZ, Josep, **Manual de Supervivencia. Negociación de contratos discográficos, editoriales, management, cesión de derechos de imagen y actuación**, 1^{era}. Ed., Asesoría Jurídica de las Artes, España, 2007.

GINSBURG, Jane C y LUCAS, André, “Estudio auspiciado por la OMPI relativo a los instrumentos multilaterales que rigen la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores; Estados Unidos de América; Francia” en el marco de la 4 **Reunión oficiosa ad hoc sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales**, Ginebra, 6 y 7 de noviembre de 2003 en www.wipo.int, AVP/IM/03/4, consultado el 23 de enero de 2018.



GÓMEZ HERNÁNDEZ, Nelson Eduardo y RAMÍREZ MEJÍA, Julieta, **Manual para el manejo de artistas musicales**, Universidad EAN, Bogotá, D.C., 2011.

MARTÍN QUIÑA, Guillermo, “De la autogestión al modelo de negocios 360º. La producción musical independiente en vivo en la Ciudad de Buenos Aires”, en **Aposta. Revista de Ciencias Sociales**, N° 60, enero, febrero y marzo 2014, disponible en <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/gmartin1.pdf>, consultado el 23 de julio de 2017.

LIPSYC, Delia, **Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos**, Editorial UNESCO, CERLAC y Zavalía, Argentina, 2004.

MARTÍN VILLAREJO, Abel, “Derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.), **Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril**, 2^{da}. Ed., Editorial Civitas, Thomson Reuters, España, 2009.

ROGEL VIDE, Carlos (coord.), “Decálogo de Santander” en **Interpretación y autoría**, Colección de Propiedad Intelectual, Fundación AISGE y Editorial Reus, Madrid, 2004.

ROMÁN PÉREZ, Raquel de, **Obra Musical, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías**, Colección de Propiedad Intelectual, dirigida por Carlos ROGEL VIDE, AISGE y Editorial Reus, Madrid, 2003

ROMÁN PÉREZ, Raquel de, “La protección del Cantao y el bailao: Derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Los productores de fonogramas” en CASTILLA, Margarita (coord.), **El flamenco y los derechos de autor**, Colección de Propiedad Intelectual, dirigida por Carlos ROGEL VIDE, Fundación AISGE, Editorial Reus y ASEDA, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “Comentarios a los artículos 105-112 del TRLPI” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), **Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual**, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

SCHUSTER VERGARA, Santiago, “La Sociedad de gestión de derechos de autor y conexos. La legitimación activa como propuesta esencial para la representación de los derechohabientes”, disponible en <http://www.scdbeta.scd.cl/.../Gestion%20derechos%20autor%20y%20conexos.pdf>, consultado el 20 de marzo de 2015.





POR UM SISTEMA DE DIREITOS AUTORAIS DEMOCRÁTICO

Sérgio Said Staut Júnior¹

RESUMO: O presente artigo sobre a temática do impacto da aceleração tecnológica nas fontes tradicionais que regulamentam o sistema de Direitos Autorais, vem aprofundar a discussão no sentido de defender ou valorizar fontes tipicamente democráticas que procuram normatizar a produção autoral em sociedade num contexto de pluralismo jurídico. Analisando as fontes tradicionais do direito (como a legislação, a doutrina, a jurisprudência, tratados internacionais, entre outras) no seu papel de normatizar as relações envolvendo os direitos autorais e as propriedades intelectuais. O presente artigo empreende uma análise crítica acerca dos limites do direito contemporâneo e suas principais fontes neste contexto de “aceleração da aceleração tecnocientífica”, em que muitas destas fontes ditas “tradicionais” tornam-se obsoletas ou, no mínimo, bastante problemáticas ou questionáveis.

Palavras-chave: DIREITOS AUTORAIS – TECNOLOGIA – PLURALISMO JURÍDICO - DEMOCRACIA

1 COMENTÁRIOS INICIAIS

No XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (XII CODAIP), promovido pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI / UFPR, em 2018, este subscritor teve a oportunidade de trabalhar criticamente com o tema do impacto da aceleração tecnológica nas fontes jurídicas tradicionais que regulamentam o sistema de direitos autorais.² Neste XIII CODAIP, pretende-se aprofundar um pouco a discussão, anteriormente proposta, no sentido de defender ou valorizar fontes tipicamente democráticas que procuram normatizar a produção autoral em sociedade num contexto de pluralismo jurídico.

Naquela ocasião, procurou-se analisar alguns dos principais problemas e desafios envolvendo as fontes tradicionais do direito (como a legislação, a doutrina, a jurisprudência, tratados internacionais, entre outras) no seu papel de normatizar as relações envolvendo os direitos auto-

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 STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Aceleração tecnológica, direitos autorais e algumas reflexões sobre as fontes do direito. In: WACHOWICZ, Marcos e outros (org.). **Anais do XII CODAIP**, Curitiba: GEDAI/UPR, 2018, p. 27 - 38 (disponível em www.gedai.com.br).

rais e as propriedades intelectuais. A provocação, em alguma medida, correspondia em indicar as dificuldades ou questionar os limites do direito contemporâneo e suas principais fontes neste contexto de “aceleração da aceleração tecnocientífica”³, em que muitas destas fontes ditas “tradicionais” tornam-se obsoletas ou, no mínimo, bastante problemáticas ou questionáveis.

2 LIMITES DAS PRINCIPAIS FONTES TRADICIONAIS DO DIREITO

De forma muito resumida, apontou-se que a lei (fonte atual e principal de direito, especialmente, em países de civil law) não tem a capacidade de acompanhar as inovações e a aceleração do tempo presente. Em relação a esta fonte do direito (lei), em matérias que envolvem diretamente o impacto das novas tecnologias na comunidade e no humano, observa-se a defasagem, a cristalização, a desatualização normativa, além dos entraves inerentes ao fato de estar limitada ao espaço normativo dos seus respectivos Estados soberanos. Ao mesmo tempo, é impossível (ou no mínimo muito difícil) prever o que está por vir e uma legislação com pretensão de estabelecer estabilidade ou segurança estaria fadada ao fracasso.

Ainda nesta linha, um direito que encontre na doutrina e na jurisprudência a sua normatividade por excelência, além de graves deficiências democráticas (se a escolha recair apenas neste tipo de fontes), também apresenta muito problemas. Conforme já apontado, 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.⁴ Apesar da importância destas matérias, há o desconhecimento, o despreparo e a falta de prioridade no ensino de muitos destes conteúdos. Outra grande dificuldade decorre da própria complexidade deste universo que se quer regulamentar juridicamente. Especialistas nestas áreas do direito precisam conhecer também a realidade (inclusive técnica) deste universo.

Muitas destas críticas ou questionamentos também podem ser aplicados a um direito jurisprudencial ou, mais propriamente, 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 outra fonte tradicional de direito. Provavelmente, e apenas de forma exemplificativa, são poucos os juristas e os juizes 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 outras, são muitas vezes desconhecidas por muitos

³ 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.

⁴ 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 (HESPA-NHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático** ..., p. 15).



operadores do direito que continuam utilizando instrumentos e ferramentas que foram pensados em décadas ou séculos passados.

Há que se observar ainda que confiar em uma autorregulação privada ou em um *soft law* pode ser, no mínimo, uma atitude ingênua. Não é, obviamente, no sentido do interesse público que caminhará este direito (se é que de direito se está falando neste âmbito). De qualquer forma, se a pretensão é por um direito democrático, deve-se sempre ter o cuidado histórico de observar que, no momento em que o direito foi produto tão somente de juristas (ou, como querem alguns atualmente, de economistas), ele pode ter sido muita coisa, menos o produto de escolhas participativas e inclusivas de boa parte da comunidade que se sujeita ao mesmo.

3 SUGESTÕES MUITO PROVISÓRIAS

Ainda no XII CODAIP (e em outras participações em CODAIPs) foram feitas algumas sugestões. Tais sugestões serão novamente reproduzidas no presente trabalho, ao menos em parte, tendo em vista que merecem algum debate, diálogo e complementação.

Inicialmente, parece ser relevante reiterar que não existem fundamentos seguros ou modelos normativos perfeitamente definidos e definitivos. Toda a construção atual 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.

A mudança nas relações do autor com seus direitos pressupõe um exercício de desconstrução⁵, um “des-pensar”⁶. 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.

Outro ponto importantíssimo é ressaltar que o direito é fundamentalmente um produto histórico.⁷ Nas palavras de António Hespanha, “A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvido (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre *locais*.”⁸

⁵ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁶ 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).

⁷ O atual sistema de regulação jurídica do produto autoral em sociedade, denominado de direitos autorais, é de origem recente, fruto da Modernidade e do desenvolvimento do modo de produção capitalista. Trata-se de uma forma de compreender a questão dos bens culturais e sua relação com a sociedade que, evidentemente, possui a sua historicidade.

⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.



Assim, a compreensão das categorias, dos institutos jurídicos e de suas teorias, bem como das suas implicações na realidade, não pode estar distanciada do estudo e da reflexão a respeito das diferentes temporalidades e localidades em que foram pensados e idealizados os diferentes direitos.⁹ Conforme Adriano Cavanna, “*il diritto è storia in quanto si muove e cresce nella storia.*”¹⁰ Pode ser destacado que “por trás de uma mesma morfologia geralmente há, em perspectiva histórica, uma muito diversa semântica.”¹¹

Entender toda esta temática envolvendo direitos autorais, propriedades intelectuais e o impacto das mudanças tecnológicas em sociedade na sua profunda historicidade tem uma relevante função de dessacralizar ou desmitificar o direito presente e seus discursos de verdade. Isso também permite compreender que “aquela” concepção corresponde a “uma” forma de regulação e não “a” única maneira de entender e regular juridicamente determinada realidade.

Outra sugestão, que está no centro das preocupações do presente trabalho, é levar a sério o princípio democrático. 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, 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). Em termos de conteúdo, em linhas muito gerais, procurar superar o profundo antropocentrismo e individualismo proprietário desta matéria pode ser um caminho interessante.

Outra provocação diz respeito à dogmática jurídica. Fomentar e valorizar uma dogmática consistente, arejada 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.

⁹ Conforme Ricardo Marcelo Fonseca, “O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEE-LAENDER, Aírton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 05).

¹⁰ CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico.** v.1, Milano; Giuffrè editore, 1982, p. 09. [Tradução livre: o direito é história enquanto se move e cresce na história.]

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005, p. 98.

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.¹² As Cortes Superiores, especialmente o STJ, precisam estar preocupados com o que são estas novas realidades e como dar respostas minimamente razoáveis e satisfatórias às mesmas (constituindo um corpo de precedentes que pode, ao menos, reduzir um pouco a complexidade no sistema jurídico envolvendo estas questões).

Ainda, 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.¹³

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.¹⁴ 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)¹⁵. Este é um ponto que será explorado um pouco mais na sequência deste trabalho.

4 PLURALISMO E DEMOCRACIA: UMA CONTRIBUIÇÃO DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA PARA O SISTEMA DE DIREITOS AUTORAIS

Considerando que o tema central desta reflexão envolve as fontes do direito, pensar na questão do pluralismo jurídico parece ser algo muito relevante e necessário. Para isso, levar-se-á

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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).

¹⁵ Nesse sentido, verificar HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. 4a ed., Coimbra: Almedina, 2019. 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. Também sobre pluralismo, a obra absolutamente consagrada de WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito.



em consideração a contribuição fundamental, também nesta matéria, de um dos mais importantes pensadores e historiadores do direito, António Manuel Hespanha. Tal autor também procurou analisar o direito contemporâneo e suas teorias.

Hespanha, na apresentação da sua obra “Pluralismo Jurídico e Direito Democrático”, afirma: “Ocorreu-me escrever este livro ao ver como, já na segunda década do século XXI, se continuam a publicar ‘introduções ao direito’ como se estivessemos nos meados do séc. XIX, senão antes.” (...) “Creio que a maior parte dessa literatura assenta no suposto de que o direito é um produto do Estado.” (...) “Isso também não era verdade há 200 anos; mas nessa altura, ao menos, a ideia correspondia ao imaginário dominante entre o comum dos juristas e, embora em menor medida, ao que os tribunais decidiam.” (...) “Hoje não é assim.”¹⁶

Nessa perspectiva, Hespanha demonstra já nas páginas iniciais do “Pluralismo Jurídico e Direito Democrático”, mas também no seu livro o “Caleidoscópio do Direito”¹⁷, que é absolutamente necessária uma nova dogmática jurídica. Muito do que é produzido no âmbito da dogmática jurídica contemporânea é baseada em crenças, formulações e modelos teóricos pensados há 150 anos ou mais. Isso parece ser perfeitamente válido para muitas das questões e discursos jurídicos envolvendo os direitos autorais, as propriedades intelectuais e todo o impacto social decorrente das mudanças e inovações técnicas. As “formas teóricas” já não dão conta (se é que um dia deram) de uma realidade que é profundamente diversa daquela em que se construiu muito do que se tem ainda hoje no âmbito jurídico.

Nesse sentido, é absolutamente necessário que se leve seriamente em conta a questão do pluralismo jurídico ou de um direito pós-estatal. Hespanha constata que vivemos em um contexto de pluralismo jurídico. Este pluralismo não é algo novo, mas uma característica própria das sociedades. Nas palavras do autor, “este pluralismo jurídico a que nos referimos, antes de ser algo que surgiu nos nossos dias, por circunstâncias particulares dos tempos e das políticas, é antes algo de sempre, pois tem a ver com a maneira de ser dos próprios grupos humanos” (p. 11). Assim, não é possível compreender que o direito seja algo que decorra exclusivamente do Estado. “Em suma, trabalhar com o direito exige que se assuma que ele é algo de “local”, de plural, de equívoco, sujeito a controvérsias (“opinável”, “argumentável”) e ao convívio e disputa com outras ordens normativas.” (p. 23).

Assim, há inúmeras fontes ou expressões normativas que condicionam a nossa existência e são independentes da regulação estatal. Tais normatividades inclusive, não raramente, influenciam ou são utilizadas pelo próprio direito estatal. Daqui também decorre uma preocupação importante de Hespanha sobre “quem tem o papel de dizer o direito em sociedade”.

No entanto, este pluralismo jurídico não é visto como algo positivo ou defendido por Hespanha, pelo contrário. Muitas fontes normativas (p. ex. leis do mercado, usos dos negócios, normas técnicas, etc.) e instâncias decisórias (como “entidades de autorregulação, agências de

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático** ... p. 11.

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

acreditação e de notação, cartéis econômicos, elites tecnocráticas, entre outras), que condicionam e deliberam sobre a existência das pessoas em sociedades, não são democráticas e muito pouco (ou nada) republicanas.

Este pluralismo é sentido e encontra um espaço fértil em muitas áreas do direito (em especial naquelas envolvendo a aceleração e o impacto das mudanças tecnológicas em sociedade). Os exemplos são inúmeros e envolvem muitos dos temas discutidos neste e nos demais CODAIPs: a dificuldade de uma nova legislação sobre direitos autorais e internet; o desprezo em algumas áreas de toda a legislação de propriedade intelectual e direitos autorais; o mercado de *streaming* e a deficiência ou ausência de regulação estatal; a proteção de dados sensíveis; a suposta autorregulação das redes sociais (Facebook, Instagram, entre outras) e de aplicativos de troca de mensagens (como WhatsApp e Telegram); para não falar de toda a complexidade envolvendo inúmeras questões relacionadas à Inteligência Artificial.

No entanto, e ainda com Hespanha, estas fontes e instâncias normativas (assim como boa parte de seu conteúdo) podem ser tudo, menos democráticas. Além disso, geralmente, não são nada republicanas. Não são normas feitas por todas e todos para todas e todos. Do mesmo modo, o interesse público não é, como regra, observado ou é levado em consideração de forma bastante seletiva.

Considerando tudo isso, há que se concordar com Hespanha, por pior que seja este direito produzido no âmbito dos Estados contemporâneos democráticos, por mais problemática que seja a sua fonte principal (a legislação), ainda que se possa criticar e apontar inúmeras deficiências da democracia representativa, do ponto de vista desse historiador do direito, ainda não se inventou e implementou algo melhor.

Um direito feito por legisladores, em um Estado democrático, ainda que sujeito a várias críticas e problemas, procura ser um direito menos imperfeito, mais representativo da vontade popular e preocupado com os destinos da comunidade. Essa forma de entender o direito tem, ao menos, a pretensão de ser um direito feito por todas e todos para todas e todos. Nas palavras do autor, “Feitas as contas, o direito do Estado é, apesar de tudo mais identificável, transparente e sindicalizável do que o direito anônimo das entidades fácticas do mundo da vida.”¹⁸ Nesse sentido, “a vontade expressa nas leis (e na lei das leis, a Constituição)” busca equivaler à “vontade do Povo, expressa pelos processos da democracia representativa; os quais, estando longe de ser perfeitos, eram, e ainda são, geralmente tidos como os menos imperfeitos dos até hoje descobertos e postos em prática para recolher o consenso popular.”¹⁹

No entanto, o desafio permanece. A preocupação central é com esta relação muito conflituosa entre esta realidade observável do pluralismo jurídico (ou normativo) e a construção, a consolidação e o desenvolvimento de um direito que leve a sério o princípio democrático (e também republicano). Pergunta Hespanha: “Poderá o direito democrático sobreviver num contesto

¹⁸ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático** ... p. 29.

¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático** ... p. 33.



pluralista (ou pós-estadualista)? De que modo é que, perante um direito que parece manifestar-se a muitos níveis que não o Estado, se pode salvar a legitimação democrática do direito?”

António Manuel Hespanha, na sua reflexão sobre pluralismo e direito, faz a defesa e a opção pela democracia (tão necessária nos dias de hoje). Dentre inúmeras análises e sugestões, defende consensos sociais mais alargados, privilegia instâncias deliberativas inclusivas e conscientes, entende que os destinatários das normas sejam tratados como sujeitos ativos e autônomos no processo de elaboração das mesmas.²⁰ Não se trata aqui de adotar uma postura ingênua ou uma tentativa de manter algo pretensamente superado. Trata-se de adotar uma posição de defesa intransigente aos ideais democráticos, relacionados especialmente à igualdade e autonomia, para as formas de organização e regulamentação do viver em sociedade.

Estas são algumas das preocupações centrais (em matéria de teoria do direito) da vastíssima obra de António Manuel Hespanha que podem ser exploradas e utilizadas como importantes ferramentas teóricas na elaboração de uma teoria do direito ou teorias do direito metodologicamente mais cuidadosas e preocupadas em dar respostas mais satisfatórias e democráticas aos desafios contemporâneos. Da mesma forma, parecem ser provocações muito profícuas, ainda que iniciais, para a constituição de um sistema de direitos autorais democrático.

REFERÊNCIAS

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giurídico**. v.1, Milano; Giuffrè editore, 1982.

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.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia**. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

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

FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005.

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

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.

²⁰ Nesse sentido, entre muitos outros, verificar também COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia**. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. 4a ed., Coimbra: Almedina, 2019.

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.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Aceleração tecnológica, direitos autorais e algumas reflexões sobre as fontes do direito. In: WACHOWICZ, Marcos e outros (org.). **Anais do XII CODAIP**, Curitiba: GEDAI/UPR, 2018, p. 27 - 38 (disponível em www.gedai.com.br).

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.



REALIZAÇÃO:



APOIO:



MINISTÉRIO DA
CIDADANIA

