

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

ANAIS DO XV 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/UFRRJ	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 diagramação: Sônia Maria Borba

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

Anais do XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2022: 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.

Creative Commons 4.0
(CC BY 4.0)



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 XV CODAIP

Congresso de direito de
autor e interesse público

UFPR • GEDAI • UNICURITIBA

Curitiba



2022

APRESENTAÇÃO

O XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP) abordou os impactos das novas tecnologias da INTERNET e a modernização do Direito Autoral, porém devido a pandemia do COVID-19, adotou as medidas sanitárias impostas de restrição de mobilidade e de isolamento social, sendo realizado totalmente *on-line* entre os dias 3 a 5 de novembro de 2021, tendo sido organizado pelo o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

A finalidade principal do CODAIP é propiciar o debate entre os diversos setores da academia, profissional e artístico na seara dos Direitos Autorais e Culturais sobre a necessidade da reforma da lei autoral dentro do contexto cultural e tecnológico da sociedade brasileira.

No evento, os participantes, além das palestras, painéis e estudos de casos, participaram dos Workshops dos principais Grupos de Pesquisa do país e do exterior, permitindo que eles conheçam suas linhas de pesquisas e os seus trabalhos mais atuais.

Do mesmo modo, os participantes participaram das Oficinas de Direitos Autorais, destinadas à capacitação de produtores e gestores culturais, de produtores e criadores de conteúdos educacionais para educação presencial e à distância e dos profissionais que atuam na área da propriedade intelectual em geral.

O Congresso como em outras iniciativas já realizadas pelo GEDAI/UFPR possuiu como objetivo principal estimular uma abordagem crítica e profunda acerca do Direito da Propriedade Intelectual.

Nesta edição, o CODAIP prestou homenagem ao ilustre jurista Denis Borges Barbosa que neste ano de 2021, completou 5 anos de sua ausência, com o lançamento de livro organizado por Marcos Wachowicz e Karin Grau-Kuntz, que aglutinou estudos de juristas nacionais e internacionais, numa obra coletiva, com acesso aberto para que novos estudos de sua obra, possam gerar novas reflexões abrindo caminho para futuras gerações de pesquisadores e juristas.

As questões trazidas na presente obra coletiva “Estudos de Propriedade Intelectual em Homenagem ao Prof. Dr. Denis Borges Barbosa” são absolutamente fundamentais para a elaboração de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento tecnológico e inovação do país nos setores estratégicos nacionais e indispensáveis para os estudiosos do tema da tutela jurídica da propriedade intelectual.

Na sua 15ª edição, mais de 150 (cento e cinquenta) palestras, que apresentaram suas ideias e reflexões, que fomentaram debates e discussões *on-line* das novas fronteiras do Direito Autoral, durante o CODAIP tivemos mais de 2.100 horas de visualizações pelo canal do YouTube.

O CODAIP contou ainda com quase 3.000 participantes *on line*, com grupos de pesquisas de todos os continentes, consolidando o evento como um dos mais importantes realizados no país, com impacto internacional. Além de agregar vários eventos concomitantes a saber:

10ª OFICINAS DE DIREITO AUTORAL

10º WORKSHOP DOS GRUPOS DE PESQUISA

4º MINICURSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

3º CONCURSO PROFESSOR JOSÉ DE OLIVIEIRA ASCENSÃO – APRESENTE SUA TESE

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 “os impactos das novas tecnologias da INTERNET e a modernização do Direito Autoral”, 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.

Para melhor sistematizar os artigos selecionados, bem como, melhor estruturar os anais com os trabalhos que agora são publicados, a presente obra foi dividida em 6 (seis) capítulos, a saber:

- Novas Fronteiras do Direito Autoral
- Gestão de Direitos Autorais no Entorno Digital
- Direitos Intelectuais, Técnica e Concorrência
- Tutela Material e Processual dos Direitos Intelectuais
- Novas Tecnologias e Direitos Intelectuais
- Direito Autoral Internacional e Cultura Digital

O CODAIP repercutiu o cenário mundial dos Direitos Autorais que passa por grandes e intensos debates, revelou as tendências e posicionamentos do pensamento Americano, Europeu, Latino-Americano, bem como, dos principais centros de pesquisa sobre a criação, distribuição e uso de bens digitais de um mundo cada vez mais globalizado e conectado pela INTERNET.

Os Anais do XV CODAIP aglutinam os temas abordados apresentados por pesquisadores brasileiros e estrangeiros, que submeteram seus artigos, e que tiveram os mesmos selecionados por uma comissão de doutores especialmente constituída.

O XV CODAIP foi promovido pelo o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR) em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e 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 incomensuravelmente também, a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo.

A todos os colaboradores e participantes, o nosso muito obrigado!

Coordenação Científica:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz – GEDAI/UFPR

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior – UFPR

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

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa – USP

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 4

*Marcos Wachowicz | Sérgio Said Staut Júnior |
Márcia Carla Pereira Ribeiro | José Augusto Fontoura Costa*

CAPÍTULO 1

NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO AUTORAL

A PROPRIEDADE INTELECTUAL PODE PROTEGER AS CRIAÇÕES CULINÁRIAS? 16

Maria Victória Rocha

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS DA ARTE INDÍGENA CONTEMPORÂNEA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS 44

Marcos Wachowicz | Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo

OS DIREITOS AUTORAIS SOBRE OS GRAFITES INSERIDOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS 77

Paloma Pediani

A MODA COMO ARTE: CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NA *FASHION LAW* 96

Gabriela de Vargas Pochmann | João Pedro Costa Genro

DIREITOS AUTORAIS DO EMPREGADO NO PL 2.370/19: UMA PERSPECTIVA TRABALHISTA PARA A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS FRENTE AO DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO INTELECTUAL 123

Caio Freitas Moura

ANOTAÇÕES SOBRE O TROPEÇO DE 300 ANOS EM DIREITO DE AUTOR NO BRASIL 153

Bruno Laganá Falqueiro

CAPÍTULO 2

GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS NO ENTORNO DIGITAL

DIREITOS AUTORAIS E A TECNOLOGIA NFT: ESCULTURAS IMAGINÁRIAS E DESTRUIÇÃO CRIATIVA.....	184
<i>Marcos Wachowicz Oscar Cidri</i>	
OS DIREITOS AUTORAIS DE ARTISTAS MÚSICAIS NA ERA CONTEMPORÂNEA DO STREAMING.....	199
<i>Amanda Gomes Camilo de Souza</i>	
OS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS MÚSICAIS E OS DESAFIOS DA ERA DIGITAL.....	226
<i>Vitória Maturana de Britto</i>	
O NFT – NON FUNGIBLE TOKEN E A TUTELA AOS DIREITOS AUTORAIS.....	252
<i>Heloise Bartolomei Seleme</i>	
GESTÃO DA PROPRIEDADE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS	273
<i>Miguel Alvarenga</i>	
NOVAS TECNOLOGIAS DE DIFUSÃO ARTÍSTICA E AS POSSIBILIDADES PARA A GESTÃO INDIVIDUAL DE DIREITOS DO ARTISTA VISUAL.....	295
<i>Rangel Oliveira Trindade Marcelle Cortiano</i>	
O CRIPTO MERCADO E A MÚSICA: ANÁLISE DAS VANTAGENS E DESvantagens DOS NFT'S NO MERCADO MUSICAL.....	325
<i>Jaqueline San Galo Giovanna Sampaio</i>	

CAPÍTULO 3

DIREITOS INTELECTUAIS, TÉCNICA E CONCORRÊNCIA

A DUALIDADE “ARTE E TÉCNICA” PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL.....349

Alejandro Knaesel Arrabal

BIG TECHS E CONCENTRAÇÃO DE DADOS: ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE E VIABILIDADE DE REGULAÇÃO.374

Neide Bueno | Erico Prado Klein

DO DIREITO DE AUTOR AO DESENHO INDUSTRIAL: UMA TENTATIVA DE COMPARAÇÃO DO CONCEITO DE ORIGINALIDADE401

Eduardo Rodrigues Rio

O SISTEMA DE PATENTES E A PROTEÇÃO DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS423

Bruno Martins | Lucas Santini

A INEFICIÊNCIA TRAZIDA PELA EXTENSÃO DE PRAZO DE VIGÊNCIA DE PATENTE NO BRASIL NO CONTEXTO DAS TECNOLOGIAS FARMACÊUTICAS445

Lívia Barboza Maia

A PROTEÇÃO DE ESTAMPAS POR DESENHOS INDUSTRIAIS473

Beatriz Brito Beserra

O USO NÃO AUTORIZADO DE MARCA COMO PALAVRA-CHAVE PARA DISPARO DE LINKS PATROCINADOS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO BRASIL, DOS ESTADOS UNIDOS E DA UNIÃO EUROPEIA493

Luiz Felipe Castagna da Silva

CAPÍTULO 4

TUTELA MATERIAL E PROCESSUAL DOS DIREITOS INTELECTUAIS

OS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

POST MORTEM: UMA BREVE ANÁLISE DA SUCESSÃO NO AMBIENTE DIGITAL 520

Bibiana Biscaia Virtuoso | Heloisa Augusta Vieira Molitor

O EXCLUSIVO DOS HERDEIROS FRENTE AO INTERESSE

PÚBLICO: A TRANSMISSÃO POST MORTEM DE DIREITOS AUTORAIS

COMO VETOR DE PROLIFERAÇÃO DE ABUSOS 542

Thalia Ferreira Cirilo | Matheus Vítor Sousa Soares

A TUTELA INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO NA

SALVAGUARDA DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET 569

João Paulo Borean Pelissari

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS EM MATÉRIA

DE PROPRIEDADE INTELECTUAL 593

Letícia Bentz Colling | Maria Eduarda Piccinini

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS ATINENTES À

NULIDADE DE REGISTRO MARCÁRIO 615

Isabela Kasper Kopittke | Laís Carrer Bortolini

A TUTELA DOS SABERES TRADICIONAIS PELOS INSTRUMENTOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL E DA PROPRIEDADE

INTELECTUAL: A BUSCA POR UM SISTEMA SUI GENERIS 636

Cecília Cristóvão Ribeiro | Natália Gomes Martins de Oliveira

CAPÍTULO 5

NOVAS TECNOLOGIAS E DIREITOS INTELECTUAIS

A MARCA COMO FERRAMENTA DE OPOSIÇÃO A PROJETOS DE RESSURREIÇÃO DIGITAL DE CELEBRIDADES664

Gustavo Fortunato D'Amico

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA: REFLEXÕES SOBRE UM POSSÍVEL DESCRENCIAMENTO FILOSÓFICO689

Flávia Della Bernardina | Sérgio da Silva Souza

A INTERFACE ENTRE O DIREITO E IA: O USO DA IA COMO FERRAMENTA705

Giovanna Sampaio

MINERAÇÃO DE DADOS E TEXTOS: TENSÕES ENTRE A PROTEÇÃO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO732

Helena Chammas

INDÚSTRIA 4.0. E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS: AS NUANCES DE ARRECADAÇÃO DO STREAMING754

Yasmin Condé Arrighi | Fernanda Rangel de Oliveira

BIG DATA E SOCIEDADE: CONTORNOS NA ECONOMIA VERDE.....776

Iago Gonçalves Batista

DIREITOS AUTORAIS NAS REDES SOCIAIS: A LINHA TÊNUE ENTRE A INSPIRAÇÃO E A CÓPIA799

Carla Ferreira Gonçalves | Edna Maria de Lima Rodrigues

CAPÍTULO 6

DIREITO AUTORAL INTERNACIONAL E CULTURA DIGITAL

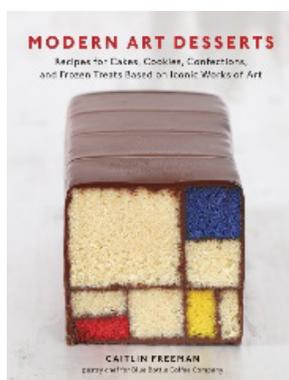
A INTERPRETAÇÃO DA REGRA DOS TRÊS PASSOS NO BRASIL: COMENTÁRIOS AOS RECURSOS ESPECIAIS N° 964404/ES E 1380341/SP JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	825
<i>Bruno Tomé Fonseca Heloísa Gomes Medeiros</i>	
O PROBLEMA DOS DIREITOS AUTORAIS E A GARANTIA DE ACESSO AO CONHECIMENTO EM UMA SOCIEDADE DESIGUAL	850
<i>Fernanda Nunes Barbosa Douglas Sichonany Samuel</i>	
A PARÓDIA E SUAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS SOB A ÓTICA DO DIREITO AUTORAL	876
<i>Fernanda Marquerie Gebara</i>	
ESTADO E GOVERNANÇA DIGITAL: OS CASOS DE TAIWAN E ÍNDIA.....	895
<i>Ricardo Luiz Sichel Gabriel Ralile De Figueiredo Magalhães</i>	
A REGULAMENTAÇÃO AUTORAL E A PROMOÇÃO DA CULTURA DIGITAL NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: RECOMENDAÇÕES E CASOS NOTÁVEIS.....	922
<i>Lígia Loregian Penkal Marcelle Cortiano</i>	
FANFICTIONS ENQUANTO OBRAS DERIVADAS NO DIREITO PORTUGUÊS	951
<i>Laura Filgueiras Tavares</i>	
O DIREITO DE ACESSO À CULTURA COMO CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO E SUA NECESSÁRIA REINVENÇÃO NO PÓS PANDEMIA.....	978
<i>Mariana Coelho Prado</i>	

CAPÍTULO 1

NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO AUTORAL

A PROPRIEDADE INTELECTUAL PODE PROTEGER AS CRIAÇÕES CULINÁRIAS?

Maria Victória Rocha¹



2

RESUMO: (*L'amuse-bouche*): Inspiradas no *Mondrian Cake*, the Caitlin Freeman, neste artigo distinguimos receitas e apresentação de pratos de assinatura, livros de cozinha, menus e restaurantes, indagando sobre o que pode ser protegido pela Propriedade Intelectual (ex. direitos de autor, direitos conexos, patentes, desenhos ou modelos, marcas, *trade dress*, segredos comerciais, regras gerais contra concorrência

¹ Professora de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), Porto, PORTUGAL; membro do Católica Research Centre for the Future of Law-Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID), Universidade Católica Portuguesa (UCP), PORTUGAL; Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC), ESPANHA. Colaboradora dos cursos de mestrado da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMINHO), PORTUGAL; Colaboradora em projetos de investigação da Facultad de Derecho, Universidade de Santiago de Compostela (USC) e da Facultad de Ciencias Xurídicas e do Traballo, Universidade de Vigo (UVigo), ESPANHA; Contacto: virocha@ucp.pt; victoriarocha@netcabo.pt.

² Consulte-se, entre outros, <https://www.penguin.co.nz/books/modern-art-desserts-9781607743903>. Acesso em: 2 out. 2021

desleal) ou/e por acordos de confidencialidade e deveres de sigilo. Em relação aos direitos de autor, destacamos, no contexto das obras funcionais deste tipo, a diferença entre o Direito de Autor Continental e o Copyright norte-americano. Para situações em que algum tipo de proteção através da Propriedade Intelectual for possível, questionamos o seu *enforcement* e se todo o tipo de protecção é desejável. O que concluímos sobre comida aplica-se a bebidas.

Palavras-chave: criações culinárias; direito de autor e direitos conexos; direitos privativos da propriedade industrial; concorrência desleal e segredos de comércio.

Bon appétit!

INTRODUÇÃO (L' ENTRÉE)

O intenso interesse pelas criações culinárias que testemunhamos hoje começou em meados do século XX³. Milhares de livros apelativos de receitas e as próprias receitas tornaram-se um *must have*. O surgimento de chefes de cozinha e os programas de culinária na televisão (entre os quais destacamos: *Master Chef*, *Top Chef*, *Good Eats*, *Cake Boss*, *Chooped*, *Iron Chef*, *Ramsay's Kitchen Nightmares*, *Anthony Bourdain: No Reservations*, *Jamie at Home*, *Hell's Kitchen*) chamaram a atenção para as receitas e para o mundo culinário a um nível sem pre-

³ A relação entre cozinha, tecnologia, cultura e arte remonta à invenção do fogo. Cozinhar foi um processo essencial para a humanização, saborear uma refeição em conjunto implicou socialização e tornou-se um ritual na Grécia antiga (pense-se nos banquetes dos deuses), onde encontramos uma relação muito forte entre arte e comida/bebida. A Roma antiga e a China foram decisivos para o aparecimento dos vendedores de comida/bebida e das tabernas e hospedarias. Na Idade Média os monges tiveram um papel central no aparecimento de novas iguarias, nomeadamente, na área da doçaria, panificação e vinicultura. À época as hospedarias e tabernas eram os locais onde a generalidade das pessoas fazia as suas refeições, mas os pratos confeccionados eram simples e populares. A exceção é consituída pelas *London Taverns* que já no Século XIII eram muito bem decoradas e, por vezes, luxuosas, com pratos muito elaborados para os nobres e alta burguesia. Os restaurantes com pratos elaborados surgem após a revolução francesa, no Século XVIII, com o fim das corporações de comida. No Século XIX já encontramos críticos gastronómicos profissionais. Em pormenor, MEDRADO, A. RIVAIL. **O Direito Adentra a Cozinha: Estudo sobre a Protecção Autoral de Criações Culinárias**. Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getulio Vargas, 2016, pp. 23-28.

cedentes. Hoje as televisões lutam pelos chefes e cozinheiros mais populares, que têm programas em horário nobre onde realizam programas de culinária ou *reality shows*. Estamos a testemunhar o fenómeno do *chef superstar*. O fenómeno televisivo estende-se às redes sociais onde assistimos constantemente a diretos de programas culinários, ou os mesmos são colocados à nossa disposição em *podcast*, designadamente e *websites*, no *Youtube*, *Blogosfera*, *Facebook* e *Instagram*.

Junto com este crescente sucesso de programas, livros, revistas, *websites*, blogs de culinária, páginas do *Facebook* e imagens do *Instagram* relacionados com comida/bebida, muitos chefes, críticos gastronómicos, clientes e fãs veem a culinária como uma forma de arte. Existem museus dedicados a alimentos (por exemplo, o Museu da Comida em Hangzhou, China, o *Museum of Food and Drink*, em Nova York, ou o *Foodseum*, em Chicago). Os chefes são artistas culinários. A suas receitas e pratos agradam tanto ao paladar quanto aos olhos. O mesmo se aplica a bebidas e *barmen*. A questão da proteção dos alimentos pelos direitos de autor e direitos conexos e pelos direitos privados de propriedade industrial, tais como patentes, modelos e desenhos, marcas e outros sinais distintivos, bem como pelas regras contra a concorrência desleal e os segredos comerciais, é objeto de forte debate.⁴

Deixemos já claro que a possibilidade de proteção será diferente, dependendo da forma de expressão da criação culinária. Tal como as cebolas, a criações contêm camadas diferentes. Podemos considerar a receita em si, a expressão da receita individual em texto ou noutra forma, como publicação numa revista, num livro de culinária, na comunicação pública em *websites*, na rádio ou televisão, ou perante uma audiência. Numa receita, normalmente temos o nome do prato, a lista-

⁴ CEREJA, E., RURALE, A.. **Haute Cuisine system and its cultural dimension**: when chefs are the new artists. disponível em www.ssrn.com Outubro, 2010, 1 (ultimo acesso em: 04 out. 2018); JANSSENS, M-C.. **Copyright for Culinary Creations**: a seven course tasting menu with accompanying wines. University of Leuven, January, 2013; CUNNINGHAM, E.. Protecting Cuisine under the Rubric of Intellectual Property: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?. **9 High Tech. L.**, 21, 2009, pp. 21-51.

gem dos ingredientes, juntamente com as quantidades ou proporções, as instruções para a preparação da receita, o número de refeições que a receita fornece e / ou equipamentos e ambiente necessários para preparar o prato. Podemos ter em mente uma coleção de receitas num livro de receitas, ou na *Internet*, por exemplo. Podemos nos referir ao ato de preparar a receita, ou seja, a atuação do chefe, em privado, diante de uma audiência ao vivo, num programa de televisão, na *Internet*, ou numa obra audiovisual. Podemos também referir-nos ao prato/bebida como o produto final da receita, conforme pode ser percebido pelos sentidos humanos, a saber, tem em mente a sua aparência, odor, sabor ou textura. Pensamos também em menus e nomes dos pratos/bebidas. Também consideradas invenções relacionadas com a culinária.

No caso do Bolo Mondrian, o aspecto visual do prato, que se assemelha a uma das famosas pinturas de Mondrian, assim como o nome, são especialmente apelativos.

1 DIREITO DE AUTOR PARA CRIAÇÕES CULINÁRIAS (LE PLAT)

Há muito debate sobre saber se cozinhar é ou não uma forma de arte. No Direito de Autor Continental não encontramos nenhuma razão para não incluir a arte culinária no conceito de obra susceptível de proteção. O que é necessário é estarem preenchidos os requisitos gerais de proteção das obras. Caso se encontrem, a obra culinária está obrigada a ser protegida por direitos de autor, como qualquer tipo de obra do domínio literário, artístico ou científico. A situação mais complexa no sistema de Copyright. Nos E.U.A., por exemplo, se a obra é utilitária, não pode ser protegida por copyrights.⁵

⁵ Com mais detalhe CHENG, Su Li. Copyright Protection of haute cuisine: Recipe for Disaster?, *EIPR*, 2008, (93), p. 97 ss.; CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp. 26-28; GOLDMAN, M.. Cooking and Copyright: when chefs and restaurateurs should receive copying protection for recipes and aspects of their professional repertoires.

Na maioria dos casos, é um facto que as criações culinárias não podem ser protegidas por direitos de autor, ou porque o assunto não é susceptível de proteção (é o caso de uma receita que assenta apenas em ideias, métodos operacionais, decobertas, processos, ou teorias, todos eles excluídos da proteção), ou porque lhe falta originalidade/criatividade (a maioria das receitas é banal), ou por ambos os motivos.

Há muita confusão quanto à relação entre as receitas e os pratos finais. O prato é o produto da receita, tal como o edifício é obra final do projeto de arquitetura, ou a escultura é a obra final de um projeto. Em todas estas situações estamos perante obras que têm uma fase bi-dimensional e outra tridimensional. Para alguns autores o prato é uma forma de exploração da receita, designadamente uma comunicação ao público, ou uma colocação à disposição para acesso *on demand*. Outros autores argumentam que apenas o prato pode ser protegidos por direitos de autor, nunca a receita. Há ainda autores que consideram que a proteção não deve ser pelo direito autoral, mas apenas devem ser protegidas as prestações dos/das chefes no âmbito dos direitos conexos, devendo os chefes ser considerados artistas intérpretes⁶.

Perante toda esta confusão, devemos esclarecer a que nos estamos a referir ao mencionar arte culinária.

Journal of Sports and Entertainment Law, 153, 2013, p. 157; JANSSENS, M-C.. **Copyright** cit., p. 2 ss ; MEDRADO, A., RIVAIL, **O direito adentra a cozinha** cit., pp. 39-79 e pp. 57-67; RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C.. **The Knockoff economy, how imitation sparks innovation**. New York/ Oxford. University Press, 2012, pp.57-95; RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C.. The piracy paradox: innovation and intellectual property fashion design, **Virginia Law Review**, Vol. 92, 8, 2006, disponível em ssrn.com/abstract=878401 (último acesso em 06.08.2018); REEBS, C. M.. Sweet or Sour: extending copyright protection to food art. **DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law**, Vol. XXII, 41, 2011, p. 41. Quanto aos requisitos de proteção como obra, destacamos: ROCHA, M. V.. **Contributos para a delimitação da originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp.733-792; ROCHA, M. V.. **Portugal**, nº104. International Encycloaedia of Laws: Intellectual Property, VANHEES, H. (ed.), Netherlands. Kluwer Law International, 2017, pp. 6-49.

⁶ PIREDDA. obs. **RIDA**, 1998, (177), p. 1121 ss.

Quanto às receitas, se é verdade que a maioria delas não se qualifica para proteção, sejam por falta de originalidade/criatividade, seja por traduzirem meras ideias, métodos, processos operacionais, teorias, descobertas, por definição excluídos de proteção, que devem poder pertencer a toda a comunidade, seja por ambos os motivos, tal não exclui a possibilidade de algumas receitas serem protegidas. Basta que preencham os requisitos de proteção, a saber, serem criações do intelecto, de alguma forma exteriorizadas e que sejam imputáveis subjetivamente ao autor, no sentido de serem suas criações independentes, o que implica que haja originalidade, ou seja, criatividade mínima que permita afastar as receitas banais, que devem ser de todos. E podem ser obras do domínio literário, artístico, ou de ambos.

A novidade objetiva não é requisito de proteção (conceção largamente maioritária que partilhamos). As receitas existem há séculos e, salvo casos excepcionais, a grande maioria dos pratos/bebidas, baseia-se em receitas antigas, muitas vezes alteradas, melhoradas, ou apresentadas de forma diversa. Surgem por um processo de “tentative e erro”, tomando de empréstimo ou expandindo receitas existentes. O mundo da culinária assenta na herança e partilha de receitas por centenas de gerações. Grande parte das receitas que se qualificam para proteção como obras entram na categoria das obras derivadas. As receitas podem, todavia, não se basear em receitas anteriores, mas apenas tomar as mesmas como fonte de inspiração, hipóteses em que não serão obras derivadas.

Saber se uma receita pode ser qualificada como obra protegida por direitos de autor, depende de cada caso concreto. A ideia da receita (ou seja, os ingredientes que contém), bem como os métodos ou processos que a mesma descreve para obter o prato final, ficam fora da proteção. Mas se existir criatividade na forma como a receita está redigida ou é apresentada, pode haver um espaço para a sua proteção. Imagine-se que a receita em causa aparece no contexto de uma história (estamos a pensar na “Cidade e as Serras” de Eça de Queirós, por exemplo. Hoje, no restaurante da Fundação Eça de Queirós, pode-

mos degustar as receitas descritas no romance, num ambiente que recria o contexto do seu surgimento, A Casa de Tormes). Se a receita aparece sob a forma de um poema, ou se há comentários incluídos na mesma, referindo o ambiente romântico em que o prato deve ser degustado e que tipo de vinho o deve acompanhar, ou se a receita aparecer ligada a anedotas, ou se houver sugestões inusitadas de acompanhamentos, ou conselhos sob a forma de apresentar os pratos e de decorar a mesa, ou se são adicionadas fotografias, músicas ou vídeos, ou, ainda, se a receita aparece com um *layout* incomum e associada a cores, tudo isto pode implicar uma margem de liberdade, de espaço de jogo (*Spielraum*), para que a receita seja considerada original, criativa e, por isso, merecedora de proteção como obra do domínio literário e/ou artístico⁷.

Em relação aos livros de receitas, os mesmos podem aparecer de várias formas, indo de livros de receitas básicos, a livros de receitas institucionais, livros de receitas profissionais, livros de receitas de tema único (como cozinhar arroz, macarrão, peixe, carne, sopas, saladas, bolos de chocolate, e assim por diante), livros de receitas de um chefe de renome (em Portugal, por exemplo, Maria de Lurdes Modesto, João Avillez, entre outros).

O livro de receitas pode aparecer sob a forma de um texto, em formato analógico, ou sob a forma de um *e-book*, ou de um texto acompanhado de imagens fixas ou em movimento (se for uma obra audiovisual), ou mesmo na *Internet*. De qualquer forma, como estes livros resultam de uma escolha de receitas e as mesmas aparecem numa determinada ordem e/ou relacionadas com certos temas, os mesmos, analógicos ou digitais, podem ser protegidos como compilações, obras derivadas, ou bases de dados criativas⁸. Os livros de receitas mais simples são obras do domínio literário, mas também podem ser, simultaneamente, obras

⁷ Vejam-se JANSSENS, M-C...**Copyright** cit., pp.7-13; CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 28.

⁸ As obras derivadas têm origem uma obra ou dado preexistente e reformulam, transformam ou adaptam essa obra. Caso incorpore obras protegidas, deve haver

do domínio artístico, na medida em que incluam fotografias, ou imagens. No ambiente digital podem aparecer como obras audiovisuais, nomeadamente obras multimedia, que permitem uma maior ou menor interatividade por parte do utilizador. Independentemente da proteção como obras, na medida em que os livros de receitas são bases de dados, também podem ser protegidos pelo direito *sui generis* do fabricante das bases de dados na União Europeia, em muitos países incluído entre os direitos conexos (mas não em Portugal)⁹. A proteção da compilação não significa que as receitas contidas na obra derivada sejam protegidas. As receitas individuais podem ou não ser protegidas, tal não afeta a proteção da compilação.

Quanto aos menus que descrevem as receitas e/ou pratos, poderão ou não ser protegidos, incluindo o título, consoante os requisitos de proteção como obra estejam ou não preenchidos (sendo certo que o menu também pode ser tutelado como base de dados).

A maioria dos menus são muito simples, pelo que não preenchem os requisitos de proteção como obra, podendo eventualmente ser protegido apenas o direito *sui generis* do fabricante da base de dados em que se traduz o menu. O que neles encontramos é um título banal com explicações elementares sobre os ingredientes. Por exemplo: macarrão com bróculos; sopa de cebola; salmão grelhado; vitela assada; bolo de chocolate; manga fatiada; gelados artesanais.

Todavia, alguns chefes, ou proprietários de restaurantes usam a oportunidade para distinguir a sua cozinha das outras usando menus suficientemente originais/criativos para poderem ser protegidos como obras pelo Direito de Autor. Por exemplo, usando uma linguagem poética (um perfeito de *foie gras* apresentado como um oblongo num fundo azul com apontamentos de violetas e pétalas de rosa); ou,

permissão dos titulares dos direitos autorais e, via de regra, o pagamento de *royalties*. Depois disso, a obra derivada é uma obra independente.

⁹ Cf. Decreto-Lei 122/2000, de 4 julho, que transpôs a Diretiva 96/9 sobre a proteção legal das bases de dados.

como acontece no *Soundwich Bar & Restaurante* do Porto, apresentar os menus em discos de vinil, porque o que se pretende transmitir é que o jazz e os blues inspiram o ambiente local e cada prato de assinatura tem um nome poético bem como o nome do chefe que o criou. Neste caso os menus e os títulos podem ser protegidos. Não podemos esquecer que no Acórdão Infopaq o TJUE considerou pedoderia ser protegido por direito de autor um texto de onze palavras, desde que fosse uma criação intelectual do seu autor¹⁰. Além disso, três Diretivas da União Europeia (a Diretiva sobre programas de computador¹¹, a Diretiva sobre bases de dados¹² e a Diretiva sobre o prazo de proteção em matéria de direitos de autor e de direitos conexos, a propósito das obras fotográficas¹³) determinam que a originalidade significa que a obra deve ser uma criação intelectual do autor, não sendo de admitir que se imponham mais requisitos, tais como a finalidade ou o mérito. As obras denominadas trocos (*Kleine Münze, small change*) também

¹⁰ TJUE de 16 de julho de 2009, *Infopaq International A/S v. DanskeDagbladesForening*, Caso C-5/08, ECR, 2009, I, p. 6569 ss.

¹¹ Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção legal de programas de computador (versão codificada) *JO L 111, 5.5.2009, pp. 16-22, transposta pelo DL 252/94, de 20 de outubro, alterado pelo DL 334/97, de 27 de novembro. De acordo com o artigo 1, nº3 da Diretiva o programa de computador é protegido se for original, isto é, se resultar da criação intelectual do autor, não se considerando quaisquer outros critérios para ser suseceptível de proteção.*

¹² Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção legal de bases de dados *JO L 77, 27.3.1996, pp. 20-28, transposta pelo DL 122/2000, de 4 de julho. O artigo 3, nº1 da Diretiva afirma que as bases de dados que em virtude da seleção ou disposição das matérias constituam uma criação intelectual do seu autor serão protegidas pelo direito de autor, não sendo de aplicar outros critérios para determinar se podem beneficiar dessa proteção.*

¹³ Diretiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2011, que altera a Diretiva 2006/116/CE, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos, *JO L 265, 11.10.2011, pp. 1-5, já transposta pela Lei 82/2013, de 6 de dezembro. Em matéria de obras fotográficas, o artigo 6 da Diretiva determina que a mesma será protegida desde que seja uma criação intelectual, própria do autor, refletindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o do mérito ou da função, sejam tomados em consideração.*

merecem proteção^{14/15}. A ideia foi reforçada no recente Acórdão Cofemel, a propósito das obras funcionais¹⁶.

No caso do bolo de Mondrian pode haver proteção na União Europeia e nos E.U.A. porque a inclusão dos aspectos visuais da pintura de Mondrian não tem caráter funcional, ou seja, não afeta o sabor do bolo. O bolo pode ser considerado uma obra derivada e não meramente inspirada num dos quadros de Mondrian. A pintura em causa levou Caitlin Freeman a transforma-la para criar uma obra diferente. Yves Saint-Laurent também baseou um dos seus vestidos icônicos nas pinturas de Mondrian. Esses bolos, como os vestidos de Yves Saint-Lauren, transformam as pinturas de Mondrian em obras diversas. Piet Mondrian morreu em 1 de fevereiro de 1944, portanto, não há necessidade de autorização porque suas obras são do domínio público. No entanto, caso fossem obras derivadas não caídas no domínio público, teria de haver autorização para que as mesmas fossem lícitas. Respeitando e compreendendo a posição menos exigente, de considerar que se trata de obras meramente inspiradas nas pinturas de Mondrian, e não de obras derivadas, não nos parece, dadas as notáveis semelhanças, a melhor posição a seguir.

¹⁴ Quando o nome do/da chefe e/ou/uma fotografia do/da chefe aparece, podemos acrescentar a tradicional proteção dos direitos de personalidade

¹⁵ ROCHA, M. V. **Contributos** cit., pp. 733-792; ROCHA, M. V. **Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor**. ALMEIDA, C. FERREIRA de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.) *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*. Coimbra. Almedina, 2011, pp. 159-209; ROCHA, M. V. **Portugal** cit., pp. 25-49; O TJUE pronunciou-se sobre o conceito de originalidade, entre outros, nos casos *Premier League* C403/08 e C429/08, de 4 de outubro 2011, 98 e *Premier League* C604/10, de 1 de março de 2012, 38; no mesmo sentido, no Caso Infopac, C5/08, de 16 de julho de 2009, 45.

¹⁶ No caso das obras que cumulativamente podem ser protegidas por Desenhos ou Modelos, depois da exigências, a nível nacional de vários países da União Europeia, em especial da Alemanha, de uma determinada altura criativa, e de uma banalização operada pela jurisprudência francesa, em nome de um deturpado conceito de unidade da arte, e perante a contradição de decisões nos tribunais nacionais, o TJUE voltou s pronunciar-se no sentido de o conceito de originalidade ser um conceito autónomo da União Europeia. Em pormenor, leia-se ROCHA, M. V. **Proteção autoral para modelos de vestuário? Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Tomo 40, 2019/2020, p. 467-482, onde anotamos o Caso Cofemel, TJUE C-6831/17, de 12 de setembro de 2019.

2 A PROTECÇÃO DOS DIREITOS CONEXOS DOS/DAS CHEFES COMO INTÉRPRETES (*LE PLAT*)

O ato de um/uma chefe cozinhar uma receita num programa de televisão, ou na Internet, por exemplo, é ao mesmo tempo o ato de criar a obra tridimensional, ou seja, o prato, a partir de determinada receita ou improvisado, e uma prestação pública. Pode haver sobreposição de proteções por direitos de autor e direitos conexos. O/A chefe é um/uma artista e pode ser protegido por direitos conexos, como todos os artistas, se os requisitos de proteção forem preenchidos. Cozinhar pode ser uma atuação artística. E mesmo que o prato não seja protegido como obra, a interpretação pode ser protegida pelos direitos conexos dos intérpretes. Há aqui uma forte analogia com o que acontece com atores ou músicos de teatro ou cinema quando interpretam determinada obra, protegida ou não. A mesma peça musical, por exemplo, pode ser interpretada de múltiplas formas pelos mesmos ou por diferentes intérpretes e ninguém questiona seu valor estético intrínseco, apenas por causa da possibilidade de repetição. Cada prestação é única. O mesmo acontece com as criações culinárias. Se um cliente de um restaurante pedir o mesmo prato várias vezes, em cada vez terá a experiência de degustar um prato diferente. Embora baseados na mesma receita, haverá sempre variações pequenas, ou maiores, quanto aos ingredientes e à inspiração do/a chefe, e também quanto ao estado de espírito do consumidor. O consumidor que aprecia uma criação culinária tem um espírito estético antes do prato (estética da visão, do paladar, do olfato). O prato proporciona-nos uma experiência sensorial muito complexa e completa. Cozinhar um prato pode implicar proteção de direitos autorais ou proteção de direitos conexos, ou de ambos¹⁷.

¹⁷ No mesmo sentido, MEDRADO, A. RIVAIL. **O Direito adentra a cozinha** cit., pp. 39-46. Sobre a experiência estética perante o prato, leia-se BRILLAT-SAVARIN, J. A. **A fisiologia do gosto**. São Paulo. Companhia das Letras, 1995; KORSMEYER, C.. Deleitável, Delicioso, Detestável, *in*: ALLHOFF, F., MONROE, D. (org.) **Comida e Filosofia: coma, pense e seja feliz**. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012, p. 181; MONROE, D.. Comida pode ser arte? O problema do consumo, *in*: ALLHOFF, F.,

3 A PROTECÇÃO POR PATENTES NA INDÚSTRIA CULINÁRIA (LE PLAT)

As invenções técnicas gastronómicas podem ser protegidas por patentes. Em Portugal está excluída a protecção por modelos de utilidade (cf. artigo 121º, nº1, al.e) do CPI 2018)¹⁸. A convergência moderna de culinária e ciência / tecnologia contribui para os desejos de alguns/ algumas chefes de maior protecção intelectual, nomeadamente através de patentes. Isso parece concebível em relação a novos estilos, como a denominada gastronomia molecular. Está na moda que nada do que apareça no prato seja o que parece. Temos caviar falso feito de alginato de sódio e cálcio, sorvetes em chamas, esparguete de vegetais, batata doce gelificada e *whisky*, cordeiro com infusão de creme de mastique, *bacon* desidratado enrolado em arame e decorado com tiras de puré de maçã desidratada, sorvete instantâneo, rapidamente congelado com nitrogénio líquido, para mencionar apenas alguns exemplos.

A gastronomia molecular é praticada tanto por cientistas como por profissionais do ramo alimentar que estudam os processos físicos e químicos que acontecem durante a cozedura¹⁹. Estes processos/

MONROE, D. (org.). **Comida e Filosofia**: coma, pense e seja feliz. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012, p. 166, SWEENEY, K. Uma sopa pode ser bela? A ascensão da gastronomia e a estética da comida, *in*: ALLHOFF, F, MONROE, D. (org.). **Comida e Filosofia**: coma, pense e seja feliz. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012, p. 164

¹⁸ Para as regras gerais sobre patentes e modelos de utilidade, veja-se GONÇALVES, L.M. COUTO. **Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal**, 8ª ed., Revista e Atualizada. Coimbra, Almedina, 2019, pp. 37-137, pp. 361-370; SILVA, P. SOUSA e. **Direito Industrial, Noções Fundamentais**. Coimbra. Almedina, 2019, pp. 45-94. For all aspects of Intellectual Property, CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T.. **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights**, 9ª ed. Londres. Sweet & Maxwell, 2019.

¹⁹ Detalhadamente, ARONS, MORGAN P., A chef's guide protections available for cooking techniques and recipes in the era of postmodern cuisine and molecular Gastronomy, **Journal of Business and Technology Law**, Baltimore, Vol. 10, 137, 2015, p. 147. CUNNINGHAM, E.. .cit., pp. 25-26; JANSSENS, M-C., **Copyright** cit., pp.17-18; HERVÉ, T.. **Food for tomorrow? How the scientific discipline of molecular gastronomy could change the way we eat**. EMBO Reports (European

técnicas incluem a utilização de lasers, pós químicos, enzimas e congelamento rápida para fazer alimentos únicos. Mas, mais genericamente, a patente pode ser usada para proteger novos métodos de produção, ou maquinaria usada na tecnologia gastronómica. Por exemplo, George Pralus e Joel Robuchon recorreram a patentes para a proteção das suas invenções de “cozedura em vácuo” e “cozedura a baixa temperatura”, respectivamente²⁰.

Alguns/algumas chefes recorrem a protecções via patentes. É o caso de Homaro Cantu, chefe executivo e fundador do Restaurante *Moto* de Chicago, que considerava que os direitos de licença de patentes eram muito melhores do que abrir restaurantes. Tinha cerca de doze patentes em seu nome²¹. Todavia, os requisitos apertados de novidade absoluta, salto inventivo e aplicabilidade industrial são muito difíceis de satisfazer em relação às criações culinárias individuais²². Criar cozinha, mesmo tecnologicamente avançada, é sobretudo um processo derivado. A possibilidade de receitas e criações alimentares estarem em circulação antes do trabalho do cozinheiro é muito elevada. Provar que não há precedência no mercado para invenção alimentar é muito difícil. Além disso, as patentes são muito dispendiosas e existe um longo processo administrativo para a sua obtenção, normalmente entre um e dois anos. É uma tarefa cara e difícil detetar infrações e fazer cumprir a patente.²³

Molecular Biology Organization), 7 November 2006, p. 1062 ss. Disponível em: www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1679779/?tool=pmcentrez. Acesso em: 07 out. 2019; MEDRANO, A. RIVAILL. **O Direito adentra a cozinha** cit., pp. 100-103; STRAUSS, N. **Trade Dress Protection for Cuisine: monetizing creativity in a Low-IP Industry**. 2012, pp.182-260.

²⁰ Exemplos mencionados por JANSSENS, M-C. **Copyright** cit., p. 17, e CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp. 25-26.

²¹ Veja-se KRAUSE, J.. **When Can Chefs Sue Other Chefs? Defining legitimate legal claims in the restaurant world**. Disponível em: www.chow.com Acesso em: 07 out. 2019.

²² ,CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp. 32-35, com muitos exemplos.

²³ CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp. 47-49.

Chefes que desejem manter as suas receitas em segredo não beneficiarão recorrendo ao sistema de patentes porque os pedidos de patentes ficam disponíveis com as publicações obrigatórias. Qualquer pessoa pode examinar e copiar uma receita, um processo ou um pedido divulgado de criação culinária. Embora isto seja ilegal, caso a patente seja concedida, será difícil e dispendioso fazer valer o direito de patente. A situação piora muito quando a patente não é concedida. Uma vez revelado o segredo, este propagar-se-á sem sanção.²⁴

Mesmo quando as patentes são possíveis, as normas de partilha no mundo culinário dissuadem muitos/muitas chefes de cozinha de procurar essa proteção. A cultura culinária assenta num sistema aberto²⁵. Mesmo os/as chefes tecnologicamente mais inovadores/ras dizem que é raro que alguém acorda um dia com uma ideia completamente nova acerca de comida e que todos/todas assentam nos ombros dos/das chefes que vieram antes²⁶. O chefe CLAUDIO APRILE, que foi formado por FERRARI ADRIA, conhecido por ser o verdadeiro inovador em que assenta o atual movimento da tecnologia culinária, considera que se os/as chefes afirmam que a sua cozinha é inequivocamente sua, não se dão conta das origens e da natureza derivada do que estão a fazer e acrescenta que a maioria dos/das chefes de vanguarda devem a sua inspiração criativa a ADRIA²⁷.

Por todas as razões acima mencionadas, as patentes são claramente melhores para as empresas que atuam na indústria alimentar, com inúmeras patentes de aditivos alimentares, suplementos alimentares micro e macro moleculares, ingestão de calorias, etc. Mas mesmo as empresas tendem a confiar mais em segredos comerciais do que em

²⁴ CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 49

²⁵ KRAUSE, J., **When Can Chefs Sue Other Chefs? Defining legitimate legal claims in the restaurant world**. Disponível em: www.chow.com. Acesso em: 07 out. 2019; CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp. 46-47.

²⁶ Neste sentido, DUFRESNE, W., chefe no *wd~50*, em Nova Iorque, citado por CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 46.

²⁷ APRILE, C., citado por CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 46.

patentes. Obter uma patente significa revelar a inovação ao público, além disso, a protecção leva tempo, é cara e dura apenas vinte anos a contar da solicitação. Um segredo pode ser eterno (por exemplo, a atual fórmula da Coca-Cola²⁸, ou da KFC).

Os modelos de utilidade não se aplicam aos alimentos, nem em Portugal, nem na Europa, porque a Convenção Europeia de Patentes exclui do tema dos modelos de utilidade os produtos farmacêuticos, bem como as invenções no campo da química e da biologia. No entanto, pode haver protecção sob modelos de utilidade, tanto na Europa, como em Portugal, para máquinas e utensílios utilizados no mundo da culinária.

Consieramos que o bolo Mondrian não poderia ser protegido por patentes, embora não tenhamos informações sobre a novidade e grau inventivo do bolo. Mas o bolo não foi desenvolvido a um nível industrial, o que torna a patente impossível.

4 PROTECÇÃO POR DESENHOS OU MODELOS DO ASPETO VISUAL DO PRATO (*LE PLAT*)

O aspecto visual do prato (comida servida no prato) pode ser protegido como Modelo, se for novo, tiver singularidade e se aplicar a um produto²⁹. Os direitos de autor não protegem o conteúdo das receitas. Tal protecção estende-se apenas à prevenção do uso não autorizado da receita como obra literária ou artística. Ao contrário do que afirmam alguns autores, um prato/bebida não constitui reprodução ou

²⁸ A fórmula original da Coca Cola foi patenteada em 1893 mas, após isso, a multinacional detentora da Coca Cola não procurou protecção via patentes quando a fórmula mudou, porque a empresa sabia que o público e os concorrentes teriam acesso a ela. Mais detalhes em CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 49.

²⁹ Em geral, sobre os Desenhos ou Modelos, GONÇALVES, L.M. COUTO. **Manual** cit. pp. 138-170; SILVA, P. SOUSA e. **Direito Industrial** cit., 20, pp.95-208; CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights**, 9ª ed.. Londres. **Sweet & Maxwell**, 2019.

comunicação ao público da receita protegida³⁰. Esta concepção levaria a situações insustentáveis. Sempre que se cozinhassem receitas protegidas seria necessário solicitar permissão e pagar *royalties* ao autor, e isso seria por todo o período de vida do autor mais 70 anos após sua morte, contados a partir de 1 de janeiro do ano seguinte ao ano de morte (duração harmonizada dos direitos patrimoniais na União Europeia).

A única questão aqui em jogo diz respeito à possibilidade do estatuto de obra, enquanto bem imaterial protegido, do próprio prato/bebida, independentemente da sua fonte. Os pratos/bebidas podem ser protegidos por direitos de autor se os requisitos de proteção estiverem preenchidos. E serão protegidos, em regra, como obras artísticas (excepcionalmente, como vimos acima, também como obras literárias). Pode haver aqui uma forte analogia com as obras arquitetônicas ou esculturas. A apresentação visual do prato pode ser protegida via direito de autor ou como Modelo, ou pode ser alvo das duas proteções cumulativas. Neste último caso há muita discussão sobre o cúmulo de proteções no âmbito das obras funcionais quanto ao requisito de originalidade ou criatividade, havendo uma tendência para exigir maior originalidade, ou criatividade, para se considerar que estamos perante uma obra. Todavia, como brevemente referimos acima, esta concepção está hoje em crise na União Europeia^{31/32}. Achemos que proteger o *design*, a aparência visual do prato como Modelo é melhor do que protegê-lo por direitos de autor, pois não existem requisitos espe-

³⁰ Estes autores consideram que sem a permissão do autor a receita não pode ser usada. Em detalhe, JANSSENS, M-C.. **Copyright** cit., p.21. Em matéria de Desenhos e Modelos no âmbito culinário, destacamos MEDRANO, A. RIVAIL. **O Direito Adentra a Cozinha** cit., pp. 96-100.

³¹ Cf. supra, nota 16.

³² Leia-se também ROCHA, M. V.. Protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português. In: TÓBIO RIVAS, A. Maria/FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A. /Tato PLAZA, A. (Eds.) **Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade**. Madrid.Marcial Pons, 2013.

ciais de criatividade e o período de proteção não é excessivo (máximo de 25 anos, quanto aos Modelos registados e de 3 anos quanto aos Modelos Comunitários não registados) ao contrário do que acontece com os direitos de autor patrimoniais. No entanto, como as receitas vêm de gerações e geralmente são compartilhadas, cremos que os requisitos de novidade e singularidade são difíceis de cumprir.

O Bolo Mondrian não parece que possa ser protegido como Modelo devido ao requisito de novidade objetiva. Olhamos para o bolo e imediatamente nos lembramos de uma das pinturas bem conhecidas de Mondrian.

5 PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES CULINÁRIAS COMO MARCAS (LE PLAT)

Marcas são sinais, nomeadamente palavras, nomes, letras, símbolos, cores, *slogans* publicitários, formas de um produto ou da sua embalagem, imagens fixas ou em movimento, hologramas, padrões, posições num produto, sons, odores, sabores e texturas que os fabricantes ou vendedores usam para distinguir seus produtos ou serviços de serviços idênticos ou similares de outros fabricantes ou vendedores, evitando confusão no mercado quanto à origem do bem ou serviço³³. Chefes e restaurantes podem registrar os seus nomes ou o nome do menu, ou do prato/bebida, como marcas. Também têm a possibilidade de registo de marcas tridimensionais. No entanto, no que diz respeito às marcas tridimensionais, a proteção não é permitida em relação a sinais constituídos por uma forma que dê valor substancial ao produto. O registo do odor, sabor ou textura dos pratos como marca registada é ainda mais problemático. Embora possível de acordo com o CPI 2018,

³³ Sobre marcas e outros sinais distintivos, leia-se GONÇALVES, L.M. COUTO. *Manual* cit., pp. 171-360 e pp.370-380; SILVA, P. SOUSA e. *Direito Industrial* cit., pp.209-427; em geral, CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T. *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 9ª ed. Londres, Sweet & Maxwell, 2019.

que adequa o regime nacional ao regime da União Europeia³⁴, que aboliu a necessidade de representação gráfica, a interpretação estrita do TJCE no caso Sieckmann, em 2002, ainda prevalece, tanto na União Europeia como em Portugal³⁵. Mesmo nos EUA, onde o USPTO parece ter uma política mais liberal, odores funcionais, inerentes ao produto, não cumprem a função essencial da marca de distinguir tais produtos de similares de concorrentes e devem, por isso, ser rejeitados³⁶.

Os pratos são perceptíveis por, pelo menos, três dos cinco sentidos. Além da visão, há também o paladar e o olfato. O paladar e o olfato são considerados “sentidos químicos”, enquanto a visão e a audição são denominados “sentidos mecânicos”³⁷. Em relação ao odor, poderíamos ser levados a fazer uma comparação com os perfumes. Mas existem grandes diferenças. A percepção olfativa, essencial nos perfumes, é menos significativa nos pratos, onde as percepções visuais e gustativas são predominantes. Além disso, no que diz respeito ao olfato, mesmo supondo que o/a mesmo/mesma chefe prepara o mesmo prato com base na mesma receita, é improvável que o prato tenha sempre o mesmo odor. A percepção varia e não é objetiva. Com relação ao sabor, os mesmos argumentos se aplicam. O gosto não é objetivo nem estável. Além disso, se o gosto ou o odor são percebido pelos consumidores como uma característica inerente de um produto, serão funcionais, portanto, não passíveis de proteção por marca (a menos que adquiram um *secondary meaning*).

No caso do Bolo Mondrian, aparentemente o título poderia ser protegido por marca porque é novo (no que diz respeito à classificação

³⁴ Regulamento (UE) 2017/1001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017 relativo à marca da União Europeia, *OJ L* 154, 16.6.2017, pp. 1–99

³⁵ TJUE, 12 de Dezembro de 2002, **Dr. Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt**, Caso C-273/00..

³⁶ JANSSENS, M-C..**Copyright** cit., p. 19; MEDRADO, A. RIVAIL. **O direito adentra a cozinha** cit. pp. 88-92.

³⁷ Muito detalhadamente, JANSSENS, M-C..**Copyright** cit., pp.21-27. MEDRADO, A. RIVAIL. **O direito adentra a cozinha** cit., pp. 88-92.

de Nice e ao princípio da especialidade das marcas) e tem caráter distintivo. Além disso, não nos parece ofender Piet Mondrian, é uma homenagem ao pintor. Quando muito, a aplicar-se o direito português, poderia ser necessário obter autorizações por se utilizar o nome do pintor e, portanto, um direito de personalidade (artigo 71 CC) e/ou um direito moral de autor (que entre nós podem ser defendidos mesmo em caso de queda da obra no domínio público pelo Ministério da Cultura (cf. artigos 56º, nº1 e 57º CDADC) de alguém de remome mundial.

6 PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES CULINÁRIAS POR OUTROS SINAIS DITINTIVOS (*LE PLAT*)

Existe a possibilidade de proteger o *trade dress* das criações culinárias. O *trade dress* tem uma grande tradição nos E.U.A. No caso histórico *Dos Pesos v. Taco Cabana*, de 1992, decidido no Supremo Tribunal Federal, o demandante reivindicou como *trade dress* o conceito de servir comida mexicana num ambiente festivo, com lojas construídas em dois níveis com um degrau entre si e com listras rosa, laranja e amarelas pintadas ao redor dos topos dos edifícios³⁸. Este tipo de direito é normalmente usado para proteger o conceito do restaurante³⁹. Tradicionalmente, o *trade dress* aplica-se à aparência geral de rótulos, embalagens ou recipientes nos quais o produtor embalou seu produto. É esse o conceito mais óbvio em Portugal, onde o *trade dress* está protegido como marca não registada (no desastroso artigo 233.º CPI 2018). Mas nos E.U.A. existe uma definição muito mais ampla de *trade dress*, englobando uma combinação de quaisquer elementos em que um produto ou

³⁸ 505 U.S. 763 (1992).

³⁹ Veja-se também, de 2007 o litígio entre Rebecca Charles do *Pearl Oyster Bar* em Nova Iorque e Ed McFarland do *Ed's Lobster Bar*, acusado de plagiar o conceito de restauranta dela. O processo, que incluía uma acusação de furto das receitas da autora (o uso da *english muffin Caesar Salad*) terminou com um acordo em 2008. Sobre o caso, WELLS, P. *Chef's Lawsuit Against a Former Assistant Is Settled Out in Court*, **NYTimes**, 19 de abril de 2008; sobre outros casos, leia-se CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., pp.21-23.

serviço se apresenta a um consumidor, o que cria um efeito visual para o consumidor. O *trade dress* pode incluir características como tamanho, forma, cor, texturas, gráficos ou até mesmo o *design* do produto. Protege apenas a forma como o produto ou serviço é apresentado aos consumidores⁴⁰ Também pode ser usado para proteger todos os aspectos visuais de uma cozinha ou restaurante. Tem uma função semelhante às marcas, devendo ser novo, ter carácter distintivo e não funcional. É distintivo quando, pela sua natureza intrínseca, sirva para identificar uma origem empresarial. Também se pode tornar distintivo, caso inicialmente seja apenas funcional, mas venha a adquirir um *secondary meaning*⁴¹.

Embora as marcas e o *trade dress* não possam proteger a cozinha em si, podem proteger um estilo único de apresentação, se o mesmo não for funcional, for novo, e tiver carácter distintivo desde o início, ou se adquiriu *secondary meaning*, e se existe possibilidade de confusão por parte do consumidor.

Logótipos, recompensas, denominações de origem (DOC) e indicações geográficas (IG) também podem ter um papel muito importante das criações culinárias pelos direitos da propriedade industrial⁴².

7 SEGREDOS COMERCIAIS E OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES CULINÁRIAS (*LE PLAT*)

A violação das regras contra a concorrência desleal, dos segredos comerciais, bem como outros comportamentos das empresas que, contrariamente aos usos honestos do comércio, desviam os clientes para as suas próprias empresas, merecem uma especial referência⁴³.

⁴⁰ CUNNINGHAM, E. **Protection** cit., p. 29.

⁴¹ .Em pormenor, MEDRANO, A. RIVAIL. **O direito adentra a cozinha** cit., pp. 92-96.

⁴² Detalhadamente, sobre estes outros sinais distintivos GONÇALVES, L. M. COUTO. **Manual** cit., pp. 381- 411; SILVA, P. SOUSA e. **Direito Industrial** cit., pp.431-465.

⁴³ Veja-se GONÇALVES, L. M. COUTO. **Manual** cit., pp. 381-408; ROCHA, M. V., **Portugal** cit., pp. 253-256; SILVA, P. SOUSA e. **Direito Industrial** cit., pp. 315-342.

7.1 SEGREDOS COMERCIAIS, ACORDOS DE CONFIDENCIALIDADE E DEVERES FIDUCIÁRIOS

Os/as chefes podem decidir livremente manter suas receitas em segredo e confiar na lei de segredos comerciais⁴⁴. Receitas que são cuidadosamente desenvolvidas e / ou procedimentos de cozinha e conceitos de pratos que são exclusivos de um determinado tipo de restaurante ou empresa podem ser qualificados como segredos comerciais. Por muitas décadas, a Coca Cola, a Kentucky Fried Chicken, ou o MacDonald's Big Mac "Molho Especial", entre outros, contam com esta forma de proteção para proteger o sabor único dos seus principais produtos e / ou processos. Esta política de sigilo permite um controlo exclusivo sobre o conteúdo da receita subjacente, bem como sobre o sabor e o odor do prato / bebida daí resultante. Os segredos comerciais protegem as ideias, se possuírem alguma novidade e não forem divulgadas, ou forem divulgadas apenas com base na confidencialidade, e tiverem valor económico, resultante, precisamente, dos esforços para serem mantidos em segredo. Combinados com a lei contratual (por exemplo, acordos de confidencialidade), os segredos comerciais incluem uma ampla variedade de itens, como ideias, procedimentos, métodos e outros aspetos que os direitos de autor não protegem. De qualquer forma, será difícil para chefes e donos de restaurantes manter em segredo as suas receitas exclusivas. As informações secretas podem ser reveladas por inadvertência, descobertas independentes, engenharia reversa, entre outros. Os segredos comerciais oferecem poucos recursos legais uma vez que o segredo seja divulgado, mas não devemos esquecer que há proteção disponível se o segredo passar a

⁴⁴ Para uma definição de segredo comercial veja-se o artº 39, 2 TRIPS, a Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, *OJ L 157*, 15.6.2016, pp 1-18, já transposta para o CPI 2018; JANSSENS, M.-C. **Copyright** cit. pp.16-17; MEDRANO, A. RIVAIL. **O direito adentra a cozinha** cit., pp.104-106; SRAUSS cit. 2012, pp. 197-198; ZARIN, BABAK, Knead to Know: cracking recipes and trade secrets law. **Elon Law Review**, Vol. 8, 2016, goo.gl/L9oK1k (último acesso a 30.09.2018), p. 192.

ser conhecido por causa de apropriação indevida. Os acordos de confidencialidade fornecem proteção legal exequível e, quando combinados com segredos comerciais, reduzem o risco de terceiros tomarem conhecimento da receita secreta. Muitos/muitas chefes exigem que os funcionários assinem acordos de confidencialidade. CANTU, defensor de uma forte proteção pela propriedade intelectual, nomeadamente por patentes, também obrigava seus funcionários a assinar acordos de confidencialidade e ia mais além, exigindo que os clientes assinassem acordos semelhantes antes de entrar no restaurante *Moto*⁴⁵. As diretrizes da *International Association of Culinary Professionals* determinam que restaurantes e chefes devem fornecer contratos por escrito com as responsabilidades dos funcionários após eles deixarem o negócio, especialmente no que diz respeito ao uso de informações secretas⁴⁶. Os/as chefes ou donos do restaurantes também pode processar por violação do dever fiduciário (dever acessório de conduta) dos seus funcionários quando eles se apropriam indevidamente de informações aprendidas durante o contrato de trabalho⁴⁷.

O Bolo Mondrian, não está protegido por segredos comerciais, existem *websites* sobre como cozinhá-lo, nomeadamente num *website* da autora Caitlin Freeman⁴⁸.

7.2 REGRAS GERAIS SOBRE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Existem outros tipos de concorrência desleal muito comuns na indústria culinária. As formas de concorrência desleal mais comumente utilizadas são o uso de sinais distintivos de terceiros (o que também viola a lei de marcas e outros sinais distintivos), a imitação servil e a

⁴⁵ CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 50

⁴⁶ Disponível em: www.webcitation.org/5WIKb50EZ. Acesso em: 07 out. 2018.

⁴⁷ Neste sentido CUNNINGHAM, E.. **Protecting** cit., p. 50.

⁴⁸ Disponível em: <https://www.mindfood.com/recipe/mondrian-cake/>. Acesso em: 12 out. 2020).

criação de confusão por outros meios. A imitação servil existe quando a empresa concorrente copia total ou parcialmente a criação culinária. Outros atos de confusão podem ser alcançados quando o consumidor atento, mesmo sabendo que se trata de uma imitação, compra para induzir outros a pensar que se trata de um original, visto que a cópia é tão bem feita. Se não houver proteção através de direitos privativos, as imitações ilegais podem ser sancionadas pelas normas contra concorrência desleal. O visual é o mesmo, mas o preço é bem menor devido à falta de custos de pesquisa, desenvolvimento e *marketing*. A deslealdade está na utilização indevida do investimento e na notoriedade e prestígio das criações culinárias que são copiadas. Pode haver um aproveitamento da confiança que, via de regra, o produto da marca imitada possui, uma vez que pode comunicar aos seus clientes seu diferencial qualitativo em relação a produtos similares. A força da imitação deve-se a uma associação entre os produtos, que pode até ser inconsciente, e se o for, é subliminar e, portanto, ainda mais perigosa. O imitador obtém atenção para produtos que, de outra forma, não teria. Pouco importa que o produto imitado tenha uma marca própria, distinta do produto imitado. Obteve um apoio ilícito e desleal.

O Bolo Mondrian foi criado pela chefe de confeitaria Caitlin Freeman, proprietária do café *Blue Bottle* no Museu de Arte Moderna de São Francisco (SFOMA), de 2009 a 2013. Em 2013, a SFOMA fechou as portas para um projeto de expansão de três anos. Durante esse tempo, o *Blue Bottle* não teve contacto com o museu e, quando reabriu, Cailin Freeman, ficou chocada ao saber que o *Blue Bottle* havia sido substituído pelo *McCall Catering's Café*, que aparentemente vendia bolos semelhantes inspirados em arte ⁴⁹.

⁴⁹ REED, N..**Eat Your Art Out**, pp. 1-2.

8 DEVERIA A PROPRIEDADE INTELECTUAL PROTEGER AS CRIAÇÕES CULINÁRIAS? (*LE DESSERT*)

As criações culinárias podem ser protegidas pelos diversos direitos privativos da propriedade intelectual. Mas os direitos de propriedade intelectual serão adequados para a indústria alimentar? Garantir essa proteção às criações culinárias é a melhor forma de gerar incentivos para a produção intelectual no mundo culinário? Existem várias opiniões na doutrina. Há autores que consideram a proteção por direitos privativos da propriedade intelectual muito importante. Outros consideram que essa proteção, principalmente no que diz respeito aos direitos autorais, não é boa para a inovação no setor, por ser dissuasora para outros/outros chefes façam experiências, com medo violar a lei. Bloquear receitas e pratos do domínio público durante a vida do/da chefe mais setenta anos após sua morte parece demasiado. Os direitos da propriedade industrial, que não são marcas ou outros sinais distintivos, duram menos (as patentes com 20 anos a contar do pedido e os modelos com um máximo 25 anos a contar do pedido, ou 3 anos da primeira divulgação na União Europeia, dependendo se são registados ou não).

Ao responder a esta questão complexa, não devemos esquecer que a partilha de receitas é comum no mundo da culinária e que as receitas e pratos de hoje são fruto de gerações, são um património cultural. Esta indústria é baseada numa combinação de herança e inovação. Os/as chefes parecem defender a ideia de partilha e hospitalidade, que entra em conflito com a ideia de propriedade exclusiva de receitas e pratos, desde que recebam os créditos e sejam reconhecidos de alguma forma. Além de que há normas criadas pela indústria culinária em que os/as chefes confiam.⁵⁰ Existem três ideias principais a respeito destas normas informais. A primeira é que um/uma chefe não deve copiar exatamente as receitas inovadoras de outros/outros. A segunda

⁵⁰ Temos em mente as diretrizes éticas da **International Association of Culinary Professional**, disponível em: <https://www.iacp.com/>. Acesso em: 07 out. 2018.

é que se um/uma chefe revelar um segredo comercial relacionado a uma receita a um colega, este/esta chefe não deve passar a informação a ninguém, principalmente colegas, exceto se autorizado/autorizada a fazê-lo. A terceira é que os colegas devem dar créditos aos desenvolvedores de receitas e / ou métodos significativos e / ou técnicas como autores dessas informações. Os/as chefes respeitam essas três idéias gerais, ou seja, punir os infratores com a recusa em fornecer mais informações e com baixa reputação na comunidade. Não é comum que invoquem a proteção de direitos de autor, exceto quando livros de receitas ou obras audiovisuais estão em jogo. O segredo comercial também desempenha um papel importante no que diz respeito à proteção das criações culinárias. Chefs de renome, contando com precedentes gastronômicos pertencentes ao domínio público da culinária, tendem a manter algum ingrediente ou alguma combinação de ingredientes em segredo, para dar seu toque à receita. Dessa forma, são capazes de manter uma vantagem culinária sobre os/as concorrentes. Também é duvidoso que os/as chefes confiem no sigilo. Na maioria dos casos são mais as empresas do que os indivíduos da indústria alimentar se aplicam a esse tipo de proteção. Autores como Raustiala e Sprigman consideram até mesmo os *knock-offs* o combustível da inovação e da criatividade na indústria de alimentar (assim como em outras indústrias⁵¹.

Até Caitilin Freeman tem seu Bolo Mondrian em *open source* no seu *website*, explicando como fazer o bolo ⁵².

⁵¹ RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., **The Knockoff economy, how imitation sparks innovation**. New York/ Oxford. University Press, 2012, pp. 57-95; RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., The piracy paradox: innovation and intellectual property fashion design. **Virginia Law Review**, Vol. 92, 8, 2006, disponível em: ssrn.com/abstract=878401. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁵² Disponível em: <https://www.mindfood.com/recipe/mondrian-cake/>. Acesso em: 14. out. 2020.

CONCLUSÃO (LE CAFÉ)

Embora a culinária seja frequentemente copiada e imitada, os direitos privativos da propriedade intelectual, os segredos comerciais e as regras gerais contra a concorrência desleal podem dar uma ampla proteção a chefes, donos de restaurantes e indústria alimentar empresarial. No entanto, a proteção excessiva da propriedade intelectual não é a resposta na maioria dos casos, dada a história e as tradições da indústria alimentar (e de bebidas). Uma proteção excessiva pode prejudicar a criatividade e a inovação e, em última instância, a concorrência. A maioria dos/das chefes continua a preferir uma abordagem aberta, acreditando que uma boa cozinha é algo a ser compartilhado, desde que respeitadas determinadas diretrizes éticas. Isto não significa que outros não tenham a visão oposta e, se quiserem, podem proteger suas criações culinárias, seja por direitos de propriedade intelectual, seja pelas regras gerais contra concorrência desleal, segredos comerciais, acordos de sigilo e deveres fiduciários.

REFERÊNCIAS

ALLHOFF, F, MONROE, D. (org.). **Comida e Filosofia: coma, pense e seja feliz**. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012.

ARONS, MORGAN P. A chef's guide protections available for cooking techniques and recipes in the era of postmodern cuisine and molecular Gastronomy. **Journal of Business and Technology La.**, Baltimore, Vol. 10, 137, 2015.

BRILLAT-SAVARIN, J. A. **A fisiologia do gosto**. São Paulo. Companhia das Letras, 1995.

CEREA, E., RURALE, A. **Haute Cuisine system and its cultural dimension: when chefs are the new artists**. Disponível em: www.ssrn.com Outubro, 2010, 1. Acesso em: 04 out. 2019.

CUNNINGHAM, E., Protecting Cuisine under the Rubric of Intellectual Property: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?. **9 J. Hight Tech. L.**, 21, 2009.

EASTERLIN, R. Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence. **Nations and Households, Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz**. Nova Iorque. Academic Press 1974, pp. 90-93.

FRANCO, A. **De Caçador a Gourmet: uma história da Gastronomia**. São Paulo. Senac, 5ª ed., 2010.

GOLDMAN, M. Cooking and Copyright: when chefs and restaurateurs should receive copying protection for recipes and aspects of their professional repertoires. **Journal of Sports and Entertainment Law**, 153, 2013.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CULINARY PROFESSIONALS. <https://www.iacp.com/>. **Diretrizes éticas** em www.webcitation.org/5WIKb50EZ. Acesso em: 07 out. 2018.

JANSENS, M-C. **Copyright for Culinary Creations: a seven course tasting menu with accompanying wines**. Centre for Intellectual Property Rights, University of Leuven, 2013.

KRAUSE, J. **When Can Chefs Sue Other Chefs? Defining legitimate legal claims in the restaurant world**. Disponível em: www.chow.com. Acesso em: 07 out. 2018.

MEDRADO, A. RIVAIL. **O Direito Adentra a Cozinha: Estudo sobre a Proteção Autoral de Criações Culinárias**. Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2016.

MONROE, D. Comida pode ser arte? O problema do consumo. ALLHOFF, F, MONROE, D. (org.). *In: Comida e Filosofia: coma, pense e seja feliz*. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012.

PIREDDA. obs.. **RIDA**. 1998 (177), p. 1121ss.

RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C. . **The Knockoff economy, how imitation sparks innovation**. New York. Oxford, University Press, 2012.

RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C. . The piracy paradox: innovation and intellectual property fashion design. **Virginia Law Review**, Vol. 92, 8, 2006. ssrn.com/abstract=878401 . Acesso em: 06 ago. 2018

REEBS, C. M. . Sweet or Sour: extending copyright protection to food art. **DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law**, Vol. XXII, 41, 2011.

REED, N.. Eat Your Art Out: Intellectual Property Protection for Food. **Trademark and Copyright Law**. Disponível em: www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2016/06/eat-your-art-out-intellectual-property.protection-for-food . Acesso em: 27 set. 2019.

ROCHA, M. V. Proteção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português. *In*: TÓBIO RIVAS, A. Maria/FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A. /Tato PLAZA, A. (Eds.) **Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade**. Madrid.Marcial Pons, 2013.

ROCHA, M. V. **Portugal**. n.º 104, **International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property**. VANHEES, H (ed.). Netherlands. Kluwer Law International, 2017.

ROCHA, M. V. “**Proteção autoral para modelos de vestuário?**”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 40, 2019/2020, pp. 467-482

STRAUSS, N. . **Trade Dress Protection for Cuisine: monetizing creativity in a Low-IP Industry**. 2012

SWEENEY, K. . Uma sopa pode ser bela? A ascensão da gastronomia e a estética da comida. *In*: ALLHOFF, F, MONROE, D. (org.) **Comida e Filosofia: coma, pense e seja feliz**. Rio de Janeiro. Tinta Negra, 2012.

WELLS, P. . **Chef’s Lawsuit Against a Former Assistant Is Settled Out in Court**. **NYTimes**, 19 April 2008.

ZARIN, BABAK . **Knead to Know: cracking recipes and trade secrets law**. **Elon Law Review**, Vol. 8, 2016. goo.gl/L9oK1k . Acesso em: 30.09.2018.

ZARRI, BRUNI L. **La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato**. **Working paper** n.º 39, Março de 2007. Disponível em: www.aiccon.it. Acesso em: 30 maio 2019.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS DA ARTE INDÍGENA CONTEMPORÂNEA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS

Marcos Wachowicz¹

Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo²

RESUMO: O artigo analisa os direitos autorais da arte indígena contemporânea (AIC) sob a perspectiva dos direitos humanos culturais. Tem-se como ponto de partida o estudo de alguns artistas e obras presentes na exposição “Véxoa: Nós sabemos” (2020 e 2021), na Pinacoteca de SP. Primeiramente, apresenta-se o que se entende por AIC. Realiza-se breve análise do que são os direitos culturais entendidos como direitos humanos, incluindo os direitos autorais nessa categoria, e a sua relação com

¹ Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e docente no 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 da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law - ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA (2018). Coordenador-lider do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq.

² Oficial de Chancelaria. Foi Vice Cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Mestranda em Direito no PPGD/UFPR. Pesquisadora Sênior no GEDAI/UFPR. Especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston. Especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo. Especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). Estudante do programa de MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte da UCAM. Membro da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR e da ABPI.

a diversidade indígena e suas manifestações artísticas. Enfatiza-se a importância da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 (CPPDE) e sua relação com a propriedade intelectual. Em seguida, trata-se da definição da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) acerca das expressões culturais tradicionais (ECTs) e suas semelhanças e diferenças com relação à AIC. Investiga-se como ocorre a proteção intelectual das ECTs e da AIC no âmbito da OMPI e da legislação brasileira. Conclui-se que a AIC, ainda que mantenha características tradicionais, se diferencia do conceito de ECT, podendo ser objeto de proteção de direito autoral, sob uma ótica de direitos humanos que valorize a dupla dimensão da proteção intelectual preconizada pela CPPDE, qual seja econômica e simbólica.

Palavras-chave: Direitos humanos culturais; Direitos autorais; Arte indígena contemporânea.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe-se a analisar os direitos autorais das artes indígenas contemporâneas no Brasil (AIC), sob uma perspectiva de direitos humanos culturais, a partir do estudo de alguns artistas e suas obras, presentes na exposição “Véxoa: Nós sabemos”, realizada entre 2020 e 2021, na Pinacoteca de São Paulo.

A exposição, dedicada à arte contemporânea brasileira, abrangiu exclusivamente obras de artistas de origem indígena e contou com a curadoria de Naine Terena. Foram apresentados trabalhos de 24 artistas ou coletivos, entre pinturas, desenhos, objetos e esculturas, vídeos, performances e instalações sonoras. Entre os artistas expositores estavam nomes como Denilson Baniwa, Jaider Esbell, Afilton Krenak, Daiara Tukano, Gustavo Caboco, Yacunã Tuxá, Olinda Muniz Tupinambá, bem como os coletivos Mahku, Ascuri, as mulheres Yudjá, entre outros nomes (VOLZ, 2020, p 5).

À medida que a curadoria contemporânea sobre a AIC ganha mais relevância, a preocupação com seus direitos autorais se torna mais presente, ensejando a necessidade de estudos sobre o tema. A garantia da proteção intelectual da AIC tem a ver com o empodera-

mento e a afirmação da igualdade e dos direitos humanos dos povos indígenas, bem como do direito à diversidade em mundo globalizado e em uma “sociedade informacional”³.

A arte indígena é entendida geralmente como expressão cultural tradicional (ECT), advinda da concepção dos povos indígenas como sujeitos de sociedades tradicionais ou “simples”⁴. Mecanismos de proteção intelectual existentes nem sempre são capazes de atender às singularidades das ECTs.

A questão da proteção dos direitos autorais da AIC é bastante relevante. Nas palavras de Esbell,

quando a arte indígena encontra o sistema de arte global, a assinatura do artista ou do coletivo de artistas é requerida. É requerido algo emoldurável para o que nunca caberá em molduras. Esse atributo de valor influencia e faz toda a diferença no contexto contemporâneo.

Continuando, o autor afirma que

a AIC chega em ícones corporificados e depurados em uma trajetória de representação até um estado pleno de identidade cosmo-consciente. De Chico da Silva, artista mestiço, já temos mais energia que em Tarsila do Amaral. Nossa literatura já não é mais tão colonizada e hoje somos vistos como autores em salões nobres (ESBELL, 2018).

³ O conceito de “sociedade informacional” foi apresentado por Manuel Castells, para qualificar uma sociedade “na qual a informação e o conhecimento são importantes motores econômicos, desempenham um papel central na atividade econômica, na criação de riquezas, na definição de qualidade de vida dos cidadãos e de suas práticas culturais” (WACHOWICZ, 2013, p.1).

⁴ “Sociedades simples – grupos sociais com menor compartimentalização do conhecimento e menor complexidade tecnológica. Incluem-se quaisquer sociedades que possuam características acima indicadas, nomeadamente: sociedades ribeirinhas, povos indígenas, povos aborígenes, remanescentes de quilombos (Brasil) etc.” (DRUMMOND, 2017, p. 28)

No decorrer deste artigo serão analisados conceitos de ECT e de AIC bem como considerações jurídicas acerca de sua proteção intelectual. Nesse sentido, entende-se adequada a perspectiva de “encontro pragmático” entre conhecimentos indígenas e ocidental, utilizado por Vitor Henrique Pinto Ido:

quando povos indígenas operam o direito “ocidental”, tal processo deve ser lido não como submissão indígena a um paradigma exterior colonial. Pelo contrário, trata-se de uma acomodação pragmática entre conhecimentos indígenas e conhecimento ocidental, processo esse que juristas, em geral, não conseguem realizar. Este “encontro pragmático” (Almeida, 2013) coloca em questão os próprios limites do direito “ocidental” ao regular modos de vida e existência alheios a seu contexto de criação, mas também exige reconhecer que soluções, ainda que parciais, ocorrem e podem ser efetivamente eficazes para a proteção de direitos intelectuais indígenas (IDO, 2019, p. 179).

Para a análise da propriedade intelectual da AIC, utiliza-se da metodologia defendida por Wachowicz, qual seja “de não se tratar de tutela de autor como uma parte isolada do contexto cultural, nem o direito à cultura como uma totalidade, mas perceber as interdependências existentes para uma proteção sistêmica da diversidade cultural que deve ser objeto, também, quando da tutela do bem intelectual pelo direito autoral” (WACHOWICZ, 2010, p.29).

O estudo baseia-se, sobretudo, em revisão bibliográfica e legislativa. Inicialmente, apresenta-se o conceito de AIC. Em seguida, é feita breve análise do que são os direitos culturais entendidos como direitos humanos e fundamentais, incluindo os direitos autorais nessa categoria, e a sua relação com a diversidade indígena e suas manifestações artísticas. A este respeito busca-se observar a importância da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 (CPPDEC) e sua conexão com a propriedade intelectual. Investiga-se, então, o debate da proteção intelectual das ECTs. Por fim,

comenta-se acerca da possibilidade de proteção dos direitos autorais das ECTs e da AIC, verificando suas semelhanças e diferenças.

1 A ARTE INDÍGENA CONTEMPORÂNEA (AIC)

Este artigo pretende evidenciar a AIC e a importância de sua proteção jurídica intelectual. Nesse sentido, busca-se trazer elementos que caracterizem a AIC, sem, contudo, pretender esgotar o seu conceito ou abrangência. Conforme Marcelo Conrado, é a arte, e não o direito, que fundamenta a proteção autoral (CONRADO, 2013). As definições que se seguem foram, sobretudo, trazidas por sujeitos indígenas representantes da AIC. Dedicou-se especial atenção, embora não exclusivamente, aos artistas e obras presentes na exposição *Véxoa: nós sabemos*, de forma a exemplificar a complexidade e a riqueza deste movimento artístico.

Não há um marco histórico preciso para estabelecer um recorte inicial do que se entende como AIC. Conforme Naine Terena, “parece ter sido o artista makuxi Jaider Esbell (1979) quem primeiro usou o termo ‘AIC’, como a força de um movimento de fixação e de reconhecimento dos artistas” (TERENA, 2020, p. 17). Nos dizeres de Jaider Esbell,

não há como falar em AIC sem falar dos indígenas, sem falar de direito à terra e à vida. Há mesmo que se explicar o porquê de chamarmos AIC e não ao contrário. Na história da literatura especializada sobre arte contemporânea produzida no Brasil, não temos autores artistas indígenas. Nesse sentido, o componente novo surpreende por seu protagonismo histórico (ESBELL, 2018).

Importante mencionar que a AIC inclui representantes da arte indígena brasileira advindos de diversos povos e de diferentes regiões do país. A exposição *Véxoa* reuniu artistas, por exemplo, dos povos Macuxi, Guarani, Wauja, Pataxó, Tupinambá, Tuxá, Wapichana, Kre-

nak, Tukano, Kurâ, Baniwa, Huni Kuin, entre outros. A curadora Naine Terena reuniu trabalhos de autorias individuais e coletivas, incluindo artistas vivos e já falecidos. Preocupou-se também com a representatividade de gênero, com a presença de artistas mulheres, homens e LGBTI+. É, portanto, um movimento heterogêneo e inclusivo da diversidade das manifestações artísticas indígenas.

A crítica à lacuna da arte produzida por indígenas na história da arte brasileira foi representada pelo artista Denilson Baniwa em performance executada durante a 33ª. Bienal de São Paulo, em 2018. Na ocasião, o artista vestiu-se de pajé onça, caminhou pelo pavilhão da exposição e rasgou um livro de história da arte dizendo “uma história da arte tão breve que não comporta os povos indígenas!” (PIPA, 2020).

Ressalta-se que são nos museus de arte que a AIC se apresenta, espaço de legitimação diferente da tendência histórica de exibição das expressões culturais indígenas em coleções antropológicas, enciclopédicas ou de história natural (PRICE, 2000). Naine Terena relata que “ao mesmo tempo que os artistas indígenas diversificaram seus suportes, algumas instituições brasileiras, como a Pinacoteca de SP e o MASP, inspiradas pelo pensamento decolonial em pauta hoje no mundo, passaram a prestar mais atenção a essa produção” (ORLANDI, 2021)⁵.

A AIC vem ocupando espaços curatoriais em museus brasileiros dedicados à arte pelo menos desde 2016, quando o Museu de Arte Moderna de São Paulo (MAM-SP) convidou o movimento de artistas Huni-Kuin (Mahku) para participar do projeto “Parede”. Dessa exposição, seguiram outras relevantes como a “Reantropofagia”, realizada no Centro de Artes da Universidade Federal Fluminense, em Niterói, em 2019, com a curadoria por Denilson Baniwa⁶ e Pedro Gradella; a

⁵ Sobre pensamento decolonial, cf. KENNEDY, Dane. **Decolonization**: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2017. e cf. YOUNG, Robert J. C. **Postcolonialism**: a very short introduction. OUP Oxford, 26 de jun. de 2003.

⁶ Na ocasião, Denilson Baniwa apresentou a sua obra “Reantropofagia”, pintura na qual ele em apresenta a cabeça de Mário de Andrade servida em uma bandeja, propondo uma releitura do movimento antropofágico do modernismo brasilei-

“Vaivem”, realizada no Centro Cultural Banco do Brasil, em São Paulo, em 2020 (GOLDSTEIN, 2019). Em 2021, o MAM-SP está realizando a exposição “Moquém-Surarî Arte Indígena Contemporânea”, organizada por Jaider Esbell, Paula Berber e Pedro Cesarino, com trabalhos de mais de 50 artistas e coletivos (BALBI, 2020).

Importante mencionar que, recentemente, museus de renome e festivais de arte no Brasil abriram as portas para curadores de origem indígena, como Sandra Benites (MASP), Arissana Pataxó (CURA 2020), Fabiane Medina da Cruz (MIS/MS), Kassia Borges (Museu do Índio-U-FU), Naine Terena (Pinacoteca de SP). Destaca-se, ademais, a criação recente do Museu de Arte Indígena de Curitiba (MAI), espaço dedicado exclusivamente à produção artística de indígenas brasileiros.

A própria Bienal de São Paulo vem dedicando maior espaço à AIC. Como mencionado, em sua 33^a. edição, contou com a participação de performance de Denilson Baniwa e, na 34^a. edição, está apresentando trabalhos de cinco nomes brasileiros além de quatro de povos originários de outros países (MORAES, 2021). Não menos importante é verificar o reconhecimento dos artistas indígenas contemporâneos Daiara Tukano (2021), Denilson Baniwa (2019) e Jaider Esbell (2016) pelo prestigioso prêmio Pipa Online de Artes Visuais⁷.

Não há tampouco um conceito único sobre a abrangência do conceito de AIC. Percebe-se, no entanto, que o termo se aplica a diversas formas da manifestação criativa indígena, as quais podem se dar de maneira individual ou coletiva, com sujeitos identificáveis ou não. Para este estudo, detém-se apenas às modalidades de expressões artísticas fixadas em suporte material.

A estética da AIC reflete a diversidade dos povos e culturas indígenas brasileiras e apresenta elementos tradicionais e contempo-

ro, a partir da perspectiva dos próprios indígenas ou herdeiros de Macunaimí (GOLDSTEIN, 2019).

⁷ Mais informações sobre o prêmio Pipa encontram-se disponíveis no site: <https://www.premiopipa.com/>

râneos. As temáticas também são variadas. Em *Véxoa*, por exemplo, há trabalhos de artistas que tratam de mitos originários (“Cadernos de Denho 1 – sobre a criação das humanidades segundo a visão dos pajés Tukano”, 1979, do Pajé Gabriel Gentil Tukano), questões culturais e intergeracionais (“Conjunto de 3 painéis”, 2020, das artistas Yudjá), espirituais (série “Kahpi Hari”, 2018-2020, de Dairana Tukano), de direitos indígenas (“Guerra nas estrelas para sustentar o céu. Luta e resistência indígena”, 2017, de Edgar Kanaykô), território (“Yvy Reñoi, Semente da Terra”, 2019, da Associação ASCURI), meio ambiente (“Nada que é dourado permanece 1”, 2020, de Denilson Baniwa), igualdade de gênero (“Kaapora – o chamado das matas”, 2020, de Olin-da Yawar Tupinambá) e liberdade sexual (“Mulher indígena e sapatão”, 2019, de Yacunã Tuxá). Não se resumem, porém, a esses temas.

Jaider Esbell dispõe sobre a dimensão política da AIC:

Hoje surgimos desenhando a política tão bem ilustrada por Ailton Krenak em sua performance de pintar o rosto com jenipapo no Palácio do Planalto, ao defender o indígena na Constituição de 1988. A arte indígena contemporânea vem juntamente com tudo o que há de tecnologia. O livro de Davi Kopenawa Yanomami – *A Queda do Céu* – é uma bíblia. Temos o Coletivo Maku, com exposição na Fundação Cartier, em Paris. No salão da Bienal de Arte Naïf do Sesc Piracicaba-SP, o maior do País, temos Carmézia Emiliano como a mulher artista mais premiada. Carmézia é indígena Makuxi e está totalmente absorvida pelo sistema de arte internacional. (ESBELL, 2018).

A AIC diferencia-se da representação histórica do indígena na arte pelo olhar idealizado do desejo imperialista sobre os povos nativos no Brasil (PINHEIRO DIAS, 2021). Esse ponto de vista é relativamente antigo e está relacionado a todo o imaginário criado em torno dos povos indígenas americanos, desde o século XVI. Jaider Esbell resume a representação do indígena na arte brasileira:

Arte e indígenas é um passar performático ao longo do tempo e da geografia e para esses sentidos temos de abordar o elemento colonizador. O indígena aparece primeiro nas cartas enviadas para a Europa, logo após a chegada dos primeiros navios. Ele aparece em representações de artistas europeus numa cena da primeira missa. Assim é o encontro do sistema de artes europeu com os artistas selvagens. Para os nativos, a arte sempre será outra coisa além. O indígena é posto a cantar na catequese, é posto a ilustrar documentos de pesquisadores das mais diversas áreas do conhecimento. Sobre esses artistas pouco é falado (ESBELL, 2018).

Na arte contemporânea, por outro lado, há uma tendência de valorizar as expressões criativas de indivíduos e coletividades indígenas. Essa tendência tem raízes mais profundas (por exemplo, a partir da valorização da arte primitiva no Impressionismo e nas primeiras décadas do Modernismo, como em pinturas de Gauguin e Picasso) e está relacionada aos debates sobre descolonização e apropriação presentes na arte contemporânea e na museologia, os quais não serão por ora aprofundados.

A AIC questiona o sistema de arte ocidental, a partir de uma cosmovisão própria. Conforme Esbell,

o sistema de arte de natureza ocidental não vê, não percebe e não faz qualquer relação com seu próprio paralelo: o sistema de arte indígena, digamos assim. O sistema de arte europeu desconhece e, portanto, não reconhece que entre os indígenas há um sistema de arte próprio, com sentidos e dimensões próprios (ESBELL, 2018).

Para o artista,

os propósitos da AIC vão muito além do assimilar e usufruir de estruturas econômicas, icônicas e midiáticas. A AIC é, sim, um

caso específico de empoderamento no campo cosmológico de pensar a humanidade e o meio ambiente (ESBELL, 2018).

Jamille Pinheiro Dias enfatiza “se tem havido um aumento na visibilidade da produção artística e cultural indígena no Brasil, é sobretudo como fruto de uma luta histórica levada adiante pelos povos originários” (PINHEIRO DIAS, 2021).

2 DIREITOS HUMANOS CULTURAIS E A INCLUSÃO DA DIVERSIDADE INDÍGENA

Os direitos culturais são entendidos como direitos humanos (DH) e estão presentes em diversos instrumentos internacionais que versam sobre o tema. Ao apresentar uma teoria geral sobre os direitos culturais, Cunha Filho os qualifica como DH e fundamentais, sendo entendidos como

aqueles relacionados às artes, à memória coletiva e ao fluxo de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento e o uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (CUNHA FILHO, 2018, p. 28).

No que diz respeito à abordagem de DH, os direitos culturais estariam presentes em todas as suas gerações ou dimensões, quais sejam como direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais e como “valores que vão além de interesses individuais e têm natureza supraestatal e que, por isso, estabelecem a necessidade de atos de solidariedade” (CUNHA FILHO, 2017). Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan chama a atenção para o princípio da indivisibilidade dos DH (PIOVESAN, 2008, p. 174).

Entre os instrumentos internacionais de DH que versam sobre os direitos culturais, para o âmbito deste artigo, é importante enfatizar a importância da CPPDEC, incorporada à legislação interna pelo Decreto 6177 de 1. de agosto de 2007. O documento entende como expressões culturais aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural” (Art. 4.3). Em seu preâmbulo, afirma a diversidade cultural como característica essencial da humanidade, entendendo-a como patrimônio comum a ser valorizado em benefício de todos e motor para o desenvolvimento sustentável.

A CPPDEC enfatiza a contribuição da diversidade para a democracia, a justiça social e a tolerância mútua. Ainda, reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais como fontes de riqueza material e imaterial, mencionando expressamente a contribuição positiva do conhecimento das populações indígenas ao desenvolvimento sustentável e afirma que “a diversidade das expressões culturais, incluindo as expressões culturais tradicionais, é um fator importante, que possibilita aos indivíduos e aos povos expressarem e compartilharem com outros as suas ideias e valores”.

Para a consecução de seus objetivos, sublinha a relevância dos direitos de propriedade intelectual para a manutenção das pessoas que participam da criatividade cultural. Apresenta, por fim, o entendimento acerca da dupla natureza das atividades, dos bens e serviços culturais, os quais possuem importância econômica e simbólica, por serem portadores de identidades, significados e valores. Esse entendimento foi conciliador no que diz respeito aos debates internacionais acerca da propriedade intelectual de bens culturais⁸.

⁸ Recordar-se que, com a fundação da OMC, em 1994, questões de propriedade intelectual foram enquadradas no Acordo TRIPS (Trade Related Rights on Property Rights). Naquele momento, os Estados Unidos e a França opunham-se com relação ao tratamento dos bens culturais. Os primeiros posicionaram-se pela igualdade dos bens culturais a outros bens comerciais. A França, por sua vez, defendia a tese da “exceção do bem cultural”, na medida em que estes eram portadores de valores e referências, representativos de identidades culturais. Wachowicz relata

A dimensão de DH dos direitos culturais foi aspecto reiterado no Relatório sobre políticas de direitos autorais⁹ e direitos da ciência e da cultura, elaborado pela Relatora Especial para os Direitos Culturais das Nações Unidas (REDCNU), Farida Shaheed, em 2014. O documento entende que “a ciência e a cultura são de grande importância não apenas para a economia, mas também fundamentais para a dignidade e a autonomia humana¹⁰” e que, no que diz respeito a essas áreas, “dois influentes paradigmas da legislação internacional – propriedade intelectual e direitos humanos – desenvolveram-se de maneiras bem distantes”.¹¹ A distância entre esses dois ramos normativos estaria, no entanto, diminuindo, desde a afirmação da primazia dos direitos humanos sobre os direitos comerciais feita pela Subcomissão de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos (Resolução 2000/7).

Neste mesmo raciocínio, Wachowicz observa que as visões do direito autoral, percebido como direito individual, e o direito cultural, como coletivo,

que o entendimento francês foi vitorioso, com o apoio de outros países europeus, mas que outros debates se seguiram, no sentido de superar o viés protecionista da exceção cultural. Essa tese “acabou sendo paulatinamente superada e substituída por um modelo mais amplo e consensual, qual seja, a diversidade cultural” (WACHOWICZ, 2010, p. 9).

⁹ O termo “direitos autorais” foi escolhido para a tradução da palavra “copyrights”, utilizada no documento em inglês. No entanto, deve-se interpretá-lo como termo genérico a abranger tantos os direitos de autor, da tradição civilista francesa, que incluem aspectos de direitos patrimoniais e morais, como os *copyright* de origem comunitária, mais relacionados aos aspectos da obra. A distinção entre “copyright policy and protection of authorship” será também tratada pelo texto de referência, quando a relatora afirma “*In practice, copyright protection in all countries reflects a mixture of both approaches. The moral rights philosophy, however, is essential to understanding the status acquired by moral and material interests of creators in human rights law*” (SHAHEED, 2014).

¹⁰ Tradução livre de “*Science and culture are not only of great importance to the knowledge economy; they are also fundamental to human dignity and autonomy*” (SHAHEED, 2014).

¹¹ Tradução livre de: “*In that area, two influential paradigms of international law — intellectual property and human rights — have evolved largely separately.*” (SHAHEED, 2014).

se verificam hoje como inadequadas, na medida em que fazem uma abordagem reducionista das questões relativas à tutela dos bens intelectuais, tratando-os como partes isoladas num todo maior que se incorporariam à cultura de uma determinada sociedade.

O equívoco desse raciocínio estaria na afirmação de que “a dimensão cultural de uma determinada sociedade é maior do que a soma dos bens intelectuais nela existentes, o todo é maior do que a soma das partes” (WACHOWICZ, 2010, p.28).

Com relação à importância da diversidade, o relatório de Shaheed enfatiza especialmente que “a crescente atenção oferecida aos direitos das populações indígenas também tem impulsionado uma abordagem da política de propriedade intelectual a partir de uma perspectiva de direitos humanos”.¹² A participação cultural, que deve atentar-se à diversidade, e a proteção de autoria são considerados princípios de direitos humanos, os quais devem caminhar em conjunto.

No que diz respeito à legislação brasileira, a CF/88 dedica diversos dispositivos aos direitos culturais. Estes são protegidos já no artigo 5º., ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, entre eles incluídos os direitos autorais. Ademais, a CF/88 dedica seção específica à cultura (Artigos 215, 216 e 216-A), cujos direitos devem ser interpretados ampla e sistematicamente de acordo com sua perspectiva de direitos humanos.

Para este estudo, relevante porque envolve a relação do mundo moderno com sociedades indígenas, destacam-se na seção mencionada do texto constitucional, o § 1º do Art. 215, que prevê ser dever do Estado “proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo

¹² Tradução livre de “Increasing attention given to the rights of indigenous peoples has also provided impetus to approaching intellectual property policy from a human rights perspective” (SHAHEED, 2014).

civilizatório nacional”; o *caput* do Art 216, que informa constituir “o 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”, e o inciso I, do § 1º do art. 216-A, que elenca, entre os princípios do Sistema Nacional de Cultura, “a diversidade das expressões culturais” (BRASIL, 1988)¹³.

Ainda no que tange aos direitos constitucionais, é importante mencionar a proteção aos índios prevista no Capítulo VIII. Conforme o Art. 231, “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Ao tratar de aspectos culturais dos povos indígenas pode-se incluir esse dispositivo normativo entre os direitos culturais constitucionais.

Conforme Ido,

não obstante a grande incompatibilidade entre valores indígenas e instrumentos jurídicos, várias noções distintas convivem e são compatibilizadas: propriedade cultural, patrimônio imaterial, direitos de propriedade intelectual (direitos de autor) e, de modo amplo, a linguagem dos direitos (IDO, 2018, p. 181).

Tratando-se da legislação infraconstitucional, são inúmeros os instrumentos normativos que se dedicam a temas da cultura. Para este estudo destacam-se a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 - LDA) e o Estatuto dos Museus (Lei 11.904 de 14 de janeiro de 2009, art. 2º, V). Este último prevê, como um dos princípios fundamentais dos museus, a universalidade do acesso, o respeito e a valorização à diversidade cultural.

¹³ Sobre o conceito de patrimônio cultural imaterial, cf. PELEGRINI, Sandra C. A. e FUNARI, Pedro Paulo. **O que é Patrimônio Cultural Imaterial**. Coleção Primeiros Passos 331. Ed. Brasiliense. São Paulo, 2013.

Percebe-se, pois, que a recente inclusão da diversidade da AIC e a recepção de curadorias indígenas em museus brasileiros vem ao encontro dos princípios elencados nos instrumentos internacionais de direitos humanos culturais, na CF/88 e na legislação infraconstitucional brasileira.

3 A POSSIBILIDADE DA PROTEÇÃO INTELECTUAL DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS (ECTS) E DA AIC

As expressões culturais dos povos indígenas são geralmente entendidas pelo direito internacional como tradicionais ou folclore. Ainda que não haja consenso entre os países sobre a nomenclatura “ECT”, ela é utilizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

A AIC, por outro lado, recorda o caráter vivo e dinâmico da arte indígena¹⁴, situando estas manifestações artísticas entre um contexto tradicional comunitário e a sociedade informacional¹⁵ e global. A AIC apresenta, assim, uma natureza de cultura híbrida¹⁶. Reconhecendo esse caráter híbrido da AIC, torna-se importante analisar como se dá a proteção intelectual das ECTs e entender no que a AIC dela se diferencia. Isso implica em reconhecer concepções epistêmicas diferentes da

¹⁴ A este respeito, Jamille Pinheiro Dias observa que “apesar de toda essa efervescência intelectual e criativa, o senso comum ainda insiste em estereótipos de indígenas genéricos, que suposta e necessariamente viveriam em áreas remotas, florestais ou rurais, desprovidos de computadores, celulares e outros dispositivos tecnológicos. Fazer frente a essas caricaturas anacronizantes replicadas pela cultura de massa, pela história da arte, pela cinematografia, e assim por diante, é um compromisso que não pode ser negligenciado” (PINHEIRO DIAS, 2021).

¹⁵ Sobre o conceito de “sociedade informacional”, ver CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁶ Sobre “culturas híbridas”, ver CANCLINI, Nestor G. **Culturas híbridas**. São Paulo: Edusp, 2008.

perspectiva ocidental, consagrada em instrumentos normativos estabelecidos sob uma perspectiva iluminista de valorização da propriedade privada e individualista¹⁷.

Nesse sentido, Ido argumenta que os

direitos de propriedade intelectual são concebidos pela e para a modernidade ocidental e, por consequência, são pouco adequados para lidar com realidades, visões e casos envolvendo povos indígenas,

enfatizando que

a própria noção de direito, mais do que somente o caso da propriedade intelectual, traz uma série de questões sobre seu caráter intrinsecamente ocidental e potencialmente colonialista (IDO, 2019, p 179).

Farida Shaheed, por sua vez, agrega a importância dos direitos humanos para a promoção e proteção dos direitos autorais a fim de garantir os interesses materiais dos autores (SHAHEED, 2014).

De toda forma, se por um lado, pode-se perceber a proteção intelectual das ECTs como uma “mercantilização de culturas”, por outro lado, a propriedade intelectual pode beneficiar-se da “indigenização do direito”, a partir do momento em que povos tradicionais passam a usar o direito (ou direitos) em seu favor e permite que afixem benefícios econômicos “da venda de seus produtos entre consumidores que reconheçam o valor (material e simbólico)” (IDO, 2018, p. 178).

Ido observa que os novos regimes constitucionais na América Latina, entre eles o brasileiro celebrado em 1988, com “a promessa

¹⁷ Sobre este ponto de vista, cf. FOUCAULT, MICHEL. O que é um autor. *In: Estética, literatura e pintura, música e cinema*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

de participação indígena e a transformação do sistema político e jurídico colonial em um sistema emancipatório, sinalizaria o potencial de uma reapropriação radical das categorias jurídicas em prol dos povos tradicionais”. Seria possível, portanto, “reler a literatura sobre direitos dos povos indígenas e seus conhecimentos tradicionais enfocando a perspectiva dos próprios titulares de direitos intelectuais” (IDO, 2018, p. 181).

O sistema internacional de propriedade intelectual foi criado no contexto da industrialização e do pensamento iluminista, visando a atender interesses da sociedade moderna (complexa). Contemporaneamente, direitos de PI são exigidos por comunidades tradicionais, como forma de inserção social, proteção de saberes, autonomia econômica, direitos humanos e desenvolvimento sustentável (WIPO, 2015).

Importante descrever algumas características do que se entende por ECTs. A OMPI considera as ECTs como produtos da atividade intelectual criativa; transmitidas de geração em geração, quer oralmente, quer por imitação; que refletem a identidade social e cultural de uma comunidade; que apresentam elementos característicos do patrimônio de uma comunidade; são feitos por autores “desconhecidos” e/ou comunitariamente reconhecidos como tendo o direito, a responsabilidade ou a autorização para fazê-lo; podendo ter sido criados para fins espirituais e religiosos; podendo ter utilizado recursos naturais e tendo o seu desenvolvimento dentro da comunidade (OMPI, 2021a, p.9).

Para Victor Gameiro Drummond, as ECTs seriam “inerentes às artes, cultura e denominadas ciências humanas e do espírito” (DRUMMOND, 2017, p.47) e teriam características mais restritas:

- (1) possuem surgimento indefinido;
- (2) são oriundas de uma coletividade criadora e nunca de um ou mais indivíduos identificados;
- (3) pertencem ao domínio das artes e da cultura, excluídos, portanto, os conhecimentos relacionados às ciências da saúde e ciências biológicas;
- (4) são oriundas da cultura popular e nunca da cultura de massa ou erudita (DRUMMOND, 2017, p. 50).

A estas características, Drummond acrescenta o elemento da tradição, entendida como “movimento coletivo atemporal e impessoal de transferência de conhecimento, mantido vivo por parcelas da sociedade, sejam identificáveis ou não” (DRUMMOND, 2017, p.56).

No âmbito da OMPI, discute-se como as ECTs podem ser protegidas por instrumentos de propriedade intelectual contra o domínio público ou o uso indevido e a apropriação por terceiros, em oposição à sua salvaguarda, promoção e preservação¹⁸(OMPI, 2021b, p. 5). Não há consenso entre os países sobre a melhor forma de garantir essa proteção. Alguns países utilizam-se de instrumentos clássicos de propriedade intelectual existentes (propriedade industrial e direito de autor), outros adaptam esses instrumentos à realidade específica das comunidades indígenas e outros estabelecem regimes jurídicos *sui generis* para atender a essa necessidade (OMPI, 2021b, p. 20).

No Brasil, não há uma legislação específica para tratar de ECTs, ensejando estudos acerca da eficácia dos instrumentos de PI existentes para a proteção dos ECTs e, em especial, neste trabalho, para a proteção autoral da AIC.

4 DIREITOS AUTORAIS, ECTS E AIC NO CONTEXTO BRASILEIRO

No âmbito internacional, o principal instrumento normativo acerca da proteção autoral é a Convenção de Berna de 1886, a qual inspirou a legislação sobre o tema no Brasil. Em nosso país, a proteção do direito dos artistas sobre o seu trabalho criativo tem previsão constitucional (Art. 5º., XXVII da CF/1988). A LDA, por sua vez, regula-

¹⁸ Há, portanto, duas dimensões da proteção intelectual às ECTs, uma positiva (concessão de direitos que habilitam as comunidades a promover suas ECTs, a controlar as suas utilizações por terceiros e beneficiar de sua exploração comercial) e uma defensiva (que visa a impedir a aquisição ou conservação ilegítima de ECTs por terceiros)

menta os direitos autorais no Brasil, protegendo as obras intelectuais entendidas como “as criações do espírito, expressas em qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

A LDA protege os direitos patrimoniais e morais do autor. Enquanto os primeiros são de livre disposição, estes últimos são entendidos como direitos da personalidade e, portanto, inalienáveis e imprescritíveis. A dimensão patrimonial refere-se ao direito exclusivo do autor de utilizar, fruir e dispor de sua obra (Art. 28), enquanto a dimensão moral refere-se à paternidade, à indicação de autoria ou ao direito de atribuição, à integridade e à conservação do ineditismo da obra (Art.24).

Concernente à proteção patrimonial, a LDA protege a criação individual da pessoa física criadora (a qual pode, eventualmente, ceder os seus direitos patrimoniais a uma pessoa jurídica – Art. 11) e a criação em coautoria divisível (quando é possível identificar a atribuição de cada co-autor – Art.15) e indivisível (quando não é possível separar a parcela da contribuição individual no todo da obra – Art. 32). Nesse último caso, comum nas obras de arte de coletivos contemporâneos, “as decisões devem ser tomadas por maioria, não podendo um deles exercer os direitos do conjunto individualmente” (VALENTE e PAVARIM, 2020). Para casos em que a autoria não é identificável, as obras seriam consideradas de domínio público. A LDA, no entanto, faz ressalva à proteção legal dos conhecimentos étnicos e tradicionais, justamente por muitas obras serem frutos de autorias não individuais, não identificadas ou derivadas de práticas intergeracionais sem marco temporal ou autoral definido (Art. 5, VIII, “b” e Art. 45, II).

Depreende-se do sistema de Berna e da LDA, que diversos critérios devem ser satisfeitos para a proteção do direito autoral. Dentre eles, destacam-se a exigência da originalidade da obra, da identificação e individualização da autoria, da fixação da expressão criativa em meio material e no tempo, permitindo a limitação temporal da proteção. Importante mencionar que a LDA dispõe que devem ser interpre-

tados restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais (Art. 4), o que inibe o alargamento de conceitos pela exegese jurídica.

As ECTs apresentam desafios à interpretação da LDA. A própria OMPI expressa que “devido à sua natureza, as ECTs são muitas vezes incapazes de satisfazer as condições da concessão de proteção pelo direito de autor” (OMPI, 2021b, p. 4). Ao considerar a aplicação dos direitos autorais às ECTs, a OMPI agrega aos critérios mencionados as diferentes concepções de propriedade como limites para a sua proteção:

Em algumas situações, os artistas indígenas podem ter direito e estar sujeitos a regras de direito de autor e, simultaneamente, estar sujeitos a regras e regulamentos consuetudinários paralelos. Neste contexto, diferentes concepções de “propriedade” no âmbito da legislação sobre o direito de autor, por um lado, e no âmbito de leis e protocolos consuetudinários, por outro lado, podem ser aplicáveis. Enquanto a PI confere direitos privados de propriedade, no discurso consuetudinário “possuir” não significa necessariamente ou não significa apenas “propriedade” no sentido ocidental não indígena. Pode expressar um sentido de administração ou de responsabilidade pela cultura tradicional, mais do que o direito simplesmente de excluir as outras pessoas de certas utilizações ou expressões da cultura tradicional, que está mais próximo da natureza de muitos sistemas de PI (OMPI, 2021c, p. 5).

No que diz respeito ao critério da originalidade, a legislação nacional não define o conceito, mas protege o autor do uso indevido de sua obra como, por exemplo, por meio de plágio, reprodução não autorizada ou apropriação. Conforme Marcelo Conrado,

os estatutos de direitos autorais, por terem sido pensados no final do século XIX, não conseguem dar respostas às necessidades da arte contemporânea. A autoria esbarra, mais uma vez, no conceito de originalidade. O desafio das demandas judiciais é

analisar se nos casos em que há apropriação, também poderá haver originalidade. A resposta é sim: apropriação e originalidade podem conviver pacificamente (CONRADO, 2013).

A OMPI prevê que

as ECTs contemporâneas baseadas na tradição são suficientemente originais para serem protegidas como obras abrangidas pelo direito de autor, desde que haja uma nova expressão qualquer, para além da simples reprodução da forma ou expressão tradicional

e conclui

a legislação não faz uma distinção baseada na identidade do autor; isto é, a exigência de originalidade poderia ser satisfeita mesmo por um autor de uma ECT contemporânea que não é membro da comunidade indígena ou local em que a ECT teve a sua origem (OMPI, 2021c, p 4).

Importante também observar neste raciocínio que o adjetivo “contemporâneo” empregado pela OMPI não é contraditório com a noção de ECTs.

Com relação ao critério da autoria, muitas ECTs são produções de sujeitos desconhecidos ou da coletividade criadora (DRUMMOND, 2017). A própria noção jurídica de “pessoa física”, estabelecida a partir de uma epistemologia ocidental centrada na ideia de “indivíduo”, encontra dificuldades de aplicação em contextos indígenas. Nos dizeres de Sally Price, quanto à arte indígena, “existe o reconhecimento crescente da necessidade de sutileza e cuidado na descrição da delicada interação entre a criatividade individual e os ditames da tradição” (PRICE, 2000, p. 90).

No caso de autoria desconhecida, recorda-se da possibilidade de utilização do Art. 15.4 “a” da Convenção de Berna para prevenir o domínio público. O artigo possui a seguinte redação:

quanto às obras não publicadas cujo autor é de identidade desconhecida, mas, segundo tudo leva a presumir, nacional de um país da União, é reservada à legislação desse país a faculdade de designar a autoridade competente para representar esse autor e com poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos do mesmo nos países da União (BRASIL, 1975).

Importante mencionar que a autoria coletiva indivisível não é característica específica de ECTs, mas também observada em prática contemporâneas, como observam Paranaguá e Branco:

Nos tempos contemporâneos, porém, nem sempre é fácil identificar o autor da obra. Quando a obra é realizada por mais de uma pessoa, a questão pode ficar bem complicada. Nem tanto quando se tratar de uma coautoria, mas quando a obra for construída colaborativamente, caso em que o conceito de autor de torna fluido e diluído (PARANAGUÁ e BRANCO, 2014, posição 668).¹⁹

Farida Shaheed apresenta a diferença entre as concepções de “autoria” pelos direitos de propriedade intelectual e pelos direitos humanos:

From the human rights perspective, the term “author” is to be understood as including individuals, groups or communities that have created a work, even where that work may not be protected by copyright. Within both the human rights and the copyright framework, both professional and amateur authors/artists may qualify for recognition as an author (SHAHEED, 2014).

¹⁹ Mais sobre a diluição do conceito de autor, cf. BARTHES, ROLAND; A morte do autor. *In: O Rumor da Língua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

A autora acrescenta ainda que

unlike copyrights, the human right to protection of authorship is non-transferable, grounded on the concept of human dignity, and may be claimed only by the human creator; “whether man or woman, individual or group of individuals” (SHAHEED, 2014).

A proteção da autoria pelo viés dos direitos humanos seria, portanto, diferente e mais abrangente do que a proteção intelectual, servindo também de parâmetro para a interpretação desses direitos.

Quanto ao critério da fixação em suporte material, as ECTs nem sempre podem obedecê-los, tendo em conta que muitas manifestações artísticas derivam da transmissão pela oralidade e são imateriais. Conforme Drummond, essa característica mantém “a impossibilidade de identificar o momento e o sujeito responsável pela criação (DRUMMOND, 2017, p. 65).

Por fim, no que diz ao critério de respeito à fixação temporal da expressão criativa, ele seria essencial para estabelecer o prazo limitado da proteção autoral bem como o alcance do domínio público. Drummond afirma que a atemporalidade é característica das ECTs e que, para o direito de autor, “o momento de surgimento de uma obra é fundamental, pois traz à luz a comprovação da existência fática de uma expressão de ideias” (DRUMMOND, 2017, p. 61). É a partir da definição do prazo inicial da obra (criação, publicação) que se define o termo final de sua proteção.

O fundamento do domínio público está atrelado à função social da propriedade intelectual, a qual também tem importância fundamental às comunidades tradicionais:

Nem os membros de uma comunidade indígena, nem outras pessoas, seriam capazes de criar ou inovar com base no patrimônio cultural intangível, se fossem estabelecidos direitos exclusivos de propriedade privada sobre ele. A proteção exagerada

das expressões culturais reduz o domínio público, diminuindo o número de obras que possam servir de base. Por exemplo, os artistas indígenas desejosos de desenvolver as suas tradições artísticas pela reinterpretação de motivos tradicionais de maneiras não tradicionais e desejando concorrer no mercado das artes criativas, podem ser impedidos por esses regimes de proteção. A consequência é que essas leis podem congelar a cultura num momento histórico, e privar os povos tradicionais de uma voz contemporânea. Além disso, pode-se argumentar, geralmente, que a inovação depende da existência de um domínio público rico. Consequentemente, a conservação de um domínio público rico e robusto é geralmente considerada como um objetivo de política geral (OMPI, 2021a, p.36).

Sob uma perspectiva de direitos humanos, Farida Shaheed afirma que

the human right to protection of authorship is fully compatible with an approach to copyright that limits the terms of protection in order to ensure a vibrant public domain of shared cultural heritage, from which all creators are free to draw”(SHAHEED, 2014).

No que diz respeito à proteção intelectual das ECTs, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI), aprovada em 2007, prevê em seu artigo 31.1 que:

Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade

intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A mesma declaração informa que os Estados adotarão, em conjunto com os povos indígenas, medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos (Art. 31.2). Farida Shaheed, neste sentido, reforça o argumento para que uma perspectiva de direitos humanos em temas referentes a direitos autorais, atualmente considerados sobretudo em sua perspectiva comercial, seja retomada, oferecendo especial atenção a grupos marginalizados e vulneráveis.

Farida Shaheed reconhece que os regimes de proteção intelectual vigentes historicamente falharam em atender às demandas específicas dos povos indígenas. Uma dessas falhas seria, por exemplo, considerar as ECTs como domínio público, em razão do limite temporal dedicado à proteção do monopólio autoral. Outra questão que deveria ser levada em conta seria a proteção dos direitos morais autorais da coletividade criadora. Por fim, menciona que

“indigenous peoples” ownership and custody of their heritage must continue to be collective, permanent and inalienable; that the free and informed consent of the traditional owners be a precondition of any agreements for the recording, study, use or display of indigenous peoples’ heritage; and that concerned peoples be the primary beneficiaries of commercial application of their heritage (SHAHEED, 2014).

No Brasil, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) coordena e executa a política indigenista em âmbito federal. Um de seus objetivos é assegurar a plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas. A proteção autoral relacionada às criações artísticas e culturais indígenas é objeto de portaria específica da fundação (No. 177/PRES), que prevê como de sua atribuição a assistência

aos índios e suas comunidades nas relações com terceiros, quando solicitada, para garantir o respeito aos índios, às suas comunidades e instituições, bem como o estabelecimento de relações mais justas e equitativas (BRASIL, 2006).

A matéria é disciplinada nos artigos 2, 3 e 4 da Portaria, os quais prevêem os direitos morais e patrimoniais do autor, entendido como sujeito individual ou coletivo. Cabe ao autor da obra ou à coletividade o direito de titularidade de sua obra e o direito de decisão sobre sua correta utilização. À FUNAI cabe participar de negociações contratuais no âmbito de sua competência e atender aos interesses dos indígenas, sempre que solicitada.

Importante observar, no ato normativo, a qualificação da comunidade como autora e detentora de direito coletivo sobre as criações artísticas. Ademais, a Portaria também menciona, em seu preâmbulo, que a proteção do “direito autoral coletivo é uma das formas de proteger o patrimônio e a cultura indígena”, chamando a atenção para o Art. 232 da CF/1988 e o Estatuto do Índio (Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973), que reconhecem os direitos coletivos de titularidades indígenas (BRASIL, 2006). A Portaria considera “a necessidade de proteção especial ainda não regulamentada das criações e manifestações artísticas e culturais indígenas de caráter coletivo e individual” e afirma que “a heterogeneidade do universo cultural indígena não nos permite generalizar conceitos de representação, organização ou criação” (BRASIL, 2006).

Tanto a classificação da OMPI como a de Drummond acerca do que sejam as ECTs parecem afastar o entendimento de que a AIC com elas se confundiria. Isso porque, como antes observado, a AIC extrapola algumas das características das ECTs. Na AIC, por exemplo, muitos autores são identificados individual ou coletivamente. As obras de arte não necessariamente são realizadas por uma coletividade criadora. O seu modo de transmissão pode se dar ou não de modo intergeracional. A AIC, ainda, pode ter o seu desenvolvimento realizado dentro ou fora

da comunidade, bem como mesclar elementos tradicionais com a cultura de massa e erudita.

A compreensão do que sejam as ECTs, no entanto, auxilia no entendimento das especificidades da proteção intelectual da AIC. Os autores da AIC são indígenas e, portanto, sujeitos advindos de comunidades tradicionais, com cosmologias e cosmovisões próprias, detentores de culturas e práticas que vão além da concepção ocidental. A AIC, como as ECTs, mantém elementos de tradição ou identidade social e cultural de comunidades indígenas que são característicos de seu patrimônio, ainda que a eles não se resuma. A valorização de aspectos sagrados e políticos, a conexão com o meio ambiente, também são características que lhes são comuns.

Essa singularidade, no entanto, não afasta o artista indígena da sociedade ocidental contemporânea e não nega o seu diálogo com outras referências. No contexto contemporâneo da Sociedade Informacional, como observa Wachowicz,

sob o pretexto de valorização das diversidades culturais, o conhecimento tradicional, a memória coletiva e os saberes são todos deslocados do espaço coletivo em que foram construídos para outro espaço, privado, pois são agora percebidos como bens econômicos imateriais e, mais, no âmbito do processo de produção, são transformados em insumos informacionais necessários à produção de novos produtos para o consumo global (WACHOWICZ, 2013, p. 12).

Como verificado, existem elementos suficientes para atribuir originalidade às obras da AIC e a maioria dos trabalhos expostos na *Véxoa* referem-se a obras de arte fixadas em suporte material. No que diz respeito à proteção autoral, parece mais fácil a subsunção do fato à norma, ou a aplicação da legislação autoral existente no Brasil à AIC. No caso das obras expostas na *Véxoa*, a maior parte dos artistas assinam os seus trabalhos, ou houve a preocupação da curadoria e da

Pinacoteca em atribuir a obra à autoria de sujeitos identificados como responsáveis pelas comunidades indígenas²⁰.

CONCLUSÃO

A partir deste estudo, verifica-se que a AIC está formando um rico acervo patrimonial cultural no país, com características mais inclusivas da diversidade dos povos brasileiros e corrigindo práticas violentas da colonização histórica, que possui um viés homogeneizador sob uma ótica ocidental do discurso artístico. Percebe-se que essa modalidade artística apresenta caráter híbrido, sendo situada entre contexto tradicional e contemporâneo. Conforme Wachowicz, e como proposto na introdução deste artigo, a proteção autoral relaciona-se ao contexto da atividade criadora.

Antes do direito autoral, conclui-se ser importante reconhecer a agência do artista indígena na criação do acervo patrimonial, quer de forma individual, quer coletivamente. Essa voz autoral, ainda que tardiamente, está ganhando espaços institucionais no sistema da arte, ocupando museus e exposições contemporâneas. Esse protagonismo também deve ser reconhecido na leitura dos próprios indígenas sobre a perspectiva dos direitos de propriedade intelectual de suas obras, como observa Ido.

Verifica-se que atribuir direitos autorais à AIC significa não apenas garantir benefícios econômicos, mas atingir a finalidade dos direitos humanos culturais, a qual, como sublinha Cunha Filho, visa à dignidade humana. Para a proteção da arte indígena, como defende Shaheed, mais do que nunca se faz necessária a aproximação da propriedade intelectual da perspectiva dos direitos humanos. A interpre-

²⁰ Ressalta-se que a Pinacoteca de São Paulo publicou, em 2020, uma política de direitos autorais de seu acervo, em que enfatiza que as práticas de proteção “devem ser adotadas a partir de uma interpretação sistemática da LDA, da legislação como um todo, da jurisprudência, dos apontamentos da doutrina e dos usos e costumes do setor cultural” (VALENTE e PAVARIM, 2020).

tação restritiva dos negócios jurídicos autorais, prevista na LDA, deve também levar em conta a dimensão de direitos humanos dos direitos autorais.

A discussão teórica estudada nessa pesquisa permite chegar ao entendimento de que que a AIC não corresponde, em sua totalidade, aos conceitos de ECTs apresentados pela OMPI e por Drummond. Recordar-se, porém, que as ECTs possuem caráter vivo e dinâmico, podendo a AIC representar uma modalidade de ECT em que autores indígenas ou representantes da coletividade criadora possuem maior autonomia perante o sistema internacional de proteção intelectual. Essa autonomia, representativa da participação da diversidade na arte contemporânea, facilitaria a acomodação da legislação autoral existente no Brasil para a dupla proteção dos bens culturais indígenas, tanto no sentido econômico, como no sentido simbólico, conforme preconizado pela CPPDC.

Apesar de não esgotar a complexidade do tema, este artigo alcançou os objetivos propostos e permite afirmar a possibilidade e a relevância da proteção autoral para a AIC, a partir de uma perspectiva de direitos humanos. Se, por um lado, a proteção autoral visa a garantir benefícios privados patrimoniais e morais aos criadores indígenas e suas comunidades, favorecendo a sua manutenção e próprio desenvolvimento; por outro, como enfatiza a CPPDC, valoriza também o patrimônio comum, contribuindo para o diálogo, a democracia e o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BALBI, C. “Coronavírus atropela ano em que artistas indígenas tomariam os museus de SP”. **Folha de São Paulo**. 7 jun 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/06/coronavirus-atropela-ano-em-que-artistas-indigenas-tomariam-os-museus-de-sp.shtml#:~:text=Com%20a%20pandemia%20do%20novo,atividades%20nesses%20meses%20de%20quarentena>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BARTHES, R.; A morte do autor. *In: O Rumor da Língua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021

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: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº. 6.177 de 1º. de agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6177.htm. Acesso em: 25 de jun. 2021.

BRASIL. FUNAI. **Portaria n. 177/ PRES, de 16 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ouvidoria/pdf/acesso-a-informacao/002-PORTARIA-177-2006-DireitoAutoral.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

CANCLINI, N. G. **Culturas híbridas**. São Paulo: Edusp, 2008.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. vol.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONRADO, M. M. **A Arte nas Armadilhas dos Direitos Autorais: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade**. 2013. 322f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

CUNHA FILHO, F. H. **Teoria dos direitos culturais: Fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

CUNHA FILHO, F. H. "Políticas públicas como instrumental de efetivação de direitos culturais." **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 177-196, set./dez. 2017. p. 182. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p177>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Ed. Almedina, 2017.

ESBELL, J.. “Arte indígena contemporânea e o grande mundo”, **Revista Select**. No. Edição 39. Publicado em 22/01/2018. Disponível em: <https://www.select.art.br/arte-indigena-contemporanea-e-o-grande-mundo/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

FOUCAULT, M.. O que é um autor. *In*: **Estética, literatura e pintura, música e cinema**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FUNAI. Quem somos. Disponível em: [QUEM SOMOS \(funai.gov.br\)](http://quem.somos.funai.gov.br). Acesso em: 27 jun. 2021.

GOLDSTEIN, I.S. Da “representação das sobras” à “reantropofagia”: povos indígenas e arte contemporânea no Brasil. **MODOS. Revista de História da Arte**. Campinas, v. 3, n. 3, p.68-96, set. 2019. Disponível em: <https://www.publionline.iar.unicamp.br/index.php/mod/article/view/4304>. DOI: <https://doi.org/10.24978/mod.v3i3.4304>

IDO, V. H. P. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos Jurídicos e Conflitos Ontológicos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol.5, n.3, dez 2018, p. 176-186.

KENNEDY, D. **Decolonization: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MORAES, C. “Artistas indígenas ganham protagonismo no circuito e terão peso inédito na Bienal”. **Folha de São Paulo**. 20 jun 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/06/artistas-indigenas-ganham-protagonismo-no-circuito-e-terao-peso-inedito-na-bienal.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008. Nações Unidas: Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 27 jun. 2021.

OMPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Apostila do Curso Avançado em Propriedade Intelectual, Conhecimentos Tradicionais e Expressões Culturais Tradicionais**. DL-203. Módulo 1. Edição 2021a.

OMPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Apostila do Curso Avançado em Propriedade Intelectual, Conhecimentos Tradicionais e Expressões Culturais Tradicionais**. DL-203. Módulo 2. Edição 2021b.

OMPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Apostila do Curso Avançado em Propriedade Intelectual, Conhecimentos Tradicionais e Expressões Culturais Tradicionais**. DL-203. Módulo 3. Edição 2021c.

ORLANDI, A. P. “Conversa com Naine Terena: A arte funciona como instrumento de luta para os indígenas”. **C& América Latina**. 25 jan 2021. Disponível em: <https://amlatina.contemporaryand.com/pt/editorial/a-arte-funciona-como-instrumento-de-luta-para-os-indigenas-naine-terena/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

PARANAGUÁ, P. BRANCO, S. **Direitos autorais**. FGV Jurídica. Rio de Janeiro, Ed. FGV: 2014.

PELEGRINI, S. C. A. e FUNARI, P. P. **O que é Patrimônio Cultural Imaterial**. Coleção Primeiros Passos 331. São Paulo: Ed. Brasiliense., 2013.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

PINHEIRO DIAS, J. Artistas indígenas reativam a vida em meio aos escombros da modernidade colonial. **Suplemento Pernambuco**. 19 mar 2021. Disponível em: <http://www.suplementopernambuco.com.br/artigos/2646-reativar-a-vida-pela-arte.html>. Acesso em: 24 jun. 2021.

PIPA. **Conversa com Denison Baniwa: ouça o episódio do PIPA Podcast com o vencedor do PIPA online de 2019**, 27 de julho de 2020. Disponível em: *Conversa com Denilson Baniwa: ouça o episódio do PIPA Podcast com o vencedor do PIPA Online 2019 - Prêmio PIPA (premiopipa.com)*. Acesso em: 26 jun. 2021.

PRICE, Sally. **Arte Primitiva em Centros Civilizados**. Rio de Janeiro, Ed. UFRJ: 2000.

SHAHEED, F. **Copyright policy and the right to science and culture**. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. A/HRC/28/57. United Nations Human Rights Council, 24 dez. 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TERENA, N. Véxo: Nós Sabemos. **Véxo: Nós sabemos**/Curadoria de Naine Terena. Textos Daniel Munduruku... [et al.]. – São Paulo: Pinacoteca do Estado, 2020.

VALENTE, M G. e PAVARIM, V. **Política de Direito Autoral do Acervo Artístico da Pinacoteca de São Paulo**. Pinacoteca de São Paulo, 2020.

VOLZ, J. Apresentação. **Véxoa: Nós sabemos**/Curadoria de Naine Terena. Textos Daniel Munduruku... [et al.]. – São Paulo: Pinacoteca do Estado, 2020.

YOUNG, R J. C. **Postcolonialism: A Very Short Introduction**. OUP Oxford, 26 de jun. de 2003.

WACHOWICZ, M. Direito autoral e diversidade cultural no âmbito iberolatinoamericano. *In*: HEREDIA, José Manuel Sobrino; FERNÁNDEZ, Joaquín A.; PUREZA, José M. (Org.). **Inovación y Conocimiento**. Madrid: Editora Marcial Pons, 2010, v. 01, p. 169-190.

WACHOWICZ, M. **Direitos culturais e saberes**: o reconhecimento de um direito de propriedade intelectual de natureza difusa. *Políticas Culturais em Revista*, 1 (6), 2013. Disponível em: www.politicasculturaisemrevista.ufba.br. Acesso em: 26 ago 2021.

WIPO. **No. 1 Traditional Knowledge and Intellectual Property**. Background Brief. 2015. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

OS DIREITOS AUTORAIS SOBRE OS GRAFITES INSERIDOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Paloma Pediani¹

RESUMO: Uma análise acerca das limitações aos direitos de autor sobre os grafites realizados em locais públicos. Primeiramente busca-se identificar quando uma obra realizada em local público está sob o leque protetivo da Lei de Direitos Autorais. Posteriormente visa-se compreender se essas obras podem ou não ser utilizadas “livremente” conforme a redação trazida pelo artigo 48 da lei 9.610/98. Por meio da Lei de Direitos Autorais, convenção de Berna e Acordo TRIPS/OMC foi inserido o “teste dos três passos”, que prevê as situações nas quais a reprodução de obras pode ocorrer sem que se configure uma violação aos direitos autorais, na busca pelo equilíbrio entre os direitos, morais e materiais, do autor e o interesse público. Assim serão analisados dois julgados relacionados ao uso de grafite em locais públicos para compreender como o teste dos três passos foi aplicado a fim de se comprovar a existência ou não de violação aos direitos autorais do titular da obra.

Palavras-chave: Grafite; “Regra dos Três Passos” (*Three Step Test*); *Fair Use*.

1 INTRODUÇÃO

A proteção às obras e aos direitos dos autores está inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal, de leis próprias e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Foi também por meio desses dispositivos legais que foi inserido

¹ (CENTRO UNIVERSITÁRIO EURO AMERICANO – UNIEURO)

no ordenamento jurídico brasileiro as exceções aos direitos autorais, previstos expressamente nos artigos 46 a 48 da lei 9.610/1998, Lei de Direitos Autorais.

É cediço que conforme as civilizações vão evoluindo, vão surgindo novos tipos de artes e de obras, como é o caso do grafite, que surgiu no Brasil na década de 1960, tendo como um dos seus principais objetivos a democratização das artes. A grande questão é se o grafite é automaticamente protegido pela legislação autoral ou se deve preencher algum requisito, principalmente quando estiver localizado em logradouro público. Para isso haverá a necessidade de entender como funciona a “regra dos três passos” e “fair use” para distinguir quando há ou não uma violação aos direitos autorais.

Busca-se por meio da análise de julgados acerca do tema observar se os magistrados observaram a regra dos três passos e as aplicou aos casos concretos como forma de identificar a existência ou não de exceção aos direitos do autor.

2 O QUE É O GRAFITE

O grafite já faz parte do dia-a-dia das pessoas, principalmente aquelas que vivem nas grandes cidades do país. Surgiu no Brasil na década de 1960 – época em o país passava pelo período da ditadura militar, que durou de 1964 até 1985- como uma forma de protesto ao regime militar.

O grafite tem nas suas origens um conceito que buscava democratizar as artes entre todas as camadas da sociedade, por esse motivo são inseridos nas ruas, em locais públicos e visíveis como forma de descentralizar das galerias, bem como de apenas uma camada da sociedade o acesso a esses desenhos/pinturas.

Whaba (2019, p. 49) afirma que o grafite “é produto da habilidade humana desde seus primórdios; o gesto de riscar superfícies é, ao

que tudo indica, natural e espontâneo” e que atualmente o seria a arte que dá visibilidade ao que não se quer ser visto:

O grafite seria, assim, a arte da visibilidade daquilo que não se quer ver, isto é, o espaço deteriorado, anônimo e rejeitado, adquire qualidade, tom, cor, contorno, múltiplas formas que transpõem esse espaço e o dotam de sentido, extrapolando o que é dado de imediato nos entornos esquecidos. São criados paradoxos em vez de impossibilidades, trânsito de nuances entre o privilegiado e o desprovido. Seria uma ação que denuncia, com divertimento e originalidade, as mazelas do mundo urbano atual, transgredindo não apenas a propriedade pública como também sua normatividade e segregação social.

O grafite é um tipo de arte urbana caracterizado pela produção de desenhos em locais públicos, que tem como objetivo revitalizar o local no qual está inserido e muitas das vezes é usado como forma de crítica social, sendo também uma forma de democratização da arte e dos espaços públicos.

2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE O GRAFITE E A PICHANÇA

Existe uma linha tênue que separa o grafite da pichação, sendo que a maior diferença entre o grafite e a pichação está relacionada ao seu conteúdo. Normalmente o grafite está relacionado com uma imagem, enquanto que a pichação está relacionada com a escrita de um indivíduo ou grupo.

De acordo com Blauth & Possa (2012, fls. 08) a pichação utiliza palavras e letras diferenciadas como meio de expressão, conquanto o grafite utiliza-se de desenhos, gravuras e da pintura:

A pichação é produzida de uma forma espontânea e gratuita, utilizando a palavra e a letra como meio de expressão, diferenciando-se do grafite, que utiliza procedimentos do desenho, da

gravura (*stencil*) e da pintura. O ato de pichar está relacionado com a escrita e ao ato de sujar, de agredir um determinado espaço com palavras escritas de maneira diferenciada, mantendo certa identificação do autor ou do grupo.

A pichação era muito utilizada no período ditatorial e em confrontos sociais, demonstrando a insatisfação da sociedade. Embora o objetivo do grafite e da pichação seja o mesmo, a pichação é menos artística e mais agressiva que o grafite, estando envolvida com grupos de gangues, enquanto que o grafite procura por meio da arte fornecer ao telespectador alguma reflexão.

Segundo Lazzarin (2007, p. 62) a pichação surgiu paralelamente ao grafite, com objetivos que vão desde a manifestação política até vandalismo em prédios públicos:

As gangues também utilizam uma forma de inscrição para demarcar território, com seus códigos e símbolos característicos. Paralelamente ao surgimento do grafite, na década de 60, surgem também as pichações – que vão desde a manifestação política, passando pela competição entre aqueles que conseguem atingir os locais de acesso mais difícil (como o alto de edifícios) – até o simples ato de vandalismo em prédios públicos e monumentos. Nessas atividades transgressivas, o uso do spray torna a técnica fácil e rápida, muito adequada para facilitar a fuga dos flagrantemente da vigilância e da polícia.

É importante tecer uma diferenciação entre grafite e pichação, pois foi com base nessas diferenças existentes entre o Grafite e a Pichação a legislação, por meio da Lei 12.408 de 2011, descriminalizou o ato de grafitar e manteve a criminalização da pichação ao alterar a redação trazida pelo artigo 68 da Lei 9.605 de 1998:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011)

Na lei retro citada a pena para aquele que pratica o ato de pichar é de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Observa-se que por mais que a lei tenha descriminalizado o ato de grafitar, deixou claro que o grafite somente poderá ser realizado quando autorizado pelo proprietário, ao se tratar de bens particulares, e mediante autorização do órgão competente quando se tratar de bem público.

Desta forma é importante destacar que se o grafite for realizado mediante autorização estará revestido dos direitos trazidos pela Lei 9.610/98, conhecida como a Lei de Direitos Autorais, entretanto quando for realizado sem permissão do proprietário ou órgão público será considerado crime ambiental, portanto não recairá sobre ele a proteção conferida pela lei.

2.2 ○ GRAFITE E A PROTEÇÃO AUTURAL

O Artigo 7º da Lei 9.610 de 1998 traz que são protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qual-

quer suporte”, neste sentido, Leite (2009, fls. 4) afirma que a obra intelectual é composta por um *corpus mysticum* que por meio de uma determinada forma de expressão é inserido em um *corpus mechanicum*:

A obra intelectual é composta por um *corpus mysticum*, que é revelado pelo seu conteúdo em uma determinada forma de expressão e que é inserido em um suporte físico (*corpus mechanicum*), o que gera como efeito a sua integração ao complexo protetivo dos Direitos de Autor.

Assim, temos que o grafite a partir do momento que é inserido em um suporte físico, podendo ser uma parede, muro, painel, mural, entre outros, se insere dentro do leque protetivo dos direitos de autor. É importante salientar que os direitos autorais recaem sobre a criação intelectual e não sobre o material no qual a obra está inserida.

Neto (2019, p.47) afirma que “[...] não é o livro, mas a obra literária, não é o jornal ou a revista, mas a obra jornalística, não é a tela, mas a obra de arte, não é o disco, mas a obra musical (contidas nesses suportes) que recebem a proteção jurídica dos direitos autorais”.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio, por meio do artigo 7º da LDA são definidas as obras sobre as quais recaem a proteção autoral e é por meio do inciso VIII que o legislador expressamente garante a proteção às “obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética”. Assim, diante do fato do grafite ser exatamente uma obra de desenho/pintura caracteriza-se como uma criação intelectual passível de proteção autoral.

2.3 ○ GRAFITE PINTADO EM LOCAIS PÚBLICOS X LOCAIS PRIVADOS

Anteriormente restou demonstrado que a partir do momento em que o Grafite é desenhado/pintado em um material físico – parede, mural, muro - este recebe a proteção autoral por ser uma obra de

pintura/desenho expressamente protegida pelo artigo 7º, inciso VIII da Lei 9.610 de 1998.

Ocorre que a grande questão está relacionada ao local no qual o Grafite está inserido, uma vez que ao serem inseridos em locais públicos geram um debate acerca dos direitos autorais que recaem ou não sobre esse tipo de obra. Isto porque o artigo 48 da Lei 9.610 de 1998 aduz que “as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.”

A redação trazida pelo artigo 48 gera dupla interpretação, por passar ao receptor a ideia de que pelo fato do grafite estar em logradouro público, possa ser “livremente” utilizada. É exatamente pelo uso dessa palavra que nos processos que versam acerca desses tipos de casos que tem se obtido entendimentos diferenciados pelos julgadores.

Conforme restou explanado, na seção 2.1, para que o grafite não seja considerado um crime ambiental se faz necessária autorização do proprietário ou ente público para a sua realização, e que caso isso não ocorra a obra não estará resguardada pelos direitos trazidos pela Lei de Direitos Autorais (LDA). Ou seja, quando o grafite é realizado mediante autorização este está resguardado pela LDA, quando é realizado sem permissão, trata-se de crime e portanto não recaem sobre ele a proteção da LDA.

Desta forma, obtida a devida permissão para a pintura do grafite em logradouro público este pode ser utilizado em pinturas, fotografias, desenhos e procedimentos audiovisuais desde que seja feita a devida citação do criador do grafite, por ser direito do autor ter seu nome indicado em sua obra, sendo esse um direito moral do autor garantido legalmente por meio do artigo 24, inciso II da Lei 9.610 de 1998:

Art. 24. São direitos morais do autor:

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

Quando essa citação de autoria não é inserida restará configurada a violação aos direitos autorais e estará caracterizado o dano moral, isto porque se trata de *damnum in re ipsa*, decorrente do uso da obra sem menção de quem é seu autor, fato que independe da verificação das circunstâncias eventualmente impróprias, vergonhosas ou ofensivas ao autor. Conforme entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIREITO AUTORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. FOTOGRAFIA REPRODUZIDA EM CARTÕES TELEFÔNICOS SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. VALOR A SER APURADO COM BASE NO ART. 103, DA LEI DOS DIREITOS AUTORAIS. DANO MORAL CONFIGURADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Sendo o magistrado o destinatário da prova, e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento. Desse modo, a apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o indeferimento do pedido de produção de provas demanda reexame do contexto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Precedentes.

Do mesmo modo, a convicção a que chegou o acórdão acerca da legitimidade ativa da parte recorrida para a presente demanda decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

A simples publicação de fotografias, sem indicação da autoria, como se fossem obra artística de outrem, é suficiente à caracterização do dano moral e a proteção dos direitos autorais sobre fotografias está expressamente assegurada, nos termos do inciso VII, do art. 7º, da Lei 9.610/98.

A sanção do parágrafo único do art. 103 da Lei 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de identificação numérica da contrafação.

Agravo interno não provido.

(STJ, 4ª Turma, AgInt no RESP 1.457.774/PR, 2014/0122337-2, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 19/09/2017, DJe de 25/09/2017)

Assim, toda vez que uma obra de grafite for reproduzida torna-se necessário que seja realizada a devida identificação do artista que a criou, quando essa indicação não é realizada o dano moral está configurado.

3 A LIMITAÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS E O TESTE DOS TRÊS PASSOS

A Lei 9.610/98 por meio dos artigos 46 a 48 estabeleceu as limitações aos Direitos Autorais no Brasil, todas essas limitações devem passar pelo teste dos três passos. As exceções e limitações aos direitos autorais surgiram por meio da Convenção de Berna (1886), e estão relacionadas ao direito de reprodução por terceiros, a “Regra dos três passos”, que está prevista no art. 9.2 da Convenção de Berna:

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.

Está contida também no artigo 13 do Acordo TRIPS:

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.

O Brasil é partícipe da Convenção de Berna e do acordo TRIPS. No ordenamento jurídico brasileiro a “regra dos três passos” está contida por meio dos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais e demonstra a necessidade em se estabelecer o equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse público, ou seja, os interesses relacionados à educação, pesquisa e acesso à informação.

Os requisitos da “Regra dos três passos” são (i) em certos casos especiais; (ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra e, (iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do Autor. (LEITE, 2009, p. 167-168).

O primeiro passo “em certos casos especiais” deve ser interpretado como a necessidade de haver uma exceção ou propósito específico para que a obra seja utilizada sem que configure violação autoral, como é o caso do capítulo VI da Lei 9.610/98, que trata “Das Limitações aos Direitos Autorais”.

O segundo passo “Conflito com a exploração normal da obra” aparece quando há conflito entre a exceção e a forma como os detentores dos direitos sobre a obra obteriam algum proveito econômico com a exploração da obra.

Já o terceiro passo “prejuízos Injustificados aos legítimos interesses”, este terceiro passo deve ser interpretado de uma forma diferenciada e somente após ultrapassada a análise do segundo passo. De acordo com Leite (2009), esse “interesse” deve ser interpretado “como sendo toda e qualquer vantagem econômica ou não-econômica ou detrimento que o autor venha a sofrer”. Percebe-se então que este passo não está relacionado apenas às questões financeiras, mas também em relação aos interesses “que são justificados à luz dos objetivos gerais que motivam a proteção autoral.” (LEITE, 2009, p.168).

Quando um dos três passos for infringido, ao não se tratar do uso da obra para fins de interesse público será uma caso de violação aos direitos autorais dos criadores dos mais diversos tipos de obras protegidas pela LDA.

3.1 O USO DO GRAFITE POR TERCEIROS PARA FINS COMERCIAIS

A discussão aqui ganha outros rumos. Anteriormente restou demonstrado o que acontece quando a obra de grafite está inserida em logradouro público, e que essa pode ser utilizada em fotografias, desenhos e produções audiovisuais desde que seja feita a devida citação do autor, mas será que o mesmo ocorre quando se trata desse uso por terceiro para fins comerciais?

A lei de direitos autorais traz que a exploração da obra é um direito inerente ao criador dela, assim seu uso por terceiros para fins econômicos só pode ser realizada mediante autorização expressa desse. A utilização ou exploração de obras sem o prévio consentimento e autorização do detentor dos direitos autorais dessa, configuram violação aos direitos patrimoniais do autor.

O fato do grafite estar inserido em local público permite que as pessoas o utilizem apenas para fins pessoais, periódicos, científicos, sem que isso configure violação aos direitos autorais. É claro que devido ao fato de estar em local público a obra poderá aparecer em algumas propagandas e comerciais, uma vez que compõem o cenário da cidade. A questão é o limite entre o que pode ser considerado apenas uma “aparição” e o que seria considerado “destaque” em um comercial.

Por esse motivo o sentido de “livremente” do artigo 48 da LDA deverá ser conjugado com os direitos assegurados nos arts. 77 e 78 do mesmo diploma, vez que versam sobre a utilização da obra, bem como sobre o proveito econômico auferido sobre a mesma por terceiros. Desta forma, se o intuito é comercial direta ou indiretamente, a hipótese não é a do art. 48, mas a dos arts. 77 e 78 da LDA.

Quando ocorre essa dúvida entre os limites do permitido ou não se torna necessário observar caso a caso e buscar entender qual era o objetivo por trás de quem realizou a reprodução. Isto porque de acordo com Costa Netto (1998, p. 189) a obra instalada em logradouro

público apesar de integrar o patrimônio público é possuidora dos direitos morais e patrimoniais do autor:

A instalação de obra intelectual protegida em logradouro público obriga - diferentemente - à obtenção de prévia e expressa autorização - onerosa ou não - do seu autor ou sucessores. É, portanto, o titular em pleno exercício de seu direito patrimonial e não uma titularidade patrimonial que inexiste ou cessou.

De acordo com Leite (2009, p. 81) o que determina é volume de material que foi utilizado, quanto maior o volume ou a quantidade/parte utilizada, maior será a probabilidade de que não seja um caso dentro da esfera do “fair use” ou seja, o uso livre:

A análise ortodoxa desse fator considera o volume ou quantidade de material que foi utilizado. Quanto maior o volume ou quantidade ou ainda quanto mais significativa for a parte utilizada, maiores serão as probabilidades de que o uso fique fora da esfera do “fair use”.

O “fair use” tem como objetivo demonstrar que o direito de autor também tem limites. Motivo pelo qual está inserido no artigo 9º da Convenção de Berna que versa que é facultado aos países signatários permitirem a reprodução de obras protegidas pela Convenção, de modo que essa reprodução “não atente contra a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.” (BERNA, artigo 9º).

Portanto existem duas questões que merecem ser analisadas nesses casos: (i) o que é considerado logradouro público e (ii) a finalidade por trás do chamado uso “livre”. Isto porque o primeiro trata-se do espaço destinado ao uso comum de todos, podendo ser aberto ou fechado. Podendo ser desde uma rua até um edifício fechado, desde que abrigue atividades públicas. Enquanto que a finalidade do uso li-

vre está vinculada a reprodução de caráter pessoal e não lucrativo. Assim, o uso de obra situada em logradouro público para fins de anúncio ou publicitário deverá ser precedida de autorização prévia do criador da obra.

Assim, diferentemente do “Fair use” que não viola os direitos protegidos pelo direito de autor, o “unfair use” ou uso não justificado fere os direitos de autor, uma vez que não preencher os estágios do teste dos três passos. Desta forma, qualquer uso que pudesse reduzir os benefícios financeiros que o titular do direito poderia obter com a obra pela uso sem autorização trata-se de “unfair use”.

3.2 JULGADOS SOBRE DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS INSERIDAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS

A seguir serão analisados dois julgados nos quais obras, protegidas pela Lei de Direitos Autorais, foram realizadas em locais públicos e posteriormente foram utilizadas por terceiros, a fim de observar caso a caso como foi o posicionamento dos magistrados e qual foi a base que formulou os conhecimentos desses no momento de proferirem suas decisões.

3.2.1 *Frederico George Barros Day Vs. Abril Comunicações S.A.*

Em 21 de abril de 2013, Frederico George ajuizou contra Editora Abril S.A. uma ação de reparação de danos patrimoniais e morais por reprodução indevida de obra de arte decorrente de uma possível reprodução, com intuito comercial de uma obra de arte plástica- Grafite- criada pelo autor sem autorização prévia deste e sem a indicação quanto à autoria da obra.

Em sede de contestação a ré sustentou que não houve violação autoral, alegando que a utilização da obra teve cunho jornalístico, sem

intuito comercial ou publicitário, razão pela qual deveria ser aplicado o artigo 46. VIII e 48 da Lei 9.610/98.

Ao decidir a lide o magistrado julgou os pedidos autorais parcialmente procedentes, vez que a ré utilizou a obra do autor em proveito próprio sem a devida autorização autoral e sem a indicação de autoria da obra, violando o disposto nos artigos 28 e 29 da Lei 9.610/98. Destacou ainda o magistrado que a permissão trazida pelo artigo 48 da Lei 9.610/98 é referente a autorização de reprodução em fotografia e não em campanha, com fins publicitários:

Anote-se que o disposto no artigo 48 da Lei nº 9.610/85 autoriza que as obras situadas permanentemente em logradouros públicos possam ser representadas por meio de fotografia, como ocorreu na espécie, porém, não autoriza que a fotografia contendo tal obra artística seja veiculada sem autorização do artista, como ocorreu no caso concreto. Nem se diga que a conduta da ré não teria caracterizado ofensa aos direitos autorais do autor nos termos do que estabelece o artigo 46, VIII, da Lei nº 9.610/85, eis que considerando que a obra do requerente foi reproduzida sem sequer ser à ela dado o seu devido crédito resta evidente que houve prejuízo injustificado ao legítimo interesse do autor.

Restou reconhecido também os danos morais decorrentes da utilização da obra sem a devida citação de autoria da obra do autor.

Dano moral é justamente o efeito não patrimonial da lesão a direito. Pressupõe dor física ou moral e resta configurada sempre que alguém, injustamente, aflige outrem, sem com isso causar qualquer prejuízo material. Abrange todo atentado à honra, à integridade psíquica da vítima, à sua segurança e tranquilidade, às suas afeições, etc. É o dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral da pessoa, incluindo-se neste a dor, a tristeza, a saudade, etc. E é justamente o que ocorre no presente caso, por expressa previsão legal.

Irresignada, a ré recorreu da decisão, dizendo que a obra foi utilizada no âmbito jornalístico, não se cuidando de matéria para fins publicitários, não foi dado provimento ao recurso da Ré, vez que evidente estava o cunho comercial da Ré ao utilizar indevidamente a obra do autor. O argumento trazido pelos desembargadores foi no sentido de que a obra inserida em local público gera direitos autorais, tanto morais quanto materiais, para seu autor quando são utilizados por terceiros para comercialização.

3.2.2 Sinval Floriano Veloso Vs. Telecomunicações do Maranhão S.A. - Telma -

Apesar desse caso não se tratar de um caso de obra de grafite, trata-se do caso de uma obra de escultura realizada em logradouro público, motivo pelo qual cabe a análise do processo por estar diretamente relacionada à exceção trazida pelo artigo 48 da Lei 9.610/98.

Em 29 de novembro de 200, Sinval Floriano Veloso, artista plástico, ajuizou ação de indenização por perdas e danos materiais e morais em face da Telemar sob a argumentação de que a requerida reproduziu em seus cartões telefônicos imagens de esculturas de sua criação, com intuito lucrativo, sem fazer a devida citação quanto a autoria da obra. Informou ainda o autor que fora contratado pela Secretaria de Cultura do Estado do Maranhão para criar 23 esculturas, desde o projeto até a execução, no Complexo do Santuário de São José, localizado no município de São José do Ribamar.

Em contestação a ré alegou que as obras constituem patrimônio público vez que localizadas e logradouro público de livre acesso à população, o que tornaria implícita a autorização do autor para uso de todos. Sustentou que não houve uso indevido da obra artística.

Por meio da sentença o juiz entendeu que não houve violação ao direito autoral do requerente, devido ao fato (i) das obras terem sido elaboradas em parceria com o governo do estado do Maranhão e

(ii) estarem situadas em local público, podendo ser representadas por fotografias sem que se configure violação autoral, com base no artigo 48 da Lei 9.610/98.

O autor recorreu da decisão, que foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, que reconheceu que a reprodução de qualquer obra sem a devida autorização gera o dever de indenizar o titular dos direitos autorais, por entender que não se aplica o artigo 48 da Lei 9.610/98 quando a reprodução é realizada com fins lucrativos.

Irresignada com a reforma da decisão, a ré apresentou Recurso Extraordinário alegando violação ao artigo 48 da Lei 9.610/98. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela inexistência de violação ao artigo retro mencionado, bem como ressaltou a importância da interpretação do sentido de liberdade ser conjugado com os direitos assegurados pelos artigos 77 e 78 do mesmo diploma legal. Reforçou ainda a importância em distinguir o que é logradouro público de domínio público:

À toda evidência, a mera reprodução por fotografia de uma obra exposta em logradouro não configura ilicitude. A aludida norma legal dá essa liberdade, bem como a sua representação por outros meios. Porém, o sentido da liberdade há que ser conjugado com os direitos assegurados nos arts. 77 e 78 do mesmo diploma, que versam sobre a utilização da obra, portanto o seu proveito de ordem econômica, como geradora de renda para terceiros, alheios à sua confecção. Se o intuito é comercial direta ou indiretamente, a hipótese não é a do art. 48, mas a dos arts. 77 e 78. Destarte, no momento em que a foto serve à ilustração de produto comercializado por terceiro para obtenção de lucro e sem a devida autorização, passa-se a ofender o direito autoral do artista, agravado, na espécie, pelo fato de não ter havido sequer alusão ao seu nome. Anoto que ainda poderia haver tolerância em relação a certas situações, como veiculação de propaganda turística, cultural e, outras do gênero, posto que inerente à atividade essencial à reprodução de paisagens, logradouros e outros bens públicos. Mas não são esses os autos. Importante,

ainda, para a elucidação da presente demanda a distinção entre “logradouro público” e “domínio público”, isto porque as referidas condições não resultam em igualdade de tratamento. A obra de arte colocada em logradouro público, embora seja um patrimônio público, gera direitos morais e materiais para o seu autor.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto e material estudado restou demonstrado a importância de se fazer a diferenciação entre o significado “livremente” utilizado no artigo 48 da Lei 9.610 de 1998 e “domínio público” trazido pelo artigo 45 da mesma Lei.

Isso porque uma obra somente está sob domínio público, ou seja, não mais amparada pela Leis de Direitos Autorais - exceto nas questões que versem sobre danos morais - quando o autor falece sem deixar herdeiros sucessores ou quando o autor é desconhecido, excetuada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Nos casos estudados foi possível verificar que a aplicação do teste dos três passos foi essencial para a resolução da lide, vez que subsidiou o convencimento do juiz buscando evidenciar a existência ou não de exceção aos direitos autorais. Ou seja, é necessária a análise de cada um dos passos para observar o interesse que havia por trás da utilização da obra localizada em logradouro público.

A maior dificuldade relacionada às limitações aos direitos autorais, seja material ou moral, está em conseguir, na prática, identificar situações em que quando uma obra estiver inserida em local público se ela poderá ser utilizada em outras obras, e quando essa utilização respeita os interesses do detentor dos direitos sobre a obra.

Por integrar o patrimônio público do local onde está inserido o grafite poderá aparecer em vídeos, fotografias e outros. Entretanto, não poderá ser o elemento principal dessa obra nova ou ser utilizado

com o intuito de obtenção de vantagem econômica, pois nesses casos haverá violação aos direitos autorais de seu criador.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 64/2010, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 32. ed. Brasília Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

CONVENÇÃO DE BERNA - **Decreto Legislativo nº 94**, de 4 de dezembro de 1974, e promulgado pelo Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo FTD: 1998. p. 189.

LAZZARIN, L. F. Grafite e o Ensino da Arte. **Revista Educação & Realidade**. 32(1): 59-74, jan/jun. 2000.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos em direito de autor**. 1. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)**. 1994. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Acordo-trips_-_acordo_sobre_aspectos_dos_direitos_de_propriedade_intelectual_relacionados_ao_comercio.pdf. Acesso em: 03 out. 2021.

SCHULTZ, V. **Intervenções urbanas, arte e escola**: experimentações e afectos no meio urbano e escolar. 19o Encontro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas “Entre Territórios”. Cachoeira, BA. 2010.

SPINELLI, João J. **Alex Vallauri**: Graffiti – fundamentos estéticos do pioneiro do grafite no Brasil. 1. ed. São Paulo: Beï, 2010.

STJ. **AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 951521- MA**, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Julgado em 28 ago 2012, publicado no DJe em: 03 set 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ARESP+951521&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 02 out. 2021.

STJ. **Resp Nº 1.746.739 - SP**, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Julgado em 28 ago 2020, publicado no DJe em: 03 set 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/919548396/andamento-do-processo-n-1746739-recurso-especial-28-08-2020-do-stj>. Acesso em: 02 out. 2021.

WHABA, Liliana Liviano. **O grafite e a psique de São Paulo: metáforas da cidade**. 1. ed. São Paulo, Editora Edgard Blücher Ltda, 2019, p. 49-56.

A MODA COMO ARTE: CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NA *FASHION LAW*

*Gabriela de Vargas Pochmann*¹

*João Pedro Costa Genro*²

RESUMO: A reprodução de padrões estéticos em razão das tendências é prática recorrente na moda, mas que não obsta *per se* a criação de designs diferenciados e originais no setor. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva sistematizar parâmetros para a proteção autoral em peças da moda no direito brasileiro. A partir da análise doutrinária e legislativa, restaram evidenciados dois critérios principais para a proteção autoral a itens da moda: a existência de originalidade e a possibilidade de dissociação do valor artístico do aspecto utilitário. Por meio da investigação dos casos judiciais, restou confirmado que são esses os principais aspectos considerados pelos julgadores em casos concretos. Assim, esse trabalho propõe que a proteção autoral aos designs de moda oriente-se pela presença de originalidade, sendo que, para identificá-la, seria necessário seguir os seguintes parâmetros: (i) ser possível dissociar o aspecto artístico da peça do seu caráter utilitário; (ii) ser a peça dotada de singularidade; e (iii) ser essa singularidade expressa nas linhas, técnicas e formas do design. Ressalta-se que a peça não pode ser a mera expressão de um estilo ou tendência, devendo existir elementos individualizadores capazes de revelar a existência de originalidade.

Palavras-chave: *Fashion Law*; Direito Autoral; Obra de arte aplicada.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora de iniciação científica voluntária no Núcleo de Pesquisa de Direito Comparado e Internacional da UFRGS. Bolsista de Extensão do Centro de Pesquisa de Propriedade Intelectual da UFRGS (CPPI). E-mail: gvpochmann@gmail.com.

² Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador de iniciação científica voluntária no Núcleo de Pesquisa de Direito Comparado e Internacional da UFRGS. E-mail: jpgenro@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O mercado da moda engloba tanto peças inovadoras e singulares, que rompem paradigmas e ditam o que está em voga, como é o caso das roupas e acessórios expostos pelas famosas grifes nas semanas de moda de Paris e Nova Iorque, quanto itens que consistem na mera reprodução de uma tendência, inspirados unicamente nos padrões estéticos vigentes no mercado em determinada época. Em meio a essa diversidade de modelos, há uma semelhança entre os produtos comercializados: o seu caráter utilitário.

Muitos acessórios e vestimentas são adquiridos apenas em razão de sua utilidade. Por outro lado, há peças da moda nas quais o caráter artístico se destaca³ e, justamente por isso, são adquiridas pelos consumidores. A diferença entre tais perspectivas influencia diretamente a maneira pela qual as peças serão protegidas pela lei.

Quando o aspecto artístico da peça se sobressai, porém, aproxima-se o produto do conceito de obra autoral. Isso evidencia a possibilidade de proteção de certas criações da moda pelo direito de autor, ainda que a proteção intelectual das peças desse setor ocorra, em regra, pelo registro do desenho industrial (ARAÚJO, 2018, p. 144). Esse entendimento é corroborado por decisões de tribunais brasileiros, que já reconheceram a incidência do direito autoral em peças da moda⁴.

³ A título exemplificativo, a situação descrita fica evidente tendo em vista que até mesmo museus – locais onde comumente são expostas obras de arte – expõem determinadas peças da moda. Veja-se que a partir de dezembro de 2020, o *Victoria & Albert Museum*, em Londres, passou a expor a “*Bags: Inside Out*”, exposição que apresenta modelos icônicos de bolsas, com o intuito de esmiuçar o *status* existente nesses acessórios (ESTEVÃO, 2020).

⁴ Refere-se como exemplos os casos (i) Maria Bernadete Conte *versus* H. Stern, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu direito autoral a joias; (ii) João Batista Castilhos da Rocha *versus* Arezzo, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conferiu proteção autoral ao trabalho feito em couro do artesanato; (iii) Hermès *versus* Village 284, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a existência de direito autoral sobre a bolsa Birkin; (iv) C&A *versus* Poko Pano, em que a 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri/SP reconheceu a violação de

Contudo, a concessão da proteção autoral a itens que não preenchem os requisitos para tanto pode provocar o engessamento da indústria da moda (JABUR; SANTOS, 2014, p. 243), tendo em vista a duração expressiva dessa proteção – que perdura por toda a vida do autor mais setenta anos após o seu falecimento⁵. Dessa forma, identificar quais itens podem ser protegidas pelo direito autoral ganha uma considerável relevância.

Diante dessa problemática, o presente trabalho objetiva sistematizar critérios para a incidência da proteção autoral em peças da indústria da moda no direito brasileiro. Para tanto, a pesquisa utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e legislativa e o estudo de casos judiciais de tribunais brasileiros qualitativamente selecionados que permitem, à luz das suas especificidades, a compreensão do problema e o alcance de conclusões.

O trabalho é dividido em três partes. Na primeira, é analisado o funcionamento da indústria da moda, a fim de verificar as particularidades existentes no setor mercadológico. Na segunda, investiga-se a Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/1998) e a doutrina especializada para identificar os seus critérios para a incidência da proteção autoral. Na terceira, por fim, faz-se estudo dos casos judiciais qualitativamente selecionados para a expor os principais aspectos considerados pelos julgadores para aferição dos critérios legislativos e doutrinários.

2 A SISTEMÁTICA DA INDÚSTRIA DA MODA

As particularidades da moda ensejaram a criação de uma disciplina específica para tratar sobre as controvérsias jurídicas desse se-

direitos autorais sobre o desenho de boneca estampado em coleção de biquínis. Os referidos casos serão explorados com mais detalhes no decorrer do texto.

⁵ O artigo 41 da Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/1998) estabelece o seguinte: “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.”

tor, que recebe o nome de *Fashion Law*⁶ ou Direito da Moda. Exemplo dessas especificidades é a indústria da moda ser organizada por meio de um sistema hierárquico, segmentado em categorias amplas para a classificação dos bens produzidos, que forma uma ordem piramidal (“*fashion pyramid*”) (DOERINGER, CREAN, 2006, p. 357).

No topo da pirâmide, está a “*high fashion*”, moda de alta costura, vendida por preços extremamente elevados e voltada quase exclusivamente ao público feminino. Logo abaixo, estão as “*bridge lines*”, designs “*ready-to-wear*” de pequenas coleções de prestígio e com preços singelamente mais baixos. Na sequência, há a “*better fashion*”, uma categoria mais ampla que a anterior e com valores moderados. Por fim, na base da pirâmide, encontra-se a categoria básica, com os menores preços do mercado (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1693).

Quanto mais alta a posição na pirâmide, maiores são os preços e o conteúdo de moda (“*fashion content*”) em seus produtos. Assim, as empresas situadas nas posições mais baixas da pirâmide possuem menor inovação no design de seus produtos e há uma menor distinção entre as suas próprias coleções (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1694).

Os principais responsáveis pela inovação na indústria da moda são as marcas associadas a coleções de maior exclusividade, que não possuem como primeira finalidade a produção em massa. Dessa forma, as marcas associadas ao *fast fashion*, ligadas ao consumo e descarte rápido, possuem um objetivo que se distancia, em tese, da busca pelo diferencial criativo (DOERINGER, CREAN, 2006, p. 358).

O empenho das marcas para inovarem seus produtos deriva de um ciclo vicioso típico da indústria da moda, pautado pelo consumo de produtos atrelados a uma tendência – que pode ser tida como o con-

⁶ A responsável por criar o termo foi Susan Scafidi, diretora acadêmica do *Fashion Law Institute*, ligado à *Fordham University School of Law* – primeira universidade a oferecer cursos sobre *Fashion Law* (JIMENEZ; KOLSUN, 2014, p. 2). Inclusive, um dos aspectos que permitiu o estabelecimento da *Fashion Law* foi justamente reconhecer o *design fashion* como uma forma de expressão criativa (SCAFIDI, 2006).

junto de elementos e informações sobre moda, como cores, padrões de cortes, estampas, entre outros, que são compartilhados dentro de uma mesma estação por diferentes marcas e contribuindo para a difusão de um padrão estético (ARAUJO, 2018, p. 135). Contudo, existem noções diferentes sobre como ocorrem e se originam esses ciclos viciosos.

Kal Raustiala e Christopher Sprigman (2006, p. 1729) defendem o Paradoxo da Pirataria (*"The Piracy Paradox"*), que consiste no fato de que, apesar de a pirataria ser, em regra, algo reprovável por promover a cópia de designs, aparentemente desestimulando a inovação, na indústria da moda, ela é algo fundamental, justamente por estimular a criação de peças originais. Nessa linha, os autores sustentam ser livre a cópia em todos os níveis da Pirâmide da Moda, resultando num regime estável de livre apropriação.

O motivo de a cópia e a pirataria serem essenciais para o mercado da moda se resume a dois processos: a obsolescência induzida (*"induced obsolescence"*) e ancoragem (*"anchoring"*). O setor é regido pelo processo da obsolescência induzida, já que, a partir do momento em que um design é amplamente copiado e utilizado em produtos mais acessíveis financeiramente, ele perde o seu valor para os consumidores das grifes do topo da Pirâmide.

Em razão disso, há um esforço para a criação de novos designs que se distinguem das escolhas das massas. Assim, inicia-se um ciclo, no qual esses novos itens criados passam a ser utilizados, primeiramente, apenas por um pequeno grupo seletivo de consumidores. Na sequência, esses produtos se tornam tendência em razão do seu aspecto inovador, são copiados e então difundidos para fora do pequeno grupo inicial e, a partir desse momento, reinicia-se o ciclo. Dessa forma, devido a essa obsolescência, os criadores precisam estar constantemente desenvolvendo novos designs, o que impulsiona a indústria.

Nesse sentido, as cópias auxiliam e estabelecem as tendências – processo denominado de ancoragem –, de tal forma que essa tolerância à apropriação de design por terceiros contribui para a difusão de

designs originais (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1726). Portanto, para os autores, a inovação da indústria é originada por esse regime de cópias.

Contudo, não há um consenso sobre a cópia ser um predicado necessário para o desenvolvimento do setor. Jeannie Suk e C. Scott Hemphill (2009, p. 1161) criticam essa aceção e sustentam que a moda não é necessariamente o resultado de um mercado saturado pelas cópias. Mesmo que a cópia tenha um papel para a mudança na moda, ela não é motor sem o qual a inovação iria desacelerar e estagnar.

Para esses autores, a moda é um equilíbrio entre os ideais de diferenciação (*"differentiation"*), que seria a busca dos consumidores pela distintividade dentro dos padrões estéticos repetidos na moda, e de reunião (*"flocking"*), que é o desejo de estar na moda e participar desse momento coletivo (HEMPHILL; SUK, 2009, p. 1164-1165). Dessa forma, os indivíduos buscam fazer parte da tendência, ao mesmo tempo que procuram manter a sua individualidade. Destarte, o impulso criativo da indústria da moda é gerado pela conjugação desses dois ideais.

Mesmo que essas duas visões da sistemática da indústria da moda revelem desacordo acerca do papel da cópia e qual é o cerne que motiva a busca pela inovação, elas convergem sobre o compartilhamento de tendências ser uma prática legítima e crucial para esse setor. Ambas as posições também partem da ideia de que existe um indivíduo que cria um design inovador e diferenciado, que, por sua vez, não reproduz uma tendência, mas a cria.

Tendo tudo isso em vista, ainda que exista entendimento reconhecendo os benefícios das cópias de designs para o mundo da moda, a noção de cópia é diferente da noção de inspiração, que se associa à referência ou reutilização de alguns elementos de moda (ARAUJO, 2018, p. 137). Não há razoabilidade em compactuar com a cópia explícita e servil na moda, uma vez que ela apenas irá diminuir o incentivo para o desenvolvimento de novos produtos (HEMPHILL; SUK, 2009, p. 1174).

Portanto, considerando que a indústria da moda possui um processo criativo peculiar, uma eventual proteção pela propriedade intelectual deve reprimir as cópias explícitas e não as inspirações (HEMPHILL; SUK, 2009, p. 1195). Além disso, o movimento do compartilhamento de tendência, assim como a posição da marca na Pirâmide da Moda devem ser atentamente observados para concluir quem efetivamente originou a inovação e o diferenciado trabalho criativo.

3 A PROTEÇÃO AUTORAL NO ÂMBITO DA FASHION LAW

O direito autoral é regulado no Brasil pela Lei nº 9.610/1998 e objetiva a proteção do autor, a defesa da sua criação e a fruição dos proventos econômicos resultantes do seu uso (BITTAR, 2019, p. 6).

De acordo com o art. 7º da Lei, as obras intelectuais protegidas são as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte tangível ou intangível, conhecido ou que se investe no futuro. Para proteger os designs da moda, é utilizada a figura da obra de arte aplicada – criação intelectual que, apresentando, ao lado do caráter artístico, conotações utilitárias, é empregada para fins industriais ou comerciais (BITTAR, 2019, p. 47).

Na lei anterior que regulava os direitos autorais, a Lei nº 5.988/1973, havia disposição expressa sobre a proteção para “as obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas” (art. 6º, inciso XI). Entretanto, a Lei nº 9.610 não replicou o dispositivo legal, de tal forma que resultou em lacuna jurídica sobre as possibilidades de proteção para obras utilitárias, como as criações de moda.

Ocorre que inexistente uma vedação legal expressa que impeça a proteção de itens com destinação utilitária. Além disso, ao disciplinar o conceito geral de obras intelectuais protegidas, a Lei nº 9.610 traz um rol não exaustivo de criações passíveis de proteção (ODY, 2018, p. 108).

Dessa forma, ainda que a norma da legislação revogada tenha sido suprimida, não tendo as obras de arte aplicada sido incluídas no rol do art. 8 da Lei, que versa sobre obras cuja proteção é vedada, elas continuam sendo tuteladas pelo direito de autor (SILVEIRA, 2012, p. 88).

É importante ressaltar que o entendimento acima não é unânime. Há autores (MAIA, 2016, p. 09; GRAU-KUNTZ, 2014, p. 40) que defendem não ser possível proteger obras de caráter utilitário e criações da indústria da moda pelo direito de autor (MAIA, 2016, p. 09; GRAU-KUNTZ, 2014, p. 40). Todavia, a corrente majoritária da doutrina especializada sustenta incidir o direito autoral a obras de arte aplicada e, conseqüentemente, aos produtos oriundos da indústria da moda, mesmo que excepcionalmente (OLIVEIRA; BRUCH, 2018, p. 12; ARAÚJO, 2018, p. 133).

Partindo do pressuposto de que é possível proteger itens da moda pelo direito de autor, passa-se ao exame dos requisitos que lei e doutrina evidenciam que devem estar preenchidos para que a peça seja considerada uma obra de arte aplicada.

Para a criação ser protegida pelo direito autoral, ela deve ser expressão direta da personalidade do autor, emanada do seu espírito, concretizada de alguma forma e qualificada como original (ODY, 2018, p. 75). Nesse sentido, o requisito nuclear da tutela legal do direito de autor é a originalidade (SANTOS, 2014, p. 126), que não se pode confundir com a novidade, requisito presente na propriedade industrial. Tendo em vista que não se exige a novidade absoluta na obra, apenas a originalidade de caráter relativo, basta a existência de contornos próprios e componentes individualizadores quanto à sua expressão e composição (BITTAR, 2019, p. 49).

Como regra, a originalidade advém da identificação de elementos criativos próprios da obra, que devem ter um grau mínimo de criatividade (BITTAR, 2019, p. 49). Todavia, a verificação desses elementos nas criações da indústria da moda ganha novos contornos, dotados de maior complexidade.

Como referido previamente, essa indústria é regida por um sistema de compartilhamento de tendências e processos de inspiração, em que diversas peças apenas reproduzem traços dentro de um repertório padrão de estilos e informações (ARAUJO, 2018, p. 133). Além disso, alguns setores da indústria da moda baseiam suas criações na tradição que é associada a designs clássicos, de tal maneira que estes são reproduzidos com meras atualizações incrementais (CARVALHO, 2018).

Nesse contexto, o direito de autor não protege estilos, tampouco o uso de cores, materiais, cortes e temas (ODY, 2021, no prelo). Outrossim, caso a originalidade consista unicamente na novidade de aplicação, o design também não pode merecer a proteção da lei de direitos autorais (SILVEIRA, 2012, p. 103).

Os designs originais não buscam se enquadrar no padrão estético-comunicativo vigente no momento da sua confecção, mas trazer um novo padrão não necessariamente atrelado à tendência (OLIVEIRA; BRUCH, 2018, p. 14; GRAU-KUNTZ, 2014, p. 35). Nesses casos, a originalidade da peça se evidencia em caráter mais expressivo.

Além do requisito da originalidade, para os designs se enquadrarem no conceito de obra de aplicada, há ainda a necessidade de atender outro requisito, qual seja, a necessidade de dissociação do valor artístico do caráter utilitário do objeto (BITTAR, 2019, p. 48). Essa concepção está amparada pela teoria da dissociabilidade (JABUR; SANTOS, 2014, p. 233), que é adotada tanto pela doutrina especializada nacional quanto pela própria lei de direito autoral revogada (Lei nº 5.988/1973), que trazia disposição legal para a proteção da obra de arte aplicada.

Nas hipóteses em que a forma de um produto industrial se reduz à sua finalidade, “não há dissociação entre o caráter industrial e o seu valor artístico, ou seja, não há valor artístico, o qual somente surge quando tal forma corresponde a uma linguagem, revelando o cunho pessoal do autor” (SILVEIRA, 2012, p. 92). Quando a parte artística

de uma obra inevitavelmente coincide com a forma necessária para se obter um resultado técnico relativo à função do objeto, somente pode ser conferida proteção pelo desenho industrial.

A dissociação é importante em razão da necessidade de verificar a existência de uma dimensão artística na criação, devendo ser possível a separação do valor artístico do resultado utilitário decorrente de determinada forma para que se possa ensejar a proteção autoral. Convém salientar que essa dissociação pode ocorrer de forma meramente conceitual, ou seja, por meio de uma separação abstrata entre o elemento artístico e o suporte físico em que se acha materializado o objeto (SILVEIRA, 2012, p. 130).

Ademais, esse raciocínio permite constatar que a produção em larga escala, por si só, não é fato capaz de afastar a possibilidade de incidência de direito de autor sobre as criações utilitárias. Isso é ressaltado pela circunstância de as obras mais conhecidas e protegidas no direito autoral serem as que possuem em sua própria natureza a fabricação em série, como livros, discos e filmes (SILVEIRA, 2012, p. 117).

Dessa forma, a partir da perspectiva legislativa e doutrinária, há dois critérios centrais para que uma criação da indústria da moda possa ser protegida no âmbito do direito de autor: a existência de originalidade e a possibilidade de dissociação do valor artístico do aspecto utilitário.

4 ANÁLISE DE CASOS JUDICIAIS: UMA BUSCA POR PARÂMETROS

A presente parte aborda os desdobramentos dos requisitos legislativos e doutrinários identificados no capítulo anterior sob a perspectiva prática. Importante esclarecer que os casos abordados não fornecem uma interpretação exaustiva acerca dos parâmetros a serem considerados, mas uma compilação fragmentada de elementos que são relevantes por terem sido sopesados em decisões sobre o tema. Os

casos foram divididos em dois grupos: o primeiro engloba casos nos quais foi conferida a proteção autoral; e o segundo trata sobre casos nos quais não foi conferida a proteção autoral.

1.1 CASOS EM QUE FOI CONFERIDA PROTEÇÃO AUTURAL A PEÇAS DA INDÚSTRIA DA MODA

1.1.1 *Maria Bernadete Conte versus H. Stern*

Em 1998, a artista plástica Maria Bernadete Conte ajuizou ação indenizatória contra a empresa H. Stern Comércio e Indústria S.A., defendendo que as suas joias desenvolvidas com base na cultura indígena haviam sido plagiadas pela ré na sua coleção “Purãngaw”⁷.

Em 2000, foi prolatada sentença de improcedência, sob o fundamento de que a única semelhança entre as joias produzidas pelas partes seria a inspiração na cultura indígena, o que não seria suficiente para a configuração de plágio. A autora interpôs apelação, sobrevivendo, em 2002, o seu provimento, pela maioria dos votos⁸. A tese assentada pela Câmara considerou que, tendo Maria Bernadete oferecido, previamente ao lançamento da coleção, uma parceria à H. Stern envolvendo as peças em questão, que foi recusada pela empresa, era ônus da ré demonstrar que não houve cópia das peças da autora (RIO GRANDE DO SUL, 2002)⁹.

⁷ Processo nº 10502127787, que tramitou perante a 15ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre/RS.

⁸ Apelação Cível nº 70001422948, julgada pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁹ Posteriormente ao julgamento da apelação, foram opostos embargos infringentes pela H. Stern (processo nº 70005218722), sobrevivendo o seu desacolhimento pelos integrantes do Quinto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 2004. O entendimento sobre a controvérsia, portanto, permaneceu o mesmo.

No que diz respeito ao reconhecimento do direito autoral em relação às peças da moda do presente caso, o principal aspecto apreciado foi que a originalidade se manifestava “na transposição estilizada da linguagem artística indígena para jóias de uso feminino - caracterizadas por linhas retas, com alto grau de abstração dos modelos considerados.” (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

A fonte de inspiração para a criação das peças foi muito debatida em razão de tratar-se de ação indenizatória que visava a verificar a (in)existência de plágio. Todavia, esse tópico não foi trazido para a discussão sobre a proteção autoral em relação às peças, mas apenas como um motivo para a identificação de semelhanças entre elas.

1.1.2 João Batista Castilhos da Rocha versus Arezzo

Em 2003, o artesão João Batista Castilhos da Rocha ajuizou ação indenizatória¹⁰ em desfavor da empresa Arezzo Indústria e Comércio Ltda., fabricante de bolsas e sapatos, sustentando que houve a contrafação dos seus produtos de couro (como bolsas, chaveiros, carteiras, etc.), dotados de figuras e desenhos produzidos pelo método da marchetaria e inspirados no movimento *hippie*.

Em suma, um representante da Arezzo adquiriu algumas tiras de couro de cores e tamanhos diversos como amostras do trabalho de João Batista e, posteriormente, replicou tal trabalho no modelo de chinelos e de uma pulseira da coleção primavera-verão 2002/2003 da empresa (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Após sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo a proteção autoral ao trabalho de João Batista, foram interpostos recursos por ambas as partes, aos quais foi dado parcial provimento¹¹. No

¹⁰ Processo nº 10500349804, julgado pela Vara Cível do Foro Regional Partenon da Comarca de Porto Alegre/RS.

¹¹ Processo nº 70034888503, acórdão proferido pela 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2010.

que concerne à temática do presente trabalho, não houve mudança no entendimento firmado em primeiro grau. Os julgadores concluíram que, apesar de os produtos comercializados serem diversos, o fato era que a empresa os estampou com as imagens criadas por João Batista sem a sua autorização.

Quanto à análise acerca da aplicação do direito de autor no caso, o direito autoral foi conferido à “obra intelectual do autor, e não as mercadorias em si” (RIO GRANDE DO SUL, 2010), de tal forma que a proteção recaiu sobre o conjunto da obra, ou seja, à “imagem reproduzida através da técnica e dos materiais por ele adotados” (RIO GRANDE DO SUL, 2010). O trabalho do autor foi considerado criação intelectual própria e individual pelo fato de ter sido confeccionado por meio da conjugação de gravuras para formar o resultado final (RIO GRANDE DO SUL, 2010), o que resultou no reconhecimento da originalidade do trabalho do artesão.

Na decisão também foi frisado que as tiras de couro produzidas pelo artesão consistiam em peças “individuais e sem repetição”, ainda que os mesmos desenhos fossem utilizados em várias delas. No mesmo sentido, foi esclarecido que a técnica de marchetaria ou celaria não permitiria a reprodução de peças iguais, já que cada gravura é “realizada com batidas no molde de ferro que marcam o couro, dificultando que cada ponto seja representado da mesma forma, o que também confere identidade ao trabalho” (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

O fato de que as testemunhas reconheciam o trabalho do autor pelo seu estilo próprio, bem como que o artesão produzia as ferramentas utilizadas para criar as suas próprias obras foram considerados no exame sobre a incidência do direito autoral. Assim, não obstante a argumentação da ré de que inexistia direito autoral quanto ao trabalho de João Batista por ele ter sido inspirado no estilo *hippie*¹² (RIO GRANDE

¹² A linha argumentativa da parte ré se dava no sentido de que o estilo *hippie* consistia em uma tendência da moda, bem como era difundido internacionalmente,

DO SUL, 2010), os julgadores entenderam que determinados aspectos conferiam originalidade às peças (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

1.1.3 *Hermès versus Village 284*

Em 2010, foi ajuizada ação judicial envolvendo a bolsa “Birkin”, da grife francesa Hermès Internacional, e a coleção “*I am not the original*”, da empresa Village 284 Participações e Comércio de Vestuário Ltda.¹³. A primeira empresa notificou extrajudicialmente a segunda, no sentido de que a comercialização dos produtos da coleção referida infringiria os direitos autorais relativos à bolsa Birkin, bem como configuraria concorrência desleal. Assim, a empresa Village 284 ajuizou ação declaratória, objetivando o reconhecimento da inexistência de direito autoral sobre a bolsa Birkin e/ou a não tipificação de concorrência desleal.

Em reconvenção, a grife francesa postulou que fosse determinado que a requerente se abstinhasse de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violassem os direitos autorais da Hermès sobre a bolsa Birkin (ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes) e/ou que consistissem na prática de concorrência desleal. Além disso, foi postulado que a requerente fosse condenada a “informar e comprovar a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos e condenação no pagamento de indenização por danos morais e materiais.” (SÃO PAULO, 2011a).

Em primeiro grau, a demanda foi julgada improcedente em relação ao pedido da Village 284, reconhecendo a existência de direitos autorais sobre a bolsa Birkin, assim como a configuração de concor-

motivo pelo qual era sustentado que o artesão não poderia ter direito exclusivo sobre tal estilo.

¹³ Processo nº 583.00.2010.187707-5, julgado pela 24ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP.

rência desleal (SÃO PAULO, 2011a). Sendo assim, a empresa dona da coleção “*I am not the original*” interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento¹⁴.

As decisões de primeiro e segundo grau reconheceram o direito autoral sobre o formato da bolsa Birkin. Um dos raciocínios mais paradigmáticos adotados no caso foi o de que as bolsas produzidas pela Hermès teriam valor por sua natureza artística, “servindo muito mais como objeto de adorno e ostentação, permanecendo seu aspecto funcional e utilitário em segundo plano” (SÃO PAULO, 2016). Desse modo, foi reforçado o entendimento de que a reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não lhe tira o caráter artístico.

Na mesma linha, foi observada, na decisão, a necessidade de dissociação do valor artístico do caráter industrial do objeto, bem como que tal quesito havia sido satisfeito justamente pela prevalência do aspecto artístico em detrimento do funcional e utilitário. Sobre esse tópico, calha lembrar que à época do julgamento do acórdão, a antiga lei de direitos autorais, Lei nº 5.988/1973, já havia sido revogada, o que demonstra que o entendimento dos julgadores do caso a esse respeito se deu conforme o doutrinário para a necessidade de dissociação.

No que concerne ao requisito da originalidade, os julgadores reconheceram que “as características singulares impressas nas bolsas Hermès as tornaram mundialmente conhecidas como sinônimo de elegância e de beleza.” (SÃO PAULO, 2016). Ademais, identificaram que “o diferencial criativo de sua forma de expressão encontra-se, fundamentalmente, na comunhão de traçados e cores que conferem às bolsas (obra final) características ímpares, que as transformaram em objeto de desejo no mercado da moda.” (SÃO PAULO, 2016).

De um lado, é possível sustentar que o modelo da bolsa Birkin é singular, tendo em vista que é peça artesanal que deve ser encomenda-

¹⁴ Apelação cível nº 0187707-59.2010.8.26.0100, julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2016.

da com uma considerável antecedência (ZANATTA, 2016). Além disso, a bolsa é restrita a um público muito específico de pessoas, pois não basta ter a quantia necessária para comprá-la, é necessário possuir também o *status* desejado pela Hermès (KAVILANZ, 2021)¹⁵.

De outro lado, é possível também defender que o que tornaria a bolsa original e artística seria o conjunto de seus atributos, como traçados e cores, ou seja, a obra final, não apenas a sua forma. A partir dessa perspectiva, a conclusão do caso exposto poderia ter se dado de maneira diversa, uma vez que não estariam presentes no modelo da bolsa da Village 284 todos os elementos que constituiriam a obra final da bolsa Birkin. Apenas a forma da bolsa seria similar à Birkin, uma vez que as cores, o material e a qualidade se diferenciavam consideravelmente entre si. Dessa forma, a reprodução da forma da bolsa Birkin pela Village 284 estaria muito mais relacionada à concorrência desleal do que ao direito de autor (ODY, 2021, no prelo).

1.1.4 C&A versus Poko Pano

Em 2003, a empresa Le Garage Indústria e Comércio de Roupas Ltda., conhecida como Poko Pano, ajuizou ação de abstenção de ato com preceito cominatório contra a empresa C&A Modas Ltda., defen-

¹⁵ A Hermès produz uma quantidade limitada de bolsas para venda a cada ano. Essas bolsas são disputadas ferozmente por diversos consumidores ao redor do mundo. Contudo, para efetivamente consegui-las, é necessário o *status* de celebridade ou um histórico de gastos na Hermès. Para mais informações sobre o assunto: KAVILANZ, Parija. Bolsas Birkin atingem preços recordes, mesmo na pandemia; entenda o porquê. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/bolsas-birkin-atingem-precos-recordes-mesmo-na-pandemia-entenda-o-/>. Acesso em: 20 set. 2021. Ademais, ressalta-se que uma Birkin demora de quinze a vinte horas para ficar pronta, possuindo uma lista de espera de até três anos, no caso da Birkin de crocodilo. Para aprofundar-se na matéria: ZANATTA, Kênya. Como nasce uma bolsa Hermès. Uma visita aos ateliês da grife, na França, onde são fabricados os acessórios mais cobiçados (e caros) do mundo. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/como-nasce-uma-bolsa>. Acesso em: 20 set. 2021.

dendo que peças da sua coleção de biquínis estampados com desenhos de bonecas, apresentados em seu desfile na São Paulo Fashion Week, haviam sido plagiadas em calcinhas e pijamas e vendidas pela C&A por preço menor. Foi postulado, portanto, o reconhecimento de violação aos seus direitos autorais sobre o desenho da boneca, bem como de que restou configurada concorrência desleal.

Em 2007, a demanda foi julgada procedente, entendendo pela incidência da proteção autoral¹⁶. A ré apelou dessa decisão, defendendo que não haveria direito de autor sobre a estampa pois tratar-se-ia de mera reprodução de uma tendência. Contudo, foi firmado acordo entre as partes antes de proferida decisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, encerrando-se a lide no ano de 2012.

O reconhecimento do direito do autor no caso se deu em razão de a criação do desenho ter demandado “esforço de imaginação, com criação de cores e formato em relação aos membros, cabelos e padronagem dos vestidos” (SÃO PAULO, 2007). O requisito da originalidade ficou evidenciado, sob a ótica da julgadora singular, porque os traços foram imaginados pela autora e passariam a identificar os seus produtos perante o mercado consumidor.

A esse respeito, foi explicado ser possível que a peça siga uma tendência e mesmo assim faça jus à proteção autoral, em razão das particularidades do desenho criado. O perito do caso entendeu que “no que se refere às ‘bonecas’ pode-se dizer que possuem elementos individualizadores, vez que os traços do ilustrador que as fizeram as diferenciam de outras ‘bonecas’ desenvolvidas por terceiros” (SÃO PAULO, 2007). Dessa forma, mediante uma individualização da tendência, por exemplo, por meio de traços e cores próprios que tornam

¹⁶ Processo nº 0015039-28.2003.8.26.0068, sentença proferida pela 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri/SP. Observa-se que a ré foi condenada a abster-se da fabricação, comercialização e uso das estampas de propriedade intelectual da autora, ao pagamento de indenização, por danos materiais em R\$ 53.700,00 e por danos morais em R\$ 50.000,00, bem como à multa por dia de violação ao direito da autora no equivalente a R\$ 10.000,00.

o desenho diferente de outros existentes no mercado, é possível o reconhecimento do direito de autor.

Outros fatores foram considerados pela magistrada para conferir a proteção autoral, principalmente quanto à originalidade do desenho, mas foram expostos na parte relativa à concorrência desleal. O principal deles foi que a novidade traduzida pela estampa da boneca seria justamente o diferencial de venda de tais produtos (SÃO PAULO, 2007).

Assim, importa ressaltar que a proteção autoral a peças da moda pode recair sobre o conjunto dos seus elementos ou apenas quanto a um aspecto específico. No caso sob análise, a proteção recaiu apenas sobre o desenho de uma estampa, que consiste em uma obra intelectual expressamente protegida pela lei de direitos autorais, na forma de uma “obra de desenho”, conforme o seu art. 7º, VIII.

1.2 CASOS EM QUE NÃO FOI CONFERIDA PROTEÇÃO AUTORMAL A PEÇAS DA INDÚSTRIA DA MODA

1.2.1 *Marius Lauritzen Bern versus Estabelecimento de Modas Canadá*

Em 1958, foi prolatado acórdão pela 5ª Câmara Cível do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que negou proteção autoral à chamada “linha Y (PEDROSO, 2015, p. 26)¹⁷. A ação foi ajuizada por

¹⁷ Em razão da antiguidade do processo judicial, a análise do caso somente foi possível por meio do estudo doutrinário e de fragmentos do acórdão original. Segue o que foi disposto na ementa do julgado, que foi encontrada no texto “As obras de arte aplicada no direito brasileiro”, de Antônio Chaves, de 1984: “Direito Autoral. Artigos de Moda. O direito autoral não protege as criações de linha estéticas para vestuário feminino destinado a determinada estação por isso que tombam desde logo no domínio público, e, em consequência, o seu aproveitamento ou adequação por terceiros não constitui ato de contrafação. Plágio. O aproveitamento de uma

Marius Lauritzen Bern contra o Estabelecimento de Modas Canadá S.A., que postulava o reconhecimento da contrafação em relação à linha Y presente em seus designs¹⁸.

Os julgadores concluíram que o design traduzia um estilo, não configurando a concretização de uma ideia, mas apenas uma concepção em matéria de artes figurativas no campo do artesanato, que, por sua vez, não é passível de proteção autoral. Foi apontado que somente após o autor dar originalidade e individualidade ao estilo ou concepção que surge a possibilidade de proteção legal (SILVEIRA, 2012, p. 159).

Seguindo esse entendimento sobre a individualização do estilo, sem, contudo, referi-lo expressamente, se deram os apontamentos feitos no caso João Batista Castilhos da Rocha *versus* Arezzo sobre o estilo *hippie*. Foi firmado o mesmo entendimento de que apenas um estilo não é passível de proteção autoral¹⁹.

1.2.2 IMB Têxtil *versus* C&A

Em 2003, a empresa IMB Têxtil S.A., mais conhecida como Puket, ajuizou ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos morais contra a C&A Modas Ltda., defendendo o plágio da sua coleção de lingerie e meias estampadas devido à utilização pela ré das mesmas “carinhas estilizadas” expostas na estampa das peças (SÃO PAULO, 2011b).

linha original de vestuário na confecção de modelos, constituindo a utilização de um trabalho de arte figurativa preexistente para obtenção de obra nova, posto que possa representar um plágio de concepção, não é considerado ofensa ao direito do autor.”

¹⁸ Conforme Pedroso, por “linha Y”, pode-se entender um modelo de roupa com ombros largos e cavas das mangas com ângulos abertos, cintura marcada e caimento apertado ao longo do corpo (PEDROSO, 2015, p. 26).

¹⁹ Calha lembrar que esse argumento não impediu a atribuição do direito de autor ao trabalho de João Batista, já que ele foi reconhecido em razão das características singulares das peças.

Em primeiro grau, foi julgada improcedente a ação, por ter sido entendido que estampar produtos com “carinhas estilizadas” seria uma tendência da moda que estava sendo seguida por diversas empresas do ramo da autora. Outro motivo que embasou a decisão foi que a suposta criação se tratava de mera ideia, não sendo passível de proteção por direito autoral. Dessa forma, foi verificada a possibilidade de coexistência mercadológica e do fenômeno da concorrência de mercado (SÃO PAULO, 2011b)²⁰.

Em 2011, sobreveio acórdão referente à apelação interposta pela Puket, negando provimento ao recurso e confirmando a sentença²¹. Em 2012, após não ter sido admitido o recurso especial interposto pela Puket ao STJ, o acórdão transitou em julgado.

Não há como descurar que a presente controvérsia se assemelha significativamente ao caso C&A *versus* Poko Pano. Todavia, importante esclarecer que o grau de originalidade empregado na criação de cada uma delas foi diverso, ao menos sob a ótica dos julgadores dos respectivos casos. Foi reconhecido em ambos a existência de uma tendência de moda que era seguida, todavia, em um houve a individualização e concretização de um esforço de imaginação, traduzido no desenho da boneca; e no outro não foi identificada originalidade suficiente para ensejar que o desenho ultrapassasse o escopo da tendência.

²⁰ Cabe mencionar que a decisão foi baseada no parecer do perito, especialmente na seguinte parte: “No caso em tela, não se verificou a cópia de uma ‘carinha de expressão’ da requerente em nenhuma calcinha produzida e/ou comercializada pela requerida. O que se verifica é que a requerida, assim como a requerente e demais empresas do ramo, utilizou-se de outras ‘carinhas de expressão’ para estampar produtos por ela produzidos, em completa consonância com a tendência da moda. [...] tendo em vista a existência de diversas empresas comercializando produtos apresentando o que parece ser uma tendência de ‘carinhas com expressões’ em uma situação de coexistência mercadológica, podemos afirmar que estamos diante de um fenômeno de concorrência de mercado.” (Foro de Barueri – Processo: 0010660-44.2003.8.26.0068SP, Juiz: Maria Elizabeth de Oliveira Bortoloto, Data de Julgamento: 24/02/2006, 6ª Vara Cível, Data de Publicação: 07/03/2006).”

²¹ Processo nº 9111351-15.2006.8.26.0000 (994.06.035654-0), acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

1.2.3 *Tellerina Comércio de Presentes e Artigos para Decoração S.A. e Joias Vivara Ltda. versus Kavi Comércio de Bijouterias Ltda. EPP (e outros)*

Outro caso envolvendo a verificação de uma tendência da moda e consequentemente a ausência de proteção autoral foi a ação judicial ajuizada pelas empresas Tellerina Comércio de Presentes e Artigos para Decoração S.A. e Joias Vivara Ltda. contra a empresa Kavi Comércio de Bijouterias Ltda. EPP (e outros). As requerentes sustentaram a violação de direitos autorais sobre o design de suas joias devido à reprodução ilícita de suas peças por parte da ré.

A decisão de primeiro grau julgou improcedente a demanda, fundamentando que as bijuterias da requerida não violavam quaisquer direitos autorais, uma vez que eles inexisteriam em relação às joias da requerente, que somente reproduziam uma tendência. Em 2011, a decisão de segundo grau²² confirmou a sentença, reforçando que as bijuterias e as joias estavam “dentro de um contexto de tendência mundial de moda” (SÃO PAULO, 2011c) – posição respaldada pela prova pericial.

Foi considerado que, devido às tendências do segmento e à competição entre empresas, é comum haver a produção de peças semelhantes por empresas do mesmo ramo de atuação, como no caso em análise. Nesse sentido, foi concluído que os produtos poderiam conviver com suas semelhanças, sem a configuração de cópia e que tais semelhanças não seriam fato inusitado, muito pelo contrário, seriam fato esperado (SÃO PAULO, 2011c).

4 CONCLUSÃO

A análise acerca da incidência de direito autoral em peças da indústria da moda é tarefa árdua, especialmente quando ponderadas as

²² Apelação 990.10.460157-6, acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça de São Paulo.

suas consequências. O trabalho identificou parâmetros para a incidência da proteção autoral a peças da indústria da moda no Brasil, destacando-os com o propósito de contribuir para a discussão que tem por fim oferecer segurança jurídica ao tema.

Em primeiro lugar, foi constatado, a partir da investigação legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que o critério norteador para verificação da incidência do direito autoral em peças da moda é a presença de originalidade, para cuja verificação faz-se uso de parâmetros positivos, isto é, que precisam estar presentes no objeto da moda; e negativos, que não podem se revelar na peça.

O primeiro parâmetro positivo identificado é a possibilidade de dissociação do valor artístico do aspecto utilitário do produto. Esse parâmetro foi percebido por meio do estudo da doutrina especializada e confirmado pela sua aplicação prática no paradigmático caso *Hermès versus Village 284*. Ele permite a certificação da existência de valor artístico na peça, que é o aspecto da criação que incidirá a análise da (in) existência de originalidade. Caso o aspecto artístico se confunda com a própria utilidade, inexistirá dimensão artística e, conseqüentemente, carecerá da originalidade necessária para a proteção autoral.

O segundo parâmetro positivo é a identificação da peça como “individual”, “sem repetição”, “ímpar”, “estilizada” ou “singular”²³. Embora tais palavras possam parecer sinônimos de originalidade, no âmbito das decisões judiciais analisadas, elas são tidas como características que possibilitam concluir pela existência de uma singularidade na peça que, por sua vez, enseja a aferição da sua originalidade. Considerando a subjetividade desse parâmetro, isoladamente ele não é suficiente para verificar a originalidade, apenas quando conjugado aos motivos pelos quais foram atribuídos tais adjetivos às peças.

O terceiro parâmetro positivo são as linhas, técnicas e formas empregadas na criação da peça. Esses elementos estão atrelados ao

²³ Essas foram algumas das terminologias utilizadas no âmbito das decisões analisadas.

parâmetro anterior, uma vez que é a partir deles que será verificado – ou não – o seu preenchimento. No caso Maria Bernadete Conte *versus* H. Stern, linhas retas, de representações artísticas de animais, com alto grau de abstração, foram consideradas para concluir que se tratava de transposição estilizada da linguagem artística indígena e, portanto, original. No caso João Batista Castilhos da Rocha *versus* Arezzo, foi observado que a técnica da marchetaria ou celaria produzia peças sem repetição, que traduziam o estilo próprio do autor e consequentemente as tornava individuais. No caso Hermès *versus* Village 284, os traçados, juntamente com as cores, da bolsa Birkin foram considerados para que fossem reconhecidas características singulares nas bolsas e, assim, a sua originalidade. Por fim, no caso C&A *versus* Poko Pano, as cores utilizadas combinadas com o formato dos membros e cabelos da boneca desenhada e a padronagem dos seus vestidos foram tidos como elementos individualizadores capazes de demonstrar a existência de originalidade.

Quanto aos parâmetros negativos identificados, o primeiro é a constatação de a peça ser a mera expressão de um estilo ou concepção. Esse parâmetro foi notado por meio do estudo da doutrina especializada e confirmado pela sua aplicação prática nos casos João Batista Castilhos da Rocha *versus* Arezzo e Marius Lauritzen Bern *versus* Estabelecimento de Modas Canadá. Ambos os casos decidiram que não há exclusividade quanto ao estilo utilizado e que somente após atribuir individualidade a ele que será possível a verificação da originalidade.

O segundo parâmetro negativo consiste na peça da moda ser a mera reprodução de uma tendência, ou seja, apenas seguir o padrão estético-comunicativo da moda vigente na época. No caso IMB Têxtil *versus* C&A, a estampa de vestimentas, que consistia em “carinhas estilizadas”, foi considerada a mera reprodução de tendência. No caso Tellerina Comércio de Presentes e Artigos para Decoração S.A. e Joias Vivara Ltda. *versus* Kavi Comércio de Bijouterias Ltda. EPP (e outros), as joias e bijuterias sob exame foram, igualmente, consideradas como

semelhantes em razão de seguirem a mesma tendência, o que é fato esperado e que não confundiria os consumidores.

Nos casos envolvendo parâmetros negativos, não foi verificada a presença de parâmetros positivos, não tendo sido constatado que as linhas, técnicas e formas empregadas fossem dotadas de singularidade. Tampouco foi reconhecida a possibilidade de dissociação do valor artístico do aspecto utilitário do produto. No ponto, salienta-se que os parâmetros identificados não exaurem o tema, o que seria inviável diante do escopo deste trabalho.

Por fim, o exame dos casos judiciais expostos corrobora o entendimento doutrinário de que a proteção do direito de autor à peça da indústria da moda é exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Confirma-se a impressão de haver insegurança jurídica quanto ao futuro de casos envolvendo controvérsias de autoria de peças da moda, apesar das evidências de que o requisito principal é a presença de originalidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cristiano Reis. Desenho industrial e direito autoral: a possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro. *In: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). Fashion law: direito e moda no Brasil.* São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 131-154.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, Thaís Lina A. O. de. Proteção da moda por propriedade intelectual e inovação: diálogo entre modelos francês e estadunidense. *In: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). Fashion law: direito e moda no Brasil.* São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 93-104.

CHAVES, Antônio. As Obras de Arte Aplicada no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo, v. 77, p.65-74, jan./dez. 1982.

DOERINGER, Peter; CREAN, Sarah. Can fast fashion save the US apparel industry?. **Socio-Economic Review**, v. 4, n.3, p. 353-377, set. 2006.

ESTEVÃO, Ilca Maria. **Exposição em Londres explora o status e a função das bolsas**. [Brasília], 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/exposicao-em-londres-explora-o-status-e-a-funcao-das-bolsas-veja-fotos>. Acesso em: 29 ago. 2021.

GRAU-KUNTZ, Karin. A propriedade intelectual e a proteção das composições de peças de vestuário. **Revista Eletrônica do IBPI**, [São Paulo], n. 10, p. 31-41. 2014.

HEMPHILL, C. Scott; GERSEN, Jeannie Suk. The Law, Culture, and Economics of Fashion. **Stanford Law Review**, v. 61, n. 5, mar. 2009, p. 1147-1199.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Interface entre propriedade industrial e direito de autor. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213-245.

JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, Barbara. **Fashion Law: a guide for designers, fashion executives & sttorneys**. 2. Ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

KAVILANZ, Parija. **Bolsas Birkin atingem preços recordes, mesmo na pandemia; entenda o porquê**. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/bolsas-birkin-atingem-precos-recordes-mesmo-na-pandemia-entenda-o-porque/>. Acesso em: 20 set. 2021

MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. **Revista da ABPI**, [Rio de Janeiro], n. 141, p. 3-20, mar/abr 2016.

MIGALHAS. **Sentença confirma liminar que obrigou a C&A a tirar de circulação produtos copiados da empresa Poko Pano**. 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI44146,21048Sentenca+confirma+liminar+que+obrigou+a+CA+a+tirar+de+circulacao>. Acesso em: 14 set. 2021.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.

OLIVEIRA, Cíntia Bell de; BRUCH, Kelly Lissandra. Fashion law e propriedade intelectual: uma análise dos métodos de proteção de ativos oriundos da indús-

tria da moda. **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, ano VII, v. 12, n. 01, p. 1-29, fev/2018.

PEDROSO, Denise Abdalla Freire. Direito Autoral na Moda: Visão Jurisprudencial. **Revista da ABPI**, [Rio de Janeiro], n. 139, p. 17-30, mai/jun 2015.

RAUSTIALA, Kal; SPRIGMAN, Christopher. The privacy paradox: Innovation and Intellectual Property in fashion design. **Virginia Law Review**, v. 92, n. 8, p. 1687-1777, dec. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70001422948**. Recorrente: Maria Bernadete Conte. Recorrido: H Stern Comércio e Indústria S.A. Relator: Paulo Antônio Kretzmann, 13 de junho de 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70005218722**. Recorrente: H Stern Comércio e Indústria S.A. Recorrido: Maria Bernadete Conte. Relatora: Mara Larsen Chechi, 20 de agosto 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70034888503**. Recorrente: Arezzo Indústria e Comércio Ltda. Recorrido: João Batista Castilhos da Rocha. Relator: Carlos Cini Marchionatti, 02 de junho de 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-151.

SÃO PAULO. 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri. **Processo 0015039-28.2003.8.26.0068**. Autor: Le Garage Indústria e Comércio de Roupas Ltda. Ré: C&A Modas Ltda. Juíza: Maria Elizabeth de Oliveira Bortoloto, 21 de julho de 2007.

SÃO PAULO. 24ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo. **Processo 0187707 59.2010.8.26.0100**. Autor: Village 284 Participações e Comércio de Vestuário Ltda. Ré: Hermès International. Juiz: Claudio Antonio Marquesi, 20 de janeiro de 2011a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9111351-15.2006.8.26.0000 (994.06.035654-0)**. Recorrente: IMB Têxtil Ltda. Recorrido: C&A Modas Ltda. Relator: Jesus Lofrano, 08 de junho de 2011b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 990.10.460157-6**. Recorrente e Recorrido: Tellerina Comércio de Presentes e Artigos para Decoração S/A e Joias Vivara Ltda., e Kavi Comércio de Bijouterias Ltda. EPP (e outros). Relator: Beretta da Silveira, 18.01.2011c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0187707-59.2010.8.26.0100**. Recorrente: Village 284 Participações e Comércio de Vestuário Ltda. Recorrido: Hermès International. Relator: José Carlos Costa Neto, 16 de agosto de 2016.

SCAFIDI, Susan. Intellectual Property and Fashion Design. **Intellectual Property and Information Wealth**, v. 1, n. 115, 2006. p. 115-131.

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANATTA, Kênya. **Como nasce uma bolsa Hermès. Uma visita aos ateliês da grife, na França, onde são fabricados os acessórios mais cobiçados (e caros) do mundo**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/como-nasce-uma-bolsa>. Acesso em: 20 set. 2021.

DIREITOS AUTORAIS DO EMPREGADO NO PL 2.370/19: UMA PERSPECTIVA TRABALHISTA PARA A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS FRENTE AO DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO INTELECTUAL

Caio Freitas Moura¹

RESUMO: O presente artigo analisa os possíveis impactos do Projeto de Lei 2370 de 2019 no desenho da titularidade de direitos autorais quando a obra é proveniente da relação empregatícia. A iniciativa legislativa reflete as mudanças das estruturas industriais para uma economia de informação e suas repercussões nas relações trabalhistas. Observadas as novidades da equivalência entre salário e retribuição autoral e da cessão presumida pela copropriedade não concorrente, identifica-se a possibilidade de reinterpretar a natureza dos direitos através da aplicação da hermenêutica trabalhista.

Palavras-chave: Direitos Autorais na relação de emprego; Proposta de natureza jurídica trabalhista; Necessidade de atualização dos paradigmas autorais com a exploração por novas tecnologias.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2020, o mundo inteiro foi atingido pela Pandemia da Covid-19 e a necessidade da política de isolamento, que esvaziou as

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) em 2021. Atualmente cursando pós-graduação em Direito Digital e Proteção de Dados.

ruas e paralisou diversas atividades econômicas. No Brasil, a economia foi forçada a uma modernização dos sistemas e modelos de negócio, de sorte que encontrou novas maneiras de se manter através do meio digital.

As mudanças tecnológicas da Era Digital não eram novidade, bem como seus impactos no mercado de trabalho já eram incorporados, em parte, pelo Direito. Contudo, como resultado de urgências e necessidades da pandemia em 2020, a adoção de sistemas mais tecnológicos consolidou as tendências trabalhistas no país. Enquanto, no mundo, essas novas tecnologias já traziam transformações sociais e culturais, onde o trabalho intelectual e a obra resultante assumiam certo protagonismo da produção econômica, no Brasil, por sua vez, não há regulação específica dos direitos autorais do autor-empregado. Neste cenário, o Projeto de Lei 2.370, proposto em 2019, buscava sanar a omissão legislativa.

O problema abordado neste artigo é representado pela circunstância em que um trabalhador foi contratado para a criação intelectual com autoria e, entregue a obra, o empregador passa a reproduzir e explorar essa produção intelectual de diversas formas, visando o ganho econômico na sua atividade. A atual Lei de Direitos Autorais — LDA, Lei 9.610 (BRASIL, 1998b) — não faz menção expressa à situação e indica a regra geral da titularidade originária para a pessoa física do criador, no art. 11, independentemente da sua relação de trabalho.

Assim, para ocorrer a possibilidade de exploração da obra pelo empregador, o autor-empregado deveria receber a retribuição pecuniária. Entretanto, a princípio, não seria possível determinar se a cessão dos direitos patrimoniais decorre do contrato de trabalho. O PL 2370/19 (BRASIL, 2019), então, pretende preencher a omissão ao adicionar o seguinte artigo:

Art. 52-D. Salvo convenção em contrário, o empregador, ente público ou privado, será considerado autorizado, com exclusividade, a utilizar as obras criadas no estrito cumprimento das

atribuições e finalidades decorrentes de vínculo estatutário ou contrato de trabalho.

§ 1º A exclusividade da autorização cessa no prazo de dez anos, contado da data da primeira utilização da obra pelo empregador ou, na ausência desta, da data de conclusão da obra.

§ 2º O autor poderá dispor livremente dos direitos relacionados a outras modalidades de utilização da obra que não concorram com as modalidades utilizadas pelo empregador.

§ 3º A retribuição devida ao autor pela utilização das obras por parte do empregador se esgota com a remuneração ou os salários pagos à época da criação da obra, salvo disposição contratual ou legal em contrário.

§ 4º O autor terá direito de publicar, em suas obras completas, a obra criada no estrito cumprimento das atribuições e finalidades decorrentes do vínculo estatutário ou contrato de trabalho, após dois anos de sua publicação pelo empregador, ou, na ausência desta, após cinco anos da entrega da obra, salvo convenção em contrário.

§ 5º As disposições deste artigo não se aplicam a:

I - direitos de comunicação ao público, que serão devidos pelo utilizador em decorrência de cada representação, execução ou exibição públicas das obras e fonogramas, conforme disposto no art. 68;

II - relações que digam respeito à utilização econômica dos artigos publicados pela imprensa, regidas pelo art. 36;

III - relações decorrentes de contrato ou vínculo de professores ou pesquisadores com instituição que tenha por finalidade o ensino ou a pesquisa;

IV - direitos dos profissionais regidos pelas Leis nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966 e n.º 12.378, de 31 de dezembro de 2010; e

V - programas de computador, observado o disposto na Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

A mudança intencionada se destaca por prever expressamente os limites dos direitos de uso da obra, tanto para o autor quanto para o empregador, e equivalência entre a retribuição pecuniária dos direitos e o salário do empregado. Como ambas as situações têm sido motivo de controvérsia em razão da omissão da legislação, o conflito, não raro, alcança o judiciário.

Esta pesquisa identifica as principais mudanças propostas pelo artigo 52-D do PL 2370/19, quais sejam a copropriedade patrimonial não-concorrente e a equivalência entre salário e retribuição autoral, e propõe uma hermenêutica em que essas alterações significam a própria modificação da natureza jurídica dos direitos patrimoniais do autor-empregado. Assim, este estudo busca interpretar o novo artigo a partir da aplicação da exegese trabalhista no direito autoral.

Não serão abordadas outras relações profissionais que possuem regulação específica, nem outras espécies da propriedade intelectual, pois o Projeto de Lei objeto desta análise se limita à alteração da LDA.

Para identificar os impactos do artigo 52-D da PL 2370/19, o estudo se organiza em três partes.

Na primeira, é feita uma exposição do desenvolvimento histórico-legislativo dos direitos autorais e dos direitos trabalhistas, a fim de demonstrar a diferença na construção do valor social nos dois campos jurídicos e como a distinção das gerações de direitos ao qual pertencem repercute em suas naturezas jurídicas e princípios.

Na segunda parte, procurou-se identificar a atual configuração desses direitos no vínculo empregatício através do reconhecimento do modelo escolhido pelo legislador de cessão de direitos patrimoniais — isto é, se o contrato de trabalho equivale ou não à cessão desses direitos. Para isso, realizou-se a análise de duas soluções possíveis: a não equivalência entre contratos de emprego e de cessão de direitos autorais em decorrência da natureza dos direitos; ou a equivalência a depender do objeto do contrato trabalhista.

Na terceira parte, são apontadas as consequências da adição do art. 52-D na ciência jurídica dos direitos autorais, de forma a representar especialmente um novo caráter conferido a esses direitos, que passam a se confundir com um direito trabalhista do empregado.

2 A CONSTRUÇÃO DO VALOR SOCIAL DOS DIREITOS TRABALHISTAS E AUTORAIS

O Direito do Trabalho surge através da consolidação do modelo capitalista de produção, como um “produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas” (DELGADO, 2017, p. 92- 93). Desde então, firmou-se como um direito de segunda geração, sendo reconhecido em vários países como Direito Fundamental e promovendo em 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho — OIT.

No Brasil, o Direito Trabalhista ganhou status constitucional como norma de valor social e protecionista contra a exploração indigna da pessoa humana. Sua constitucionalização em 1988, especialmente nos artigos 7º a 11º, recepcionou a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT (DL 5.452/43) e concedeu destaque ao ramo no ordenamento brasileiro. Adolfo et. al. (2012, p. 25) observa que, para que um direito seja considerado fundamental, deve concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar ao Estado Democrático de Direito. Para os autores, essa concretização fica expressa quando a Constituição Federal aponta os valores sociais do trabalho como fundamento da república (art. 1º, III, IV, da CF/88), da ordem econômica (art. 170 da CF/88) e da ordem social (art. 193), tudo no sentido de reconhecer o direito trabalhista como condição da existência digna.

O Direito Autoral, por sua vez, também alcançou o patamar de Direito Fundamental e está expresso na Constituição de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção de Berna da qual o Brasil é signatário, entre outros tratados e convenções.

Seu desenvolvimento sofre transformações historicamente próximas às do Direito Trabalhista, quando a sociedade de informação pós-industrial passa a adotar o conhecimento e a produção intelectual como capital e força de trabalho num novo modelo de mercado (NASCIMENTO, 2016, p. 127-137). É na busca por compreender esse fenômeno de mudanças nos modelos econômicos que alguns autores teorizam conceitos como a sociedade da informação (Krisham Kumar), a sociedade informacional (Manuel Castells) e a economia do conhecimento (Fritz Mashlup). Nesse fenômeno, como entendem Cruz e Silva e Madureira (2015, p. 35) ao citar Bell (1980):

A teoria do valor do trabalho, da maneira formulada por uma sucessão de pensadores clássicos, de Locke e Smith a Ricardo e Marx, é obrigada a ceder lugar a uma “teoria do conhecimento”. Agora, “o conhecimento, e não o trabalho, é a origem do valor.”

Já na legislação nacional, a proteção dos direitos autorais foi positivada inicialmente na redação original da CLT pelo art. 454, que declarou as invenções do empregado como de “propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato tiver por objeto, implícita ou explicitamente, a pesquisa científica”. No parágrafo único, ainda dispôs como cabível ao empregador a exploração do invento, de modo que estaria “obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade desse invento”.

O Direito Autoral alcança status constitucional em 1964, ainda em regime militar, quando foi estabelecido na carta constitucional com previsão genérica para ser especificado em legislação infraconstitucional. Para isso, surgiu o Código de Propriedade Intelectual (DL 1.005/69), onde o artigo 49 trata dos inventos do empregado.

A titularidade de direitos patrimoniais sobre a obra, ao longo dessas legislações, transita da propriedade comum para propriedade

exclusiva do empregador, bem como a compensação da propriedade intelectual se torna limitada ao salário do empregado.

Em 1971, foi promulgado o Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/71 – revogada), trazendo uma distribuição similar, e, em 1973, a Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988/73 – revogada) retorna com a propriedade comum da CLT, embora com possibilidade de convenção em contrário.

A Constituição Federal de 1988 manteve a previsão genérica do Direito Autoral e o consolidou como Direito Fundamental. Nessa fundamentalidade, adota-se o sentido dos direitos de propriedade em geral, isto é, a tutela da obra, como espécie intelectual do gênero propriedade, protege o criador contra o autoritarismo estatal e até dos governos de maiorias transitórias em formas republicanas (ACCIOLY, 2020, p. 100).

Enfim, a Lei de Direitos Autorais de 1996 (Lei 9.610/98 – atualmente vigente) revoga o Código de Propriedade Industrial e se omite em relação aos direitos autorais do autor-empregado. Nessa década, outras legislações específicas surgem em certos nichos da propriedade intelectual, como a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) e a Lei de Software (Lei 9.609/98), ambas também estabelecendo a titularidade exclusiva do empregador e a compensação limitada ao salário.

Ao considerar essas diferentes disposições da titularidade em vínculos empregatícios, seja pelo decurso de tempo, seja pela direção das alterações legislativas, é possível sustentar que existe uma tendência de colonização da propriedade intelectual do empregado, como uma busca pela apropriação do setor intelectual trabalhista em larga escala (MACHADO, 2018, p. 251).

É a teoria do Segundo Movimento de Cercamentos, de Boyle, direcionada ao âmbito trabalhista. Como Henrique Subi explica (2015, p.25-26), o segundo movimento de cercamentos decorre do esticamento dos direitos de propriedade para que possam proteger a propriedade intelectual, de mais maneiras e com mais aprofundamento.

Machado (2018, p. 241), por exemplo, entende que há contradições nos regimes da distribuição de propriedade exclusiva ao refletir que o interesse social da propriedade intelectual “é profundamente incompatível com o gozo “exclusivo” de tal produto por um único sujeito, ou quando menos, por um reduzido grupo deles”. Outra contradição, derivada da primeira, seria verificada por a propriedade intelectual comportar plenamente a utilização socializada.

Assim, a propriedade intelectual deve respeitar a função social da propriedade. Esta função, quando mencionada na literatura do direito autoral, diz respeito essencialmente às noções da Circularidade Cultural. A Circularidade Cultural, como explica Victor Drummond (2015, p.66), é um “processo do ambiente criativo, onde o criador também é sempre destinatário, e o simples destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador”.

Em outras palavras, o interesse social da propriedade intelectual está associado aos conflitos do direito de autor com direitos coletivos de acesso à cultura e à informação, com o direito à pesquisa e à liberdade de expressão, até mesmo conflitos com princípios democráticos da representação social e sua construção — em que os agentes (autores e interlocutores) participam de forma sinérgica nestes processos criativos da sociedade. Minharro (2010, p. 78) declara que “os direitos de propriedade industrial são instrumentos para o desenvolvimento do país e não fontes de riquezas privadas para os titulares desses direitos”. Assim, a criação e a exploração de propriedades intelectuais tratam inclusive de política econômica e direito ao desenvolvimento.

Nesse sentido, a função social das obras intelectuais desenvolve essencialmente a relação, quando antagônicas, entre o “explorador da obra” e o “público-destinatário”. Esse conflito tem promovido a criação de exceções e limitações, a fim de respeitar os outros direitos fundamentais.

Contudo, dentro da relação entre empregado e empregador, então composta por sujeitos diferentes do “criador-explorador” e do

“público-destinatário”, a legislação, atualmente, não reserva nenhum cuidado especial em vista dos interesses sociais da obra.

Se examinada apenas a natureza jurídica do direito autoral e como ele se estabeleceu, há pouco sentido em conjecturar o valor social da obra derivada da relação empregatícia. Além da diferença entre os sujeitos que integram a relação trabalhista, os direitos da propriedade intelectual se localizam dentro da lógica dos direitos de primeira geração. Isto é, a obra intelectual tem natureza jurídica bem imaterial, fundada no patrimônio e operada a partir de princípios como a autonomia de vontade, da liberdade contratual e igualdade entre as partes. Nenhum desses elementos se reproduz na relação de emprego e nem faz parte da lógica trabalhista e seus fundamentos sociais.

O Direito da Propriedade Intelectual, embora apresente artigos isolados que legislam a criação derivada de vínculo empregatício, é alheio ao Direito do Trabalho. Pela legislação atualmente vigente, ainda que a obra intelectual seja proveniente de uma relação de emprego, os direitos sobre ela não se confundem em nenhum momento com os direitos trabalhistas, o que torna pertinente avaliar a atual natureza jurídica dos direitos autorais na relação de emprego.

3 A ATUAL NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O sistema de proteção dos direitos autorais adotado no Brasil possui um duplo caráter por apresentar aspectos personalíssimos e patrimonialistas. Assim, divide-se em direitos morais e patrimoniais, conforme dispõe o artigo 22 na Lei 9.610/98. Sua incidência alcança “as criações de espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível” como estabelecido no artigo 7º da mesma lei.

Os direitos morais consistem na proteção do espírito criativo presente na obra, tanto pela identificação do criador quanto pela inte-

gridade da obra. Segundo expresso no artigo 27 da LDA, são inalienáveis e irrenunciáveis.

Seu exercício encontra rol exemplificativo expresso no artigo 24 da LDA, como o direito de reivindicar a autoria, ter o nome indicado ou anunciado como autor, ou de se manter anônimo, de assegurar a manutenção da obra original contra modificações que a prejudiquem de qualquer forma e de modificar a obra antes ou depois de utilizada.

Já os direitos patrimoniais, tratam da exploração econômica da obra e garantem ao autor a respectiva remuneração caso esse direito seja transferido. É, por isso, direito passível de cessão. Portanto, os direitos patrimoniais do autor compreendem as faculdades de utilizar, fruir e dispor da obra, e ainda autorizar a utilização a terceiros no todo ou em parte, de modo que, na ausência desta autorização, os direitos patrimoniais do autor estariam violados (TESTA, 2012, p. 90).

O artigo 11 da LDA estabelece ainda a titularidade originária da obra, sendo a pessoa física considerada como criadora. Dessa forma, não há que se falar em titularidade originária para pessoas jurídicas. Qualquer exceção seria expressa na própria legislação.

É o caso, por exemplo, das obras coletivas, onde a exploração patrimonial é assegurada ao organizador, ainda que o reconhecimento de autoria seja dado à contribuição de cada participante. Mesmo nesse caso, o organizador é identificado sempre como uma pessoa física.

Na situação do vínculo empregatício, esta regra geral não se altera. A legislação vigente é clara em mencionar a pessoa física, de modo que a pessoa jurídica do empregador não pode ser o titular originário, nem seria possível a copropriedade da obra. Para que exista a possibilidade de exploração pelo empregador das obras intelectuais criadas pelo empregado, então, necessariamente, deve haver a transmissão dos direitos patrimoniais e sua devida retribuição.

Existe ainda a incerteza jurídica provocada pela omissão da LDA acerca da possibilidade de o contrato de trabalho ser suficiente para

que essa cessão dos direitos patrimoniais seja realizada. Dois são os modelos de solução a serem verificados. No primeiro, o contrato de trabalho não corresponderia, por si só, ao contrato de cessão. No segundo modelo, já seria possível verificar essa correspondência sem qualquer retribuição pecuniária complementar. São as análises realizadas a seguir:

3.1 HIPÓTESE EM QUE O CONTRATO DE TRABALHO NÃO CORRESPONDE À CESSÃO DE DIREITOS PATRIMONIAIS

Nesta primeira possibilidade, o contrato de trabalho não corresponde à cessão de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual. Este entendimento é sustentado desde a promulgação da LDA (1998) por Edilton Meireles (1998), que comenta:

Nada impede as partes, através de acerto contratual, dispor que a obra criada pelo trabalhador, em decorrência das atividades para as quais foi contratado como empregado, seja explorado economicamente pelo empregador. Em outras palavras, haveria uma transmissão dos direitos do autor-empregado para o empregador. Essa transferência, porém, há de ser, necessariamente, estabelecida por escrito (art. 49, inciso II, da Lei n. 9.610/98), presumindo-se onerosa (art. 50, Lei n. 9.610/98). (MEIRELES, 1998, p. 611)

Assim é que os direitos de autor poderão ser totais ou parcialmente transferidos a terceiros, a título universal ou singular, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito. A transmissão total, por sua vez, compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei (art. 49, I).

A lei exige, ainda, que a transmissão total e definitiva dos direitos somente se faça mediante estipulação contratual escrita. Na hipótese, porém, de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo de transmissão será de cinco anos. (MEIRELES, 1998, p. 612)

O entendimento permaneceu na doutrina mais atual. Assim, o contrato de transferência dos direitos patrimoniais seria necessário para que o empregador possa explorar a obra intelectual, mesmo que a criação seja das próprias atribuições do trabalhador. Nesse mesmo sentido, Maurício Delgado (2017. p. 698) observa a diferença de natureza jurídica entre as parcelas do direito intelectual e a parcela salarial:

As parcelas com natureza de direito intelectual podem ser devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício. Contudo, preservam, regra geral, natureza jurídica própria, distinta da salarial. É que elas derivam de um direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, com estrutura, dinâmica e fundamento jurídicos próprios.

Pode ocorrer, até mesmo, que o próprio título jurídico ensejador do direito intelectual não seja o contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao pacto empregatício original.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, tais parcelas não se comunicam com o salário obreiro, preservando natureza jurídica específica e distinta.

Se o contrato de trabalho não corresponde à cessão de direitos autorais, esta cessão se daria por qualquer forma de contrato acessório, seja escrito, verbal ou tácito. Numa posição radical, seria possível até pensar que, se o empregado concordou em não receber a retribuição pecuniária de direitos autorais, foi estabelecido um contrato de cessão a título gratuito.

Contudo, se considerada a existência de um contrato à parte, que não se confunde com o contrato trabalhista, os artigos 50 e 51 da LDA determinam que a cessão se presume onerosa e que deve ocorrer por escrito. Na ausência dessa estipulação contratual escrita, o artigo 49, inciso III, da mesma lei impõe limite de cinco anos para a relação informal estabelecida. A presunção de onerosidade, então, impede a existência de contratos gratuitos e tácitos, e devem ou a gratuidade ser estabelecida por escrito, ou o pagamento tacitamente pactuado.

Outra forma de evitar o contrato paralelo e o pagamento seria cogitar a existência de exceções e limitações dos direitos autorais na relação de emprego. A criação de exceções e limitações deve respeitar a regra do teste dos três passos (three-step-test), estabelecidos na Convenção de Berna para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas (1886), da qual o Brasil é signatário.

As regras são, hoje, base para todas as exceções aos direitos de propriedade intelectual. Segundo a convenção, em seu artigo 29 (2), ficam as exceções e limitações autorizadas somente na hipótese de (i) ser caso especial, (ii) não conflitar com a exploração normal da obra, (iii) não prejudicar injustificadamente os legítimos interesses do autor (BASSO, 2007, p. 493-503).

Contudo, todas as três condições devem ser verificadas para validar a criação de exceções ou limitações aos direitos autorais e, no caso de vínculo empregatício, evidentemente não se conferem. Isso porque a situação dos autores-empregados não seria especial, mas sim a nova regra geral, com alcance a todos os autores em vínculo de emprego, independentemente da classe de trabalhadores ou do tipo de obra. Também haveria conflitos com a exploração normal da obra, pois o empregado estaria impedido de realizar sua própria exploração, sob risco de demissão por justa causa de acordo com o art. 482 da CLT, alíneas 'c' (negociação própria em concorrência com o empregador ou prejudicial ao serviço) ou 'g' (violação de segredo da empresa). Por fim, os interesses do autor estariam prejudicados, de modo que a existência de exceção ou limitação não seria aplicável em favor do empregador.

Em resumo, portanto, a não equivalência entre o contrato de trabalho e o de cessão implica na necessidade de um contrato à parte para direitos autorais. Este contrato deve ser oneroso, mas pode ser gratuito desde que por escrito. Fica reiterada a natureza jurídica diversa de ambos os direitos envolvidos: o Direito Trabalhista no âmbito social dos direitos de segunda geração e o Direito Autoral no âmbito patrimonialista dos direitos de primeira geração.

3.2 HIPÓTESE EM QUE O CONTRATO DE TRABALHO CORRESPONDE À CESSÃO DE DIREITOS PATRIMONIAIS A DEPENDER DO OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO

Nesta outra possibilidade, o contrato de trabalho corresponderia sim à transferência dos direitos patrimoniais. A jurisprudência do TST já apresentou essa solução e se utilizou do objeto do contrato trabalhista como critério. O caso ocorreu no recurso de revista 13700-65.2006.5.01.0071, onde se decidiu que:

Nas relações de emprego, ainda que, em tese, os direitos pertençam aos autores, a contratação do empregado para atuar na criação de determinado trabalho, como é o caso dos autos, confere o direito pleno de utilização dos resultados desse trabalho pelo empregador, sendo razoável concluir que o salário pago ao empregado corresponde à contraprestação do empregador pela atividade desenvolvida, salvo estipulação contratual em contrário. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2013)

Entende-se que o critério utilizado é a “contratação do empregado para atuar na criação”, isto é, o trabalho intelectual se torna o próprio objeto do contrato empregatício. Nessa mesma posição, a doutrina de Amauri Nascimento e Lourival dos Santos, citada por Baltazar, compreende que a CLT não faz distinção entre trabalho intelectual, técnico ou manual. Para eles, se o criador é empregado, “concordou, por sua vontade, em pôr a serviço do empregador exatamente esse tipo de atividade” (BALTAZAR, 2013, p. 1463).

Contudo, a solução apresentada é inconsistente com a natureza dos direitos examinados. Andrea Hototian demonstra as contradições deste entendimento:

É frequente o equívoco de se confundir, nesses casos, a propriedade material do bem produzido com o direito autoral sobre este e, em consequência, remunerações de natureza diversa

como salário, com retribuições decorrentes do exercício de direitos patrimoniais de autor ou conexos sobre a utilização da obra ou bens intelectuais criados pelo empregado. (COSTA NETTO, 2008 apud HOTOTIAN, 2015, p. 123)

O direito patrimonial de autor não tem natureza salarial e com este não se confunde, principalmente porque o salário é pago enquanto vigente o contrato de trabalho, ao passo que os direitos patrimoniais decorrem da utilização da obra. Ademais o salário em princípio é impenhorável, o que não ocorre com os direitos patrimoniais de autor. (HOTOTIAN, 2015, p. 123)

Em outras palavras, o objeto do contrato empregatício de criação autoral não é a propriedade intelectual por si, resultante do trabalho, mas a própria atividade intelectual, independente do resultado. Posto isso, os direitos sobre ela devem ser respectivamente remunerados ainda que o suporte em que a obra se manifeste seja propriedade do empregador, pois este suporte se resume tão somente ao bem material.

A posição é confirmada se consideradas as outras formas de exploração, isto é, quando a exploração se realiza não pela utilização da obra, mas pela revenda a terceiros, ou pela utilização em meio diverso do contratado. Janaína Testa traz uma série de jurisprudências que sustentam o pagamento suplementar respectivo aos direitos autorais nessas situações e chega à conclusão que:

O fato do jornalista ser empregado não autoriza o empregador a publicar seus textos em diversos meios de comunicação, reproduzindo-os total ou parcialmente e nem mesmo a revendê-los. [...]

Entendimento diverso no qual permitiria a fruição total dos direitos patrimoniais do jornalista empregado pelo seu empregador exigiria um contrato de trabalho com cláusula expressa, mediante a um pagamento suplementar. (TESTA, 2012, p. 95)

Dentre as decisões nesse sentido, tem-se por exemplo quando a utilização da obra permanece após o encerramento do contrato de trabalho, como no seguinte caso:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.015/2014 - PEDIDO DE INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROFESSORA - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS - AULAS TELEVISIVAS - CESSÃO DE DIREITOS DE USO DE IMAGEM - DIVULGAÇÃO DE OBRA INTELECTUAL - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL LETIVO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Consoante dispõe o art. 114, I, da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. 2. No caso dos autos, o Colegiado regional frisou que o objeto do contrato de edição, cessão de direitos autorais e de uso de imagem firmado entre as partes consistiu na elaboração, pela reclamante, de duas apostilas da disciplina de Geografia destinadas ao “Curso Normal Nível Médio à Distância”; na gravação de aulas, por meio televisivo, sobre a referida matéria; e na cessão irrevogável e restrita à contratante dos direitos autorais, de edição e de uso de imagem dessas obras, válidas somente até 31/12/2002. 3. Todavia, mesmo após o término do contrato, as reclamadas continuaram utilizando o material didático sem a correspondente autorização da contratada, reproduzindo-o e distribuindo-o, o que geraria para a autora o direito à indenização. Da análise atenta do acórdão regional, verifica-se que o intitulado contrato de edição, cessão de direitos autorais e de uso de imagem, firmado entre as partes, traduz-se em uma forma de pactuação de prestação de trabalho, pois a reclamante, professora, gravou aulas e elaborou apostilas; as reclamadas ministram cursos com aulas semipresenciais; o pagamento da autora foi efetuado em montante correspondente às horas de aula transmitidas - circunstâncias que, somadas às demais delineadas no acórdão regional, evidenciam que é da Justiça do Trabalho a competência para a apreciação das controvérsias decorrentes do contrato de trabalho firmado entre

as partes. Recurso de revista conhecido e provido. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2020)

Assim, na legislação atual, os direitos patrimoniais sobre a obra intelectual, em que pese o contrato de trabalho, não pertencem ao empregador, e nem a ele foram cedidos plenamente, não podendo o empregador explorar sem a devida retribuição de natureza não salarial.

A situação seria diferente caso o vínculo empregatício não fosse reconhecido, visto que, dessa forma, falar-se-ia de um trabalho autônomo. Nesse caso, seria possível sim considerar a remuneração correspondente à cessão, pois a ausência do vínculo empregatício também significa ausência de pagamento com natureza salarial.

A hipótese de correspondência entre salário e retribuição patrimonial dos direitos autorais não se sustenta para a atual legislação. A primeira hipótese é mais adequada, visto ser mais compatível com a natureza jurídica dos direitos autorais, a titularidade originária e as possibilidades de cessão destes direitos. É necessária a existência de um outro contrato, além do empregatício, tratando da cessão dos direitos patrimoniais da obra.

4 A PROPOSTA LEGISLATIVA: UMA NOVA NATUREZA PARA O DIREITO AUTORAL

Compreendido que a cessão dos direitos autorais não é possível pelo mero contrato de trabalho em razão da incompatibilidade de natureza jurídica com os direitos trabalhistas, o Projeto de Lei 2.370/19 eliminaria a omissão legislativa ao estabelecer, pelo artigo 52-D, novas mudanças na distribuição desses direitos.

A inovação confere ao empregador, com exclusividade, o direito de uso das obras autorais, limitado ao prazo de dez anos contados da data da primeira utilização ou da conclusão da obra. Já para o autor-

-empregado, confere o direito de uso nas modalidades que não concorrerem com as do empregador e a retribuição devida equivalente ao salário do empregado.

A justificativa do projeto não traz contribuições para entender as expectativas do legislador quanto à complexidade do tema, realiza apenas uma transcrição resumida do artigo e sem nenhuma explicação sobre as motivações da mudança.

Nessas novas disposições, a identificação de dois elementos alterados se destaca quando comparados com o cenário legislativo atual. São eles a equivalência salário-retribuição e a copropriedade patrimonial não concorrente, que serão exploradas mais adiante. Com essas mudanças estruturais nos direitos do autor-empregado, seria possível entender que o artigo 52-D visa alterar a própria natureza jurídica do direito autoral na relação de emprego e atrair a aplicação de uma hermenêutica trabalhista.

É oportuno lembrar que a intenção deste estudo não é realizar uma análise qualitativa das mudanças do PL 23720/19, mas sim identificar quais são os impactos da mudança proposta e compatibilizar o artigo 52-D com o restante do ordenamento jurídico. Cabe refletir que, caso o Projeto de Lei venha a ser aprovado nessa redação, a atual situação dos direitos autorais seria indiscutivelmente alterada. Dessa forma, por mais que hoje não seja possível se falar em equivalência entre salário e retribuição ou em copropriedade dos direitos autorais, com a aprovação do projeto, o Direito muda e cabe a hermenêutica da ciência jurídica reinterpretar essas normas.

Para essa compatibilização, novamente não seria possível considerar as exceções ou limitações dos direitos autorais, uma vez que o não-pagamento ainda desrespeita a regra do Teste dos Três Passos e a Convenção de Berna. O simples não-pagamento de direitos autorais continuaria sendo nova regra geral e prejudicando os interesses do autor. Conflitaria também com a exploração normal da obra, apesar da norma de não-concorrência, pois a exploração normal seria dada ao

empregador, enquanto o autor empregado ficaria restrito à exploração em outras modalidades.

Sem desaparecer do campo da existência e sem a possibilidade de aplicar exceções e limitações, essas mudanças teriam como consequência a própria modificação da natureza jurídica dos direitos patrimoniais do autor, que se converte em um direito trabalhista e de caráter social. Adquirem, então, todo o arcabouço principiológico dos direitos trabalhistas, como, por exemplo, o princípio da proteção, da primazia da realidade, da intangibilidade salarial, da força atrativa do salário e da inalterabilidade contratual lesiva.

A novidade reflete, com isso, uma demanda da atualidade. Embora o Direito de Propriedade Intelectual seja alheio ao Direito do Trabalho e os direitos sobre a obra sejam distintos dos direitos do trabalhador, é preciso afirmar o óbvio. Quando o autor da obra é também empregado, a lógica civilista da autonomia de vontade e da liberdade contratual se encontram mitigadas, mesmo no que se refere ao resultado do trabalho e não da relação trabalhista em si.

Pouco ou nenhum é o espaço para o autor-empregado negociar os direitos de exploração. Menos ainda é seu poder para reivindicar a autoria da obra sem perder o emprego. Assim, a aplicação da hermenêutica trabalhista na interpretação do artigo 52-D, com especial atenção ao princípio da primazia da realidade e da proteção, é uma necessidade da comunidade autoral.

Mais que isso, é uma necessidade social, pois a própria atividade trabalhista vem se modificando — exigindo do trabalhador o esforço intelectual criativo na medida em que a Teoria da Economia do Conhecimento substitui a teoria do Valor-Trabalho e coloca esse esforço intelectual como nova fonte do valor econômico.

Esse processo de transição gera mudanças fundamentais na sociedade, em que, segundo Cruz e Silva e Madureira (2015, P. 34-36), nessa sociedade informacional, o capital é intelectual e criativo. O trabalhador intelectual não precisa mais realizar processos mecânicos,

mas valoriza-se a novidade elementar da propriedade intelectual. Se existe uma obra intelectual que é resultado deste trabalho, o empregador, por sua vez, consegue explorar essa obra em escala imprevisível e descontrolada.

Um professor, por exemplo, que cria um curso online para uma instituição de ensino não tem controle de quem está acessando o curso — o alcance da obra. Se a aula presencial é limitada pelo número de estudantes que cabem no espaço de uma sala, a aula gravada não possui fronteiras ou limites de espectadores.

O professor também não tem conhecimento do proveito econômico que a instituição de ensino consegue na exploração de sua obra, mas ganha o mesmo salário, ou provavelmente um salário menor, embora o produto deste trabalho continue a gerar riquezas. O mesmo vale para os demais autores-empregados que têm suas obras digitalizadas e disponibilizadas pelo empregador nesses novos modelos de negócio.

O fenômeno da Era Digital para os trabalhadores intelectuais remete ao contexto semelhante nas origens do sistema de proteção autoral do Copyright. Em 1436, a invenção da imprensa e sua revolução no sistema de extração de cópias retirou dos autores o controle sobre a reprodução e distribuição das obras. A busca por proteção atravessa privilégios editoriais de gráficas e resulta na aprovação da primeira lei inglesa de Direitos Autorais em 1710, o Copyright Act (BALTAZAR, 2013, p. 1456). Hoje, o Direito Autoral sofre inúmeras dificuldades para se compatibilizar com sistemas virtuais justamente pela ausência de controle sobre o alcance das obras.

Atualmente, a propriedade intelectual, que antes também era limitada à manifestação em bens e espaços físicos, tem observado os fenômenos e modelos culturais emergentes da sociedade informacional na Era Digital — fala-se de um novo movimento de cercamentos da propriedade, agora imaterial; o Direito Autoral flerta com a Economia Criativa. A Pandemia de 2020 fomentou esses processos no Brasil por exigir a adoção dos modelos virtuais e digitais para a sobrevivência das atividades econômicas.

A aplicação da hermenêutica trabalhista que se propõe para o artigo 52-D é um convite para que o Direito do Trabalho passe a observar também esses modelos culturais em construção através da percepção dos direitos autorais no trabalho intelectual. É correto o pensamento de que a CLT não faz distinção entre trabalho intelectual, técnico ou manual. Entretanto, a própria exploração do trabalho alterou de protagonista e seria precário manter a interpretação da legislação com a mesma perspectiva do modelo de trabalho de 1943. O Direito Trabalhista já vive novas fases, com novos sistemas de exploração do trabalho na sociedade informacional combinada com a Era Digital.

A Teoria do Segundo Movimento de Cercamentos, de Boyle, vista sob a ótica trabalhista, demonstra que a exploração de obras intelectuais, sem uma devida contraprestação do empregador, apenas promove um enriquecimento sem causa. Se os direitos de propriedade intelectual não podem ser empecilhos para exploração da obra em nome do desenvolvimento econômico, social e cultural, então também é possível estender a função social da propriedade para a relação de emprego (MINHARRO, 2010, p.74-81). Isso porque a valorização do trabalho também protege a manutenção desses processos de desenvolvimento.

Seria ousado — e provavelmente incorreto — dizer que esta é, de fato, a intenção do legislador por trás do projeto de lei. O jogo de interesses político certamente possui outros objetivos. A redação do novo artigo denuncia que essa intenção não seria o direcionamento à interpretação trabalhista, pois faltaria indicar, por exemplo, percentuais do que seria identificado como um adicional de autoria.

Entretanto, a aplicação do Direito do Trabalho para os direitos autorais resultantes do vínculo empregatício permanece à interpretação jurídica mais adequada, tendo em vista a impossibilidade de exceções e limitações pelo não respeito da Regra dos Três Passos; a possível equivalência entre salário e retribuição pecuniária de direitos autorais; a copropriedade patrimonial não concorrente e as necessidades das modificações culturais da atualidade.

Em seguida, será demonstrado como os elementos da equivalência salário-retribuição autoral e a copropriedade patrimonial não concorrente modificariam essa natureza jurídica e as implicações desta mudança.

4.1 A EQUIVALÊNCIA SALÁRIO-RETRIBUIÇÃO AUTURAL COMO NOVA VERBA

Como já mencionado, os direitos patrimoniais do autor e os direitos trabalhistas atualmente possuem naturezas distintas, que não se confundem. Ambos os direitos têm por objeto elementos diferentes: enquanto o direito do trabalho é gerado pelo serviço prestado e a relação trabalhista, o direito autoral surge sobre o bem imaterial que é a obra e regula uma relação contratual comum.

O salário também possui características próprias, como a irreduzibilidade e o caráter alimentar, ao passo que a retribuição por direitos patrimoniais é quantificada com presunção da autonomia das partes e da liberdade contratual em sua negociação, podendo ser revisada de acordo com as possibilidades do Código Civil. Carlos Leite (2018, p. 405) traz de Amauri Nascimento a seguinte definição:

Salário é a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de trabalho prestado ou disponibilizado pelo empregado, calculada com base no tempo, na produção ou em ambos os critérios, periodicamente e de modo a caracterizar-se como o ganho habitual do trabalhador.

Dessa forma, o salário remunera a atividade de prestação de serviço, e não as obras resultantes dela. Contudo, quando o artigo 52-D, em seu parágrafo 3º, determina que “a retribuição devida ao autor pela utilização da obra por parte do empregador esgota-se com a remuneração ou os salários pagos à época da criação da obra”, ou se

abandona a Teoria da Contraprestação, ou se admite a criação de uma nova verba salarial resultante da produção autoral percebida.

Mantida essa natureza salarial, o artigo pode ser compreendido de modo que a retribuição pecuniária dos direitos autorais passe a integrar o salário como uma nova parcela pela cessão de direitos autorais, tal qual um prêmio ou gratificação seria dado pela produtividade do empregado. Embora prêmios e gratificações sejam liberalidades do empregador e, de regra, não sejam verbas salariais, podem eventualmente integrar o salário. É o ocorrido no caso do Recurso Ordinário 00280.2005.064.02.00-7 ao TRT 2ª, região em que o prêmio configurava promessa de vantagem pecuniária em cumprimento de determinado fim ou para contraprestar produtividade e integrava o salário para cálculos de verbas, conforme art. 457, § 1º da CLT.

Outra figura semelhante em que o salário avalia o resultado da atividade é o salário-produção. A modalidade de cômputo salarial, também chamada de Salário-Tarefa, é um sistema em que o trabalhador ganha de forma proporcional à produção realizada. Como comenta Maurício Delgado (2017, p.840-841), se a meta for atingida, libera-se o empregado; e, se determinada a produção adicional, paga-se pelo acréscimo dessa produção.

Nem os prêmios e gratificações, nem o salário-produção comportam perfeitamente a figura de uma verba autoral, mas demonstram que a avaliação de resultado não é completamente inovadora no direito trabalhista. O adicional de autoria, na verdade, jamais corresponderia à retribuição da cessão, pois o salário ainda remunera a atividade e não seu resultado, mas a verba salarial teria um caráter indenizatório para compensar pela cessão presumida no PL 2.730/19.

A verba autoral seria, portanto, uma parcela adicional, de natureza jurídica salarial, que retribui ao empregado pela produção existente nos trabalhos intelectuais que resultam em obras, de forma a indenizar pela cessão dos direitos patrimoniais.

Assim, essa verba iria adquirir todas as características da natureza salarial. Isto é, assumiria, dentro da relação de emprego, o caráter alimentar, a indisponibilidade, a irredutibilidade e a impenhorabilidade. Fica identificado também o efeito expansionista circular do salário, de modo que a parcela salarial de direitos autorais alcançaria ainda repercussão em outras verbas trabalhistas, e até previdenciárias, que tomam o salário como base de cálculo.

Esta hermenêutica trabalhista propõe que o artigo estaria a estabelecer uma nova verba trabalhista integrada ao salário: a verba de direitos autorais. Como tal, a retribuição pecuniária se tornaria, ainda, mais uma verba a ser identificada e discriminada no contracheque, em concordância com a súmula 91 do TST, que proíbe a prática do salário complessivo.

Além da equivalência entre salário e retribuição autoral, o outro elemento que também modifica a disposição dos direitos autorais no contrato de trabalho é a copropriedade patrimonial não concorrente, como será exposto adiante.

4.2 A NOVIDADE DA CESSÃO PRESUMIDA PELA COPROPRIEDADE PATRIMONIAL NÃO CONCORRENTE:

O PL 2370/19 procura estabelecer uma espécie de copropriedade sobre os direitos patrimoniais da obra quando decorrente de vínculo empregatício. No caput do art. 52-D, é conferida ao empregador a autorização exclusiva de utilização da obra. Pelo parágrafo primeiro do artigo, essa autorização exclusiva é limitada ao prazo de dez anos, contados da data da primeira utilização ou, na ausência desta, da data de conclusão da obra.

Nos parágrafos segundo e quarto, o autor dispõe dos direitos em outras modalidades de utilização que não concorram com as utilizadas pelo empregador e pode publicar as obras no cumprimento das atribuições e finalidades decorrentes do contrato após dois anos da

publicação do empregador, ou após cinco anos de entrega da obra, salvo convenção em contrário.

Com essas disposições, não há no artigo nova exceção à titularidade originária, mas sim uma cessão presumida dos direitos patrimoniais, vez que os direitos do empregador possuem limitação temporal e a redação do artigo se utiliza da palavra “autorização”. O autor continua sendo o titular originário, enquanto o empregador possui essa autorização com prazo limitado.

Vale lembrar que a titularidade autoral se dá em razão a obra intelectual ser um modo de exteriorizar uma criação do espírito, e traz, através desse trabalho, o caráter personalíssimo e moral do autor (ALDOFO et al., 2012, p.26). Essa é a razão da titularidade originária ser sempre atribuída à pessoa física do autor, pois, sem ele, a obra sequer manifesta o espírito criativo e, conseqüentemente, nem é objeto de autoria.

A não-concorrência decorre do princípio da boa-fé contratual e da continuidade do vínculo empregatício, determinando limites temporais a partir em o autor poderia explorar sua obra sem violar a concorrência com o empregador. Luciano Martinez (2018, p.729-730) explica que o empregado, no dever de colaboração com o empregador e de maximização dos resultados do empreendimento, não está autorizado a concorrer com o patrão, qualquer que seja o trabalho, em razão da lealdade que justifica a manutenção do vínculo trabalhista.

A boa fé, na relação trabalhista, emerge do próprio contrato de trabalho, junto com deveres de lealdade e não concorrência, devendo existir mesmo após a extinção do pacto laboral (GONÇALVES, 2012, p. 145-166). Dessa forma, o autor tem liberdade para realizar a exploração econômica da obra nas modalidades em que não concorrerem com as do empregador.

O parágrafo 4º do artigo ainda destaca o direito para o autor de publicar as obras no estrito cumprimento das atribuições e finalidades decorrentes do vínculo estatutário ou contrato de trabalho. É uma manifestação que contempla as particularidades da propriedade ima-

terial, pois esta comporta, como já exposto, a utilização não exclusivamente individualizada.

Contudo, pela redação do artigo, não fica claro se esse direito de publicação dado ao autor abarca ou não a comercialização da obra. É possível interpretar de forma que o autor teria somente o direito de tornar sua obra pública e a comercialização respeitaria ainda a norma de não concorrência e o prazo de 10 anos. Por outro lado, a depender da situação, do setor criativo, ou da obra, é possível que a mera publicação já implique na sua comercialização.

5 CONSIDERAÇÕES

Os Direitos Autorais e os Direitos Trabalhistas possuem uma construção histórico-social que se tangencia em alguns momentos, mas nunca se confunde. Enquanto o valor do trabalho se transforma em valor do conhecimento e a produção intelectual assume o protagonismo das atividades econômicas, o interesse social sobre a propriedade intelectual permanece omissa em relação ao autor subordinado na relação de emprego.

Discute-se a circularidade cultural, o acesso, a liberdade criativa, a política econômica e o desenvolvimento social, todos temas associados à realidade do autor-empregado. Contudo, a função social da propriedade intelectual permanece sem alcançar a relação de emprego.

Não é por acaso. São direitos com naturezas jurídicas diferentes, cuja origem deriva de fundamentos jurídicos próprios e, assim, adquirem estruturas e dinâmicas específicas, com objetos jurídicos e circunstâncias dos sujeitos distintos. Enquanto um retribui a atividade, o outro surge e incide sobre o resultado.

Dessa forma, na legislação atual, é necessária a cessão dos direitos sobre a obra do autor-empregado para o empregador, negócio jurídico em que ocorre presunção de onerosidade. Por isso, o contrato de trabalho, por si, não é suficiente para se furtar desse pagamento.

No entanto, as dinâmicas do trabalho mudaram para acompanhar uma sociedade em que informação e a criação intelectual são as novas fontes do capital. Nesse cenário, o trabalhador intelectual sob a relação de emprego não possui real espaço de negociação frente ao empregador sobre os direitos da obra que criou. Assim, não se pode negar a demanda por atualização das estruturas dos direitos trabalhistas e autorais e essa necessidade ganha reflexos na proposta legislativa em pauta.

Entre os dois modelos de entendimento, pela correspondência ou não da cessão de direitos autorais no contrato de emprego, não é interessante fossilizar qual o mais compatível modelo a ser adotado, mas buscar construir uma interpretação que respeite os devidos direitos envolvidos. Nesse sentido, as mudanças do PL 2370/19 poderiam ser recebidas com uma hermenêutica trabalhista às circunstâncias dos autores-empregados, indicada especialmente pela possível instituição da equivalência entre salário e retribuição de direitos autorais.

Por ainda serem direitos com fundamentos diferentes e com objetos diferentes, a interpretação mais adequada para essa equivalência salário-retribuição é a instituição de uma verba autoral como parcela adicional que integra o salário do autor-empregado e procura indenizar a exploração da obra pelo empregador. Essa exploração também ocorreria devido à cessão presumida dos direitos patrimoniais do autor através da copropriedade patrimonial não concorrente estabelecida.

Como um projeto de lei e, portanto, suscetível de mudanças, para maiores garantias dessa hermenêutica trabalhista, seria recomendada uma redação mais precisa nesse sentido.

As discussões do Projeto de Lei 2370/19 foram interrompidas no congresso em 2020 para dar espaço às pautas mais emergenciais decorrentes da Pandemia da Covid-19. Posteriormente, caso o PL 2370/19 venha a ser aprovado com a redação atual, convertido em lei e a hermenêutica trabalhista aplicada, a norma dá abertura para

novas questões, como: de que modo identificar o percentual adequado para um adicional de direitos autorais ou em que consiste o direito de publicação do autor dentro da norma de não-concorrência. Nesta situação, este artigo poderá ser referência para futuras pesquisas.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. A supralegalidade parcial dos tratados de propriedade intelectual. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 93-112, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p93. Acesso em: 24 mar. 2021.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva et al. A omissão legislativa na proteção do autor empregado: critérios para superar a omissão a partir do direito do trabalho como direito fundamental. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 23-28, mar. 2012.

BALTAZAR, Claudinei. Os direitos Autorais do Jornalista Empregado. **Revista Ltr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 77, n. 12, p. 1455-68, dez. 2013.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 493-503, 2007.

BRASIL. **Decreto Nº 75.699, de 6 de maio de 1975**. Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.ht. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. **Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 2.370, de 2019**. Disponível em: <https://www.câmara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219853>. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). **Recurso de Revista 13700-65.2006.5.01.0071**. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - DIREITOS AUTORAIS - CENOGRAFIA - EMPRESA DE TELEVISÃO - CRIAÇÃO ARTÍSTICA OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO - INDEVIDOS OS DIREITOS PATRIMONIAIS PLEITEADOS. Relatora: Min. Ives Gandra Martins Filho. 26 de março de 2013. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=13700&digitoTst=65&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0071>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma) **Recurso de Revista 1618-33.2010.5.09.0008**. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.015/2014 - PEDIDO DE INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROFESSORA - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS - AULAS TELEVISIVAS - CESSÃO DE DIREITOS DE USO DE IMAGEM - DIVULGAÇÃO DE OBRA INTELECTUAL - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL LETIVO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1618&digitoTst=33&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0008&submit=Consultar>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CRUZ E SILVA, Rodrigo; MADUREIRA, Amanda. Direitos autorais e Economia Criativa: uma perspectiva para o desenvolvimento. In: WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral e Economia Criativa**. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 29-52.

DELGADO, Maurício G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DRUMMOND, Victor. Circularidade Cultural e o Papel do Estado como Fomentador e Protetor do Desenvolvimento da Cultura. In: WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral e Economia Criativa**. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 61-95.

GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. **A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de Trabalho**. Belo Horizonte: RCJ EDIÇÕES JURÍDICAS, 2012.

HOTOTIAN, Andrea. **Tutela autoral da obra jornalística gráfica**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

LEITE, Carlos H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. Crítica à dogmática dos direitos autorais de trabalhadoras e trabalhadores e sua colonização pelos direitos da propriedade industrial. **Direitos Culturais: Múltiplas perspectivas**, Fortaleza, v. 4, p. 228-254, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELES, Edilton. Direitos autorais e de patente na relação de emprego. **LTr. Suplemento Trabalhista**, v.34, n. 134, p. 608-613, 1998.

MINHARRO, Francisco L. **A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

NASCIMENTO, Marcelo; MACEDO, Caio. O direito na sociedade da informação: a proteção aos direitos autorais e direitos conexos frente às novas tecnologias. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 127-137, 2016.

SUBI, Henrique Romanini. **O segundo movimento de cercamento: o Acordo TRIPS no abuso do direito à propriedade intelectual**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

TESTA, Janaina Carla da Silva Vargas. O jornalista empregado como “autor” e o emblemático direito autoral. **Revista Espaço acadêmico**, v. 11, n. 132, p. 88-96, 2012.

ANOTAÇÕES SOBRE O TROPEÇO DE 300 ANOS EM DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

*Bruno Laganá Falqueiro*¹

RESUMO: O presente artigo versa sobre a expressão crítica tropeço de 300 anos e compõe o debate sobre a defasagem do Direito de Autor no Brasil aos pleitos da sociedade vigente. Supõe-se que é decorrente de fatores histórico-jurídicos. Propõe valer-se dos ensinamentos da Teoria Geral do Direito para correta hermenêutica histórica. Para isso, analisa-se o posicionamento doutrinário sobre os fundamentos do Direito de Autor no Brasil. Em sequência, aborda-se seu preceito como função social. Conclui que a expressão tropeço de 300 anos é correta e assertiva.

Palavras-chave: Direito de Autor; Teoria Geral do Direito de Autor; Fundamentos de Direito de Autor; Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho compõe o debate sobre a defasagem do Direito de Autor no Brasil. Entende-se que as necessidades da sociedade vigente não estão eficientemente solucionadas pelo Direito de Autor. Nota-se a expressão tropeço de 300 anos², qual deve-se entender

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV-SP). Advogado regularmente inscrito OAB-SP. E-mail: bruno.lagana-falqueiro@adv.oabsp.org.br

² Expressão de Angéla Kretschmann, em “Os fundamentos do direito autoral diante da inteligência artificial: a necessidade de um novo rumo?” – XIV CO-

como uma assertiva crítica, figurativamente demonstrando um deslize jurídico histórico. Diferente das notáveis evoluções e adaptações de outros institutos jurídicos³, os fundamentos do Direito de Autor não foram revistos.

Ao tratar do assunto, mas imbuídos de argumentos acadêmicos que proporcionam reanálise da função social do Direito de Autor, legisladores migram axiologicamente⁴ institutos jurídicos a prol de classes político-econômica dominantes. Apesar de juridicamente satisfatórias, são socialmente conflitantes.

No Brasil, o cerne do desconforto está na preponderante abordagem positivista. Diz-se que a origem do instituto jurídico do Direito Autoral é o Estatuto da Rainha Ana (Grã-Bretanha), no ano de 1710, somando-se à expressa previsão na Constituição dos Estados Unidos da América de 1788. Porém estes sistemas preconizam o modelo denominado *Copyright*. O ordenamento brasileiro adotou o *Droit d'Auteur*, um regime de origem Francesa, centrado na pessoa do autor e seus interesses morais e patrimoniais sobre a obra, cuja legislação expoente é a Convenção de Berna de 1886.

Há quem identifique os sistemas como próximos o suficiente a caracterizar origem comum. Todavia, a falha neste raciocínio está exatamente em desconsiderar historicidade. Ingleses e Franceses foram (em alguns aspectos ainda são) politicamente rivais. Seus sistemas jurídicos também o são. Esta é a origem do modelo que o Brasil adota.

Defende-se que é indissociável o contexto histórico de uma sociedade para eficiente aplicação do valor protegido em determinado

DAIP - Mesa 4.2 Direito Autoral e a crise de seus fundamentos diante da Inteligência Artificial. Curitiba. 4 de Novembro de 2020.

³ Exemplifica-se, a esse respeito, no Brasil, sobre as reformas trabalhistas consolidadas na legislação de 2015 que notadamente passaram a prever formas atualizadas de trabalho (art. 62, III, CLT), bem como os novos ordenamentos a respeito de proteções aos dados e à privacidade digital (lei. 13709/19)

⁴ Axiologia é o termo para o estudo filosófico dos valores. No Direito, trata-se da filosofia dos valores jurídicos.

Direito. Neste trabalho se procura demonstrar porque um Direito de Autor fundamentado integralmente no positivismo é intrinsecamente falho. No mesmo sentido, é igualmente carente qualquer tratamento com base exclusivamente no naturalismo.

Afinal, Direito “não é uma questão de verdade, mas do resultado de uma relação de poder, de uma pretensão de verdade que se impõe em determinada época e lugar e que, exatamente por isso, pode ter o seu sentido sempre reconstruído a partir do presente”. (SIMIONI, 2016, p. 174)

2 ANOTAÇÕES INICIAIS: HISTORICIDADE E FUNDAMENTO

O objetivo deste trabalho é analisar o fundamento do Direito de Autor. Deve-se notar que analisar juridicamente é um processo metodológico, cujo alvo é justificar ou refutar concepções jurídicas. Neste sentido, inicia-se tecendo brevemente sua historicidade, Teoria Geral do Direito e, pontualmente, axiologias em Direito de Autor.

Primordialmente, justiça era uma qualidade subjetiva. As primeiras definições jurídicas foram fundamentadas na vontade de Deus, uma vontade natural. Os primitivos debates jurídicos nasceram com concepções naturalistas, segundo as quais “os princípios jurídicos eram compreendidos como verdadeiros axiomas, portadores de verdades morais inquebrantáveis”. (KRETSHMAN E OHLWEILE, 2013, p. 58). Foi denominado Direito Natural e foi “ligado à filosofia aristotélica e estoíca, aos jurisconsultos romanos e aos mestres da Igreja, desde Santo Agostinho e Santo Tomás”. (REALE, 2005, p. 328).

Em resposta e simultaneamente ao surgimento dos sistemas jurídicos codificados, crescem as concepções positivistas. Nestas, o Direito é considerado um sistema fechado, completo e sem lacunas. É uma ótica objetiva. Entre seus expoentes está a Escola da Exegese,

pela qual “a lei conteria todo o direito e o trabalho do jurista se reduz a descrevê-la”. (KRETSHMAN E OHLWEILE, 2013. p. 52).

Especialistas apontam que a influência da Escola da Exegese é observada nas Constituições do século XX, preponderantemente positivistas. Contudo, “tratar-se-ia de positivismo de caráter aberto e axiológico, identificado como pós-positivismo.” (KRETSHMAN E OHLWEILE, 2013, p 58).

Em sequência ao positivismo, mas antes do século XX, o Direito recebe definições utilitárias. Esta abordagem tem repercussão com as chamadas teorias contratualistas. Para tais, “o Direito e até mesmo a sociedade não seriam mais que o resultado de um acordo de vontades, um contrato hipotético celebrado entre os homens”. (KRETSHMAN E OHLWEILE, 2013. p. 36)

O contratualismo foi amplamente aceito. Percebeu-se que havia um fundamento único, coerente, aplicável ao Direito e ao Estado. Reale (2015) demonstra a repercussão do contratualismo: “a mesma tese contratualista serviu a Hobbes para fundar o Estado monárquico absoluto, personificado no Leviathan [1651], o deus mortal; ou a Rousseau [1762] lançar as bases de sua democracia radical.” (REALE, 2005, p. 256).

O Direito de Autor fez parte de todo este processo. É difundido que sua origem é simultânea à imprensa de Gutenberg, tempo em que a escolha jurídica transitava do naturalismo ao positivismo. Por tal razão, deve-se esclarecer seu contexto histórico-social.

Leitura é privilégio. Acima de tudo, esta afirmação é um resultado social imbuído de vieses econômicos. Os livros em papiro possuíam valores elevados pois bons escribas copistas eram raros. Por isso, “toda cópia manuscrita de obras originais era muito cara e bem controlada pela corporação dos copistas, pela Igreja e pelo Estado, por isso disponível apenas aos mais ricos e influentes”. (RODRIGUES, 2012).

Diz-se que Johann Gutenberg inventou o dispositivo conhecido como imprensa em 1430. Fato é que entre 1450 e 1455, Gutenberg

produziu mecanicamente o texto de uma Bíblia com 42 linhas por página – oficialmente seu primeiro impresso – e as apresentou na Feira Comercial de Frankfurt de 1455. Curiosamente, 78 anos mais velho que a bíblia de Gutemberg, o livro mecanicamente impresso mais antigo do mundo chama-se *Jikji*⁵ e contém as essências do Zen Budismo.

Isto significa que, embora não tenha sido o único a pesquisar uma forma de imprimir mecanicamente textos, Gutemberg foi o preponderante. É de se aduzir que isto se deu por ter sido economicamente mais eficiente, porém tal assunto foge ao escopo deste trabalho.

Os séculos XV a XVIII foram marcados pelo Renascimento e grandes navegações, dentre as quais está a *Terra Brasilis*. Neste período, o centro da rota comercial oriente-ocidente era Veneza, cidade comercial onde dominavam as corporações de ofício. Estes eram detentores de posses, portanto, uma classe política de ricos e influentes.

Por mais eficiente que fosse a imprensa de Gutemberg, era economicamente acessível somente aos ricos. Por serem politicamente influentes, adotou-se em Veneza um modelo de Privilégios de Impressão e Comercialização: o detentor da máquina de imprensa é titular originário dos direitos de autor. Os privilégios eram concedidos pelos monarcas aos editores e “garantiam a exploração econômica de determinada obra por certo período. Para tanto, não eram levados em conta os interesses dos autores, mas tão somente as necessidades daqueles que exercitavam uma atividade econômica” (ZANNINI, 2014. p. 214).

O sistema de privilégios, portanto, autoriza exploração perpétua de uma obra intelectual por quem a reproduz, não por quem a criou. “Buscava-se a exploração perpétua, pelo qual adveio o conceito de propriedade privada dos Direitos de Autor”. (SANTOS, 2017, p. 105).

Esta é a historicidade do artigo 3º da lei 9.610/98, pelo qual os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

⁵ Conforme dispõe a UNESCO: “*Buljo jikji simche yojeol*, o mais antigo livro existente de impressão metálica móvel do mundo.” Disponível em: <https://en.unesco.org/prizes/jikji-mow-prize>. Acesso em: 04 ago. 2021.

Como se viu, a imprensa de Gutemberg marca o nascimento do Direito de Autor sob a ótica naturalista. Contudo, a ótica positivista estabelece outro berço: o *Statute of Anne*.

O *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Anna), é considerada a primeira norma positivada sobre Direito Autoral em todo o mundo. Foi promulgada no ano de 1710 pelo Parlamento da Grã-Bretanha, que também se refere a ela como *Copyright Act 1710*. Em seu preâmbulo, dispõe que se trata de “Um Ato para Encorajamento do Aprendizado, protegendo as cópias de livros impressos em seus Autores ou Compradores de tais cópias, durante o tempo ali mencionado”⁶. Sob a ótica positivista, esta é a origem o sistema de proteção internacionalmente conhecido como *copyright*.

Importante notar que tal regulamento pavimentou o caminho para a Revolução de 1760, a chamada Revolução Industrial, que ressignificou socialmente a estrutura e a produção capitalista.

Há na doutrina quem legitime o *copyright* em normas estado-unidenses. Em 1788, em seu artigo 1º, seção 8, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América dispõe que seu Congresso possui o poder de promover o “progresso da ciência e das artes úteis” ao assegurar, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo sobre suas escritas e descobertas.⁷ Essa abordagem faz uso tanto do positivismo – uma lei superior prevendo expressamente a proteção autoral – quanto do contratualismo: deve-se analisar fundamentos sociais para entender o escopo de proteção. Aponta-se sobre o contratualismo ainda neste capítulo.

⁶ Tradução livre de *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*.

⁷ Tradução livre de *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*

Nesse debate em específico, traz-se sobre o adjetivo “úteis” no texto norte-americano: pode representar algo reservado à atividade produtiva; que tenha resultado proveitoso; ou, ainda, que serve ou é necessário a algo ou alguém. A doutrina não é pacífica sobre seu valor e, portanto, como deve ser interpretado. Contudo, como era de se esperar, há prevalência para o entendimento que útil é um conceito econômico, e, portanto, refere-se a patentes e invenções.

Tal migração axiológica não é desacompanhada. A doutrina indica que os Estados Unidos da América fora – e ainda são - o único país a prever expressamente uma função social do direito de autor, ao estabelecer que “os direitos de propriedade intelectual têm como função promover o progresso da ciência e das artes” (CARBONI, 2009, p. 9). Anota-se sobre tal função social no capítulo seguinte.

Ao considerar o adjetivo útil um valor econômico, também assim deve ser a expressão progresso da ciência e das artes. Como resultado, têm-se que progresso advém de avanços econômicos. E se vê que vincular juridicamente obras artísticas a valores econômicos tem origem na política de proteção ao editor (detentor da imprensa e quem adquire o direito de reprodução e publicação). Portanto, a proteção jurídica que faz uso dos termos progresso e útil, na verdade, defende interesses financeiros.

Dessa forma, a principal crítica ao instituto do *copyright* é sua primazia de proteção ao detentor da produção e não deve ser considerada como fonte para o Direito de Autor no Brasil.

Paralela a Revolução Industrial, na França há o abalo social da Revolução de 1789 e suas ressignificações provocadas pelo Iluminismo. Neste cenário é que surge o *Droit d'Auteur*, um regime centrado na pessoa do autor e seus interesses morais e patrimoniais sobre a obra.

Contudo, a lei francesa de 19 de janeiro de 1791 que aclamou o direito de representação, e a de 19 de julho de 1793, que consagrou o direito de reprodução, ainda que tenham sido influenciadas pelo espírito da Revolução Francesa, não atribuem a essa nova forma de pro-

priedade o mesmo regime da propriedade comum. Não obstante, “não podemos deixar de notar que o Direito de Autor que surgiu na França revolucionária não ignorava o interesse do público em detrimento das legítimas expectativas dos criadores”. (SANTOS, 2013 p. 61)

Inclusive, aponta-se na doutrina que o *Droit d'Auteur* remonta à Escola da Exegese: ao intérprete caberia tão somente “o mister de aplicar silogisticamente o Código ao caso concreto com base numa lógica puramente dedutiva, conforme método jurídico do positivismo”. Isto é, o pensamento denominado sistemático-axiomático segundo o qual “qualquer processo de aplicação do direito concebia-se como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere, noutra dizer, do contexto de aplicação”. (GALUPPO, 2003 in. SOARES, 2007)

A escola da Exegese é estudada principalmente pela Teoria Geral do Direito. Sua evolução se dá sobretudo por Kelsen. Vale-se dos ensinamentos de Fonseca (2017):

Na Teoria pura do direito (2012) – cuja primeira edição foi publicada em 1934 – Kelsen defendia que o direito fosse concebido a partir de uma concepção científica própria. Para ele, a estrutura de qualquer sistema jurídico é essencialmente hierarquizada. Há normas gerais, dispostas a partir de uma Constituição, que orientam – e justificam – a estrutura do Estado e tudo o que rege a vida em sociedade. Mas a Constituição não é justificada por si mesma. Qualquer sistema legal pressupõe a existência de uma norma hipotética básica que o valida sem ser contaminada por questões alheias ao direito, tais como a política ou a sociologia. (FONSECA, 2017, p. 17)

No plano teórico de Kelsen, só se pode falar em fundamento em termos puramente lógicos para se explicar “o pressuposto de validade de uma ordem escalonada de normas que é o Direito. Isto estaria em conformidade com sua teoria da ‘norma fundamental’”. (REALE, 2005, p. 374).

Em sequência histórica, têm-se que as Declarações do Homem e do Cidadão fizeram eclodir formalmente no pós-guerra (1945) direitos fundamentados na realidade da pessoa. Leciona Soares (2007):

Entendia-se o Direito autoral, diga-se Direito de autor, como um dos direitos sagrados na significação de direito natural ou imanente, anterior a qualquer legislação. Em última instância, dentre outros fundamentos das teses jusnaturalistas, cita-se tal posição com esteio na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 por representar a consciência histórica que a humanidade tem dos seus próprios valores fundamentais, no teor do dispositivo 27.⁸ (SOARES, 2007, p.29)

Assim, têm-se que a teoria jurídica do Direito Autoral, fundada nos dogmas da “autonomia da vontade, na liberdade econômica, na dualidade público e privado, no formalismo e positivismo, presa aos pensamentos burgueses, transmuda-se ao corporificar os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da funcionalidade do direito subjetivo”. (SOARES, 2007, p. 30).

Neste momento “a pessoa e as exigências de realização desta supõem incondicionalmente a atribuição de direitos autorais”. (ASCENÇÃO, 2014 p. 35). Esta parece ter sido a última intersecção histórica entre Direito de Autor e Teoria Geral do Direito.

Prosseguindo historicamente, uma crítica surgiu do seio do bloco soviético através do jurista Evgeny Pachukanis e contrariando Kelsen. Em sua obra ‘Teoria Geral do Direito e Marxismo’ (1924) Pachukanis aduz que a concepção kelseniana colocaria “a carroça na frente dos bois”. Ensina Fonseca (2017):

⁸ Art. 27. 1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Em sua opinião, para Kelsen os Estados são formas políticas oriundas do conflito entre os donos dos meios de produção e os trabalhadores. Portanto, “os conceitos mais básicos do direito (“sujeito”, “igualdade” ou “liberdade”) deveriam ser pensados a partir das relações conflituosas oriundas da luta de classes. Nesse caso, o materialismo histórico de Karl Marx forneceria o método adequado para a compreensão do direito. (FONSECA, 2017, p. 17)

Duas novas posições advêm destes ensinamentos: os Neopositivistas e a Axiologia. Os neopositivistas (ou neo-empiristas) indicam que o Direito pode inclinar os homens “segundo direções em função de contingências humanas de lugar e de tempo, sendo que do ponto de vista da Moral, a justiça seja uma exigência de ordem prática, de natureza afetiva ou ideológica”. (REALE, 2005, p. 374).

No âmbito da Axiologia ou Teoria dos Valores situa-se Reale, com sua observação de que toda regra de Direito visa a um valor, reconhecendo a pluralidade dos valores como consubstancial à experiência jurídica. A exemplo sua ideia de justiça, que, em suma, “somente pode ser compreendida plenamente como sendo um valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história, o valor da pessoa humana”. (REALE, 2005, p. 376).

Em continuação têm-se Dworkin, que pode ser considerado como o “modelo antipositivista, contrapondo-se às concepções clássicas do positivismo jurídico calçado exclusivamente no sistema de regras”. (SOUZA, 2016). Ensina Kretschmann (2013):

Conforme Dworkin, os princípios têm uma dimensão que falta às regras, qual seja, a dimensão do peso ou importância, sendo que quando há um conflito entre os princípios, deve-se levar em consideração o peso relativo de cada um. No entanto, no processo de verificação do peso dos princípios não há uma medida exata, pois o juízo a ser formulado, com frequência, é motivo de controvérsia. (...) Os princípios jurídicos, dentro da concepção

de Dworkin, também ocupam uma função primordial em sua “Tese da Resposta Correta”, tantas vezes mal compreendida por diversos autores. Uma vez estabelecido que o sistema jurídico não é formado apenas por regras, mas igualmente por princípios, não é possível sustentar o entendimento que o juiz, no caso de indeterminação de regras, utiliza a discricionariedade, estabelecendo, assim, outra crítica ao positivismo jurídico. (KRETSCHMAN E OHLWEILE, 2013. p. 65).

A relevância de Dworkin, opina Souza (2016, p. 16), é que o modelo principiológico dworkiano é o que oferece ainda a melhor aplicação do direito, além de diminuir os casos de discricionariedade judicial: “Se não há princípios aos quais se recorrer, a discricionariedade, inevitavelmente, seria a única saída possível”. E complementa: “Porém, se há, contudo, algo ao qual se recorrer, então, dever-se-á, ante a falha das regras de direito, recorrer a esse algo a mais: aos princípios jurídicos ou em considerações de justiça.” (SOUZA, 2016, p. 17).

A prol dos apontamentos neste trabalho, deve-se trazer a doutrina de Luhmann. Ensina Neves (1996) que Niklas Luhmann⁹ trouxe para o mundo jurídico o conceito da teoria biológica da autopoiese, afirmando que o direito positivo (moderno) reproduz-se primariamente de acordo com os seus próprios critérios e código de preferência (lícito/ilícito): “Para Luhmann, à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos “donos do poder”, mas também a neutralização moral do sistema jurídico”. (NEVES, 1996).

Por sua vez, outra doutrina que se destaca é Habermas. O filósofo e sociólogo alemão reconhece que as fronteiras entre direito e moral existem, mas deve-se considerar que a racionalidade procedimental da moral não é algo regulado juridicamente. Mas, embora não negue a autonomia do sistema jurídico, atribui-lhe uma fundamentação ética:

⁹ Especialmente em seu *Theory of Society*, de 1997.

Normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão da validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 317).

Em Habermas, a autonomia do direito, inerente ao Estado de direito, embora também possa ser vista como uma autonomia em relação aos meios poder e dinheiro, resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação ético-discursiva. “Isso implica autonomia privada em conexão com autonomia pública, ou seja, ‘direitos humanos’ e ‘soberania do povo’ pressupondo-se reciprocamente. (NEVES, 1996)

Acima trouxe-se uma breve historicidade da Teoria Geral do Direito e do Direito de Autor, demonstrando sua conexão. Contudo, sua última intersecção parece ter sido na metade do século XX. Para melhor compreensão do cenário, passa-se a tratar os fundamentos em Direitos de Autor.

3 ANOTAÇÕES SOBRE FUNDAMENTO EM DIREITO DE AUTOR

O termo jurídico Propriedade Intelectual compreende os direitos de autor e os que lhe são conexos, marcas, patentes e a concorrência desleal.¹⁰ É caracterizado como sendo “um direito de propriedade, dotado de exclusividade como incentivo, que recai sobre as mais variadas e intangíveis formas de criação da mente humana resultante do esforço intelectual”. (LEITE, 2004, p 22).

¹⁰ Art. 2º, decreto nº 75.451/75.

Segundo José de Oliveira Ascensão (2004, p.6) a estratégica e controversa expressão propriedade intelectual surgiu “com o desiderato de preparar um entendimento favorável ao reconhecimento e expansão do direito de autor ante a deflagração da Revolução Francesa no século XVIII que emergiu para abolir privilégios”. Nesse diapasão, “a nomenclatura teve um aspecto pragmático, a fim de situar os bens jurídicos protegidos no rol das propriedades, numa leitura de sacralização da propriedade individual à luz do liberalismo jurídico”. (SOARES, 2007, p. 104)

Como resultado, a Propriedade Intelectual acabou por abarcar os institutos da Propriedade Industrial e do Direito Autoral.

Por Direitos Autorais entende-se o conjunto Direito de Autor e Direitos Conexos. Os Direitos Conexos referem-se à proteção jurídica daqueles que possuem relação mediata com a obra, ou, nos termos da legislação vigente, artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão.¹¹ Já o Direito de Autor “regula as relações jurídicas decorrentes da criação intelectual e a utilização das obras intelectuais pertencentes ao campo de atuação da literatura, das artes e das ciências” (SOARES, 2007, p. 105)

Outra definição, notadamente, é trazida por Bittar (2019):

Como a atuação do intelecto converge ou para a satisfação de objetivos estéticos, ou para a produção de bens materiais, de sua exteriorização resultam duas espécies de obras: as de cunho estético e as de cunho utilitário, submetidas, as primeiras, ao regime do Direito de Autor e, as segundas, ao do Direito de Propriedade Industrial. E continua: a dimensão estética das criações do espírito é alvo da tutela especial do direito de autor, considerando a importância de proteção da originalidade do processo criativo, da contribuição personalíssima inserida por meio dos

¹¹ Art. 89 Lei 9610/98. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

atos de cultura que são fruto das atividades culturais, literárias e científicas, o que justifica o destaque de tratamento conferido às obras utilitárias. (BITTAR, 2019).

Atentando-se ao âmbito do fundamento do Direito de Autor, interessante notar que a academia apresenta uma prerrogativa de assim fazê-lo justificando a atribuição de “direitos exclusivos de direitos intelectuais sobre obras literárias ou artísticas”. (ASCENÇÃO, 2013 p. 28).

É possível iniciar este tema observando a predominância na doutrina em conceituar o direito de autor como um direito *sui generis*, pois diante uma natureza jurídica com dois distintos: os direitos morais e os direitos patrimoniais. Neste raciocínio, os direitos morais são relacionados aos direitos da personalidade e, por tal razão, fundamentados no Direito natural. Trata-se da ótica naturalista do Direito de Autor. Por sua vez, os direitos patrimoniais são identificados como direito à propriedade, fundamentando o viés positivista.

O direito *sui generis* possui dois distintos, mas apenas uma natureza jurídica. Consequentemente, terá aí seu fundamento. Aqui cumpre papel os ensinamentos do capítulo anterior. Ensina Soares (2007): “a delimitação de uma Teoria Geral almeja fixar os contornos desse microsistema jurídico com arrimo no exame da relação jurídica autoral no âmbito existencial e patrimonial, de seus elementos estruturais, natureza jurídica e de sua principiologia”. (SOARES, 2007, p. 8)

Por tal, é correto advertir sobre fundamentações em critérios não jurídicos, em especial um direito autoral baseado em critérios econômicos, que “analisa custos e benefícios para determinar se os resultados dos direitos exclusivos compensam os custos econômicos-sociais que estes acarretam”. (ASCENÇÃO, 2013, p. 21)

Ascensão (2013 p. 23), de forma sofisticada, renuncia a critérios não jurídicos e divide o tema em duas modalidades: (a) os fundamentos do Direito Autoral como transcendentais e de direitos humanos;

ou, (b) positivos, que se subdividem em ramos do Direito Ordinário (Direito constitucional, Direito internacional Público, Interesses Econômicos, Sobre a Propriedade, *Ratio Legis*, e Interesse Público).

O debate proposto por Ascensão é, em si, uma análise crítica do Direito Autoral sob égide de fundamentos positivistas em detrimento de outras abordagens epistemológicas:

A nossa busca do fundamento do Direito Autoral levou-nos a excluir fundamentos transcendentais dos direitos intelectuais. Tivemos de nos resignar a acolher-nos a modestos fundamentos positivos, que pouco fundamentam: deles retira-se, em palavras pobres, que o direito autoral é protegido porque a lei o protege, mas não que a lei o tenha necessariamente de proteger. (ASCENÇÃO, 2013, p. 53)

O doutrinador estabelece que os fundamentos transcendentais são “aqueles que se ancoram numa realidade exterior à ordem legislada e superior a esta, que se impõe por si.” Neste sentido, aduz que “a criação autoral outorga por natureza um poder exclusivo do criador sobre a obra criada.” (ASCENÇÃO, 2014, p. 23).

A historicidade ajuda a entender a clássica definição por Ascensão (2014, p. 29): “O copyright parte da obra: proíbe a cópia. O Direito de Autor parte da criação: protege o autor.” Afinal, “O direito autoral está originariamente dependente da realidade histórica constituída pela emergência da sociedade tecnológica. É praticamente uma manifestação do que se chamou de Idade Contemporânea.” (ASCENÇÃO, 2014 p. 28). E prossegue: “Notadamente, discute-se os direitos pessoais e não os patrimoniais, enquanto estes não são uma exigência da pessoa humana, aqueles respeitam justamente aspectos intrínsecos da pessoa.” (ASCENÇÃO, 2014 p. 29)

Este trabalho defende que é indissociável o contexto histórico da sociedade para aplicação do valor jurídico dado àquele direito. Portanto, resguarda-se abordagens clássicas que fundamentam o Direito

de Autor. Fundamentar o Direito de Autor no Brasil não condiz com os fundamentos do *copyright*, tampouco com os defasados conceitos franceses do século XVIII e XIX. Neste sentido, também concorda-se que “que fundamentar o Direito de Autor exclusivamente em termos transcendentais é superficial” (ASCENÇÃO, 2014, p. 53).

Entende-se, ainda, que o poder exclusivo do criador sobre a obra criada é algo economicamente vinculado, politicamente dominado e juridicamente direcionado. Vinculado ao publicador, aquele que tornará financeiramente possível a publicidade de sua obra e anseia lucro. Dominado ao editor, aquele que possui a prerrogativa de editar apenas obras que não contrastem com sua opinião particular. Direcionado juridicamente por uma legislação teologicamente favorável aos detentores dos meios de reprodução e publicação em massa.

Inclusive, é por tal razão que se identifica a abordagem de Ascensão sobre o fundamento do Direito de Autor como Direitos Humanos, em seu cerne, como Luhmanniana. Ao tratar da previsão de direitos autorais nas grandes declarações internacionais de direitos humanos, o professor indica estes documentos são originados de matérias que “substancialmente não tem já que ver com os direitos humanos, mas que os países mais influentes conseguem fazer introduzir, para obter uma proteção reforçada aos seus interesses”. (ASCENÇÃO, 2014, p. 43).

Não obstante, é de se notar a crítica do mestre lusitano à uma tradição de positivistas nacionais apostarem na manutenção da fundamentação do Direito de Autor sob a égide do Direito Internacional¹². Ainda que se migre epistemologicamente a fundamentação positivista do direito moral para o tema direitos humanos, o argumento não é possível

¹² A despeito, a expressão “a razão de ser dos Direitos do Intelecto funda-se na tutela jurídica que se exige nos tratados e convenções internacionais, assim como nas legislações internas da maioria dos países integrantes da Organização Mundial do Comércio (OMC)” (SOARES, 2007. p 110)

com os direitos exclusivistas patrimoniais. Afinal, “a Declaração não menciona nem o Direito de Autor, nem o Direito Autoral, nem sequer o direito exclusivo. Apenas determina que os interesses materiais são protegidos”. (ASCENÇÃO, 2014, p. 33).

Ainda a esse respeito, é necessário pontuar sua crítica especificamente ao artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Há muitas maneiras de proteger interesses materiais, além da outorga de direitos exclusivos. Isso nos leva a concluir que a Declaração não traduz que o Direito Autoral seja um direito exclusivo, imposto como um direito humano. Além de deixar de fora os direitos conexos, a Declaração não se pronuncia sobre o modo de proteção. (ASCENÇÃO, 2014 p. 32).

Portanto, a Declaração não pode ser invocada como único argumento e justificação de direitos autorais exclusivos.

Por sua vez, ao migrar axiologicamente o fundamento do direito de autor à seara do direito moral fundamentado em direitos humanos, doutrinadores tentam justificá-la como uma realidade própria. Nesta tese, os direitos denominados pessoais seriam uma integração de direitos da personalidade e suas representações de aspectos pessoais. Por direitos da personalidade entende-se aqueles eticamente fundados, ou seja, que respeitam a direitos com conteúdo ético. “As representações são aspectos meramente instrumentais, figuras periféricas e que ainda que direitos pessoais, não são direitos de personalidade.” (ASCENÇÃO, 2014). Exemplifica-se: como direito de personalidade está o direito à integridade da obra. Como aspecto instrumental, o direito de revisão à obra publicada. Diverge-se desta abordagem, pois nesta visão axiológica o autor somente se satisfaz, e se realiza, com uma atribuição incondicional de direitos autorais, independente de projeções patrimoniais.

Outros, contornando o Direito Internacional positivo, estabelecem suas concepções partindo do nível constitucional, já que no Brasil

a Constituição da República de 1988 dispõe no artigo 5º XXVII uma garantia institucional do direito de autor como direito exclusivo.¹³

Contudo, conforme Ascensão (2014, p. 33), através do Direito Comparado verifica-se que essa não é a regra dominante: “Na generalidade dos países os direitos autorais não têm o nível de direitos fundamentais”. De tal sorte, fundamentar o Direito Autoral tão somente pela ótica positivista constitucional apresenta-se falha.

Nota-se também na doutrina uma abordagem epistemológica relacionando os fundamentos do Direito de Autor a uma chamada “teoria geral da personalidade”. Soares (2007) aduz:

O direito geral da personalidade seria uma estrutura lógico-abs-trata ou um modelo geral, a partir do qual se deduziriam mani-festações concretas de proteção. A partir de uma estrutura geral abstrata, seria obtida a solução reclamada para o caso concreto. Donde o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o pa-pel de um direito geral ou cláusula geral de tutela da personali-dade. (...) O direito da personalidade surge ligado ao bem que se pretende proteger, porquanto devem ser criados tipos normati-vos específicos para cada bem da personalidade. Como conse-quência, segundo essa corrente do pensamento jurídico, o rol de direitos é *numerus clausus*, ou seja, taxativo o que não comporta a inserção de novos tipos. (SOARES, 2007, p. 109).

Moraes (2003, p. 142) correlaciona tal abordagem aos de direi-tos humanos: “se está em presença, a partir do princípio constitu-cional da dignidade da pessoa humana, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”. A esse respeito, Soares (2007, p. 110) esclarece que “induidosamente, deve haver cautela ao centralizar os direitos da personalidade na cláusula geral de dignidade da pessoa humana, pois há situações de lesão a direito de personalidade que não implicam fe-rimento à dignidade humana”.

¹³ Art. 5. XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Por sua vez, a doutrina aduz que os direitos da personalidade “deveriam ser circunscritos àqueles estabelecidos em lei, ainda que na forma de princípios gerais, pois, a nosso ver, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais” (CARBONI, 2009, p. 3). Dessa forma, a garantia dos direitos da personalidade estaria na cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal brasileira, que “se encontra no ápice do ordenamento, funcionando como o valor re-unificador da personalidade a ser tutelada, além de informar todas as relações jurídicas, bem como a legislação infraconstitucional.” (CARBONI, 2009, p 3-4).

Por outro lado, dispõe Ascensão (2014):

Não é a dignidade da produção intelectual que justifica a atribuição do exclusivo. Nada explicaria que o tivesse a expressão de ideia, em que a obra literária ou artística se traduz, e não tivessem a criação de ideias ou a descoberta científica. A razão da diferença está antes no interesse social de manter zonas de liberdade, em que a criação ou descoberta estão à disposição de todos, em contraste com outras zonas em que se pode atribuir ao agente (autor ou artista), um privilégio temporário, porque o diálogo social é compatível com esse exclusivo por prazo limitado. (ASCENÇÃO, 2014, p. 25)

Entende-se que a expressão ‘zonas de liberdade’ refere a instâncias politicamente dominadas, algo resultante de um tratamento jurídico imposto. Em sendo do interesse daquele economicamente dominante, há maior ou menor grau de inflexão exclusivista. O detentor da imprensa, rico e dominante, pleiteou uma proteção exclusivista eterna e assim ocorreu àquele tempo. Foi necessária uma verdadeira transformação social para uma adaptação deste direito – hoje meramente amortizado. Assim, nota-se que a zona de liberdade é alterada a cada variação axiológica do fundamento do Direito de Autor.

Continuando a argumentação sobre os fundamentos positivistas do Direito de Autor como direitos humanos, Ascensão (2014) ensina que a teoria do direito moral surge na França somente no início do século XX, versando sobre Direitos Pessoais. Houve alteração em sua nomenclatura, passando a ser Direito Moral e progrediu lentamente até sua consagração no artigo 6-bis da Convenção de Berna (1886). Contudo, como mencionado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1946) não determina o Direito de Autor, tampouco o Direito Autoral ou seu direito exclusivo. Nela, não há proteção ao Direito Moral de Autor.

Portanto, o fundamento estritamente positivista em direitos humanos não pode ser invocado como única justificação de uma base jurídica autoral transcendente.

Sobre a abordagem positivista constitucional brasileira vigente, a primeira notação a ser feita sobre o tratamento político positivado é sua proteção direta aos direitos de autor e apenas mediata aos direitos conexos. O artigo 5º, inciso XXVIII alínea 'a', estabelece a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Trata-se de uma previsão expressa da importância da autoria. Por sua vez, inciso XXVIII, alínea 'b', preconiza os direitos de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas. Portanto, está-se diante de uma proteção consequente, mediata, do direito de autor, que se convencionou denominar direitos conexos. É possível entender que, por ser um direito mediato, sua axiologia principiológica se traduz em ser tratado como um direito de menor grau. Em sendo menor, não se classificaria como fundamental.

A segunda notação é o termo “utilização”, pelo qual não há dúvida de sua conotação econômica. Note-se que a referência é a utilização pública subordinada à autorização do autor, porquanto “a utilização privada todos temos” (ASCENÇÃO, 2014, p. 35). É de se identificar a persistente influência do *copyright* na fundamentação constitucional

brasileira: a primazia dos detentores da produção persiste na constituição denominada “cidadã”, aquela que veio para proteger explicitamente direitos humanos fundamentais que haviam sido suprimidos pela ditadura militar. Entretanto, a defesa dos autores, axiologicamente, é de menor relevância. Ao identificar que a proteção versa sobre as obras, não sobre os autores, os detentores da reprodução ganham privilégios diante da fundamentação de um “interesse social.” Aos autores cabe primordialmente apenas uma proteção moral, e ainda alegada a partir da defesa da dignidade da pessoa humana.

A terceira versa sobre a mencionada expressão “interesse social”. É trazida pela Constituição no artigo 5º, inciso XXIX, notadamente preponderando uma instância econômica. Sobre este tema, cumpre apontar os ensinamentos de Santos (2017):

O reconhecimento de um direito de propriedade ao autor derivou de um compromisso original em comparação com o sistema de privilégios anterior. O compromisso era o estabelecimento de um equilíbrio entre, de um lado, o interesse da coletividade pela difusão e progresso do conhecimento e, de outro lado, o interesse privado pela proteção de esforço criativo e do investimento realizado pelo autor. (SANTOS, 2017)

Também neste sentido, têm-se Renouard:

A empresa adquire, através da publicação dos trabalhos, um o direito de reter seu uso (...) Uma lei sobre este assunto só pode ser boa na dupla condição de não sacrificar o direito dos autores ao do público, nem o direito do público ao dos autores. (RENOUARD, 1838, p. 435 e 437.)¹⁴

¹⁴ Tradução livre: *La société acquiert, par la publication des ouvrages, un droit à en conserver l'usage* e *“Une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs.”* (RENOUARD, 1838, p. 435 e 437).

Com isso, segundo Santos (2017), as implantações dos regimes *Droit d'Auteur* e *Copyright* trouxeram o conceito do interesse público, ou interesse social, do Direito Autoral, segundo o qual a sociedade adquire, pela publicação das obras, o direito ao uso. A preservação deste interesse público se daria por meio de três mecanismos: (a) o domínio público; (b) as limitações e exceções; e, (c) a função social.

A noção de domínio público foi utilizada no Século XIX para combater a tese de uma propriedade perpétua, resultando o Direito de Autor como uma propriedade temporária. Portanto, deve-se entender que a função conceitual de domínio público para o Direito de Autor surgiu exatamente para uma delimitação do prazo do direito de exclusividade, “apenas passando posteriormente para a questão do escopo (‘matérias excluídas’) da tutela legal”. (SANTOS, 2017)

Sobre as limitações, ou seja, a amplitude do Direito de Autor e sua proteção exclusiva, cumpre apontar que o sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, não o de estabelecer exclusivos. “Se o que se institui é uma liberdade, são as restrições que terão de ser justificadas”. (ASCENÇÃO, 2014, p. 37). Santos (2013, p. 37) argumenta que “a garantia da exclusividade contida no inciso XVII é ‘em tese incondicionada’, havendo risco de superproteção e precipitação a liberdades públicas fundamentais”.¹⁵

Segundo Carboni (2009):

[A função social do Direito de Autor] é a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa. (CARBONI, 2009, p. 5).

¹⁵ Nota 22 de ASCENÇÃO, Jose de Oliveira, Fundamento do direito autoral como direito exclusivo, *in*: **Propriedade intelectual**: direito autoral. São Paulo Saraiva 2013, p. 37

Assim, “A função social do direito de autor visa corrigir o instituto para que se reafirme como instrumento necessário ao desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico e não como um fim em si mesmo”. (CARBONI, 2009, p. 15).

O doutrinador indica que a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar a ele restrições relativas à extensão da proteção autoral (restrições intrínsecas) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei –, além de restrições quanto ao seu exercício (restrições extrínsecas) “como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas” (CARBONI, 2009, p. 6) – e “visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico”. (CARBONI, 2009 p. 6-7)

Aduz-se que o emprego do verbo ‘utilizar’ na legislação, em realidade, significa consumir. Considerando que a sociedade possui direito ao uso com limitações, a exemplo de reproduções não autorizadas, a sociedade em si apenas tem direito ao consumo. Qualquer ação que implique ligeiros prejuízos ao artista é tolerável, por outro lado, qualquer ato que atente à classe dominante é vetado. De tal sorte, é legitimada a possibilidade da reprodução de pequenos trechos¹⁶, entretanto, aquele que meramente tiver em depósito obra fraudulenta é solidariamente responsável e classificado como contrafator.¹⁷

Neste capítulo tratou-se dos fundamentos do Direito de Autor até seu deságue na discussão sobre sua função social. Tais anotações,

¹⁶ Expressão trazida pelo artigo 46, VIII da Lei 9610/98. Em que pese não há delimitação legislativa sobre a identificação da expressão, é possível aduzir sobre o limite para aceitação econômica ou social. Contudo, trata-se de processo complexo e fugindo ao escopo deste trabalho.

¹⁷ Art. 104 da Lei 9.610/98

somadas às anotações do capítulo anterior, possibilitam o entendimento da expressão tropeço de 300 anos em Direito de Autor.

4 ANOTAÇÕES SOBRE O TROPEÇO DE 300 ANOS EM DIREITO DE AUTOR

No presente trabalho se expôs a relevância do contexto histórico de uma sociedade, àquele tempo, para entendimento jurídico do valor dado àquele Direito. No trajeto deste artigo demonstrou-se as razões econômicas e sociais que resultaram em proteção intelectual de obras artísticas equiparando-as como propriedade ou como direito fundamental.

Entende-se que a proteção do autor intrinsecamente por viés econômico mostra-se defasada. Afinal, “existem muitas formas diretas ou indiretas de satisfazer interesses materiais” (ASCENÇÃO, 2014, p. 32). Neste sentido, concorda-se com a expressão tropeço de 300 anos de Kretschmann (2020) ao entender a necessidade de revisões, a fim de evoluir a aplicabilidade do fundamento do Direito de Autor no Brasil.

O substantivo masculino tropeço pode ser interpretado como sendo o efeito do verbo tropeçar, ou seja, um abalo ocasionado ao equilíbrio da pessoa durante um movimento. Em linguagem figurada entende-se como um obstáculo, algo que promova embaraço. Contudo, também é possível identificá-lo como sendo um deslize, um mero lapso ou pequeno erro. Entende-se que este último é o sentido utilizado pela doutrinadora.

Tratando sobre a totalidade da proteção intelectual, Kretschmann ensina que a proteção às obras artísticas e científicas surgiu buscando balanceamento entre direitos de autores e inventores, sendo esta a justificativa para patentes e direitos autorais que decorrem de incentivo ou premiação para inventores, o que sempre resultaria em benefício à sociedade. Ocorre que “não apenas a natureza foi tomada como uma

máquina que o ser humano queria dominar, como o próprio ser humano foi entendido como uma máquina”. (KRESTCHMANN, 2020). Com isso, uma visão de mundo orgânico e espiritual deu lugar a uma visão de mundo cuja compreensão e domínio foram tratadas como máquina e organismo vivo: “O sistema de proteção intelectual foi criado para um mundo mecanicista e não vivemos mais nesse mundo, estamos em outra Era. É um tropeço de 300 anos.” (KRESTCHMANN, 2020)

Condizente, portanto, é um sistema de proteção autoral em que as necessidades de uma sociedade sejam satisfeitas em seu tempo correspondente. A primazia em fundamentar o Direito de Autor em aspectos econômicos, sob diversas vestes, apenas privilegia detentores da reprodução e disponibilização em massa. Tal movimento ocorre desde a origem deste instituto.

Assim, identifica-se que a manutenção em identificar o modelo que deu origem ao ordenamento brasileiro a partir daquele criador do método de *copyright*, como fundamento do Direito de Autor, é intrinsecamente carente. Nota-se que a prevalência da doutrina brasileira na defesa desta tese está advindo de ordenamentos internacionais convencionados, munidas de consequências históricas específicas e apontadas para uma sociedade ideológica ou não condizente à realidade nacional.

É de se notar que a doutrina já debruçou o assunto. Inclusive, analisando sobre os fundamentos do Direito de Autor, Chaves (1987) preconiza a tese das nove correntes doutrinárias que aduzem a respeito da natureza jurídica desse instituto: (1) o direito de autor como direito da coletividade; (2) como direito real de propriedade móvel; (3) como emanção do direito de personalidade; (4) como direito especial de propriedade de objeto com valor imaterial; (5) direito de autor como direito *sui generis*; (6) direito de autor como relação entre fundo de comércio e clientela civis; (7) direito de autor como poder de senhorio de um bem intelectual; (8) direito de autor como direito de crédito; e, por fim, (9) direito de autor como direito de aproveitamento privativo.

Entretanto, segundo Soares (2007), para a doutrina tradicional existem apenas três correntes de pensamento a respeito da natureza jurídica do direito de autor: (1) não passaria de uma forma particular mediante a qual se manifesta a personalidade com ênfase para o prisma pessoal; (2) não haveria propriamente um direito, mas um simples privilégio para o incremento das artes, das letras e das ciências, além do que ressaltaria tão-somente o aspecto patrimonial; e, (3) seria uma modalidade especial de propriedade na busca de identificar o direito de autor como conciliação de ambos os elementos frisados.

Assim, resta claro que qualquer corrente pleiteadora de mudanças dever lidar com argumentos econômicos transvestidos. Entende-se que arguir a defesa autoral exclusivamente sob a veste de função social privilegia os detentores da produção, uma vez que se fundamenta em conceitos antigos. Por outro lado, indicar que a sociedade é privilegiada simplesmente pela publicação da obra é demagogia, uma vez que acessar qualquer obra possui obstáculo notadamente de viés pecuniário: o autor, em si, possui a prerrogativa de disponibilizar sua obra à sociedade em acesso gratuito. Contudo, isso não elimina a necessidade do equilíbrio dos custos de sua produção, incluindo aqueles que envolvem os agentes da cadeia de publicação.

Por sua vez, considerar que a função social pode ser cumprida somente com a satisfação pessoal do autor pela simples publicação da obra, abre-se margem para prevalência de interesses importados e impostos por agentes dominantes. O detentor da capacidade de publicação é capaz de subverter os interesses do agente criador aos seus próprios interesses, aqueles de aspectos intrínsecos e subjetivos. Afinal, a discordância do editor pode resultar em alteração categórica e matricial de uma obra intelectual.

Também, entende-se que arguir uma proteção jurídica ao autor sob as vestes exclusivamente positivistas possibilita a manutenção dos interesses dos legisladores, não dos autores ou dos agentes. É de se identificar que a legislação nacional tenha sofrido apenas

duas¹⁸ atualizações em seus vinte e dois anos de existência, sendo que nenhuma tratou de rever conceitos ou institutos jurídicos.

Pelo exposto, aduz-se a favor da necessidade em reestabelecer e ressignificar a função social do direito de autor e, ao fazê-lo, também o fundamento do Direito de Autor, sendo o entendimento deste trabalho circunscrito à realidade brasileira. Há de prevalecer a inaplicabilidade de conceitos importados, a exemplo da autopoiese de Luhmann, conforme ensina Neves (1996):

É intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. (NEVES, 1996, p 12.)

Ainda sobre a fundamentação positivista, argui-se que, através da conjunção das anotações neste trabalho, a fundamentação do Direito de Autor merece reanálise.¹⁹ Destarte, vale-se novamente de Neves (1996): “o fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social”. Ou seja, “a interpretação legalista

¹⁸ Refere-se às leis 12091/09, que dispôs sobre gestão coletiva, e 12.853/13, que positivou os créditos aos dubladores de obras audiovisuais, ambas alterando artigos da Lei 9.610/98

¹⁹ Leite (2004, p. 24) sustenta que um dos motivos da inclusão da tutela à propriedade intelectual entre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 tem respaldo na proteção dos direitos econômicos ou patrimoniais e morais do criador sobre as suas criações e do público quanto ao acesso aos bens criados, a fim de fomentar o desenvolvimento econômico e social. No mesmo sentido, nota-se “uma ênfase aos aspectos de desenvolvimento econômico ao se considerar que a propriedade intelectual é própria da atividade empresarial organizada, haja vista seu modo de produção no elemento concorrencial entre as empresas de bens intelectuais em razão da exclusividade do processo industrial, da comercialização de produtos e serviços, bem como de signo distintivo, de obras literárias, artísticas e científicas. (PIMENTAL E BARRAL, 2007, p.12 *apud* SOARES, Sávio de Aguiar, **o princípio da funcionalidade e os direitos de autor no âmbito da utilização pública das obras artísticomusicais**. Belo Horizonte, 2007).

aplica-se, normalmente, àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo quando estes estão ‘garantidos’ constitucional e legalmente” (NEVES, 1996, p. 15)

Entende-se que qualquer abordagem em Direito de Autor, especialmente no Brasil, deve sopesar axiologias, não bastando aplicações kelsenianas. Inclusive, propõe-se o modelo principiológico de Dworkin para a academia debater fundamentos e princípios em Direito de Autor para a sociedade vigente, tema promissor para futuras pesquisas.

5 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS

O Direito de Autor é um direito *sui generes* exclusivo. A historicidade do instituto, trazida no primeiro capítulo, revelou a migração axiológica proposital dos fundamentos do Direito de Autor – preponderantemente favorável a interesses econômicos.

Em sequência, aponta-se sobre fundamentos do Direito de Autor considerando ensinamentos da Teoria Geral do Direito. Identifica-se que argumentos integralmente naturalistas ou inteiramente positivistas não devem prosseguir. Necessário, portanto, revisitar os fundamentos do Direito de Autor.

Neste sentido, a expressão tropeço de 300 anos revela corretamente a carência do Direito de Autor no Brasil, demonstrando o deslize na manutenção dos fundamentos deste instituto desde sua formação, sustentando interesses conservadores de grupos político-econômico dominantes.

Finalmente, o pleito da readequação e ressignificação dos fundamentos do Direito de Autor não deve ser entendido como algo atentatório ou conflitante aos direitos de propriedade intelectual, mas sim como uma tentativa de contribuição para que este sistema jurídico seja aprimorado. Este trabalho espera compor o debate acadêmico sobre este importante tema.

REFERÊNCIAS

- ASCENÇÃO, Jose de Oliveira, Fundamento do direito autoral como direito exclusivo, *in*: **Propriedade intelectual**: direito autoral. São Paulo Saraiva 2013
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 7. Rio de Janeiro Forense 2019, p. 21
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal, Brasília, 2016
- BRASIL. Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 fevereiro de. 1998.
- BRASIL. **Decreto no 75.699, de 06 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 jul. de 1971.
- CARBONI, Guilherme C. Aspectos Gerais Da Teoria Da Função Social Do Direito De Autor *in*: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). **Propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza. 1ª. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.
- CHAVES, Antônio. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FONSECA, Alexandre Müller. Positivismo jurídico x materialismo histórico: uma leitura acerca das fundações dos sistemas jurídicos de Kelsen e Pachukanis **Rev. Direito Práx.** vol.8 no.1 Rio de Janeiro jan./mar. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KRETSCHMANN, Ângela; OHLWEILE, Leonel Pires. **Formação jurídica** / organizadora Ângela Kretschmann, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília jurídica, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constitui-**

ção, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o estado de direito.** Lua Nova, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. As limitações aos direitos autorais, *in*: **Propriedade intelectual**: direito autoral. São Paulo, Saraiva, 2013.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Aula ministrada em 15 de março de 2017 in Pós-Graduação Latu Sensu Propriedade Intelectual e Novos Negócios, Fundação Getulio Vargas (GVLaw), São Paulo, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Arquivo, História E Memória: Possibilidades De Diálogo Entre Luhmann E Foucault. **Lua Nova**, São Paulo, 97: 173-190, 2016.

SOARES, Sávio de Aguiar. **O Princípio Da Funcionalidade E Os Direitos De Autor No Âmbito Da Utilização Pública Das Obras Artístico-musicais**, Belo Horizonte, dissertação de mestrado, PUCMG. 2007

SOUZA, Carlos Fernandes Mathias de. **Direito autoral.** 2 ed. Brasília Jurídica, 2003.

SOUZA, Nathalia Karollin Cunha Peixoto de. Discricionariedade e Decisão Judicial: Entre Hart E Dworkin, **Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Brasília. v. 2, n. 1, p. 67- 83, Jan/Jun. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª ed., Saraiva, São Paulo SP. 2005.

RENOUARD, Charles. **Traité des Droits d'Auteurs**: dans la Littérature, les Sciences et les Beaux-Arts”, Tomo I, Paris, 1838.

RODRIGUES, Marcos Henrique Camargo. Gutenberg E O Letramento Do Ocidente, **Revista Educação e Linguagens**, Campo Mourão, v. 1, n. 1, ago./dez. 2012.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de autor em perspectiva histórica: da idade média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor. **Revista da SJRJ**, v. 21, n. 40, p. 211-228, 2014.

CAPÍTULO 2

GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS NO ENTORNO DIGITAL

DIREITOS AUTORAIS E A TECNOLOGIA NFT: ESCULTURAS IMAGINÁRIAS E DESTRUIÇÃO CRIATIVA

Marcos Wachowicz¹

Oscar Cidri²

RESUMO: O presente estudo analisa os Direitos Autorais e as novas tecnologias de NFTs, dentro de uma perspectiva sistêmica na qual as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs são analisadas de forma a propiciar novas possibilidades de tutelas jurídicas das obras artísticas no ambiente digital. O presente trabalho conclui a existência de dois tipos básicos de NFTs que são utilizados no mercado das artes (NFT simples e o NFT incorporado), os quais geram possibilidades de enquadramentos jurídicos distintos. A obras intelectuais são tuteladas como criações artísticas expressas e fixadas em um suporte, o ato de criação de um NFT deve ser um instrumento tecnológico que auxilie a proteção da obra autoral, tal como uma nova forma de registro de autenticidade.

Palavras-chave: Direitos Autorais; NTFs; destruição criativa; esculturas imaginárias; tecnologia.

¹ Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e docente no 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 da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law - ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA (2018). Coordenador-lider do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq.

² Mestrando de Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR. Pesquisador Sênior do Grupo de Estudo de Direito Autoral e Industrial – GEDAI vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq. Membro do Conselho do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA. Advogado.

INTRODUÇÃO

A princípio é necessário compreender a sigla inglesa NFT, que significa *Non-Fungible Token*, representa um tipo especial de *token* criptográfico que é algo único.³

Esta tecnologia foi criada a pouco mais de cinco anos, em 2016 quando foram inicialmente desenvolvidos os projetos como *Age of Chains* e *Rare Pepes* que utilizavam o protocolo da plataforma *Counterparty* para emitir cartões de troca de *blockchain* como NFTS.⁴

Assim, um NFT é uma informação digital registrada em uma *blockchain*, essa tecnologia, pode ser conceituada como uma rede de blocos de informações conectadas, de forma segura e confiável, investidas por uma impressão digital e ligada a uma rede descentralizada de armazenamento dos conteúdos gerados por cada bloco.⁵ Caso tal informação esteja associada a um emissor que se qualifique como detentor de direitos autorais, este pode oferecer para terceiros as condições de utilização de suas obras ou fonogramas que constituam verdadeiras cessões de direitos ou licenças de uso, por meio de contratos eletrônicos (*smart contracts*). Tal estrutura jurídica torna pos-

³ Um NFT é uma informação registrada em uma *blockchain*. Caso tal informação esteja associada a um emissor que se qualifique como detentor de direitos autorais, este pode oferecer para terceiros as condições de utilização de suas obras ou fonogramas que constituam verdadeiras cessões de direitos ou licenças de uso, por meio de contratos eletrônicos (*smart contracts*). Tal estrutura jurídica torna possível, portanto, os “NFT 2.0”, ou seja, a distribuição direta de royalties, utilizando *tokens* não-fungíveis sobre uma camada de atribuição de direitos com base em *smart contracts*.

⁴ “A ideia para o *Age of Chains* surgiu em 2016 e começou a se desenvolver com o lançamento do nosso primeiro cartão, *Woodcoin’s Guardian*, em novembro de 2016.”. Disponível em: <https://www.ageofchains.com/about/>. Acesso em: 20 ago.2021.

⁵ KOBUS, Renata Carvalho; PELUSCI, Marina R. Ribeiro. BLOCKCHAIN: A solução para a proteção dos Direitos Autorais na Contemporaneidade Digital. In: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle (Orgs.). **Sociedade informacional & propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/12/1_Sociedade-informacional-propriedade-intelectual.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

sível, portanto, os “NFT 2.0”, ou seja, a distribuição direta de *royalties*, utilizando *tokens* não-fungíveis sobre uma camada de atribuição de direitos com base em *smart contracts*.⁶

O mercado de NFTs está em alta no meio das artes plásticas com as possibilidades das novas tecnologias por parte de artistas e juristas com interesses na propriedade intelectual, com a tecnologia de cadeias de blocos (*blockchain*) de forma mais ampla gerando novas oportunidades de ganhos em *Market places* criados exclusivamente para comercialização.⁷

Trata-se basicamente de uma nova tecnologia que busca criar artificialmente algo único no mundo digital. Isto, diferentemente das criptomoedas como o Bitcoin e de vários outros *tokens* utilitários, os NFTs não são mutuamente intercambiáveis, como uma coisa fungível, como o dinheiro que pode ser trocado por outro. Como por exemplo de uma cédula de 10 reais, que pode ser substituída por outra cédula de 10 reais, ou duas de 5 reais, mas vejam que o valor continua o mesmo – não necessitando ser aquela cédula específica de 10 reais. Existe, neste exemplo, a fungibilidade, ou seja, a possibilidade de troca sem a perda do valor.

Agora, por outro lado um exemplar do livro que uma editora produziu aos milhares, se um exemplar contiver com algum defeito de produção (faltando páginas, com impressão borrada, etc) é possível

⁶ PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: BLOCKCHAINS, MERCADO FONOGRAFICO E DISTRIBUIÇÃO DIRETA DE DIREITOS AUTORAIS NFT 2.0: Blockchains, phonographic market and direct distribution of copyrights. **Revista Rede Direito Digital, Intelectual & Sociedade**. Vol. 1, pg. 265. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/06/NFT-2.0-BLOCKCHAINS-MERCADO-FONOGRAFICO.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁷ LANA, Pedro de Perdigão. SOBRE NFTS E ESCULTURAS IMATERIAIS: a contínua expansão das fronteiras do mercado artístico e o alcance do Direito de Autor. *In*: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle (Orgs.). **Sociedade informacional & propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/12/1_Sociedade-informacional-propriedade-intelectual.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

a troca, pois trata-se de algo fungível. Um exemplar pode ser trocado por outro e o valor da obra continuará o mesmo.

No entanto, se ao adquirir a obra e, de algum modo, se consiga um autógrafo do autor, este exemplar em específico, passa a ter um elemento de valor que o torna insubstituível, ou seja infungível, visto que, possivelmente, ninguém mais terá um exemplar com aquele mesmo autógrafo; aquele volume em específico se tornou único.

Logo, simplificando para fins de um entendimento inicial, os NFT's seriam como aquele autógrafo que torna raro, único, exclusivo, ou seja, infungível, determinada criação do gênio humano – por mais que a obra possa ser reproduzida em série. Isto feito via uma *blockchain*, ou seja, uma espécie de “certificado digital” que goza de uma reputação enorme quanto a sua inviolabilidade – justamente por ser estruturada praticamente nos mesmos moldes em que se baseiam os *bitcoins* e as demais criptomoedas.

1 A TECNOLOGIA NFT NA DIGITALIZAÇÃO DE UMA OBRA DE ARTE

Uma obra de arte, seja uma pintura ou escultura, para o Direito Autoral são considerados como bens imateriais únicos e infungíveis. No Direito, um bem fungível é o que você pode substituir ou trocar por outro de igual qualidade. Uma pintura de Picasso é algo único, portanto insubstituível, e o seu desenho ganha valor econômico pela sua estética e pela escassez, por ser um único exemplar da obra.

A digitalização de um desenho de Picasso pode permitir um número infindável de reproduções digitais, porém, com a tecnologia NFT cria-se um tipo de *token* criptográfico que representaria esta obra como única, criando artificialmente uma singularidade digital.

As obras de arte são incontroversamente infungíveis, pois são únicas e insubstituíveis, como por exemplo uma pintura da Mona Lisa, uma escultura de Michelangelo ou uma sinfonia de Mozart.

Da mesma forma que um NFT – *token* não fungível representa algo específico e individual, e não pode ser substituído. Essa nova tecnologia NFT tem sido utilizada para criar uma escassez digital verificável, assim como propriedade digital e a possibilidade de interoperabilidade de ativos através de diversas plataformas.

Os chamados NFTs recentemente são usados em vários aplicativos que requerem itens digitais exclusivos, como arte criptográfica, cripto-colecionáveis e jogos criptografados.

O primeiro uso de NFTs relacionados a jogos foram os jogos de cartas cripto-colecionáveis. Projetos como *Age of Chains* e *Rare Pepes* têm usado o protocolo da plataforma *Counterparty* para emitir cartões de troca de *blockchain* como NFTs desde 2016.⁸

De lá para cá, começam novos modelos de negócios na INTERNET que com a utilização do NFTs possibilitam comprovar a autenticidade e a propriedade da arte no ambiente digital.

Foi assim o lançamento do *CryptoPunks* em junho de 2017 que pavimentou o caminho para a arte “rara” no *blockchain* do *Ethereum*. E depois do modelo do *CryptoPunks*, o *DADA.art* foi construído, que lançou o primeiro *marketplace* para arte digital rara em outubro de 2017.⁹

2 NFT E NOVAS QUESTÕES PARA OS DIREITOS AUTORAIS

A tecnologia NFT no mundo das artes tem sido propalada como um modelo de proteção dos Direitos Autorais no ambiente digital para dar garantias de origem no comércio das obras artísticas, bem como maior segurança jurídica aos contratos.

⁸ Disponível em: <https://news.bitcoin.com/rare-pepe-blockchain-cards-produce-more-value-than-most-icos/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

⁹ Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/o-que-sao-cryptopunks-e-por-que-estao-bombando-no-mundo-artistico-dos-tokens-nfts/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

A questão que se coloca, é: Será que a tecnologia NFT revolucionará os Direitos Autorais? Temos aqui duas correntes de pensamentos com entendimento distintos e divergentes, que podem ser assim sintetizadas para a questão:

A primeira entendendo que o NFT vai efetivamente proteger as obras autorais, garantindo a autenticidade e propriedade no ambiente digital.

A segunda entende que o Direito Autoral nada tem a dizer sobre os NFT pois seriam apenas uma nova forma de autenticidade e registro.

Diante desta divergência, necessário compreender com maior profundidade a tecnologia NFT que está subjacente e o tipos de usos que esta pode ter no mundo das artes, nos museus e nas galerias.

3 OS TIPOS DE NFTS UTILIZADOS NO MUNDO DAS ARTES DIGITAIS

Observa-se que existem atualmente dois tipos básicos de NFTs os quais são completamente distintos em sua essência e no seu custo, o que determina as limitações em sua utilização no mundo das artes digitais, aqui denominados: (i) **NFT incorporado** e (ii) **NFT simples**.

O primeiro tipo, aqui denominado de **NFT incorporado** é quando a obra em si é digitalizada (quadro, música ou escultura) é carregada e/ou incorporada no *blockchain*, o que demanda maior custo e gasto energético em sua produção;

O segundo tipo, aqui denominado de **NFT simples**, será quando a obra de arte não está digitalizada e não é carregada, sendo este o tipo o mais comum hoje pelo seu baixo custo.

Assim, neste tipo de **NFT simples**, este seria apenas um certificado de propriedade da obra.

4 A TECNOLOGIA NFT E AS POSSIBILIDADES DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Independentemente do tipo de tecnologia de NFT, com a obra incorporada no Token ou simples registro no Token, o uso indevido poderá vir a ser caracterizado como uma violação de direitos autorais, nas seguintes hipóteses:

- (i) Quando se criar um NFT sem autorização do legítimo titular da obra. Como por exemplo: se uma pessoa qualquer pegar uma fotografia tirada por um terceiro, ato contínuo digitalizar criando um NFT sem que o verdadeiro fotógrafo tenha conhecimento;
- (ii) Quando se criar um NFT de uma obra anteriormente licenciada por *Creative Commons*, mas a pessoa detentora do NFT por decisão própria ultrapassar os limites da licença. A exemplo de uma licenciada inicialmente sem finalidades comerciais ou remuneração, venha a ser objeto de um NFT que desrespeite a licença e comece a auferir lucros.

Para muitos juristas, a única relação do NFT com o direito autoral seria a caracterização desses usos não autorizados.

5 A TECNOLOGIA NFT UM NOVO SUPORTE DIGITAL DE FIXAÇÃO DA OBRA DE ARTE

A utilização da tecnologia NFT está apenas começando, modelos de negócio estão surgindo com o uso mais intenso dessa nova Tecnologia Token não fungível (NFT).

A questão se coloca: Seria o **NFT incorporado** um tipo especial de token criptográfico que representaria algo único um novo, capaz de se constituir um tipo novo de suporte de uma obra protegida pelo Direito Autoral?

A Lei n. 9.610/98 de Direito Autoral – LDA no seu artigo 7º é bem clara quando estabelece sobre as Obras Protegidas:

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.¹⁰

Numa primeira vista, uma resposta linear e simplista, poderia concluir, o **NFT incorporado** com a obra de arte, deixando de lado a questão dos custos, que poderia inviabilizar esta prática, seria um novo suporte. Isto porque, a obra digital teria sido carregada.

Assim, nesta perspectiva inicial, o ato de carregamento de uma obra digital para um determinado NFT seria um novo suporte digital da obra e concomitantemente uma nova forma de registro de autenticidade.

Contudo, analisando com mais profundidade outras formas de uso, a resposta poderia ser completamente distinta.

Como por exemplo, quando se tratar de uma digitalização de uma obra analógica, como um quadro de Picasso, uma vez digitalizado carregado pelo *blockchain*,¹¹ o NFT seria considerado como uma reprodução.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

¹¹ “Por definição, o *Blockchain* pode ser entendido como uma cadeia de blocos que contém informações, em outras palavras, um livro razão distribuído que pode ser aberto (ou não) a qualquer pessoa. Em outras palavras, pode ser classificado como um tipo de DLT (“*Distributed Ledger Technologies*”), que nasceu devido à necessidade de retirar o intermediário em transações e da crescente preocupação na geração de relações de confiança e escassez dentro de uma rede. Conforme Wright e De Filippi, (2015), este livro-razão distribuído pode ser aplicado para interromper qualquer sistema centralizado que coordena informações de valor. Ou seja, uma tecnologia voltada para a descentralização.” OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti de; CEBRIAN, Fabiana Faraco. BLOCKCHAIN E OS ATRIBUTOS DA

5.1 O USO ABUSIVO DA TECNOLOGIA NFT PARA CRIAR ESCASSEZ

As novas tecnologias digitais possuem como característica, infindáveis potencialidades de criação e difusão de obras intelectuais, através da própria INTERNET, disponibilizando e tornando acessível por meio de aplicativos uma base de dados, que a cada dia se ampliam numa velocidade surpreendente.

A cada conquista tecnológica é acompanhada do surgimento de novos desafios para o Direito. Isto desde a invenção da impressão gráfica com os tipos móveis por Gutenberg. Indubitavelmente, o surgimento desta nova tecnologia trouxe novos contornos à propriedade intelectual, mais especificamente na tutela jurídica dos direitos do criador da obra.

Estas conquistas tecnológicas estimularam o surgimento de Tratados Internacionais norteadores de legislações estrangeiras, como também do direito brasileiro, que sempre tiveram como norte, a proteção das obras de arte que são fruto da exteriorização do intelecto humano fixadas em qualquer tipo de suporte.

5.2 NFT E ESCULTURAS IMAGINÁRIAS

A tecnologia NFT no mercado da arte tem protagonizado casos inéditos envolvendo leilões de obras imaginárias, como no caso do artista Salvatore Garau, o qual registrou como sua uma escultura imaterial (sem existência física) somente uma concepção abstrata ainda no plano puramente das ideias.

TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA COMO ELEMENTOS CENTRAIS NO REGISTRO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SOFTWARES. *In: Anais do XIV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público* (2021: Curitiba, PR) Organizadores: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Sérgio Said Staut Jr. e Marcia Carla Pereira Ribeiro.

Ato contínuo a escultura imaginária denominada “Io sono”, de Salvatore Garau foi registrada em abril de 2021 como um tokens não fungíveis (NFTs), cuja descrição indica ser necessário um espaço livre de aproximadamente cm 150×150 de uma obra invisível, frise-se intangível pelos sentidos.

A escultura imaginária foi levada pela Galeria Art-Rite de Milão a leilão, sendo arrematada pelo valor de 15 mil euros, uma obra sem existência física (área marcada com fita adesiva no chão) teve assim sua comercialização por meio de NFTs.¹²

É preciso deixar claro que, o Direito Autoral protege as obras intelectuais expressas fixadas em qualquer suporte. Assim as relações de equivalência entre a expressão intelectual da ideia do autor e a obrigatoriedade de fixação é que está na origem da tutela jurídica autoral, a obra de arte se vincula a sua existência para ser protegida. A ideia em abstrato ou a sua mera concepção sem a obra em si está fora do alcance de proteção pelo Direito Autoral.

Portanto, no caso de NFT de Escultura Imaginária, este, está fora do âmbito do Direito Autoral, com base no estabelecido pela legislação brasileira (art. 7º da Lei n. 9.610/98 – LDA), a qual está alinhada tratamento internacional para a tutela da obra de arte, que desde a Convenção de Paris (1883) estabelece o caráter imaterial do bem intelectual distinto de qualquer forma física que lhe dê suporte.

Por outro lado, outra questão pode ser aventada, vez que a Escultura Imaginária não sendo tutelada pelo direito Autoral, poderia esta, enquanto ideia em abstrato ou mesmo, como uma mera informação ser apropriada de forma privada num tipo especial de token criptográfico que representa algo único num NFT?

A resposta também será negativa, pois a informação é de livre fluxo e a ideia em abstrato não possui proteção, mesmo que registrada

¹² Disponível em: <https://mag.sapo.pt/showbiz/artigos/io-sono-escultura-invisivel-de-salvatore-garau-vendida-em-leilao-por-15-mil-euros>. Acesso em: 20 ago. 2021.

num NTF será sempre uma informação que está dissociada de uma estrutura jurídica que torne possível assegurar qualquer tipo de tutela, direta ou indireta de distribuição de royalties, com base em *smart contracts*.

A informação ou a ideia em abstrato da obra de arte sem a materialidade de sua expressão é de livre fluxo, não podendo ser restrita ou apropriada por meio de uma nova tecnologia que venha criar artificialmente algo único como um NFT.

6 NFT E DESTRUIÇÃO CRIATIVA

A tecnologia NFT, recentemente protagonizou no dia 15 de julho de 2021 no mercado da arte, outro caso inédito de repercussão internacional.

O Grupo Unique One que havia comprado num leilão na Christie's por U\$ 20 mil dólares uma obra de arte original de Pablo Picasso conhecida como “Fumeru V”, divulgou pelas redes sociais cenas e vídeos da destruição deliberada da obra, tudo para fossem criados dois NFTs, um representando a peça original antes que fosse queimada e o outro, representando os restos incinerados da peça.¹³

O ato denominado pelo grupo de “Destruição Criativa” foi registrado no site do coletivo como sendo “The Burned Picasso”. A ideia inicial era criar apenas um NFT, porém como nas cinzas da peça de Picasso mantiveram uma imagem do desenho, resolveram criar o segundo NFT adicional, quais sejam: Os “The Burned Picasso 1” e “The Burned Picasso 2”

As questões se colocam: O que é destruição criativa? O ato deliberado de destruição de uma obra de arte, enquanto manifestação artística é ultrajante ou genial? A tutela jurídica da obra autoral pode

¹³ Disponível em: <https://tecnoblog.net/463741/grupo-queima-obra-original-de-picasso-para-eterniza-la-como-nft/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

proteger contra tal tipo deliberado de destruição? A destruição de uma atinge o patrimônio cultural de uma nação?

Em primeiro lugar é preciso que se esclareça que a expressão “Destruição Criativa” é um conceito econômico que nada tem a ver com processos criativos na arte.

A expressão Destruição Criativa é um conceito criado por Joseph Schumpeter que se popularizou nos anos de 1950, dentro do contexto do pensamento econômico do neoliberalismo e do neoconservadorismo, como um processo de destruição criadora que seria o fato essencial do capitalismo. Thomas K. McCraw. Profeta da Inovação. Joseph Schumpeter e Creative Destruction. Harvard University Press, 2007.¹⁴ Schumpeter entendia que para a superar um ciclo econômico ou um paradigma técnico no mercado, o processo de superação aconteceria através da falência de diversas empresas, setores e iniciativas. Tal destruição faria com que surgissem novas criações e inovações.

O ato deliberado de destruição de uma peça de Picasso pelo comprador extrapola seus direitos como proprietário, pois viola os direitos morais que o autor possui sobre a sua obra, os quais são irrenunciáveis e inalienáveis a teor do artigo 24 da LDA.

O Direito de Integridade que o autor possui sobre sua obra, consiste na possibilidade de se opor contra quaisquer alterações não autorizadas, desde que tais alterações reflitam sobre a sua pessoa, atingindo sua própria honra. A exemplo de uma obra fotográfica protegida, não poderá ser reproduzida se não tiver em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do fotografo. Assim uma fotografia não poderá ser recortada ou deformada para eventual utilização numa capa ou num site, conforme o artigo 79 da LDA.

¹⁴ MCCRAW, Thomas K. Profeta da Inovação. **Joseph Schumpeter e Creative Destruction**. Harvard University Press, 2007.

No caso a integridade do desenho de Picasso foi violada sem expressa autorização do pintor ou de seus herdeiros, sendo o desenho queimado e deformado utilizado para a criação de NFTs.

A dimensão pública da obra de Picasso extrapola o objeto físico em que ele foi expresso, na medida que incorporada está ao patrimônio cultural de uma nação, que também por este prisma merece proteção. Imaginar que uma pintura como Guernica de Picasso, viesse a ser queimada como uma manifestação artística de uma destruição criativa do seu proprietário, seria uma barbárie cultural.

Tal ato seria, para além da violação dos Direitos Morais do Autor, um delito contra o patrimônio cultural da nação espanhola, pois, Guernica de Picasso é uma das mais famosas pinturas não só do conhecido pintor, como também uma obra central do movimento cubista e reveladora de todo um significado cultural dos efeitos da guerra espanhola no século XX.

A expressão de Destruição Criativa não se aplica ao ato de queimar deliberadamente uma obra de arte, nem se justifica no contexto do pensamento econômico de Schumpeter, pois tal destruição da peça de Picasso não faz surgir novas criações e inovações.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE NFT

As obras intelectuais são tuteladas como criações artísticas expressas e fixadas em um suporte, o ato de criação de um NFT deve ser um instrumento tecnológico que auxilie a proteção da obra autoral, tal como uma nova forma de registro de autenticidade.

Por certo, novos usos desta tecnologia de NFTs ainda surgirão, criando novas modalidades de exploração econômica das obras de arte, sem que implique a destruição da obra, pois deverão ser balizadas pelas normas jurídicas internacionais e nacionais existentes, a fim de propiciar segurança jurídica aos autores.

A tecnologia de tokens NFT não pode ser apenas uma forma criar uma artificial de escassez para buscar vantagens econômicas, para receber royalties de obras inexistentes, destruídas ou imaginárias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

KOBUS, Renata Carvalho; PELUSCI, Marina R. Ribeiro. BLOCKCHAIN: A solução para a proteção dos Direitos Autorais na Contemporaneidade Digital. *In: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle (Orgs.). Sociedade informacional & propriedade intelectual*. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/12/1_Sociedade-informacional-propriedade-intelectual.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

LANA, Pedro de Perdigão. SOBRE NFTS E ESCULTURAS IMATERIAIS: a contínua expansão das fronteiras do mercado artístico e o alcance do Direito de Autor. *In: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle (Orgs.). Sociedade informacional & propriedade intelectual*. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/12/1_Sociedade-informacional-propriedade-intelectual.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

MCCRAW, Thomas K. Profeta da Inovação. **Joseph Schumpeter e Creative Destruction**. Harvard University Press, 2007.

OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti de; CEBRIAN, Fabiana Faraco. BLOCKCHAIN E OS ATRIBUTOS DA TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA COMO ELEMENTOS CENTRAIS NO REGISTRO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SOFTWARES. *In: Anais do XIV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público* (2021: Curitiba, PR) Organizadores: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Sérgio Said Staut Jr. e Marcia Carla Pereira Ribeiro.

PESSERL, Alexandre. NFT 2.0: BLOCKCHAINS, MERCADO FONOGRAFICO E DISTRIBUIÇÃO DIRETA DE DIREITOS AUTORAIS NFT 2.0: Blockchains, phonographic market and direct distribution of copyrights. **Revista Rede Direito Digital, Intelectual & Sociedade**. Vol. 1, pg. 265. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/06/NFT-2.0-BLOCKCHAINS-MERCADO-FONOGRAFICO.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Sites consultados:

Disponível em: <https://news.bitcoin.com/rare-pepe-blockchain-cards-produce-more-value-than-most-icos/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/o-que-sao-cryptopunks-e-por-que-estao-bombando-no-mundo-artistico-dos-tokens-nfts/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

Disponível em: <https://mag.sapo.pt/showbiz/artigos/io-sono-escultura-invisivel-de-salvatore-garau-vendida-em-leilao-por-15-mil-euros>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Disponível em: <https://tecnoblog.net/463741/grupo-queima-obra-original-de-picasso-para-eterniza-la-como-nft/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

OS DIREITOS AUTORAIS DE ARTISTAS MUSICAIS NA ERA CONTEMPORÂNEA DO STREAMING

*Amanda Gomes Camilo de Souza*¹

RESUMO: A literatura narra que o direito autoral muda conforme a tecnologia para disponibilização de obras intelectuais evolui. O objetivo do trabalho consistiu em compreender como o *streaming* impacta na indústria cultural, com foco na análise de seu efeito nos direitos autorais dos artistas musicais, em comparação com o risco da pirataria, verificando se este impacto é benéfico ou maléfico para a proteção dos direitos autorais correspondentes. A pesquisa foi construída com base na metodologia bibliográfica qualitativa, com leitura de doutrina jurídica correspondente aos direitos autorais e às decisões judiciais relativas à temática. Além disso, foram realizadas entrevistas com dois artistas musicais, uma banda independente de Brasília e uma cantora carioca, que se reinventaram na era atual de difusão do *streaming*. Concluiu-se que, embora as plataformas de *streaming* possam parecer uma solução para o antigo fenômeno da pirataria, não se pode afirmar que o comércio ilegal de itens intelectuais será definitivamente extinto. Além disso, observa-se que o aumento da audiência das plataformas de *streaming* permite uma maior democratização informacional e cultural, ao mesmo tempo que coaduna com as diretrizes de reconhecimento autoral, pela simplificação do processo de exposição de trabalhos e pela facilitação da autossuficiência de artistas independentes, sem vinculação a selos ou gravadoras.

Palavras-chave: Direito autoral; *Streaming*; Distribuição digital.

¹ Graduada em Biblioteconomia pela Universidade de Brasília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho – 10ª Região (TRT10).

1 DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO AO CONHECIMENTO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Percebe-se, no contexto do Brasil, que há desequilíbrio entre os direitos de autor e os direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, como é de opinião de Wachowicz (2015, p. 552). Para adentrar na discussão acerca do direito autoral de artistas musicais sob a ótica do *streaming*, torna-se necessário contextualizar a história e as relações sociais envolvidas em tal sistema.

Historicamente, o direito autoral já foi utilizado como forma de se privar o acesso a informações e ao conhecimento, como contextualiza Vianna (2005), que conta que a origem do direito autoral no cenário europeu medieval, deu-se pela dificuldade de reproduzir originais, e que tais barreiras eram utilizadas como ferramentas de controle ideológico pelas camadas de poder vigentes.

Dessa maneira, o soberano, por temer a democratização informacional, encontrou meio de impedir o aumento da disseminação cultural, por meio da concessão do monopólio de comercialização de títulos aos donos de meios de produção bibliográficas, desde que esses desfavorecessem conteúdos contrários aos poderosos da época (VIANNA, 2005).

Uma vez que a distribuição era limitada ao número de cópias, não se percebia, à época, intenção de proteger o direito autoral, mas sim o de garantir o direito da cópia, ou reprodução, fato que originou o chamado *copyright*. Quando surgiu o sistema capitalista, houve pressão para que as obras fossem consideradas propriedades incorpóreas (imateriais) dos autores, já que a propriedade engloba o direito de usar, gozar e dispor com exclusividade de algo (VIANNA, 2005).

Lemos e Castro *et. al.* (2008, p. 151) contam que “os direitos autorais nasceram acompanhados de uma concepção individualista dos ideais iluministas.” Entretanto, a base para instituição dos direitos de autor deu-se sob o argumento de estímulo à criação, uma vez que o

artista necessitaria de incentivos para manter-se em um caminho criativo. (LEMOS; CASTRO et. al., 2008, p. 151)

O fato gerador de direitos morais do autor é a criação, a expressão estética e formal registrada em qualquer suporte intangível ou tangível, independente de formalidades por registros públicos ou particulares, enquanto o fato gerador de ordem patrimonial é a publicação de uma obra, como explica Abrão (2016, p. 66).

Ao voltarmos à atualidade, nas palavras de Schaal e Caparelli (2016, p. 51, 61), neste diapasão, há um permanente conflito entre direitos de personalidade e liberdade de expressão. As autoras comentam que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678/1992, defende a liberdade de busca, recepção e difusão de informações e ideias, bem como repudia a censura ao defender a liberdade de expressão, assegurada a reputação e respeito a demais direitos. (SCHAAL; CAPARELLI, 2016, p. 51, 61)

A legislação brasileira, de acordo com Wachowicz (2015, p. 554), estabelece proteção ao direito autoral entre os direitos fundamentais constitucionais (artigo 5, inciso XXVII), assim como defende o direito de acesso à informação (artigo 5, inciso XIV), o direito à educação (artigos 6 e 205), o direito de acesso dos cidadãos à cultura (artigo 215), e o princípio da função social da propriedade (artigo 170, inciso III).

O teórico pondera que há desequilíbrio entre os interesses públicos constitucionais, e que a Lei de Direito Autoral (Lei n.º 9.610/1998) impõe barreiras ao exercício de tais direitos, pois não se pode copiar integralmente uma obra sem finalidade lucrativa quando não autorizado pelo autor; não se pode reproduzir obras de acervos de bibliotecas com fins de restauro e preservação; impede-se a reprodução de obras voltadas a pessoas com deficiência física; e não se exige de autorização a digitalização de acervos para preservar seu conteúdo. (WACHOWICZ, 2015, p. 554)

Assim, percebe-se que, embora a Lei de Direito Autoral prime pela proteção ao autor acima de outros interesses sociais, cabe ao legislador brasileiro repensar o *animus* daquele que utiliza obras intelectuais com intuítos beneficentes e sem vistas ao locupletamento.

Lemos e Castro *et al* (2008) assentam outras pesquisas que citam o amplo acesso da população de baixa renda a materiais de entretenimento por meio da distribuição fora do circuito mercadológico convencional. “No entanto, quando um provedor permite a veiculação de uma obra intelectual, **e com isso obtém lucro**, estamos diante de uma infração a direito de autor”. (CAPARELLI; ZINNI, 2016, p. 77, grifo nosso)

Ainda nas palavras de Caparelli e Zinni (2016, p. 78), *downloads* realizados fora dos serviços de *streaming*, de forma gratuita, seriam exemplos de impossibilidade de mensuração dos prejuízos de quem deixou de ser devidamente remunerado. As autoras destacam que a discussão entre direito autoral e distribuição de mídias culturais “[...] surge à medida que isto vai de encontro à função social da propriedade intelectual, visto que defendendo a função social surgem teorias mais benéficas à exploração da obra do que os direitos de seu titular.” (CAPARELLI, ZINNI, 2016, p. 79)

Essa discussão entre as funções sociais e de propriedade de autor estão presentes nos muitos projetos de lei que buscam equilibrar as expectativas dos vários interessados neste sistema de consumo. No primeiro semestre de 2021, ao se pesquisar por projetos de lei sobre direito autoral no Brasil, em tramitação na Câmara dos Deputados, foram recuperadas 127 proposições entre os anos 1991 e 2021 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021). Já no Senado Federal, em tramitação, foram recuperados 9 projetos de leis ordinárias acerca do assunto. (SENADO FEDERAL, 2021).

Além da necessidade de acompanhamento legislativo das mudanças sociais e tecnológicas exemplificadas, urge-se pelo desligamento a conceitos e concepções antigos no campo do direito autoral,

pois os avanços devem ser interpretados a favor do Direito e em benefício de criadores intelectuais, de forma que é necessária a análise de novas tendências de forma aprofundada. (ROCHA; SALDANHA, 2020)

Verifica-se, assim, que a discussão entre a função social de acesso ao conhecimento e a informação em relação à função de propriedade do autor de obras intelectuais e artísticas está envolta em aspectos que não se restringem à relação autor-consumidor, mas também de terceiros que se locupletam ao permear pela transmissão de produções intelectuais sem o consentimento de seus idealizadores ou detentores de autorização para tal, como delineado nos tópicos seguintes.

2 DIREITOS AUTORAIS E MÍDIAS DIGITAIS

Quando se pesquisa por padronizações normativas de direito autoral entre o Brasil e outros países, percebe-se, na literatura, que há muita heterogeneidade entre as realidades sociais e sistemas legais dos diversos signatários de tratados sobre propriedade intelectual.

Acerca da necessidade de se reconhecer o trabalho do autor, Chinelatto (2018) defendeu, no XIII Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro de Estudos Jurídicos, a ideia de que o direito autoral é a premissa que permite remunerar o autor por seu trabalho:

Os direitos patrimoniais são muito importantes. [...] O autor é um trabalhador, e o produto do seu trabalho deve ser recompensado. O valor do trabalho está na nossa Constituição. Não se pode conceber um autor como um diletante. O autor é um trabalhador, a obra é seu trabalho. Opera, em latim, é obra. (CHINELLATO, 2018)

Castilho e Costa (2020) complementam a tese da autora ao apresentar artigo sobre o direito autoral do empregado autor: em síntese, o empregado brasileiro será sempre reconhecido por ter criado uma

obra (direito moral), independente de cláusulas contratuais de trabalho, embora possa, por meio de contrato laboral ou civil, transferir ao empregador os direitos patrimoniais a que tenha direito.

Torna-se premente trazer ao tema a distribuição de dados e obras intelectuais digitais em detrimento da circulação de itens físicos. Com o passar do tempo e da conseqüente evolução tecnológica, Nogueira (2013) explica que houve aumento do movimento interativo via Internet e que, além de aspectos econômicos e sociais, cresceu também a aquisição de conexão banda larga e de compra de celulares, tecnologias móveis e computadores.

Ante os novos movimentos de consumo digital e midiático, Portugal (2016, p. 72) suscita a urgência de artistas por *shows* nos tempos atuais para compensar os números de vendas de álbuns, pelo fato de a música ter se tornado meio de divulgação, e não produto de comércio, o que gerou fenômenos como a venda de *CDs* panfletários, sem a preocupação com qualidade de mídia musical, mas com foco em uma ampliação de seu público pelo *marketing* que esses discos de baixa produção e rápida comercialização ofertavam.

Ao comentar a indústria cultural estadunidense, por outro lado, Witt (2015) explica ao leitor que a indústria fonográfica gerava empregos quando de sua produção fabril, mas não valorizava os autores de seus materiais, por sempre visar mais lucro, o que tornava alguns cantores devedores – e não credores de grandes sucessos – pelo sistema de uso de seus direitos para pagamento dos adiantamentos por seu trabalho.

Da mesma forma, nesse contexto estrangeiro, Witt (2015) aponta o decrescente número de investimentos em músicas gravadas em estúdio enquanto cresciam os circuitos de turnês e festivais nos Estados Unidos, balizados pelas receitas geradas por *streaming* e vídeos virais. O autor relata que “em 2013, as receitas geradas pela assinatura e pela venda de anúncios dos serviços de *streaming* pela primeira vez ultrapassaram 1 bilhão de dólares. (WITT, 2015, posição 4211)

Sob outro olhar acerca das mídias físicas, como *CDs*, Bezerra (2012) vai ao encontro do que Soilo (2020) pontua em relação à dificuldade de as políticas públicas combaterem a distribuição ilegal desse material, pois, de acordo com o autor, as ações governamentais (no caso, municipais) não eram suficientes, à data de seu estudo, para impedir ou coibir vendedores ambulantes – camelôs – de *DVDs* e *CDs* piratas.

Acerca das motivações desse trabalho informal, o autor traz à tona a alta lucratividade do negócio para os sujeitos do comércio ilegal, bem como aponta que os camelôs veem a atividade como forma de empreendedorismo e autogestão laboral (BEZERRA, 2012).

Já no tocante aos usuários de compartilhamento *online*, Castro (2006) esclarece que

Por seu turno, além de protegidos pelo anonimato da rede, usuários de serviços de compartilhamento gratuito se sentem psicologicamente legitimados pela adesão de milhares de outros pares na prática do troca-troca de arquivos de música via Internet. A maioria desses internautas não considera ‘propriamente um crime’ baixar música de graça para consumo próprio. Segundo essa percepção, permitir que outros usuários de sistemas *peer-to-peer* acessem e baixem músicas de suas coleções através da rede assemelha-se a emprestar *CDs* que outros podem ouvir e copiar. Tais práticas não costumam ser percebidas como pirataria ou crime, mas como mero compartilhar entre amigos. Entretanto, a maioria dos internautas que entrevistamos reconhece como crime fabricar e vender *CDs* falsificados nas ruas da cidade. Como fica evidente, a venda (*sic*) produtos falsificados é mais claramente percebida como crime do que o ato da compra desses produtos. (CASTRO, 2006, p. 3)

Na linha de pensamento de consumo de conteúdos de mídias no histórico *CD-camelôs-compartilhamento-streaming*, muito interessa ao Direito debater essa última forma de acesso a obras e o funcionamento de repasses financeiros aos idealizadores dessas.

3 O COMBATE À PIRATARIA POR MEIO DA DISTRIBUIÇÃO DIGITAL

Nos debates atuais acerca da pirataria, ou seja, da distribuição de produtos culturais e midiáticos por fontes não autorizadas, vislumbra-se um receio de que os autores originais e distribuidores, por eles autorizados, sejam lesados financeiramente. “Na verdade, a pirataria assola as indústrias artísticas desde a invenção dos tipos móveis, e, no contexto da violação de direitos autorais, o termo ‘pirata’ tinha mais de trezentos anos.” (WITT, 2015, posição 1328)

Mesmo nas antigas civilizações grega e romana, já havia discussões sobre a titularidade dos direitos autorais, pois a opinião pública já menosprezava plagiadores, embora não se conseguisse buscar dentro da legislação soluções efetivas para coibir a indevida reprodução dos trabalhos que não pertencem a quem os divulga (CASTILHO; COSTA, 2020).

Vale dizer que o crescimento da valorização do direito autoral esteve diretamente relacionado com os interesses econômicos e políticos do momento, pois o que se desejava era proteger os lucros que poderiam advir de determinada obra e não ela em si. (CASTILHO; COSTA, 2020, p. 85)

Conforme os artigos 28 e 29 da Lei de Direito Autoral (Lei n.º 9.610/1998), cabe ao autor o direito exclusivo de autorizar a reprodução, edição, adaptação, tradução, exibição audiovisual, execução musical ou qualquer outra modalidade de uso (BRASIL, 1998). Destaque-se o inciso VII do artigo 29, que inclui no rol de autorização do autor

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)

Percebe-se que, muitas vezes, a motivação para o consumo de produtos culturais originados da pirataria são os seus altos custos de distribuição. Nesse âmbito, há crescente independência de autores para produção e distribuição de suas criações, de forma a baratear e incentivar seu consumo. De acordo com Silva (2009, p. 154),

A internet modificou o modo de se produzir e experimentar a cultura. Haja vista seu caráter hipermediático promovido pela web, que fez surgir uma nova categoria musical: a virtualização da música. Em suma, podemos dizer que toda obra musical é passível de compactação e difusão, à maneira de um arquivo de texto ou imagem.

O pesquisador, ao analisar o fenômeno do tecnobrega, elucida que esses artistas encontram-se num novo mercado de entretenimento, uma vez que os *CDs* e *DVDs* são entregues aos ouvintes sem intervenção de lojas (SILVA, 2009, p. 169).

O artigo de Bezerra (2012) também debate as motivações do trabalho informal de camelôs que comercializavam mídias piratas, ou seja, cópias ilegais de músicas e filmes por meio de *CDs* e *DVDs*. O autor traz à tona a alta lucratividade do negócio para os sujeitos do comércio ilegal, bem como aponta que os camelôs relatam a atividade como forma de empreendedorismo e autogestão laboral, uma vez que em pouco tempo de vendas nas ruas arrecadavam mais que no comércio de produtos alimentícios, por exemplo, e poderiam decidir a que momento terminar suas atividades e retornar às suas casas.

À época do artigo, o ano de 2012, destacava-se o intermediador de mídias piratas – o camelô – como figura facilitadora de acesso às mídias culturais devido às limitações tecnológicas e econômicas da maioria dos brasileiros, pois, de acordo com o autor, sem tais entraves,

o próprio consumidor de conteúdos tentaria acessá-los por meio de *download* ou *streaming* (BEZERRA, 2012).

Assim descreve, o autor:

Espalhados pelas calçadas, existem camelôs que vendem todos os tipos de produto e, dentre as mercadorias piratas, há clara vantagem numérica para os DVDs de filmes. Isso é parcialmente explicado pela dificuldade dos usuários brasileiros em ‘baixar’ filmes – ocasionada por uma combinação do grande tamanho dos arquivos digitais e da baixa velocidade de conexão à internet no Brasil, o que causa morosidade nos acessos de conteúdo audiovisual via *download* e *streaming*. (BEZERRA, 2012, p. 639)

Acerca dos camelôs, no contexto do Pará, Lemos e Castro *et al* (2008) e Silva (2009) relatam que a maioria (88%) dos artistas do tecnobrega do Pará nunca tiveram contato com selos ou gravadoras, e que os camelôs tornaram-se agentes de divulgação fonográficos, pois 51% promoviam suas músicas por camelôs, e 59% dos artistas avaliavam de forma positiva tal intermediação. (LEMOS; CASTRO *et. al.*, 2008; SILVA, 2009, p. 171).

Foi estimado em 80% o número de vendas de *CDs* e *DVDs* por meio de reprodutores não autorizados – camelôs –, que não ofereciam qualquer lucro direto às bandas, mas que divulgam as músicas e intérpretes não só pelo estado do Pará, mas também em outras regiões (LEMOS; CASTRO *et. al.*, 2008; SILVA, 2009, p. 171).

Essas novas dinâmicas de mercado podem ser analisadas pelo “alto preço das variadas mídias (como *software* ou *DVD*), a baixa renda local de países em desenvolvimento, a difusão da tecnologia e as rápidas mudanças na cultura e no consumo”. (FERES; OLIVEIRA; GONÇALVES, 2017)

A esse ponto, de ampliação do acesso às suas obras, soma-se a rapidez de comunicação e distribuição, como exemplificam Lemos e

Castro *et. al.* (2008), ao citar os artistas do Pará que contam com a celeridade da distribuição via camelôs para que seus trabalhos sejam divulgados ao maior número possível de ouvintes.

Interessante aqui são as observações de Soilo (2020) sobre a conceituação do fenômeno “pirataria”. A autora ressalta que, mesmo que o conteúdo disponibilizado *online* esteja fora do circuito de distribuição nas ruas e camelôs, por exemplo, há que se cuidar para que o serviço de *streaming* não aja fora da legalidade de forma a ser taxado como piratas:

Assim como os agentes ‘piratas’, muitos atores que conformam e integram a indústria do entretenimento por meio dos serviços de *streaming* também se percebem não observando leis de proteção intelectual. Ao longo desta pesquisa, tal circunstância se mostrou recorrente. Os canais de busca na internet apresentavam-me diversas acusações de violações de direitos autorais contra estes serviços, muitos dos quais apresentavam discursos de combate à ‘pirataria’ (SOILO, 2020, p. 4)

Com o surgimento do *streaming*, alguns teóricos, intuem que as mídias físicas culturais, como o *CD* e o *DVD* são produtos que não desaparecerão, mas que revisitarão o conceito de escassez (e.g. VIANNA, 2005) como forma de valorização, pois podem passar a ser objetos de interesse por colecionadores e entusiastas.

No próximo tópico, buscou-se compreender se o *streaming* pode agir como forma legalizada de entretenimento e formação cultural em detrimento da pirataria, muitas vezes ocasionada pelo fácil lucro obtido das violações autorais. Do mesmo modo, procurou-se entender se a disponibilização gratuita de conteúdos via Internet pode atrair mais ouvintes, leitores e consumidores de informação, o que aumentaria o público dos criadores intelectuais e enalteceria as poucas cópias de obras em suportes físicos, que passaram a ser revistos como objetos de coleção e maior apreço, além de democratizar o conhecimento.

4 STREAMING E A INDÚSTRIA CULTURAL

Para Soilo (2020, p.2),

O *streaming*, [...] corresponde à técnica que envia a dispositivos digitais conectados à internet informações de áudio e vídeo em fluxo contínuo. A transmissão de dados se dá de modo instantâneo, diferentemente do acesso ao conteúdo proveniente do download – em que há a espera de pacotes enviados por servidores para o acesso completo ao material multimídia.

Na linha do Recurso Especial n.º 1.559.264 RJ (BRASIL, 2017), tem-se a definição do *streaming* como a tecnologia de transmissão de dados e informações de forma contínua pela Internet, sem a necessidade de *download* para execução do arquivo que se deseja utilizar. Resumidamente,

Em termos jurídicos, equivale a dizer que o arquivo de dados em questão entra apenas na esfera de uso do usuário, não chegando a ingressar na sua esfera de disponibilidade. Concede-se, dessa feita, uma licença provisória que pode ser usada enquanto o usuário está conectado e que, por impossibilidade de procedimentos, não poderá ser repassada a outrem ou, mesmo, armazenada na memória definitiva do dispositivo. Sendo assim, não seria possível ao usuário dispor do arquivo de dados para transferi-lo, gratuita ou onerosamente, a outros usuários (VILELA, 2016, p. 364)

Moschetta e Vieira (2018, p. 259) sugerem que, com o *streaming*, “a reprodução da música gravada, portanto, deixa de ser um bem e transforma-se em um serviço”. Serviço esse que vem utilizando de algoritmos e estatísticas de uso para oferecer ao usuário sugestões de nichos musicais, o que transmite uma sensação de participação ativa, de liberdade e de serendipidade ao descobrir novos gostos e ídolos por meio das plataformas. (MOSCHETTA; VIEIRA, 2018)

Entretanto, como apontado por diversos teóricos, nem tudo está certo no sistema de uso e consumo desses serviços frente aos dispositivos legais que regulam a matéria. Apontam Rocha e Saldanha (2020) que o Estado deve acompanhar o uso dessas novas tecnologias, de forma a vislumbrar os devidos trâmites de disponibilização e uso de obras, sem esquecer do incentivo ao conhecimento e à cultura, isto é,

[...] uma solução pacífica entre a função social da propriedade fruto da atividade intelectual literária ou artística e os direitos patrimoniais dos autores, possibilitando o acesso à cultura, sem esquecer-se uma justa compensação para aqueles que realizam a produção cultural (ROCHA; SALDANHA, 2020. p. 138).

Quanto a repasses monetários, o *streaming* continua uma incerteza, pois, conforme Portugal (2016) pontua, anteriormente, o valor tradicional de *download* de uma canção era de 1 dólar, e no caso do *streaming*, sua execução “[...] gera um valor consideravelmente menor. Fazendo uma comparação simples, antes a pessoa comprava uma música através do *download* e **agora ela paga somente pela sua execução.**” (PORTUGAL, 2016, p. 74, grifo nosso)

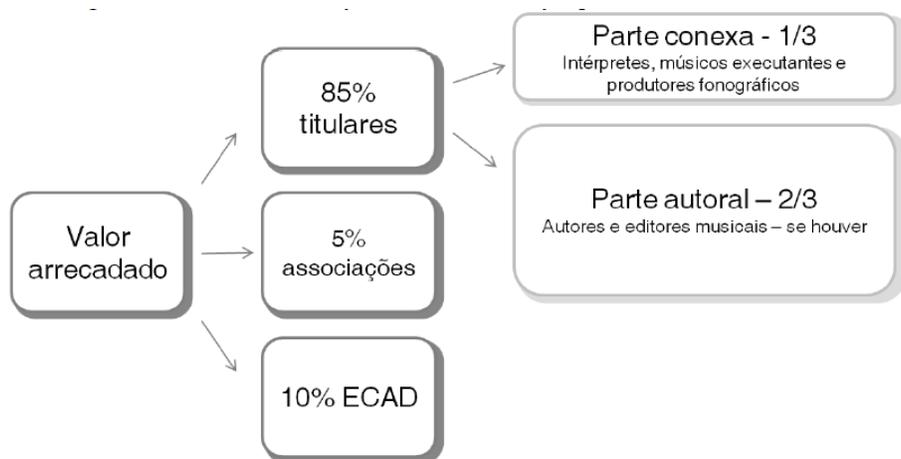
No contexto brasileiro, o atual responsável por repasses de direitos autorais – gestor coletivo – é o ECAD, cuja página oficial disponibiliza seu estatuto e respostas a perguntas frequentes (ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO, 2019, [2020?]). Entretanto, os dados monetários somente são acessados por quem possua autorização para tal (*login*), uma vez que, durante esta pesquisa, quando da tentativa de acesso, houve negativa por informação restrita, aparentemente, aos associados do ECAD.

Este ponto parece coadunar com a teoria de alguns autores sobre a falta de transparência desse sistema. Entende-se que há uma certa esfera protetiva quanto à publicidade de somas monetárias de artistas, plausível em um ambiente digital, mas vislumbra-se aqui a sugestão de que dados gerais sobre a arrecadação de direitos autorais

em plataformas de *streaming* sejam disponibilizadas a qualquer pessoa que acesse o *site* do ECAD.

O que resta claro, e destacado, nas informações iniciais apresentadas pelo sítio eletrônico, é o percentual de retorno que os artistas recebem quando da arrecadação de direitos patrimoniais por autoria, conforme explica Tanaka (2018) na figura 1.

FIGURA 1: DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS



Fonte: (ECAD 2018, adaptado por TANAKA, 2018, p. 63). “Cadeia de retribuição autoral na execução pública de músicas mecânicas”

Entretanto, pelas respostas encontradas na página do ECAD, não está claro como é feita essa distribuição quando do uso de serviços de *streaming* para exposição de trabalhos (ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADANÇA E DISTRIBUIÇÃO, [2020?]).

Por outro lado, é possível mensurar valores pagos a plataformas de *streaming*, como verificado nos *sites* do Deezer e do Spotify, plataformas desse serviço populares no Brasil: o preço de assinatura padrão mensal para o usuário que deseja ouvir músicas é de R\$16,90

para ambos, embora haja ainda planos especiais para universitários de R\$8,45 (Deezer) e R\$8,50 (Spotify), e para grupos de pessoas (duas contas por R\$21,90 e plano família de até 6 contas por R\$26,90 no Spotify). (DEEZER, 2021; SPOTIFY, 2021)

Pela comparação com o estudo de Bezerra (2012), pode-se perceber que houve um barateamento no acesso a álbuns musicais de forma legalizada, pois, à época do estudo do autor, os *CDs* piratas costumavam ser mais baratos que os originais, já que com R\$10 era possível adquirir até quatro mídias físicas,

mesmo em se tratando de coletâneas ou discografias completas com dezenas de músicas em MP3. [...] Com os preços de DVDs de filmes e *shows* de música oficiais em torno de R\$ 40, **a compra de três unidades sairia 12 vezes mais cara em uma loja legalizada** (BEZERRA, 2012, p. 643, grifo nosso)

Pondera-se, portanto, que o *streaming* torna-se vantajoso para ambas as partes envolvidas na discussão do acesso *online* de conteúdos culturais: quem produz e quem quer disfrutar da arte ali contida, pois não há mais a figura de um mercado paralelo com *animus* de lucratividade sobre trabalhos alheios à sua propriedade.

Trata-se, enfim, de uma nova tendência do mercado de música digital, que, de acordo com o Global Music Report (IFPI, 2018, p. 10), representou em 2017 mais da metade (54%) da receita global do mercado de fonogramas. (TANAKA, 2018, p. 63)

Quanto à atribuição autoral, interessante observar a figura 2:

FIGURA 2: COMPOSIÇÃO ATRIBUÍDA AOS AUTORES NAS LETRAS DA MÚSICA EM EXECUÇÃO.

Meu riso é tão feliz contigo

O meu melhor amigo

]É o meu amor

Letras licenciadas e fornecidas por LyricFind
© Sony/ATV Music Publishing LLC, Warner Chappell Music, Inc., Son Lyre, Universal Music Publishing Group
Araldo Antunes, Carlinhos Brown, Davi Moraes, Marisa Monte, Pedro Baby

Fonte: DEEZER. *Tribalistas. Velha infância. Tocar com as letras*. 2020. Disponível em: <https://www.deezer.com/br/artist/8014>. Acesso em: 27 nov. 2020.

A atribuição autoral é possível por meio dessas plataformas, já que se nota a possibilidade de o usuário acompanhar as letras das canções enquanto essas são reproduzidas. A exemplo do serviço de *streaming* Deezer, conforme a figura 2, é possível verificar a autoria da música em execução, bem como terceiros vinculados ao produto, a exemplo de gravadoras.

Compreende-se que o *streaming* é uma nova forma de consumo midiático e informacional, que deve ser visto sob o enfoque da facilitação de acesso a uma maior parcela da sociedade à cultura e ao lazer de forma legalizada, sem o enriquecimento de terceiros que lucravam em um sistema de sucateamento do direito patrimonial e moral dos criadores intelectuais.

5 ESTUDO DE CASO

Com o intuito de compreender como os artistas entendem o *streaming* no contexto atual, foram realizadas duas entrevistas: uma

com o músico Guilherme Arruda, da banda independente brasileira Sapatos Bicolores, e outra com Pedro Loureiro, empresário de Elza Soares, cantora carioca.

5.1 PERSPECTIVA DE ARTISTAS INDEPENDENTES

FIGURA 3: ESTATÍSTICAS DO SPOTIFY DE 2020



Fonte: @sapatosbicolores. https://www.instagram.com/p/CIULRG_Fl6n/

Como consumidor de mídia e criador de conteúdo, um dos músicos da banda Sapatos Bicolores, Guilherme Arruda, acha muito interessante o uso de plataformas *online* para disponibilização de repertórios. Em bandas independentes, é difícil obter lucros com tais serviços, álbuns ou músicas à venda, pois é por meio de *shows*, principalmente, que sua banda obtém rendimentos.

Interessante, para ele, é a possibilidade de saber quem acessou o perfil da banda e ouviu suas músicas, com destaque para usuários de outros países, inclusive: dados que eles não possuíam antes do *strea-*

ming. Como se pode notar na figura 3, pela plataforma do Spotify, é possível aos atores midiáticos verificar o número de acessos aos seus perfis, bem como o número de reproduções de seu conteúdo e nacionalidades de usuários que ouviram seus trabalhos.

Na opinião do músico, dificilmente a mídia física irá desaparecer por completo, muitas vezes pelo apego de colecionadores e entusiastas dos diversos formatos de reprodução fonográfica.

Quando questionado acerca da autogestão da banda quanto a *uploads* para serviços de *streaming*, ele explica que foi o selo de sua banda, uma gravadora, que providenciou a inserção do repertório do grupo nas plataformas. Para ele, muitas vezes, bandas independentes buscam ter seu catálogo *online* como forma de fácil armazenamento e preservação de suas criações.

Ele concorda que o *streaming* pode combater formas de pirataria, mas opina que, sob outro olhar, o fenômeno da busca por cópias não autorizadas pode ser um sinal de que o público gostou do que a banda apresentou em determinado momento, e que tal distribuição pode aumentar a divulgação do conjunto a um maior número de ouvintes.

5.2 PERSPECTIVA DE VENDAS DE CANTORA INTERNACIONAL

Entre as figuras do meio musical que transitam entre o antigo e o novo modelo de produção e *marketing* fonográfico, a cantora Elza Soares sintetiza a democratização do ambiente *online* para distribuição e divulgação de trabalhos artísticos.

Recentemente, seu empresário – Pedro Loureiro – comemorou, via rede social Instagram, o que considerou uma conquista para a estrela do samba: a inserção completa do álbum Carioca da Gema (1999) nas plataformas digitais.

O empresário destaca que à época da gravação do álbum, 1999, houve ruptura entre a gravadora e a artista, o que a levou a produ-

zir seu trabalho com recursos próprios, “**um dos motivos pelo qual, poucas cópias ganharam o mercado**, fazendo desse disco uma raridade”. (LOUREIRO, 2021, grifo nosso).

Camargo (2018) explica que o CD de 1999 tinha inicialmente 5.000 cópias prensadas por um selo independente, quando outra gravadora embargou o lançamento do álbum, devido a uma de suas faixas. Tal acontecimento, entretanto, não parou a cantora, que, em meados de 2000, foi escolhida como uma das vozes mundiais do milênio. (CAMARGO, 2018, p. 328, 324-325).

Pela plataforma de *streaming* Spotify, é possível verificar o número de reproduções de cada faixa da versão digital desse álbum, como se pode observar na figura 5.

FIGURA 5: NÚMERO DE REPRODUÇÕES DO ÁLBUM PELO SPOTIFY



Fonte: aplicativo para Windows do Spotify. Elza Soares.

O somatório de reprodução das faixas já alcança o número de 119.268 reproduções em pouco mais de 2 meses de lançamento na plataforma, já que foi disponibilizado em janeiro de 2021 (dados coletados em 24 de março de 2021 pelo aplicativo para Windows da plataforma Spotify).

Percebe-se que o número inicial de 5.000 cópias físicas, em 1999, está aquém dos números de reproduções da plataforma Spotify, sem contar outros serviços de *streaming* que também disponibilizam o álbum, como o Deezer, por exemplo.

Essa inserção em novos nichos de venda endossam a fama de constante reinvenção da artista, algo que ela mesma reconhece em sua biografia – assinada por Zeca Camargo, com contribuição de Loureiro:

Eu mesma tinha que me reconstruir, eu que tinha que procurar meu próprio caminho – e, se aquele que eu escolhesse não desse em nada, eu teria que lembrar de colocar grão de milho na minha trilha pra (*sic*) que eu pudesse voltar e começar tudo de novo. (CAMARGO, 2018, p. 323)

A biografia ressalta que diferentes gerações ouvem a voz de Elza, pois muitos fãs que sabem de cor suas músicas durante seus *shows* “não eram nascidos nem quando seu primeiro neto nasceu”. (CAMARGO, 2018, p. 342).

Por estar em constante renovação, Elza tem sido destaque nas redes sociais e nas plataformas de mídias digitais, o que facilita ainda mais essa aproximação de públicos novos que contrastam com seus anos de estrada e de idade: a plataforma Spotify informa que a cantora tem 624.625 ouvintes mensais, além de 252.447 seguidores (estes, 93.851 no Deezer), conforme dados coletados em 24 de março de 2021, pelos aplicativos das duas plataformas para Windows.

O atual responsável pela imagem da cantora ante serviços *online* e redes sociais, seu gestor supracitado, Pedro Loureiro, passou a conviver com a intérprete em 2012 e vem acompanhando toda a transição do trabalho físico para o mundo digital de Elza (CAMARGO, 2018, p. 370).

Com ações na internet e noutras redes sociais, Elza renova seu público – boa parte de seus fãs atuais a conheceram agora, pelo sucesso da *Mulher do fim do mundo* – e desmonta de vez as crí-

ticas de que sua carreira estaria esgotada. Ela simplesmente renasce (CAMARGO, 2018, p. 371).

Por esse papel, de gerenciamento da imagem digital de Elza, o empresário da cantora foi convidado a responder à entrevista desta pesquisa, de maneira a oferecer sua perspectiva acerca do *streaming*.

Na opinião de Loureiro, o *streaming* democratizou a arte de forma positiva, pois o acesso à música é possível ainda que haja diferenças sociais ou de crença, por exemplo. O gestor destaca a liberdade de quem consome música, que pode escolher diferentes plataformas, além da possibilidade de gratuidade pela reprodução de obras – mesmo que com limitações –, o que amplia o público ouvinte.

Embora, inicialmente, tenha sido necessária adaptação ao funcionamento da tecnologia, o entrevistado vê como oportunidade possíveis barreiras que possam vir para esse novo tipo de consumo midiático, uma vez que, não foi só o ouvinte, mas a indústria fonográfica e o próprio artista, que foram beneficiados com tal advento.

Loureiro acredita que os artistas devam dispor de várias plataformas para apresentarem sua arte, de forma a aumentar o alcance de ouvintes e, conseqüentemente, incrementar o consumo de seu trabalho e o número de pessoas que recebem as mensagens que aquela arte quer passar.

Quanto à pirataria, o empresário acredita que as plataformas de *streaming* são uma ferramenta de combate ao consumo indevido de músicas. Ele ressalta que não é mais comum a presença de ambulantes que comercializavam mídias, e deixavam de recolher impostos e arrecadar os devidos direitos autorais. Para Loureiro, o *streaming* praticamente zerou a pirataria e permitiu que os detentores de direitos patrimoniais, e conexos ao direito autoral, pudessem ser devidamente remunerados.

Sobre o atual sistema de arrecadação de direitos autorais para distribuição aos artistas, o empresário opina que se trata de um pro-

cesso didático e intuitivo, já que, quando se utiliza corretamente o ISRC (*International Standard Recording Code*, ou Código de Gravação Padrão Internacional), para cadastro de cada um dos atores envolvidos na produção de determinada música, é possível que se gerencie os caminhos por que percorreu e garantir a devida arrecadação autoral.

Desta feita, ante as entrevistas apresentadas, assenta-se o entendimento de teóricos do direito autoral moderno, de que as plataformas de *streaming* permitem uma maior liberdade aos intérpretes e músicos frente aos entraves antes impostos pela cadeia mecânica de produção anterior, bem como democratizam e facilitam o acesso cultural de quem as acessa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a revisão de literatura, análise de doutrina jurídica e projetos de lei sobre o direito autoral, além das duas entrevistas realizadas, tem-se como conclusão que os serviços de *streaming*, embora historicamente recentes e com pouca jurisprudência sobre possíveis entraves jurídicos que possam vir a apresentar, são ferramentas que possibilitam atender às expectativas de reconhecimento autoral e financeiro de criadores e colaboradores de obras intelectuais, além de facilitar o acesso a diversos públicos, por um barateamento no consumo midiático.

Esse barateamento parece desestimular a prática de comércios ilegais, conhecidos como pirataria, utilizados por terceiros que não estão na relação autor-consumidor, dada a facilitação de acesso a tais plataformas a uma maior audiência. Soma-se às vantagens das plataformas de *streaming* a autogestão de artistas independentes e/ou que não gostariam de se submeter a parâmetros de grandes selos, por muito tempo utilizados como forma mais comum de disponibilização de trabalhos e performances.

Percebe-se, assim, a importância de vias legalizadas e de baixos custos para consumo informacional e cultural, de forma a reduzir desigualdades de acesso ocasionadas por sistemas anteriores de produção, a exemplo dos detentores de maquinários e estúdios de produção musical que eram locupletados em quantias superiores às dos verdadeiros criadores de uma obra musical.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Pode haver direito autoral depois da Internet?. *In*: SCHAAL, F.M.M.(coord.). **Propriedade intelectual, Internet e o Marco Civil**. São Paulo: EDIPRO, 2016. 156 p.

BEZERRA, Arthur Coelho. Mercados ilegais da pirataria: o comércio de mídias no Centro do Rio de Janeiro. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 627-652, out.-nov.-dez. 2012.

BRASIL. **Lei n.º 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/112965.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial 1559264/RJ**. Direito Autoral. Internet. Disponibilização de obras musicais. Tecnologia Streaming. Simulcasting e Webcasting. Execução pública. Configuração. Cobrança de direitos Autorais. Ecad. Possibilidade. Simulcasting. Meio Autônomo De Utilização De Obras Intelectuais. Cobrança De Direitos Autorais. Novo Fato Gerador. Tabela De Preços. Fixação Pelo Ecad. Validade. Recorrente: Escritório de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Oi Móvel S.A. incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 8 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302654647&dt_publicacao=15/02/2017. Acesso em: 15 fev. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Atividade legislativa**. Busca. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&filtros=%5B%7B%22em-Tramitacao%22%3A%22Sim%22%7D,%7B%22descricaoProposicao%22%3A%22Projeto%20de%20Lei%22%7D%5D&q=autoral>. Acesso em: 17 fev. 2021

CAMARGO, Zeca. **Elza**. Rio de Janeiro: Leya, 2018. E-book

CAPARELLI, Mariana de Souza Cruz; ZINNI, Aline Junqueira de Andrade Tucci. O conteúdo ilícito na Internet na prática. *In*: SCHAAL, F.M.M.(coord.). **Propriedade intelectual, Internet e o Marco Civil**. São Paulo: EDIPRO, 2016. 156 p.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de; COSTA, Renata Lázaro Alves da. O direito autoral do empregado autor. **Revista Themis**. Fortaleza, v.1, jan.-jun. 2020, p. 84-100, ano 01. Disponível em: https://www.fathemis.com.br/arquivos/revista01/The-misV01A01_Article06.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

CASTRO, Gisela G. S. Pirataria na Música Digital: Internet, direito autoral e novas práticas de consumo. **UNirevista**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, jul. 2006. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pirataria_na_musica_digital.pdf. Acesso em: 14 fev. 2021.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos morais de autor. *In*: **SEMINÁRIO ÍTALO-IBERO-BRASILEIRO DE ESTUDOS, XIII**. 16 ago. 2018 (1. Parte). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7optlSsyngs&feature=emb_logo. Acesso em: 22 abr. 2021

DEEZER. **Planos**. 2021. Disponível em: https://www.deezer.com/br/offers?utm_source=adwords&utm_campaign=acq_BR_sea_gen_web_search_perf_tnb-directsub&utm_medium=search&utm_content=gen_premium_3m-tnb&utm_keyword=spotify&gclid=CjwKCAiAmrOBBhA0EiwArn3mfGUiETdc1mUUIz_fOH-siHg3O6sMqZvppaUQnH-6u1cqj16S4gfg1TBoCXj4QAvD_BwE. Acesso em: 17 fev. 2021

DEEZER. Tribalistas. **Velha infância**. Tocar com as letras. 2020. Disponível em: <https://www.deezer.com/br/artist/8014>. Acesso em: 27 nov. 2020.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD. **Associações**. [2021?] Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/associacoes/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 16 fev. 2021

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD. **Contratos com associações estrangeiras**. [202-?]. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/associacoes/Paginas/Contratos-com-associa%C3%A7%C3%B5es-es-trangeiras%E2%80%8B.aspx>. Acesso em: 16 fev. 2021

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD. **Estatuto Social**. 2019. Disponível em: [https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/es-tatuto%20\(2\).pdf](https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/es-tatuto%20(2).pdf). Acesso em: 16 fev. 2021

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD. **Perguntas frequentes**. [2020?]. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/faq/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 16 fev. 2021

FERES, Marcos Vinício Chein; OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; GONÇALVES, Daniel Domingues. Robin Hood às avessas: software, pirataria e direito autoral. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 69-94, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100069&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 fev. 2021.

LEMONS, Ronaldo; CASTRO, Oona *et al.* **Tecnobrega**: o Pará reinventando o negócio da música. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008, 212 p. (Tramas urbanas, 9). Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2653>. Acesso em: 13 set. 2020.

LOUREIRO, Pedro. **opedroloureiro**. Publicação de 22 janeiro de 2021. Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CKWpfv3pf59>. Acesso em: 1 fev. 2021.

MOSCHETTA, Pedro Henrique; VIEIRA, Jorge. Música na era do *streaming*: curadoria e descoberta musical no Spotify. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 20, n. 49, p. 258-292, set.- dez. 2018

MY NAME is now. Direção: Elizabete Martins Campos. Intérprete: Elza Soares. Documentário. 1. nov. 2018. (71 min). Disponível em: https://www.primevideo.com/dp/amzn1.dv.gti.e8b79a72-d2ec-9c22-0aab-3ce714475217/ref=av_auth_return_redir?_encoding=UTF8&autoplay=1&ie=UTF8. Acesso em: 30 mar. 2021.

NOGUEIRA, Dario Jr. de Azevedo. Direitos autorais e a pirataria: uma polêmica na realidade virtual. **Revista FAMECOS - Midia, Cultura e Tecnologia** – PUCRS, Rio Grande do Sul, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2013. Disponível em: <https://go-gale.ez54.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?&id=GALE|A339733291&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w>. Acesso em: 13 fev. 2021.

PORTUGAL, Henrique. A polêmica do *download* de músicas. In: SCHAAL, F.M.M. (coord.). **Propriedade intelectual, Internet e o Marco Civil**. São Paulo: EDIPRO, 2016. 156 p.

ROCHA, Julio Guidi Lima da; SALDANHA, Rafael Meireles. As compensações autorais no âmbito da Internet. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, v.33, n.1, p.119-141, nov.2020- abr.2021.

SÁ, Cláudio Alessandro Diniz de. **Indústria fonográfica brasileira: novos movimentos no mercado musical no início do século XXI**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

SAPATOS BICOLORS. **sapatosbicolors**. Publicação de 2 de dezembro de 2020. Instagram. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CIULRG_FI6n/. Acesso em: 16 fev. 2021.

SCHAAL, F.M.M.; CAPARELLI, M.S.C. Conteúdo ofensivo, liberdade de expressão e o mundo moderno digital. In: SCHAAL, F.M.M. (coord.). **Propriedade intelectual, Internet e o Marco Civil**. São Paulo: EDIPRO, 2016. 156 p.

SENADO FEDERAL. **Direitos autorais**: lei n.º 9.610/1998 e normas correlatas. 4. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria de Editoração e Publicações. Coordenação de edições técnicas. 2015.186 p.

SENADO FEDERAL. **Atividade legislativa**. Pesquisa avançada. 2021. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&materia_WAR_atividadeportlet_pesquisaAvancada=true&materia_WAR_atividadeportlet_tipoAutor=SENADOR&materia_WAR_atividadeportlet_dataApresentacaoInicial=&materia_WAR_atividadeportlet_ano=&materia_WAR_atividadeportlet_numero=&materia_WAR_atividadeportlet_situacaoTramitacao=EM_TRAMITACAO&materia_WAR_atividadeportlet_dataApresentacaoFinal=&materia_WAR_atividadeportlet_anoNorma=&materia_WAR_atividadeportlet_codigoAssunto=&materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=direitos+autorais&materia_WAR_atividadeportlet_tipoNorma=&materia_WAR_atividadeportlet_codigoParlamentar=&materia_WAR_atividadeportlet_numeroNorma=&materia_WAR_atividadeportlet_btnSubmit=&materia_WAR_atividadeportlet_nomeAutor=&materia_WAR_atividadeportlet_codigoTipoConteudo=&materia_WAR_atividadeportlet_siglasTipos=-DESTPLORD&materia_WAR_atividadeportlet_p=1. Acesso em: 17 fev. 2021

SILVA, Expedito Leandro. **Do bordel às aparelhagens**: a música brega paraense e a cultura popular massiva. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/4126/1/Expedito%20Leandro%20Silva.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020

SOILO, Andressa Nunes. Habitando a lei: “pirataria”, *streaming*, e o regime de propriedade intelectual. **Mana**, E-pub, v. 26, n. 3, p. 1-29, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/1678-49442020v26n3a202>. Acesso em: 1 fev. 2021

SPOTIFY. **Por que virar premium?** 2021. Disponível em: https://www.spotify.com/br/premium/?utm_source=br-pt_brand_contextual_text. Acesso em: 17 fev. 2021

TANAKA, Willian Kenji Dahme. **Streaming e direitos autorais**: a trajetória jurisprudencial da definição de streaming de música anterior ao julgamento do REsp 1.559.264/RJ. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação – (Faculdade de Direito) Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/190244>. Acesso em: 2 fev. 2021

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 89-108. 2005. Disponível em: http://www.inf.ufsc.br/~jose.lucca/A_ideologia_da_propriedade_intelectual.pdf. Acesso em: 13 fev. 2021.

VILELA, R. A. Transmissão de obra musical e fonograma via streaming e direitos autorais na jurisprudência do TJDFT. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v.107, n. 2, p. 362-378, jan.- jun. 2016.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei autoral principais alterações: debates e motivações. **PIDCC**, Aracaju, fev. 2015, ano IV, ed. n. 08/2015, p.542-562. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

WITT, Stephen. **Como a música ficou grátis**: o fim de uma indústria, a virada do século e o paciente zero da pirataria. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. E-book

OS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS MUSICAIS E OS DESAFIOS DA ERA DIGITAL

Vitória Maturana de Britto¹

RESUMO: Trata o presente artigo examina os direitos autorais de obras musicais e os desafios enfrentados na proteção de tais direitos diante das inovações e mudanças da Era Digital. Em um primeiro momento, analisa-se a natureza jurídica da proteção das obras criativas, com foco nas características dos direitos autorais no mercado musical, bem como na sua relação com as transformações tecnológicas do mundo digital. Em segundo lugar, abordam-se os desafios gerados pela internet para a proteção das obras na indústria da música, como as violações aos direitos autorais e o surgimento de novas formas de transacionar referidas obras. A hipótese é de que os mecanismos atuais de proteção dos direitos autorais no Brasil não são eficazes para acompanhar as mudanças da nova indústria musical, de modo que é necessário atentar para as novas situações e relações jurídicas, com intuito de se buscar alternativas às interpretações das leis autorais para garantir a proteção desses direitos.

Palavras-chave: Obras musicais; Direitos autorais; Propriedade Intelectual; Internet.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, verificamos um crescente aumento na produção de arte, tanto visual, cinematográfica e musical, com maior número

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. Pós-graduada em Direito Digital pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). E-mail: vitoria.maturana@gmail.com.

de produções, incentivos e acessos a essas obras. Igualmente, a fim de acompanhar tal situação, notamos a concreção de dispositivos legais com finalidade de proteger os direitos dos artistas criadores das artes, que acaba por fomentar tal produção.

É notório que a produção de obras intelectuais possui uma valiosa função na sociedade, através do seu papel na formação cultural dos cidadãos. Nesse sentido, a música é peça essencial do cotidiano da nossa sociedade. Ela gera alterações nas emoções de quem as cria, de quem as toca e de quem as ouve. Assim, nada mais justo e correto do que fomentar a criação das obras, protegendo os direitos daqueles que tornam isso possível: compositores, intérpretes, músicos, artistas, e demais figuras da cadeia criativa.

Não obstante a trajetória concreta de proteção dos direitos autorais, o advento das novas tecnologias, da internet, da facilidade e rapidez do compartilhamento de arquivos estremeceu as relações na indústria da música. O advento das novas tecnologias, em especial da internet e da sua facilidade de criação e de compartilhamento de obras musicais, vem gerando diversos problemas aos autores e titulares de direitos dessas criações, que devem ser analisadas sob o ponto de vista jurídico.

Ainda, da mesma forma que podemos apontar para as dificuldades da proteção dos direitos autorais na era digital, é necessário que também se analise os benefícios e facilidade dos agentes da indústria da música para obtenção de remuneração de suas obras e fonogramas, como o recente crescimento de artistas no mundo dos NFTs (sigla da expressão em inglês *non-fungible token*).

Dessa forma, resta evidente a necessidade de análise das políticas dos direitos autorais no Brasil, históricas e atuais, considerando que não se pode negar a existência de uma crise na indústria criativa, especialmente na indústria da música, iniciada em meados da década de 90, com a popularização da internet e decorrente das mudanças advindas da era digital.

Embora seja existente, o número de produções acadêmicas acerca do tema ainda é pequeno, de modo que se mostra imprescindível o seu estudo e desenvolvimento. Dessa forma, resta evidente a necessidade de análise das políticas dos direitos autorais no Brasil, históricas e atuais, considerando que não se pode negar a existência de uma crise na indústria criativa, especialmente na indústria da música, iniciada em meados da década de 90, com a popularização da internet e decorrente das mudanças advindas da era digital.

Por tanto, o presente artigo pretende contribuir para diminuição da lacuna apontada, explorando as consequências da era digital na indústria da música, especialmente sob o viés dos direitos autorais. O método de abordagem consistiu em análises empíricas (relações jurídicas, modelos contratuais e legais envolvidos), ao uso da lógica e das formulações teóricas aplicáveis. Utilizou-se métodos indutivo e dedutivo, traçando-se análise entre legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Assim, primeiro expor-se-á a natureza dos direitos autorais, suas características e implicações, e suas particularidades nas obras musicais. Após, analisar-se-á as dificuldades surgidas pela Era Digital na proteção das obras musicais, as modificações oriundas das inovações tecnológicas na indústria da música, a recente utilização de NFTs nas transações envolvendo obras musicais na internet. Dessa forma, com o presente trabalho pretende-se avaliar a situação da proteção das obras e dos criadores e a adequação da legislação atual.

2 DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS MUSICAIS E A INTERNET

A proteção dos direitos autorais das obras musicais apresenta importantes aspectos jurídicos e mostra-se como uma forma de reconhecimento dos artistas pelas suas criações e de estímulo ao crescimento cultural da sociedade (2.1). Nesse sentido, o século XX e o sur-

gimento da sociedade da informação e da internet geraram impactos na proteção envolvendo as obras musicais (2.2), visto que foram modificadas as formas de gerar, compartilhar e consumir música.

2.1 A PROTEÇÃO DAS OBRAS MUSICAIS

Antes de se adentrar especificamente no âmbito dos direitos autorais nas obras musicais, para melhor entendimento inclusive dos desafios atuais advindos da era digital, faz-se necessário em um primeiro momento analisar a natureza da referida proteção.

Nesse sentido, a ideia de “propriedade intelectual”, isto é, do direito sobre os bens intelectuais, surge historicamente através da evolução do pensamento jurídico, diante da necessidade de se proteger as criações humanas resultantes do esforço intelectual (MUSSALEM, 2017, p. 77). Nada parece mais justo do que não apenas reconhecer ao autor os méritos por sua criação, como também proteger os vínculos morais e patrimoniais entre criador e criatura, em prol do desenvolvimento da cultura do país (MENEZES, 2011, p. 141). Ou seja, podemos reconhecer as suas funções uma voltada ao autor, a fim de garantir independência e incentivo à criação, e outra à sociedade com objetivo de estimular o crescimento técnico e cultural do país (VIEIRA, 2018, p. 58).

Como afirma Silveira, “todo homem possui, em maior ou menor grau, um potencial criativo”, sendo que exercendo sua criatividade, há enriquecimento do mundo dos homens e ampliação do seu limite pelo acréscimo de coisas novas de caráter intelectual (SILVEIRA, 2014, p. 12).

Desse modo, tais direitos incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas e, de outro, à satisfação de interesses materiais do homem na vida diária, cumprido com finalidades estéticas e objetivos práticos de uso econômico, domésticos (BITTAR, 1994, p. 03).

Os direitos autorais tratam especificamente dos direitos intelectuais (*jura in re intellectuali*) que são referentes a relações entre a

pessoa e as coisas (bens) imateriais, entre os homens os produtos de seu intelecto (BITTAR, 1994, p. 02) e não entre os homens e produtos materiais em si. Em sua natureza jurídica, o direito autoral possui uma estrutura dicotômica, como aponta Lima, “na qual convivem um direito pessoal e um direito real, ou seja, uma parte moral e outra patrimonial” (LIMA, 2011, p. 148).

Destaca-se que o direito de autor exige a criação de uma obra e os modos derivados de aquisição de direito autoral (contrato de edição, ou de utilização pública, por exemplo) diferem fundamentalmente dos referentes ao direito de propriedade (SOUZA CFM, 2011, p. 22). Nesse sentido, o direito do autor apresenta-se como um *poder de se- nhoria* de um bem intelectual, que, em razão da sua natureza especial, no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial (CHAVES, 1995, p. 17).

Assim, o propósito basilar dos direitos autorais é a proteção do autor, a fim de que seja possibilitado, de um lado a paternidade e a integridade da sua criação, e, de outro, o proveito econômico resultante da utilização dessa obra, de modo que, independente de formalidades, a obra é protegida, bastando a originalidade da forma (BITTAR, 1994, p. 04). Trata-se, portanto, de um direito de personalidade, ao passo que a obra intelectual seria um prolongamento da própria pessoa do autor (CARBONI, 2008, p. 231). Dessa forma, pode-se concluir que a essência do direito de autor pode ser apontada como a união entre o autor e a obra criada (MORATO, 2007, p. 43).

Ainda, necessário, também, que se aponte para o caráter híbrido dos direitos autorais, ao passo que são constituídos por dois “blocos” de direitos, os direitos morais do autor e os direitos patrimoniais, sendo que a legislação pátria adota, desse modo, “a teoria do direito autoral como direito pessoal-patrimonial” (BRANCO e MENKE, 2016, p. 429). Isto é, direito do autor representa uma “relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial”, sem sequer se falar em possível *contradição lógica*, pois traduz de forma analítica aquilo que resulta da natureza

especial da “obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial” (CHAVES, 1995, p. 16).

Especialmente no tocante às obras musicais, o direito de autor decorre do desempenho do intelecto criador na exteriorização de sua ideia por um conjunto de sons emitidos, repetidos e sobrepostos de forma fonográfica, em conjunto harmônico que denominamos de música (COCURUTTO, 2020, p. 19). A obra musical é composta por melodia, ritmo, harmonia (LIMA, 2011, p. 197) e, em muitos casos, por letra, que provoca alterações no espectro emocional e intelectual dos ouvintes (COCURUTTO, 2020, p. 30).

Inicialmente, é importante que se diferencie a obra, criação musical contendo letra e melodia, da sua gravação, isto é, do fonograma, para fins de proteção. Embora não seja necessário através de uma gravação musical, ressalta-se que para se comprovar a autoria, o criador deve fazer prova da paternidade da música de alguma forma (COCURUTTO, 2020, p. 56). Dessa forma, de uma música que ouvimos contida em um álbum musical, por exemplo, podemos apontar para a existência dos direitos oriundos da obra (direitos de autor de cunho moral e patrimonial) e direitos decorrentes do fonograma (direitos conexos dos intérpretes, dos músicos, dos produtores fonográficos, da radiodifusão, etc.).

Assim, de acordo com Gandelman, a música gravada teria duas proteções: a composição sonora musical e a gravação da música (1997, p. 144, apud LIMA, 2011, p. 452). A criação estabelece pontos de contato entre a obra de um autor, porém, não podemos negar que na interpretação artística verificamos uma individualidade, como quando uma cantora empresta sua voz a uma canção, mesmo que a interpretação seja considerada como direito conexo ao direito de autor, não podemos negar que essa interpretação pode criar (MORATO, 2007, pp. 44- 45).

O fonograma, ou a gravação da música, ao longo dos tempos tem sido distribuído através de uma grande variedade de formatos e tipos de mídia (BARGFREDE, 2017, p. 14), como disco Vinil, CD-ROM, fita cassete e, com advento da internet, através do compartilhamento de

arquivos digitais. Nesse sentido, é inegável apontar que com o passar do tempo, a música tornou-se um produto de consumo (LIMA, 2011, p. 305).

Nesse sentido, tendo em vista que os autores e titulares de direitos do autor e conexos detêm o direito subjetivo exclusivo no tocante ao conteúdo da criação musical, eles podem explorar a obra ou utilizá-la para prática de atos jurídicos (MUSSALEM, 2017, p. 121).

Do ponto de vista dos efeitos patrimoniais, Manso classifica os contratos sobre direitos autorais em (i) contratos de encomenda da obra intelectual; (ii) contratos de cessão de direitos autorais, nos quais há transferência de direitos patrimoniais; (iii) contratos de concessão de direitos autorais, em que há transferência temporária dos direitos patrimoniais; e, (iv) contratos de representação de obras intelectuais (MANSO, 1989, p. 16).

Ressalta-se que não há necessidade específica de solenidades para respaldar a existência, validade ou eficácia de contratos que tenham como objeto negócio jurídico sobre direito autoral, embora, como alerta Manso, “a forma escrita seja de essência do contrato de cessão de direitos autorais (MANSO, 1989, p. 14). Contudo, menciona-se que as obras musicais, com ou sem letras, podem ser registradas na Escola Nacional da Música.

Na indústria da música, no tocante a direitos autorais, também podemos mencionar os contratos de administração ou coedição entre compositores e editoras, de autorização para sincronização de composição musical e de licenciamento para uso das obras musicais, em que os detentores dos direitos da obra concedem autorização para que usuários façam proveito da mesma (VIEIRA, 2018, p. 142). Atualmente, os contratos de licença de uso são importantes para a comercialização e difusão da obra musical para o acesso a acervos musicais limitados dos serviços de *streaming*, por exemplo (COCURUTTO, 2020, p. 25).

Ainda, é interessante observar que, no âmbito das relações comerciais da indústria fonográfica, a prática negocial historicamente

possui algumas tendências que, conforme será explorado a seguir, foram modificadas com o advento da era digital. Antes, o criador das obras normalmente não detinha o aparato próprio para a comunicação e utilização da sua obra, de modo que, comumente, contratava (e pode-se dizer que ainda é prática comum) empresas do setor – como editoras, produtoras de discos, de CD's, Dvd's, produtoras de cinema ou de televisão (BITTAR, 1994, p. 55).

Por exemplo, os acordos entre gravadoras e artistas eram determinados por uma espécie de “leilão” entre aquelas pelo direito de representar esses, através do oferecimento de adiantamentos pelos futuros direitos sobre obras musicais. Porém, por esse sistema, com esses valores pagos adiantados, os artistas recebiam porcentagens relativamente baixas sobre o total gerado pelas vendas do álbum, de modo que, inclusive, às vezes leva anos para um artista pagar seus adiantamentos. (WITT, 2015, p. 215)

Por fim, no tocante à efetivação dos negócios jurídicos sobre a obra musical, o autor e o titular da proteção podem recorrer a terceiros, através da gestão coletiva de direitos autorais. Trata-se de uma maneira diante da qual os criadores e titulares dos direitos das obras podem valer-se de outras figuras para gerir seus direitos. Nesse sentido, essa situação surge como uma necessidade de efetiva fiscalização de que os direitos de autor não sejam violados, a fim de que os criadores das obras possam exercer exploração econômica através da utilização da obra pelo público (MUSSALEM, 2017, p. 122).

2.2 ○ ADVENTO DA INTERNET E SUA RELAÇÃO COM AS OBRAS MUSICAIS

A sociedade do século XXI é reconhecida como a sociedade da informação, sendo a quarta era dos direitos “centralizada nas novas comunicações” (CHINELLATO, 2014, p. 203). Nesse sentido, o avanço tecnológico, com a introdução continuada de máquinas e de aparatos

de representação e de reprodução de obras intelectuais, que permitem a multiplicação ou a fruição da obra sem qualquer consulta ao interessado, acabou gerando inúmeras problemáticas no campo do Direito do Autor (BITTAR, 1994, p. 64).

Criada, inicialmente, para ser um instrumento no ambiente militar e acadêmico, a tecnologia digital de redes de computadores (a atual internet), como ressalta Vieira, “criou terreno fértil para a violação dos direitos autorais” (VIEIRA, 2018, p. 88). O ambiente digital acarretou preocupações no tocante ao direito de autor e dos direitos conexos, diante da questão relativa à licitude (ou não) das novas formas de utilização e compartilhamento das obras intelectuais (MUSSALEM, 2017, p. 118). A tecnologia da informação introduziu um novo processo de transmissão e disponibilização de obras intelectuais “transfronteiras”, instantâneo (PEREIRA, 1999, p. 50) e praticamente ilimitado.

De maneira precisa, podemos reconhecer que novas tecnologias modificaram a forma de criar e experimentar música (LIMA, 2011, p. 471), e, de certa forma, vêm gerando uma “nova” indústria da música. O surgimento da internet, e, posteriormente, do Napster (com a solidificação dos sistemas de compartilhamento “*peer-to-peer*”), no fim dos anos 90, escancarou a dependência da indústria da música e dos modelos legais de distribuição de obras (BARGFREDE, 2009, p. 14), sendo, nas palavras de Cabral, “o destino do direito autoral superar contradições, sem, contudo, eliminá-las” (CABRAL, 1999, p. 38).

Diante dos diversos efeitos das novas tecnologias na indústria da música, as relações contratuais sofreram mudanças, de modo que os agentes passaram a incentivar os contratos “360” entre músicos e gravadoras, para garantir às gravadoras participações financeiras em shows, direitos autorais, merchandising, (WITT, 2015, p. 214), da mesma forma que foram modificadas as regras para comercialização de músicas enquanto produto tanto na forma física, como digital (LIMA, 2011, p. 505).

Também, não se pode negar o forte papel da internet e das ferramentas tecnológicas no processo criativo dos criadores de obras musicais, diante do fácil acesso a uma infinidade de *samples*² e *loops*³ disponíveis (PAIVA, 2011, p. 36) e na facilitação da distribuição das criações. Nesse sentido, reforça-se a discussão acerca dos direitos autorais no uso de samples, por exemplo, e criam-se outras questões, como a caracterização desses novos artistas como criadores, tecnólogos e, muitas vezes, violadores de direitos autorais ao utilizarem trechos de músicas sem as devidas autorizações.

Diante desse contexto, de uso e criação de obras intelectuais na internet, mostra-se necessária a discussão acerca da pertinência e da lista restritiva dos limites aos direitos autorais, contida no art. 46 da Lei dos Direitos Autorais, por exemplo, e da possibilidade de adoção de outros mecanismos, como a doutrina norte-americana do *fair use* (de limitação dos direitos autorais) no ambiente jurídico brasileiro (CHINELLATO, 2012, p. 25). Vieira ressalta que “substituir uma lista taxativa que engessa o poder decisório dos juízes por uma abordagem mais flexível trará possibilidades de adequação às particularidades de cada caso concreto” (VIEIRA, 2018, p. 149).

Ainda, é inegável que a Era Digital vem trazendo mudanças na mentalidade inclusive daqueles que são protegidos pelos direitos autorais, na medida em que se permite aos titulares de direitos autorais morais e patrimoniais a possibilidade de renunciarem publicamente a certos direitos (LIMA, 2011, p. 369). Nesse sentido, cada vez mais podemos notar a utilização de mecanismos como *Copyleft*, por exemplo, em que se utiliza as leis de proteção autoral com objetivo de transpassar as barreiras para utilização difusão e modificação de uma obra intelectual protegida pela legislação tradicional (LIMA, 2011, p. 355). Também, há sistemas de licenciamento público, como *Creative Com-*

² Trecho ou fragmento de fonograma utilizado (de forma legal ou não) para criação de uma nova obra musical.

³ Uma gravação de determinada informação sonora tocada repetidamente como ferramenta na criação de obra musical.

mons e *ColoriURIS*, e em que os próprios criadores licenciam de forma pública e direta suas obras intelectuais (LIMA, 2011, p. 369).

Do ponto de vista da circulação das obras intelectuais, na sociedade contemporânea, as novas tecnologias vêm possibilitando novos modos de gravação, armazenamento e distribuição de obras musicais (LIMA, 2011, p.338), contudo, surgiu uma concepção equivocada de que a alteração do meio de veiculação poderia eliminar a proteção dos autores e titulares dos direitos da criação (MORATO, 2014, p. 111), muitas vezes sob o argumento de democratização das obras intelectuais.

Aponta-se que, de acordo com Bittar, o choque de interesses individuais e coletivos dos direitos autorais evidenciou-se e emergiu sob duas premissas básicas e antagônicas: de que o autor se inspira no acervo cultura da humanidade para utilizar nos elementos de criação da sua própria obra e de que a “concepção a criação da obra, como produtos do intelecto humano, devem propiciar ao autor, em sua exploração, os proventos correspondentes” (BITTAR, 1999, p. 139).

Nesse sentido, da análise da essência dos direitos autorais, pode-se verificar um conflito que nele se cria, entre os interesses público e privado. De maneira específica, podemos considerar que o direito de autor tem como sua função social a promoção do “desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico”, diante da permissão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, até que caia no domínio público (CARBONI, 2008, p. 97).

Assim, as normas de proteção dos direitos autorais representam as escolhas feitas pela sociedade para promover o desenvolvimento da produção artística e, por este motivo, são observadas como forma de padrão de comportamento (LEITE, 2011, p, 119). Contudo, há um incontestável interesse coletivo na difusão de obras intelectuais, conforme bem aponta Bittar, diante da situação de que existe uma necessidade de acesso aos textos e obras intelectuais por diferentes cama-

das populacionais, a expansão da cultura é “esteio de desenvolvimento geral da nação” (BITTAR, 1999, p. 141).

Tanto a falta de proteção autoral quanto a proteção excessiva podem gerar o temor de uma hipotética escassez de bens culturais: pela falta de incentivos ou pela redução de usos produtivos. Esse temor de escassez intelectual impõe à sociedade um sistema de proteção autoral que aparentemente é dolorosamente necessário posto que pode ser confundido com o controle de cultura e informação (LEITE, 2011, p. 122).

Desse modo, podemos concluir que a relação entre a Era Digital, com advento da internet, e as obras musicais possui desafios, tanto relacionados às violações aos direitos autorais quanto à monetização dessas obras.

3 OS DESAFIOS ATUAIS DOS DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS MUSICAIS E A INTERNET

A Era Digital e o advento de novas tecnologias alteraram a forma de criar e experimentar as obras musicais (LIMA, 2011, p. 471). A internet e a democratização ao seu acesso modificaram a indústria musical, visto que tornaram mais fácil produzir, transacionar e obter as obras.

Diante disso, conforme será exposto, diversos desafios surgiram no âmbito legal, tais como as violações aos direitos autorais dos criadores dessas obras e a forma de repasse dos valores referentes aos seus direitos patrimoniais (3.1). Por outro lado, não há como negar que algumas novidades parecem ser uma esperança para a autonomia dos artistas na obtenção de remuneração por suas obras, como o uso de criptomoedas e tokens não fungíveis (da sigla em inglês “NFT” que significa “*non-fungible token*”) no ambiente virtual das transações da indústria musical (3.2).

3.1 A INTERNET, AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS MUSICAIS E A REMUNERAÇÃO DOS ARTISTAS

É evidente que há, com avanço da internet, do sistema de compartilhamento de obras e do *streaming* de mídias, a criação de problemas relacionados a violação dos direitos autorais, da diminuição de arrecadação de valores decorrentes dos direitos patrimoniais das obras e de novas figuras nas relações contratuais da indústria da música, como das agregadoras/distribuidoras digitais, que fazem a ligação entre os músicos e as empresas de *streaming*.

Nesse sentido, em primeiro lugar, aponta-se para o expressivo aumento de violações aos direitos autorais dos criadores de obras musicais em decorrência da facilidade de cópia e transmissão desses arquivos. Inclusive, já na década de 90, Hammes apontava para situação de que “[a] facilidade de reproduzir obras intelectuais traz problemas não só em relação às cópias lícitas que a legislação permitir para o uso pessoal”, mas também gera um comércio clandestino de obras protegidas, chamado de pirataria (HAMMES, 1990, p. 90). Nesse sentido, alerta-se para o duplo prejuízo decorrente da prática: aos autores, produtores, intérpretes, gravadoras (pela ausência de arrecadação legal de valores) e ao Estado deixa de recolher impostos do comércio dessas obras (MUSSALEM, 2017, p. 120)

Atualmente, no direito brasileiro, diversos são os mecanismos já incorporados ao ordenamento jurídico, com intuito de combater a “pirataria”, que, embora não seja um termo propriamente jurídico, tornou-se comum para descrever a prática ilegal do direito da propriedade intelectual (MUSSALEM, 2017, p. 119). De maneira breve, conforme aponta Hammes, a pirataria está conceituada historicamente no documento preparatório para o “Comitê Governamental OMPI/UNESCO, Genebra, 7-11 de dezembro de 1987” como a fabricação ilegal – seguida de comercialização ou distribuição – de cópias ou exemplares de obras protegidas (HAMMES, 1990, p. 90). Hoje em dia, o Decreto nº 5.244, de 14 de outubro de 2004, que dispõe sobre a composição e

funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, conceitua a pirataria em seu art. 1º como violação aos direitos autorais da Lei de Direitos Autorais⁴ e a Lei nº 9.609/98 sobre Propriedade Intelectual e programas de computador (BRASIL, 2004).

O Brasil atualmente possui alguns mecanismos para combater o comércio paralelo de produtos protegidos por direitos autorais, como disposições em seu Código Penal, especificamente no Título III, Capítulo I. Inclusive, além disso, há disposições de combate à pirataria no Decreto nº 5.244/2004 e em muitas unidades da federação e em alguns municípios há órgãos com essa finalidade (SOUZA CFM, 2011, p. 29-31).

Contudo, não obstante os mecanismos citados acima, o fenômeno da pirataria é bastante expressivo (SOUZA CFM, 2011, p. 31), de modo que é imprescindível que se encontrem outros meios para o combate a esse comércio ilegal, como maior conscientização da população, para gerar um comprometimento das pessoas em consumirem obras originais diante da oferta de produtos piratas (AVANCINI, 2011, p. 256), diante das perdas sofridas pelos autores das obras intelectuais, das empresas que produzem e comercialização tais produtos e da própria coletividade.

Nesse mesmo sentido, verificamos a questão do uso de *samples* e *loops* nas criações de novas obras musicais, o que se mostra ainda mais latente em decorrência das facilidades da internet. No Brasil, pela Lei de Direitos Autorais, os artigos 24 e 29, determinam que, a fim de que não se caracterize violação de direitos morais e patrimoniais do autor da obra original, o artista que faz *sample* deve ter autorização do criador da obra utilizada e creditá-lo na música (ZIMMERMANN e BUSNELLO, 2019, p. 1110).

Em segundo lugar, não há como negar que a legislação brasileira que prevê a proteção dos direitos autorais não acompanhou, na mesma velocidade, as mudanças causadas pela Era Digital, como por exemplo,

⁴ Lei nº 9.610/98.

pelo fato de que a Lei dos Direitos Autorais remete ao mundo analógico ao apontar para imprescindibilidade da *existência de suporte físico para a obra intelectual* (INDALÊNCIO, VIEIRA, ZILLI, BRUCH, 2019, p. 34). Nesse sentido, a internet afeta o Direito de Autor no momento em que força uma desmaterialização do suporte físico das criações.

Também, aponta-se para lacunas no sistema jurídico brasileiro no tocante à regularização efetiva do consumo de obras musicais através dos sistemas de transmissão instantânea, o *streaming*. Nesse sentido, o sistema de *streaming* dividido em duas modalidades: (i) não interativo, modelo que se aproxima muito das tradicionais rádios, em que o usuário não tem liberdade de escolher o que quer consumir; e, (ii) interativo, tido como *on demand*, em que o usuário inicia a transmissão da obra quando desejar, “como se dispusesse do fonograma” (WACHOWICZ e VIRTUOSO, 2018, p. 5).

Atualmente, pode-se apontar uma insatisfação dos autores e titulares de direitos de música, por exemplo, diante do fato de que, com advento das plataformas digitais, não estaria ocorrendo o repasse justo dos valores recebidos por essas plataformas, sendo que tal situação não é exclusividade brasileira (PANZOLINI e PINHEIRO, 2017). As normas atuais falham ao permitir que os autores de obras musicais permaneçam vulneráveis diante da ausência de previsões específicas acerca do recolhimento e da distribuição dos direitos autorais quanto à execução pública e a venda das obras, além de não regular de forma específica uma fiscalização aos órgãos responsáveis pela arrecadação e repasse desses valores (INDALÊNCIO, VIEIRA, ZILLI, BRUCH, 2019, p. 35).

Nesse sentido, o *streaming* pode ter se mostrado uma excelente forma de diminuir com a pirataria de obras musicais, mas não se apresentou como modelo sustentável para os detentores dos direitos autorais dessas criações, em decorrência da baixa remuneração e do desestímulo implícito à compra de álbuns (WITT, 2015, p. 241).

Essa nova forma de utilização de obra musical vem gerando grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, mormente acerca

da possibilidade de execução (pública ou privada) no *streaming* musical (COCURUTTO, 2020, p. 152). Nota-se que a decisão do Recurso Especial 1.559.264/RJ foi paradigmática, no sentido da compreensão de que o *streaming* de obra musical em ambiente digital é hipótese de execução pública passível de arrecadação de cobranças pelo ECAD, referentes aos direitos autorais e conexos (STJ, 2016).

Ainda, é importante também destacar que a Era Digital possibilitou uma mudança na forma de gravar, armazenar a distribuir sons musicais, visto que viabiliza acesso mundial “aos modos inovadores de produção, criação e gravação de música” (LIMA, 2011, p. 338). Contudo, não podemos negar que, embora a internet tenha gerado diversas dificuldades no tocante aos direitos autorais das obras musicais, trouxe, também, uma possibilidade de maior interação direta entre artistas e consumidores das suas obras.

Nesse sentido, com intuito de maximizar receitas e expandir a fama, alguns artistas e outros titulares de direitos autorais morais e patrimoniais vêm escolhendo a renúncia pública de certos direitos que lhes são concedidos pela legislação. Podemos apontar uma crescente presença de artistas utilizando-se de *Copyleft* e do sistema de licenciamento público como do *Creative Commons*, como alternativa à indústria tradicional da música de grandes gravadoras.

Por fim, embora extremamente recente, é inegável que a pandemia da COVID-19, que atualmente assola o país e o mundo, está gerando outras problemáticas na indústria musical, com relação a regulação do ambiente digital e de repasse de valores a título de direitos patrimoniais dos criadores de obras musicais. Nesse sentido, com a suspensão de shows e turnês presenciais (fonte da maior parte da remuneração dos artistas), estamos vivenciando o surgimento da indústria das “lives musicais”, com performances transmitidas em tempo real e gravações ao vivo normalmente publicadas em plataformas de *streaming* como YouTube e Instagram, reforçando-se a necessidade de análise do mercado musical e dos seus instrumentos legais relacionados.

Nesse sentido, embora a internet tenha apresentado diversos entraves para proteção dos direitos autorais e para a arrecadação de valores por parte dos artistas, não há como negar os aspectos positivos da era digital para essa indústria. Artistas estão constantemente se reinventando, inclusive, acompanhando avanços tecnológicos para buscar monetizar cada vez mais seu trabalho. Diante desse cenário que está sendo verificada uma crescente inserção da indústria da música nas transações envolvendo *criptomoedas* e *tokens* não fungíveis no ambiente virtual, como será exposto a seguir.

3.2 A UTILIZAÇÃO DE TRANSAÇÕES COM NFT'S NA INDÚSTRIA DA MÚSICA E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

Não há como negar que música é, além de criação de expressão artística, um produto de consumo (LIMA, 2011, p. 305). Desse modo, nada mais natural do que notarmos a evolução da Era Digital também na forma de monetizar⁵ as obras musicais, com surgimento das *CryptoArts*, ou artes vendidas como NFT.

Recentemente, a indústria da música ficou movimentada com a notícia de que a banda norte-americana Kings of Leon lançaria o álbum intitulado “When You See Yourself” junto com três tipos de *token* não fungíveis, através da startup de *blockchain*⁶ YellowHeart, que inclusive desenvolveu os contratos relativos a essas transações digitais (PRITCHARD, 2021). Embora não tenha sido a primeira experiência de conexão entre NFTs e música, o sucesso do referido lançamento indica uma possibilidade interessante de futuro para os artistas em todo mundo.

A nível nacional, também recentemente, foi lançado a primeira plataforma brasileira de NFTs na música, a *startup* Phonogram.me, através da qual qualquer pessoa poderá investir em um fonograma e

⁵ Expressão que significa o ato de transformar bens imóveis em dinheiro.

⁶ Sistema de rastreamento de envio e recebimento de alguns tipos de informações pela internet, que possibilitou criação de criptomoedas, como Bitcoins, Ether.

receber royalties, que são os valores/percentuais referente à utilização da música e/ou fonograma que varia de acordo com o serviço ou uso específico, sempre que a obra foi reproduzida em qualquer plataforma.

Ou seja, é inegável que cada vez mais a indústria da música vem se inserindo no mercado digital, de forma que se torna urgente a análise de tais transações, para que se mantenham protegidos os direitos autorais sobre as obras musicais. Assim, para melhor compreender as implicações legais que podem resultar dessas transações envolvendo NFTs e obras musicais, é necessário que se contextualize a utilização desses *tokens* não fungíveis no mundo da internet.

NFT corresponde à sigla da expressão em inglês *non-fungible tokens*, que nada mais é do que um ativo único digital (CENTIEIRO, 2021, p. 7). Assim, NFTs são colecionáveis digitais com valor monetário, mas são uma transação não financeira; podem ser vistos como uma forma de *criptmoeda*, mas não são fungíveis (BRAY, 2021). Nesse sentido, como o termo “não fungível” indica, embora eles podem representar qualquer coisa (bens materiais e bens imateriais), de uma obra de arte visual a um arquivo de fonograma, que possa ser armazenado de forma digital e a que possa ser atribuído valor, eles são digitalmente únicos.

Bia Pattoli explica que:

o NFT é o equivalente a uma escritura que você recebe quando compra um imóvel. Na escritura contém todas as informações deste imóvel (quantos cômodos, metragem, garagem etc). Você só tem a posse do imóvel se tiver a escritura. Sendo que na escritura não tem o ‘imóvel em si – nem mesmo foto dele’, tem apenas a descrição detalhada do que você comprou. (PERSSON, 2021)

O procedimento de transformar um ativo em um *token* é chamado de *tokenização*, sendo que o *token* em si é um certificado do que esse ativo representa, da sua origem e propriedade (CENTIEIRO, 2021, p. 16). Podemos, também, caracterizar os NFTs como: raros (embora

os desenvolvedores possam criar qualquer quantidade de NFTs, eles normalmente são limitados); indivisíveis; indestrutíveis; verificáveis (podem ser rastreados até seu criador original); únicos (HAYWORTH, 2021, p. 143-152).

Assim, quando um artista cria um NFT de uma música, por exemplo, o próprio criador que irá definir o que será vendido para criar o certificado: pode ser apenas um arquivo com o fonograma, uma experiência como um *meet & greet*⁷ virtual ou, como no caso da banda Kings os Leon, um acesso VIP a futuros shows do grupo musical. Dessa forma, isso se mostra como uma grande oportunidade de aproximação dos artistas dos seus fãs, pois não se está oportunizando a venda apenas da obra musical, mas de outros produtos acessórios que podem fortalecer a relação criadores e consumidores de música.

Logo, resta claro que essa possibilidade de os artistas criarem NFTs na *blockchain* permite que eles não dependam da centralização de gravadoras, distribuidoras e editoras para qualquer validação comercial das suas obras (CENTIEIRO, 2021, p. 17). Ou seja, oferece uma liberdade e segurança para aqueles que criam obras intelectuais que deixam de depender necessariamente dessas figuras para ter uma relação mais direta com quem efetivamente consome as obras musicais.

Contudo, é importante que se atente para o fato de que ainda não está claro como os NFTs poderiam se encaixar nos marcos legais e regulatórios existentes que regem as indústrias financeira, tecnológica e consumerista, visto que não se comportam como ofertas iniciais de moedas. Ou seja, há de pensar de que forma podemos utilizar as legislações atuais para proteger as relações adjacentes à transação financeira específica da venda desses *tokens*, contudo, a discussão é extremamente recente e não há uma resposta concreta, mas merece especial atenção do sistema jurídico.

⁷ Evento no qual um artista ou uma celebridade conhece e conversa com um público.

Ainda, é necessário que se esclareça que a compra do NFT dá direito ao que está contido nos termos e condições dessa transação, sendo que, geralmente, se trata de uma licença de uso e não de propriedade, de modo que se preservariam os direitos autorais morais e patrimoniais dos autores das obras. Lembre-se que, ao menos sob a legislação brasileira, deve ser restritiva a interpretação dos negócios jurídicos sobre direitos autorais, nos termos do Art. 4º da Lei 9.610/1998. Ressalta-se, contudo, que já existem casos de artistas internacionais que criam NFTs incluindo cessão de direitos autorais, como caso de Jacques Greene e da música “Promise” (PERSSON, 2021).

Outra problemática que surge com as transações de obras musicais através de NFTs diz respeito a comprovação de autoria daquela obra. Embora a ausência de via física da obra transacionada no mundo digital, a autoria das obras que são objeto de transações envolvendo NFTs possui registro da *blockchain*, que nada mais é do que um “cartório virtual”, no qual as pessoas ficam validando os ativos, se eles foram bem inseridos na rede ou não, por exemplo. Ou seja, de um lado, não temos o aparato jurídico tradicional para comprovar autoria dessas obras, mas há a credibilidade do registro da *blockchain*.

Também, a discussão de NFTs envolvendo obras musicais dá enfoque para outras questões já conhecidas no debate jurídico, como a utilização dos *smart contracts* no ambiente da *blockchain*, que constituem, nas palavras de Costa, “um conjunto de ordens à máquina para executar determinadas operações que podem, em seu seio, representar um contrato” (COSTA, 2019, p. 15). Ou seja, *smart contracts* são, na realidade, pedaços de um programa de computador que podem executar qualquer condição ou função contratual entre duas partes (CENTIEIRO, 2021, p. 23).

No caso específico de NFTs, os contratos que padronizam as transações são conhecimentos como ERC-721, *smart contracts* criados na *blockchain* da *Ethereum*⁸ (CENTIEIRO, 2021, p. 26).

Dessa forma, embora extremamente recente, é evidente a necessidade de que a comunidade jurídica observe de perto o desenvolvimento das transações envolvendo NFTs e obras musicais, a fim de que se acompanhe as mudanças positivas na forma de remuneração dos artistas e que se evite que a proteção dos direitos autorais dos criadores intelectuais seja violada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como aponta Manso, é necessário que “se acatelem os interesses dos autores das obras intelectuais protegidas pelo Direito Autoral”, a fim de que, através da promoção e do incentivo das manifestações culturais, sejam resguardados os interesses culturais da nossa sociedade (MANSO, 1989, p. 55). Logo, evidente que as conquistas do avanço tecnológico não podem excluir os direitos dos autores (CABRAL, 1999, p. 43).

Nesse sentido, a proteção dos direitos autorais é verdadeiramente uma escolha feita pela sociedade para compensar os artistas pelas suas criações artísticas e promover o desenvolvimento cultural. É importante, também, que se atente para o fato de que as expressões artísticas refletem, em realidade, as atitudes e entendimento da vida por parte dos criadores, as suas obras (produção e compreensão) dependem da exposição, 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

⁸ Rede distribuída de computadores espalhados pelo mundo que possibilita a criação de contratos inteligentes e que utiliza a criptomoeda Ether (ETH) como sistema de pagamento.

destas obras e para a sua produção (SOUZA AR, 2011, p. 421). Ou seja, as condições sociais que criam, possibilitam e limitam as experiências individuais, não apenas das artísticas, mas de quem tem acesso a essas obras, possuem relação direta com as expressões artísticas.

Dessa forma, embora sedimentada a proteção dos direitos autorais das obras musicais no ordenamento pátrio, principalmente através da Lei 9.610/98, evidente que os avanços tecnológicos da Era Digital geraram problemáticas que a legislação brasileira ainda não possui suporte para solucionar, de modo que se mostra urgente sua atualização, para adequação à nova realidade.

Ainda, justamente pelo fato de, muitas vezes, não encontrarem respaldo para seus anseios na nossa legislação (como no caso do repasse de valores referentes aos royalties das plataformas de *streaming*), acabam aproveitando inovações tecnológicas para buscar outras formas de remuneração mais independente, como as transações envolvendo NFTs. Contudo, tais inovações também carecem de regulamentação, o que torna a situação dos artistas e detentores dos direitos autorais das obras musicais vulneráveis à violações a proteção que lhes é concedida.

Assim, o direito, sendo mutável e devendo constantemente acompanhar as evoluções da nossa sociedade, deve se manter atento às novidades da Era Digital, para manter a proteção dos direitos autorais dos criadores de obras musicais, a fim de que esses possam continuar contribuindo com o desenvolvimento cultural da sociedade por meio das suas criações.

REFERÊNCIAS

AVANCINI, Helenara Braga. Pensamentos sobre a conscientização dos consumidores contra a pirataria de criações protegidas pelo direito autoral. *In*: PIMENTA, Eduardo Salles. **Estudos de Combate à Pirataria em homenagem ao Desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

BARGFREDE, Allen. **Music law in the Digital Age: Copyright essentials for today's music business.** 2ND Edition. Boston: Berklee Press, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 2a edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRANCO, Gerson Luiz; MENKE, Fabiano. Ringtone que reproduz trechos de música sem autorização do autor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 67, p. 427-445, 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104336>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.244, de 14 de outubro de 2004.** Dispõe sobre a composição e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, e dá outras providências. [S. l.], 14 out. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5244.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

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 [S. l.], 06 mai. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei 9.609/98, 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. [S. l.], 19 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 28 de ago. 2021.

BRASIL. **Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. [S. l.], 19 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. STJ, **REsp nº 1.559.264 – RJ**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/02/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201302654647&dt_publicacao=10/12/2015. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. STJ, **RE 1056363 AgR**, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 16-04-2018 PUBLIC 17-04-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14659493>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRAY, Daniel L. **NFT and Cryptoart: The Complete Guide to Successfully Invest in, Create and Sell Non-Fungible Tokens in the Digital Art Market**. Edição do Kindle.

CABRAL, Plínio. Problemas relativos a direitos autorais na obra multimídia. **Revista da Associação brasileira de propriedade intelectual**. São Paulo, n.42, p.38-48, 1999.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CENTIEIRO, Henrique. **The Non-Fungible Booklet: The History and Technologies Behind NFT and how they are changing the art world**. 2021. Edição Kindle.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Copyright law in the Brazilian Constitution and its repercussions in ordinary laws. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 30, p. 21-28, jul./dez. 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Liberdade de expressão: direitos da personalidade e as biografias não autorizadas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 44/45, p. 201-237, 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. Contratação no ambiente digital: mudanças profundas ou superficiais? **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 4, jul/set, 2019.

COCURUTTO, Rafael Clementi. **Direitos autorais: a gestão coletiva de obras musicais**. São Paulo: Leud, 2020.

INDALÊNCIO, Clarissa Melo; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; ZILLI, Julio Cesar; BRUCH, Kelly Lissandra. DIREITOS DO AUTOR, MÚSICA E TECNOLOGIA: REFLEXÃO JURÍDICA SOBRE SUA CONCILIAÇÃO. *In: II Cadernos de Propriedade Intelectual - Coletânea de artigos apresentados no XVIII Ciclo de Propriedade Intelectual e I Congresso Nacional de Propriedade Intelectual*. Alexandre Elman Chwartzmann. et.al – (Organizador). Porto Alegre: OAB/RS. 2019. 206p.

LIMA, João Ademas de Andrade. **Novos olhares sobre o direito autoral na era da música digital**. Porto Alegre: Editora Simplíssimo, 2011. Edição Kindle.

LEITE, Eduardo Lycurgo. Punkataria. In: PIMENTA, Eduardo Salles. **Estudos de Combate à Pirataria em homenagem ao Desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

HAMMES, Bruno Jorge. A pirataria de obras intelectuais. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo, v. 23, nº 59, p. 89-104, 1990.

HAYWORTH, Michael E. **The Ultimate Non-Fungible Token (NFT) Guidebook: A Practical Guide to Everything NFT in Everyday Language**. 2021. Edição Kindle.

MANSO, Eduardo V. **Contratos de direito autoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MENEZES, Elisângela Dias. O Plágio como Violação Autoral. In: PIMENTA, Eduardo Salles. **Estudos de Combate à Pirataria em homenagem ao Desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito do autor em obra coletiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais na revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: A obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 109, p. 109-128, jan./dez. 2014.

MUSSALEM, Waleska Bertolini Vieira. **O STJ e a construção de coerência nos Direitos Autorais: Pirataria e ECAD**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIVA, Jose Eduardo Ribeiro. Direito autoral, MP3 e a nova indústria da música. **LOGOS 35 Mediações sonoras**. Vol. 18, nº 02, p. 31-42, 2011.

PANZOLINI, Carolina Diniz; PINHEIRO, Luciano Andrade. **Streaming é execução pública**. 2017. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/noticias/Clipping/Paginas/Streaming-é-execução-pública.aspx>. Acesso em: 31 out. 2020.

PEREIRA, Manoel J. A proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. **Revista da Associação brasileira de propriedade intelectual**. São Paulo, n.42, p.49-59, 1999.

PERSSON, Lalai. NFT é a revolução da música? Tudo o que você queria saber sobre a moeda digital do momento. *In: Music Non Stop*. [S. l.], 20 mar. 2021. Disponível em: <https://musicnonstop.uol.com.br/nft-musica-o-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

PRITCHARD, Will. Kings of Leon think NFTs are the future of the music industry, but WTF is an NFT?. *In: Independent*. [S. l.], 13 mar. 2021. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/music/features/kings-of-leon-nft-album-art-b1815695.html>. Acesso em: 21 abr, 2021.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5ª ed. Barueri: Manole, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e acesso à cultura. **Liinc em Revista**, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro, p. 416- 436.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral | Public domain and the social function of copyright law. **Liinc em Revista**, v. 7, 01 outubro 2011.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Obras intelectuais protegidas: algumas considerações sobre a pirataria. *In: PIMENTA, Eduardo Salles. Estudos de Combate à Pirataria em homenagem ao Desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

VIEIRA, Alexandre Pires. **Direito Autoral na Sociedade Digital**. Montecristo Editora. São Paulo: 2018. Edição do Kindle.

ZIMMERMANN, Natalia; BUSNELLO, Saul José. O *fair use* e a regulamentação do uso de *samples* e *covers* em obras musicais do direito autoral brasileiro. **XII Congresso de Direito do Autor e Interesse Público: Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas**. Curitiba, 2019, p. 1105-1127.

WACHOWICZ, Marcos; VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. A gestão coletiva dos direitos autorais e o *streaming*. **P2P & Inovação**. Rio de Janeiro, v. 4, nº 1, p. 4-17, set./ fev. 2018.

WITT, Stephen. **Como a música ficou grátis**: o fim de uma indústria, a virada do século e o paciente zero da pirataria. 1ª edição. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

O NFT – *NON FUNGIBLE TOKEN* E A TUTELA AOS DIREITOS AUTORAIS¹

Heloise Bartolomei Seleme²

RESUMO: No contexto da cultura digital, os mecanismos de tutela dos direitos de propriedade intelectual precisam adaptar-se. A alta capacidade de dispersão oriunda da falta de escassez natural resulta na ausência de controle dos titulares sobre a exploração da criação. A tecnologia *Blockchain*, de natureza autônoma, descentralizada e inviolável, se apresenta como alternativa na gestão dos direitos de propriedade intelectual, possibilitando o aumento de controle do autor. Os NFTs – *Non Fungible Tokens*, recibo único digital que torna o ativo infungível, abrem novas possibilidades à tutela dos direitos autorais, ao buscar conferir escassez aos bens no mundo *online*. Desta forma, o presente artigo – desenvolvido pelo método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária e análise de legislação – buscou analisar os conceitos de direitos autorais e as especificidades inerentes à propriedade imaterial, bem como compreender as dificuldades apresentadas no âmbito digital, e investigar as características da tecnologia *Blockchain* e dos NFTs, que inova ao conferir um caráter de singularidade e exclusividade ao item registrado, o que poderia levar à concepção de uma verdadeira propriedade digital. Ao final, concluiu-se que a tecnologia *Blockchain*, em especial o NFT, é relativamente novo, trazendo incertezas, como a insuficiência de experiências e resultados na sua utilização para compreensão dos reais alcances e benefícios, bem como quanto à natureza jurídica e validade das transações realizadas neste meio, sendo necessário o debate do tema no meio acadêmico para

¹ Eixo temático: IV – PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado.

² Pós-graduada em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio/UERJ). LL.M em Direito Empresarial pela ISAE/FGV. Pós-graduada em Direito, Logística e Negócios Internacionais, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada.

ampliar a compreensão do potencial do uso destas tecnologias na inovação dos sistemas de gestão de direitos autorais no meio virtual.

Palavras-chave: *Blockchain; Non Fungible Tokens; Direito Autoral.*

1 INTRODUÇÃO

Com a expansão do mundo digital, os hábitos humanos são cada vez mais adaptados à dimensão virtual, impactando na forma com que a sociedade produz, aprecia e consome música, literatura e arte. Neste contexto de desenvolvimento de uma cultura digital, os mecanismos de tutela dos direitos de propriedade intelectual precisam adaptar-se, uma vez que se torna inviável transpor indistintamente o conjunto normativo relativo ao direito autoral ao mundo virtual.

A propriedade intelectual tutela os direitos morais e patrimoniais relativos às criações oriundas do espírito e intelecto humano, seja de cunho artístico, literário ou científico, independentemente do meio em que estão afixadas, por meio de um direito de exclusivo, um monopólio de reprodução, utilização e publicação exercíveis dentro dos limites constitucionais.

Por se tratar de uma criação intelectual, estas obras são dotadas de uma intangibilidade, que permite inúmeras utilizações simultâneas, de forma que não existe uma escassez natural de bens em matéria de propriedade intelectual.

A concepção da internet e expansão do ambiente virtual dificulta a percepção de escassez artificial que a norma legal atribui aos bens imateriais, gerando um paradoxo aos direitos de propriedade intelectual, uma vez que estes bens são suscetíveis à dispersão imediata quando colocados no mercado, tornando-se rapidamente absorvíveis.

Buscando auxílio na tentativa de efetivar a tutela destas obras intelectuais, a sociedade volta seu olhar a novos modelos de negócios e ao emprego de novas tecnologias, como é o caso da tecnologia *Blockchain* – que, por sua natureza autônoma, descentralizada e inviolável,

se apresenta como uma alternativa na gestão dos direitos de propriedade intelectual com transparência, possibilitando o aumento de controle do autor.

Neste contexto, os NFTs – *Non Fungible Tokens* surgem como forma de autenticação de transações de obras de arte, abrindo novas possibilidades à tutela dos direitos autorais.

Por representar um recibo digital único de um ativo digital, tornando-o não fungível, ou seja, dotado de características singulares que o torna insubstituível por outro equivalente, o NFT busca conferir escassez aos bens no mundo *online*, tornando possível a propriedade de itens digitais exclusivos, o que poderia representar grande impacto no futuro dos direitos de propriedade.

Desta forma, o presente artigo foi desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, descritiva, com base em livros específicos acerca da temática; dissertações; anais de congresso; legislação; artigos científicos, assim como artigos e pesquisas disponibilizadas na internet sobre os NFTs. Intentou-se, pelo presente, fazer uma breve análise dos conceitos de direitos da propriedade intelectual, em especial de direitos autorais, sua representação no arcabouço normativo, assim como as peculiaridades únicas que a difere de outros tipos de propriedade.

A partir desta conceituação, buscou-se compreender as dificuldades apresentadas pelo tratamento da matéria no âmbito digital, bem como investigar as características da tecnologia *Blockchain*, em especial dos NFTs – *Non Fungible Tokens* – tecnologia disruptiva sobre a qual pouco se aborda no ambiente acadêmico brasileiro, investigando as possíveis vantagens e ressalvas de seu uso na tutela e gestão dos direitos autorais.

2 O DIREITO AUTORAL E AS PARTICULARIDADES DA PROTEÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS

A propriedade intelectual, gênero do qual é espécie o direito autoral, consubstancia-se pela tutela dos direitos relativos às criações oriundas do espírito e intelecto humano, seja de cunho artístico, literário ou científico.

Conforme determina a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, firmada originariamente em 1886, os países constituintes da União então formada propuseram-se a realizar a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas, “qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”³.

À luz da previsão internacional e seguindo a tradição constitucional pátria, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, inciso IX, ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, conferindo ao autor, no inciso XXVII, “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”⁴.

Com esta previsão, a Carta Magna fundamenta a proteção do direito autoral *stricto sensu* como “um direito exclusivo, patrimonial, um monopólio de reprodução, utilização e publicação sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais”⁵.

³ 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de maio de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁵ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125.

Contudo, em que pese a previsão aposta no art. 5º, inciso XXVII da Constituição Federal conceder ao criador um direito à exploração de cunho econômico da propriedade intelectual, um aspecto de tutela de direitos morais encontra-se fundamentado nos dispositivos constitucionais gerais da tutela de expressão e de resguardo moral da vida humana⁶, na medida em que o sistema de proteção pátrio apresenta certa congruência com a tradição continental europeia, assim como com normas de direito internacional, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê, em seu artigo 27, inciso II, que “todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”.⁷

A compreensão desta esfera moral acerca da criação intelectual admite a conclusão pela existência de um vínculo indissociável entre a obra e seu autor, na medida em que “ainda que o original da obra seja vendido e ainda que venha a ser destruído, o autor terá resguardado os seus direitos morais que preveem, inclusive e entre outros, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra”⁸.

Isto posto, extrai-se que o sistema brasileiro tutela os direitos autorais como direitos híbridos, divididos em direitos morais de autor e direitos patrimoniais de autor, tendo em vista que se busca garantir e proteger tanto interesses morais quanto materiais decorrentes das criações intelectuais.

⁶ Previstos na Constituição Federal, Artigo 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e Artigo 5º, 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. (Ibid., p. 126.)

⁷ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁸ LEMOS, Ronaldo et al. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011, p. 24.

Em sede infraconstitucional, a regulamentação da proteção vem expressa na Lei nº 9.610/1998 – Lei de Direitos Autorais, que remete à redação da citada Convenção de Berna, ao definir, em seu artigo 7º, como obras intelectuais compreendidas pela proteção legal “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”⁹.

Verifica-se uma minimização, por parte do legislador, da “importância do meio em que a obra foi expressa”¹⁰, ou seja, pretende-se proteger qualquer criação que tenha sido exteriorizada, independentemente do meio em que está afixada. Igualmente, dispensa-se a exigência de formalidades para percepção da tutela, sendo o registro da obra opcional, sendo “*ad probandum tantum*”¹¹.

Relevante compreender que, em que pese o arcabouço normativo se refira a estes como direitos de propriedade intelectual, a própria natureza das obras oriundas do intelecto humano gera peculiaridades únicas, distinguindo-a da concepção tradicional de propriedade.

Conforme belamente explanado por Denis Borges Barbosa, a criação intelectual é dotada de uma intangibilidade intrínseca, dissociando-se do respaldo material:

A escultura especificada no mármore, assim, distingue-se da matéria física; ela não é tangível. Na metáfora da estátua em que a obra surge naquilo que o artista retirou da pedra, a criação é avasaladoramente imaterial. A Arte está naquilo que era tangível, e foi retirado – seus dedos sentem a superfície polida do que ficou, mas só a imaginação e a intuição discernem o que foi retirado.¹²

⁹ 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 União**, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹⁰ LEMOS et al, op. cit., p. 31.

¹¹ BARBOSA, op. cit., p. 173.

¹² *Ibid.*, p. 36.

A criação intelectual é dotada de uma intangibilidade intrínseca, dissociando-se do respaldo material, o que reflete em uma característica de não rivalidade.

Diferentemente do que ocorre quanto à propriedade material, em que os bens são tangíveis e palpáveis, a utilização de um bem imaterial por um indivíduo não exclui ou impede que outra pessoa o utilize ou explore ao mesmo tempo. Igualmente, por normalmente não possuírem atributos corpóreos que são inerentes aos direitos reais, tais bens podem ser reproduzidos ou recriados por qualquer pessoa a despeito do criador¹³.

Desta forma, por permitir inúmeras utilizações simultâneas, não existe uma escassez natural de bens imateriais quando se fala em propriedade intelectual¹⁴. Por não ser a escassez e a exclusividade elementos naturais dos bens imateriais, não sendo assim passíveis de se tornarem bens econômicos, a lei busca reverter esta característica, tornando-os artificialmente exclusivos. Neste sentido é que se entende que a propriedade intelectual é uma construção jurídica, ou seja, “a lei transforma o intangível em propriedade”¹⁵.

Ao criar juridicamente uma exclusividade, busca-se assegurar “a vantagem econômica da escassez”¹⁶, criando essencialmente um direito de exclusivo e um monopólio temporal conferido ao autor, resguardando “exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência”¹⁷. Por se tratar de obras intelectuais, esta necessidade de artificialmente regular o mercado surge como medida para assegurar remuneração aos criadores e autores¹⁸.

¹³ BARBOSA, op. cit., p. 30.

¹⁴ LEMOS et al, op. cit., p. 24.

¹⁵ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**: Como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005, p. 101.

¹⁶ BARBOSA, op. cit., p. 29.

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. n. 03. Recife: ESMAFE, 2002. p. 126.

¹⁸ LEMOS et al, op. cit., p. 23.

A natureza dos bens imateriais torna-os suscetíveis à dispersão imediata quando colocados no mercado, tornando-se absorvível e utilizável por qualquer pessoa, causando uma desvantagem pela ausência de retorno e remuneração econômica ao criador, caso não houvesse uma norma jurídica restringindo dispersão. Não poderia, portanto, ficar submetida às forças da livre concorrência de mercado, sob pena de o investimento na criação ser imediatamente consumido pela liberdade de reprodução, suprimindo a inovação e novas criações. Neste sentido, conforme leciona Denis Borges Barbosa, esta tendência de dispersão dos bens imateriais geraria uma falha de mercado (*market failure*¹⁹), a ser resolvida por mecanismos jurídicos que, por sua vez, causam uma segunda falha de mercado ao promover a restrição de direitos por meio do monopólio²⁰.

Entretanto, importante frisar que, apesar de a norma jurídica atribuir direitos exclusivos, a exploração deste monopólio temporal não pode ser vista sem reservas, devendo ser exercida dentro dos limites constitucionais, em especial à luz da função social da propriedade, equilibrando “a defesa dos titulares dos direitos e o acesso ao conhecimento e a liberdade de expressão por parte da sociedade”²¹. Neste sentido, pela lição de José de Oliveira Ascensão, “os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica”²².

Ocorre que, se historicamente, no ambiente analógico do final do séc. XVIII, quando nasce esta qualificação²³, já se vislumbrava com-

¹⁹ Segundo o autor, esta teoria da falha de mercado ou *market failure* aplicada à temática da propriedade intelectual visa compatibilizar a existência de um monopólio ou quase-monopólio atribuído às criações intelectuais com os pressupostos da livre concorrência. Em suas palavras, “a restrição à concorrência, que surge como uma intervenção estatal nas forças livres de mercado, existe como garantia de que os objetivos de equilíbrio final não sejam comprometidos por uma incompetência do próprio mercado”. (BARBOSA, op. cit., p. 75.)

²⁰ *Ibid.*, p. 92.

²¹ LEMOS et al, op. cit., p. 22.

²² ASCENSÃO, op. cit., p. 141.

²³ *Ibid.*, p. 126.

plexidade em corrigir esta falha de mercado, a criação da internet e a expansão do mundo digital agravaram a dificuldade de artificialmente atribuir escassez aos bens imateriais, uma vez que difunde a possibilidade de acesso, cópia e transformação de obras, sem controle efetivo sobre esta prática²⁴.

Segundo argumenta Lawrence Lessig²⁵, um dos aspectos oriundos do surgimento da internet é a criação de um ambiente aberto, transfronteiriço e acessível a muitos para o desenvolvimento cultural, o que ocasionou a mudança do mercado, ameaçando os paradigmas e as indústrias de conteúdo até então estabelecidos.

O ambiente virtual se apresenta, portanto, como grande paradoxo aos direitos de propriedade intelectual, na medida em que “as inovações tecnológicas, a um só tempo, ensejam a criação de novos bens – as obras informáticas -, ampliam extraordinariamente as possibilidades de ‘violação’ ao direito de autor”²⁶.

A própria arquitetura da rede e a natureza do ambiente digital apresentam dificuldades para a exploração exclusiva e proteção dos direitos autorais, na medida em que “praticamente qualquer utilização da obra neste meio envolve algum nível de reprodução”²⁷ e pode representar uma violação de direitos, sendo inviável transpor automaticamente o arcabouço normativo do direito autoral ao mundo virtual²⁸.

Desta feita, insuficiente incrementar os níveis de proteção autoral por meio de legislações mais restritivas, ou meramente lançar mão de

²⁴ LEMOS et al, op. cit., p. 24.

²⁵ LESSIG, op. cit., p. 36.

²⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Da “obra sem autor” ao “autor sem obra”: cultura e inclusão tecnológica na recomposição do direito de autor. *In*: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Orgs.). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 264.

²⁷ WACHOWICZ, Marcos; PESSERL, Alexandre Ricardo. **Gestão coletiva e governança no ambiente virtual**. Curitiba: Gedai, 2019, p. 28.

²⁸ LEMOS et al, op. cit., p. 73.

mecanismos que limitam o uso de uma obra digital, posto que tecnicamente ineficientes e apenas ampliam o vale existente entre o direito de acesso do usuário e o direito de propriedade intelectual do criador.

Este cenário demanda um repensar do sistema de tutela da proteção autoral, visando conciliar os interesses do usuário consumidor e a proteção patrimonial e moral do criador das obras, de modo transparente²⁹.

3 A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

A dinamicidade com que cópias e compartilhamento de bens imateriais ocorrem no meio tecnológico faz com que novos modelos de negócios e de tecnologias surjam como possibilidade para a tutela destas obras intelectuais, como é o caso da tecnologia *Blockchain*.

Em 2008, o autor sob pseudônimo Satoshi Nakamoto divulgou um artigo nomeado “*bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*”, no qual apresentou um sistema de criptografia capaz de garantir, de forma descentralizada, a autenticidade de pagamentos realizados por uma moeda digital (“*bitcoin*”)³⁰.

Este sistema, que passou a ser conhecido como *Blockchain*, desde seu lançamento impactou a sociedade “com o seu potencial de revolucionar a forma como transacionamos o dinheiro, informações e

²⁹ FERREIRA, Ana Flávia da Costa. **O uso da rede blockchain no mercado criativo: a gestão de direitos autorais de obras musicais no ambiente digital.** 2020. 155 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Indústrias Criativas) - Programa de Pós-graduação em Indústrias Criativas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020, p. 14.

³⁰ KERLLER, Laís Adrielle Todescatto; SANTOS, Vitória Maria Furtado dos. O uso da tecnologia blockchain como mecanismo de proteção aos direitos autorais. *In: WACHOWICZ, Marcos et al. (Orgs.). Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.* Curitiba: GEDAI, 2019, p. 223.

processos, visto tratar-se de uma rede completamente descentralizada”³¹.

Desta forma, uma vez que a tecnologia *Blockchain* apresenta um meio de validação de informações, que garante a integridade e veracidade do conteúdo, em pouco tempo despontou como possível solução para transações nas quais é necessário aferir a veracidade de afirmações a respeito da posse e propriedade de direitos, garantindo que transferência destes ocorra a partir do legítimo proprietário³².

A premissa de funcionamento da *Blockchain* se dá por um mecanismo de consenso (mecanismo “*proof of work*”), que valida a transação por intermédio de um cálculo matemático. *Grosso modo*, o sistema aplica sobre o conjunto de dados (“blocos”) uma fórmula matemática unilateral, que associa os dados do arquivo a um código alfanumérico, gerando a partir disso um código *hash* imutável.

Este *hash* “é capaz de obter uma quantia significativa de dados e transformá-los em pequenas informações”³³, possibilitando documentar aspectos do arquivo como data e hora da criação e seu conteúdo, e funcionará como uma assinatura digital, que será perdida caso haja alteração na informação³⁴.

³¹ TRINDADE, Rangel Oliveira. Blockchain e os desafios de escalabilidade à sociedade informacional: por uma revisão tecno-jurídica e de cooperação. In: PEREIRA, Alexandre Libório Dias; WACHOWICZ, Marcos; LANA, Pedro de Perdigão. (Coord.). **Novos direitos intelectuais: estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia**. Curitiba: Gedai, 2019, p. 84.

³² STRUECKER, Fernando Almeida. Blockchain como instrumental às políticas públicas de proteção aos direitos de propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos et al. (Orgs.). **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2019, p. 238.

³³ MORETI, Mariana Piovezani; CABRERA, Paula Baragatti. O uso da tecnologia blockchain para proteção e gestão de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos et al. (Coord.). **Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2018, p. 200.

³⁴ GOMES, Mary Pilly Durán Canedo; TOMEIX, Bruna Rabelo. Oportunidades e desafios no uso do blockchain para proteção de direito autoral nas plataformas de

A partir disto, o registro identificado no *hash* precisará ser validado por pares, por outros usuários, para compor a cadeia, sendo então encadeado ao bloco. Para tanto, fala-se em um mecanismo de consenso pois “para que o sistema funcione, todos os computadores devem reconhecer (concordar matematicamente) que uma transação é válida”³⁵.

Igualmente, a validação da transação depende que as assinaturas digitais sejam originais. Caso haja alguma modificação ou inclusão de informações, o sistema irá gerar um novo *hash*. Nesta situação, havendo alteração na assinatura, a rede não valida a transação, pois não é possível verificar ser a transação legítima. Neste sentido:

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.³⁶

Isto posto, entende-se a mecânica do sistema *Blockchain* como “uma tecnologia de distribuição de informação com base no princípio da descentralização”³⁷, uma vez que a validação das operações independe da intermediação de uma autoridade externa, sendo realizada pelos próprios pares (*peer-to-peer*), na medida em que as informações são armazenadas de forma pública e universal em livros-razão (*led-*

streaming. In: WACHOWICZ, Marcos et al. (Orgs.). **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2019, p. 208.

³⁵ MORETI; CABRERA, op. cit., p. 201.

³⁶ GARROTE, Camila Garcindo Dayrell; PAZOS, Julia. O que é blockchain? Como podemos aplicá-la na propriedade intelectual?. In: **Revista da ABPI**, n. 152, p. 52-62, jan/fev de 2018, apud GOMES; TOMEIX, op. cit., p. 208.

³⁷ GOMES; TOMEIX, op. cit., p. 204.

gers), “permitindo que cada pessoa mantenha uma cópia do livro e checando constantemente cada cópia uma contra a outra”³⁸.

A partir da compreensão do mecanismo de funcionamento da *Blockchain*, é possível vislumbrar características e benefícios que a recomendam como aliada na tutela dos bens e direitos de propriedade intelectual.

Em primeiro lugar, tendo em vista que a tecnologia documenta características do arquivo, como conteúdo e data e hora da criação, torna-se relevante na atribuição de direitos de propriedade intelectual, uma vez que poderia realizar a autenticação da paternidade da obra³⁹, assim como possibilita fornecer prova de anterioridade de modo claro, imutável e legítimo⁴⁰.

Por sua vez, a utilização dos dados registrados pode auxiliar no gerenciamento de direitos autorais no meio digital, tendo em vista possibilitar o “controle e rastreabilidade da distribuição de propriedade intelectual (não) registrada”⁴¹, controlando a transferência de ativos, o cumprimento de contratos, licenças ou redes de distribuição exclusivas, comprovando autenticidade e rastreando a procedência.

Neste sentido, a utilização da *Blockchain* agregaria transparência na gestão do licenciamento de obras, aumentando o controle artístico do autor, pois a tecnologia permitiria a realização de transações entre autor e o público diretamente, sem necessidade de interferência de terceiros, como editoras e produtoras, para o recebimento de *royalties*. Desta forma, “o detentor dos direitos de autor teria ciência ine-

³⁸ FAIRFIELD, Joshua. **Tokenized**: the law of non-fungible tokens and unique digital property. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3821102>. Acesso em: 16 maio 2021. Tradução nossa. No original: “(...) allowing each person to maintain a copy of the book and constantly checking each copy against one another”.

³⁹ MORETI; CABRERA, op. cit., p. 194.

⁴⁰ GOMES; TOMEIX, op. cit., 211.

⁴¹ STRUECKER, op. cit., p. 243.

quívoca e exata do que está acontecendo e como sua obra é gerida”⁴², conferindo-lhe autonomia.

Outro aspecto relevante que se verifica é segurança da transação. A mecânica de imutabilidade do *hash* e o sistema de autenticação torna a falsificação dos registros impraticável, protegendo a operação de fraudes, conferindo maior segurança jurídica às transações. Conforme explica Rangel Oliveira Trindade, “cada *ledger* oferece uma criptografia própria para proteger as informações em uma rede, sendo necessário quebrar a senha que está contida nos pontos de junção para conseguirmos alterar esta cadeia de *blockchain*”⁴³.

4 OS NFTS – NON FUNGIBLE TOKENS

Neste contexto tecnológico, em março de 2021, o leilão de uma obra de arte puramente digital realizado pela casa de leilões Christie’s⁴⁴ colocou em evidência outra tecnologia, que se vale do sistema *Blockchain*, como forma de autenticação de transações de obras de arte, abrindo novas possibilidades à tutela dos direitos autorais, podendo representar grande impacto no futuro da inovação e dos direitos de propriedade⁴⁵: os NFTs – *Non Fungible Tokens*⁴⁶.

⁴² TRINDADE, op. cit., p. 87.

⁴³ TRINDADE, op. cit., p. 84.

⁴⁴ CHRISTIE’S. **Welcome to the future – digital art: NFTs**. Disponível em: <https://www.christies.com/auctions/christies-encrypted>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁴⁵ FAIRFIELD, Joshua; TRAUTMAN, Lawrence J. **Virtual art and non-fungible tokens**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3814087>. Acesso em: 16 maio 2021.

⁴⁶ A expressão “*token*” deriva da língua inglesa e pode ser compreendida como um símbolo, uma representação de um fato ou qualidade.

Os NFTs – *tokens* não fungíveis, podem ser entendidos como “um certificado digital, impossível de ser copiado ou falsificado, que atesta a existência de determinado bem digital, tornando-o não fungível”⁴⁷.

Ao contrário de outras tecnologias *Blockchain*, como é o caso das criptomoedas – que tratam de bens fungíveis, o NFT surge atrelado à ideia de infungibilidade do bem, ou seja, eivado de características singulares, que não poderia ser substituído por outro equivalente.

Neste sentido, o sistema atribui ao bem um número de série único que certifica a autenticidade e o histórico de propriedade de um objeto associado, possibilitando transformar um bem digital que poderia ser facilmente copiado em algo exclusivo⁴⁸.

Em razão de suas particularidades, segundo explica Joshua Fairfield, “a próxima geração de tecnologia de *blockchain* está agora levando a escassez e exclusividade *online*, tornando possível a propriedade de artefatos digitais verdadeiramente únicos”⁴⁹.

Desta forma, é possível verificar o apelo que esta nova tecnologia exerce sobre o mercado da arte que, conforme exposto, sofre com as consequências da evolução do mundo digital. Como expõe Shira Ovide, “os NFTs e o conceito relacionado de *blockchain* prometem, em parte, dar às pessoas maneiras de tornar seu trabalho mais valioso, criando escassez”⁵⁰.

⁴⁷ ALMEIDA, Gustavo Martins de. **Obras literárias e o NFT**. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2021/04/12/obras-literarias-e-o-nft>. Acesso em: 16 maio 2021.

⁴⁸ FAIRFIELD; TRAUTMAN, op. cit., n. p.

⁴⁹ FAIRFIELD, op. cit., n. p. Tradução nossa. No original: “*The next generation of blockchain technology is now taking scarcity and uniqueness online, making ownership of truly unique digital artifacts possible*”.

⁵⁰ OVIDE, Shira. Some straight talk on NFTs. **The New York Times**, Nova York, 29 mar. 2021. Business Day, p. B3, apud FAIRFIELD; TRAUTMAN, op. cit., n. p. Tradução nossa. No original: “*NFTs and the related concept of the blockchain hold the promise to, in part, give people ways to make their work more valuable by creating scarcity*”.

Assim é que uma das primeiras aplicações da tecnologia NFT surge vinculada à arte digital, como discorre Joshua Fairfield:

Muito do que motiva a venda de arte física – a capacidade de exibir a peça ou lucrar com o aumento do valor de uma peça única na revenda – não foi possível no espaço digital. Os NFTs agora permitem que a propriedade na arte digital seja comprovada e que o proprietário use seu *token* em vários espaços sociais *online*.⁵¹

Isto ocorre uma vez que o *token* contém um endereço digital, um indicador da localização do arquivo de arte digital e um *hash* do arquivo como prova.

Ao criar uma obra digital, por exemplo, o autor então cria um *token* de cópias da arte, atribuindo a estas um NFT exclusivo, “que lhes dá caráter de singularidade, individualidade, enfim exclusividade”⁵² e que poderá ser comercializado no mercado. Os compradores, por sua vez, têm a possibilidade de realizar a revenda, pela transferência dos *tokens* para outros compradores, seguindo a lei de mercado.

Por adquirirem esta característica não-fungível, as obras de arte digitais registradas em NFT são limitadas em número, e o contrato (*smart contract*) que rege a propriedade do *token* não pode ser alterado depois de criado o *hash* no *blockchain*, o que impediria a falsificação⁵³.

Por outro lado, não é necessário que um NFT represente um bem unicamente digital, armazenado diretamente em *blockchain*. Por se tratar de um recibo digital, pode atestar tanto a propriedade de ativos

⁵¹ FAIRFIELD, op. cit., n. p. Tradução nossa. No original: “*Digital art was one of the first applications of NFT technology. Much of what motivates the sale of physical art—the ability to display the piece, or profit from a unique piece’s rise in value upon resale—has not been possible in digital space. NFTs now allow for ownership in digital art to be proven and for the owner to use their token in various online social spaces*”.

⁵² ALMEIDA, op. cit., n. p.

⁵³ FAIRFIELD, op. cit., n. p.

digitais, como uma obra de arte digital, um ativo em um jogo *online*, assim como bens existentes no mundo real palpável, como uma obra de arte física ou um veículo.

Cumprе frisar que o NFT não se confunde com a arte em si, mas é tão somente um indicador da arte, que é armazenada separadamente. Conforme explica Jason Zweig, ao adquirir um NFT, o comprador está obtendo o conhecimento de possuir uma versão oficial da obra de arte⁵⁴.

O NFT, portanto, é uma tentativa tecnológica de recriar simples transações de venda, mas para bens digitais únicos e escassos, ao invés de objetos físicos, permitindo a qualificação dos compradores destes bens como proprietários, capazes de usar, fruir e dispor da propriedade sem interferência de terceiros.

Este conceito se apresenta inovador, na medida em que a venda de propriedade de ativos digitais contrasta com o modelo de licenciamento de propriedade intelectual no meio virtual desenvolvido nas últimas décadas, em que cabe ao detentor dos direitos patrimoniais determinar como o usuário de uma cópia pode usá-la ou descartá-la⁵⁵.

Evidentemente o NFT, como toda nova tecnologia, não está imune a críticas e ressalvas, sobretudo pelas incertezas que sua prática desencadeia. A primeira delas diz respeito ao descompasso do suporte legal atinente à comercialização de bens intelectuais no mundo virtual, uma vez que as normas designadas ao meio digital não focam na propriedade digital exclusiva, mas “em expandir as licenças de propriedade intelectual e os contratos online a ponto de sermos meros usuários, e não proprietários, de ativos digitais”⁵⁶.

⁵⁴ ZWEIG, Jason. The method to the madness of a \$69 million art sale. **The Wall Street Journal**, Nova York, 20 mar. 2021. Business, p. B5, apud FAIRFIELD; TRAUTMAN, op. cit., n. p.

⁵⁵ FAIRFIELD, op. cit., n. p.

⁵⁶ *Ibid.*, n. p. Tradução nossa. No original: “the rules (...) focused on expanding intellectual property licenses and online contracts to the point that we are mere users, not owners, of digital assets”.

Igualmente, pela própria arquitetura da tecnologia *Blockchain*, o tempo necessário para a geração de um novo bloco torna inviável o processamento em tempo real de múltiplas transações, tornando difícil a escalabilidade da operação, bem como representando um elevado consumo de energia⁵⁷.

Outro ponto de atenção diz respeito à possibilidade de fraudes que podem surgir no ambiente não intermediado e autônomo da *Blockchain*, pois qualquer usuário pode escrever no “livro-razão”, inclusive subscrever certificados de propriedade de obras intelectuais das quais não é autor, não detém titularidade, ou ainda, que se encontra em domínio público, restringindo ainda mais o sistema de usos legítimos⁵⁸.

Pela imutabilidade da cadeia, não seria possível realizar a alteração da *Blockchain* e do NFT caso assim fosse necessário, seja pela alteração da legislação em matéria de direitos autorais, seja por força de decisão judicial em disputas relativas à titularidade e exploração dos direitos, por exemplo⁵⁹.

Por fim, outro ponto que se frisa é que a imutabilidade da *Blockchain* torna igualmente imutáveis as inscrições na cadeia relativas às taxas de administração do ativo: ao adicionar a taxa do vendedor no *token*, este não poderá ser alterado, tornando-se o vendedor um proprietário parcial do ativo que, a cada transação, receberá uma parte da remuneração. Esta situação permite que o vendedor do NFT exerça controle prolongado sobre um ativo que foi integralmente quitado pelo comprador⁶⁰.

Neste sentido, a depender de como for utilizado, o NFT não trará a inovação que os artistas e consumidores esperam, ao reproduzir as mecânicas que ora se operam no mercado, podendo ser a indústria já estabelecida a única beneficiada do emprego desta tecnologia.

⁵⁷ GOMES; TOMEIX, op. cit., p. 212.

⁵⁸ FAIRFIELD, op. cit., n. p.

⁵⁹ GOMES; TOMEIX, op. cit., p. 213.

⁶⁰ FAIRFIELD, op. cit., n. p.

5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, compreende-se que o mundo digital foi capaz de abranger para além do suporte físico o acesso a obras artísticas e intelectuais, redefinindo a forma como são criadas e consumidas. Por outro lado, pela alta capacidade de dispersão caracterizada pela falta de escassez natural, deriva uma falta de controle dos titulares sobre a exploração de sua criação.

Verificou-se que esta pulverização traz conflitos ao sistema de proteção de direitos autorais, na medida em que não raro as disposições normativas são ineficientes no espaço virtual, permanecendo ainda hoje carente de mecanismos que pudessem solucionar a questão da gestão de direitos autorais no meio virtual.

Desta forma, buscou-se ponderar algumas questões particulares atinentes à tutela dos direitos de autor no sistema brasileiro, analisando em que sentido a utilização da tecnologia *Blockchain* poderia agregar neste viés.

Em especial, investigou-se a figura dos NFTs – *non fungible tokens* que, além de contribuir com elementos de transparência, segurança, imutabilidade, inova ao conferir ao item registrado um caráter de singularidade e exclusividade, o que poderia levar à concepção de uma verdadeira propriedade digital.

Contudo, não se pode ignorar que a *Blockchain*, em especial o uso de NFTs é relativamente novo, padecendo das incertezas inerentes a novas tecnologias, como a insuficiência de experiências e resultados na sua utilização para compreensão dos reais alcances e benefícios, bem como quanto à natureza jurídica e validade das transações realizadas neste meio. Assim, o debate do tema no cenário acadêmico poderia fomentar a compreensão do real potencial do uso destas tecnologias na inovação dos sistemas de proteção e gerenciamento de direitos autorais no meio virtual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gustavo Martins de. **Obras literárias e o NFT**. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2021/04/12/obras-literarias-e-o-nft>. Acesso em: 16 maio 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. n. 03. Recife: ESMAFE, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de maio de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

CHRISTIE'S. **Welcome to the future – digital art: NFTs**. Disponível em: <https://www.christies.com/auctions/christies-encrypted>. Acesso em: 10 jul. 2021.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias; WACHOWICZ, Marcos; LANA, Pedro de Perdigão. (Coord.). **Novos direitos intelectuais: estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia**. Curitiba: Gedai, 2019.

FAIRFIELD, Joshua; TRAUTMAN, Lawrence J. **Virtual art and non-fungible tokens**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3814087>. Acesso em: 16 maio 2021.

FAIRFIELD, Joshua. **Tokenized: the law of non-fungible tokens and unique digital property**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3821102>. Acesso em: 16 maio 2021.

FERREIRA, Ana Flávia da Costa. **O uso da rede blockchain no mercado criativo**: a gestão de direitos autorais de obras musicais no ambiente digital. 2020. 155 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Indústrias Criativas) - Programa de Pós-graduação em Indústrias Criativas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.

LEMOS, Ronaldo et al. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**: Como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. São Paulo, Trama, 2005.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 08 jun. 2021.

WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Orgs.). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

WACHOWICZ, Marcos; PESSERL, Alexandre Ricardo. **Gestão coletiva e governança no ambiente virtual**. Curitiba: Gedai, 2019.

WACHOWICZ, Marcos et al. (Coord.). **Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2018.

WACHOWICZ, Marcos et al. (Orgs.). **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2019.

GESTÃO DA PROPRIEDADE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

Miguel Alvarenga¹

RESUMO: As últimas décadas têm presenciado um momento paradoxal, no qual as tecnologias de informação potencializaram a democratização da produção e acesso à cultura e, ao mesmo tempo, motivaram um processo de recrudescimento dos direitos de propriedade intelectual. Diante da necessidade de ajustar a lei de direito autoral brasileira (LDA) para melhor comportar os interesses envolvidos, analisamos como certas visões de governança da propriedade e da relação especialistas, governo e população se manifestam nos processos de consulta pública para reforma da lei em 2010 e 2019. Através de um referencial teórico que combina Direito, literatura sobre *commons* e Science & Technology Studies (S&TS), usamos métodos de análise de conteúdo para coletar e analisar documentos referentes a ambas as consultas. Foi possível identificar que, apesar dos interesses de democratização cultural em 2010, persiste uma dificuldade do governo em ouvir e responder aos anseios da população, privilegiando grupos de interesse específicos alinhados com uma visão tradicional e centralizadora da propriedade – algo que parece haver piorado em 2019, com menções breves à participação social e uma criminalização do usuário. Chama-se atenção para a importância de conscientizar e articular a sociedade civil, para que se dê prosseguimento à discussão sobre as reformas e pressionar o estabelecimento de um direito autoral que traga mais equilíbrio entre autores, intermediários e usuários.

Palavras-chave: Direito autoral; Consulta pública; Participação social.

¹ Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Autoral (IBDAutoral); Doutorando em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a relação entre a presença de visões historicamente situadas de governança da propriedade e a atenção à participação popular em movimentos governamentais recentes para reforma da lei de direito autoral brasileira.

Tal pesquisa se situa em um contexto histórico e socioeconômico no qual as tecnologias de informação proporcionaram uma ampliação nas possibilidades de preservação, reprodução, transformação e compartilhamento de obras artísticas, permitindo um empoderamento do usuário enquanto produtor de cultura, ao invés de simples consumidor (LESSIG, 2004). Ao mesmo tempo, as mesmas tecnologias acompanham um processo de valorização dos ativos intangíveis na economia, levando a movimentos crescentes de expansão e “mercantilização” da propriedade intelectual (SELL, 2003; GRANSTRAND, 2005) com o objetivo de proteger os investimentos financeiros, humanos e técnicos depositados na criação desse conteúdo – sob pena de subinvestimento na produção desses ativos e um resultado negativo para a sociedade (DERCLAYE, 2008).

Estes movimentos regulatórios coincidem com um processo de “cerceamento” da informação e do conhecimento, o qual se vale de uma persistente adoção de modelos filosóficos e econômicos que valorizam a centralização de direitos de propriedade em torno de um titular – seja privado ou estatal – como o caminho ideal e absoluto para a gestão de quaisquer bens (NELSON, 2005; CONGOST, GELMAN e SANTOS, 2012). Por outro lado, nota-se o surgimento de iniciativas no sentido oposto, dedicadas a celebrar o papel do conhecimento para o interesse público e destacar a importância de regimes mais abertos de gestão da propriedade intelectual (HESS, 2008; CORIAT, 2013; ABECASSIS et al, 2019).

Foi nesse contexto que o Plano Nacional de Cultura (PNC), com duração de dez anos (2021a), estabeleceu, como parte de sua Meta 38, a discussão e proposta de uma reforma da Lei nº 9.610/98, a lei brasi-

leira de direitos autorais (LDA). A ideia seria adequar a legislação para atualizá-la aos desafios da tecnologia e da internet e, principalmente, garantir um maior equilíbrio entre os interesses de autores, intermediários e público (2021b). Nesse sentido, duas consultas públicas chamam atenção: uma, realizada em 2010 (BRASIL, 2010b), e outra, mais recente, feita em 2019 (BRASIL, 2019).

Contudo, findo o prazo de vigência do PNC em 2020, observa-se apenas uma reforma realizada na lei – sob a forma da Lei nº 12.853/2013, restrita a aspectos da gestão coletiva dos direitos autorais (e os recursos financeiros daí auferidos) por seus titulares (BRASIL, 2013). Assim, apesar de o Plano ter, entre seus princípios, a democratização das instâncias de formulação de políticas culturais e a participação e controle social nesse processo (BRASIL, 2010), não se observou uma concretização efetiva desses princípios em relação à Meta 38.

Tal resultado nos leva à seguinte pergunta de pesquisa: de que forma a participação social foi considerada dentro desse processo de consulta pública (em 2010 e em 2019) e qual sua relação com visões teóricas particulares sobre como exercer a governança da propriedade?

Para responder a esta pergunta, dividimos este trabalho da seguinte forma: primeiramente, expomos nosso marco teórico, que busca aliar a literatura jurídica contemporânea sobre direito autoral à discussão sobre *commons* e a textos da área de Science e Technology Studies (S&TS), focados na atuação política da ciência em questões sociais e a participação da sociedade nesses processos. Em seguida, apresentamos brevemente o processo de consultas públicas para reforma da LDA e utilizamos técnicas de análise de conteúdo para observar, nos documentos coletados, elementos relativos ao papel do público e de grupos de interesse na discussão, bem como a resposta do governo a essa questão.

A última seção conclui o trabalho, destacando a manutenção de uma dificuldade – e, nos últimos anos, um retrocesso – por parte do

governo no sentido de efetivamente superar modelos antigos e herméticos de gestão da propriedade intelectual. Destaca-se, assim, a importância de buscar um maior engajamento da sociedade civil, a fim de manter a discussão sobre o papel do interesse público no direito autoral viva no debate público.

2 REVISÃO DE LITERATURA

O direito de propriedade tal como o temos hoje nem sempre foi construído desta forma, em que pese ser ainda tratado como natural ou mais eficiente. Com efeito, Hespanha (1980) afirma que, no século XVI, predominava a ideia de uma “ordem universal” na qual cada coisa possuía um modo “natural” de ser usada, ao qual correspondia um direito e um titular. Isto começaria a mudar com a o surgimento de um pensamento mais centrado no individualismo – mais precisamente, na ideia de que o homem precisa se projetar nas coisas externas para se sentir realizado em sua liberdade. Defende-se, portanto, que a propriedade deve ser plena e absoluta, em conformidade com a plenitude da liberdade humana. Este pensamento, porém, permaneceria restrito ao ambiente das discussões jurídicas e filosóficas até os séculos XVIII e XIX, com o Iluminismo e as revoluções liberais. A partir daí, a política e as normas incorporariam a noção de que indivíduos, liberdades e bens obedeceriam a diretrizes estabelecidas como “dadas”, universais e absolutas – dissociadas, portanto, de seus contextos sociais, locais e históricos.

Segundo Congost, Gelman e Santos (2012), este passaria a ser o conceito dominante do direito de propriedade a partir de então: a noção de um modelo atemporal, absoluto e privatista como o melhor (ou mesmo único) possível ganhou espaço cada vez maior no âmbito cultural e social, bem como no cenário político e no jurídico, gerando reflexos em outras áreas do conhecimento. Um exemplo de destaque é a ideia de “tragédia dos comuns”, de Hardin (1968): para o autor, sistemas baseados no uso compartilhado de um bem comum, com cada um

dos envolvidos atuando em benefício próprio, estariam fadados a um “dilema do prisioneiro”: cada indivíduo começa a explorar mais do que seria o sustentável em detrimento dos demais, levando a um cenário de degradação desse bem. Caberia, portanto, o controle e restrição ao acesso e usufruto desse bem.

Este caráter absolutista da propriedade, ao longo do tempo, apenas aumentou: não só em relação ao que seria protegido, mas também em relação a prazos, direitos abrangidos e, com a globalização, o alcance territorial dessas normas. A culminação desse processo se daria no final do século XX, com o reconhecimento do valor estratégico de setores intensivos em conhecimento e a ânsia de proteger os investimentos de países líderes nesses setores contra possíveis imitadores, garantindo sua competitividade. Tem-se, assim, um processo de maximização da PI a nível global (ORSI e CORIAT, 2006; GRANSTRAND, 2007, p. 273-278).

Um dos pontos cruciais desse processo foi a assinatura do Acordo TRIPS, que Susan Sell (2003) situa como fruto de uma atuação que contou com um forte lobby por parte de atores privados – especialmente aqueles ligados a setores econômicos intensivos em informação. Através de diversos acordos com governos e outras entidades, ter-se-ia buscado uma ampliação do poder de monopólio pelos titulares, uma elevação do preço da informação e a proibição de práticas antes consideradas lícitas em diversos países. Segundo a autora, portas antes abertas para os países mais industrializados teriam sido fechadas para os países em desenvolvimento, coagidos a participar do acordo por diversas pressões econômicas.

No campo da bioengenharia, Gottweiss (2005) aponta que, para além dos obstáculos à inovação e à pesquisa decorrentes da ampliação excessiva no escopo e no prazo do que é protegido, tal sistema passa a permitir o desvirtuamento da PI para proteção de princípios ativos naturais. No limite deste cenário, vê-se a apropriação e controle exclusivo de dados médicos e genéticos de pacientes por empresas farma-

cêuticas, levando a preocupações quanto à comoditização da própria vida – mais especificamente, dos próprios corpos humanos.

Gottweiss prossegue afirmando que esta tendência segue a expansão da onda neoliberal e privatizadora do final do século XX. No campo da saúde, isto está relacionado à privatização do próprio indivíduo: os novos mecanismos de gestão e previsão de riscos levam a uma nova cultura de cuidado prévio, afastando uma visão de gestão da saúde enquanto bem público e de interesse social.

O direito autoral, por sua vez, sempre forneceu evidências desse processo: embora houvesse sido criado mais especificamente para a proteção de interesses econômicos de editores sobre a reprodução de livros, lançou-se mão da noção de “autoria” e “obra” como justificativa de um controle originário sobre o fruto do trabalho dos criadores. Esses fundamentos, contudo, seriam maleáveis o suficiente para ampliar ou reduzir o escopo do que seria “obra” ou “autor” dependendo das circunstâncias – ainda que em detrimento dos próprios artistas (JASZI, 1991; LESSIG, 2004). Tal ampliação, mais recentemente, viria sob a proteção de novos tipos de material (como programas de computador e bancos de dados) e a criação de um sistema “multicamada”, que combina a proteção legal com a criação de barreiras tecnológicas destinadas a controlar o acesso de uso de obras por terceiros – independentemente da legitimidade do uso (BROWN, 2003; DERCLAYE, 2008).

Ademais, nota-se que este processo de “extrapolação” também vem acompanhado de um reforço de sanções penais para violações de direito autoral e por uma “caça às exceções” (ASCENSÃO, 2002, p. 33, 136), na qual as limitações inerentes ao sistema autoralista passam a ser vistas não como mecanismos de equilíbrio do direito autoral com outros interesses legítimos, mas como concessões pragmáticas diante da impossibilidade de fiscalização (LEWICKI, 2007, p. 146-159). Entre os teóricos brasileiros mais tradicionais, predominaria o pensamento de que tais limitações seriam verdadeiros “castigos” ou atos “miseri-cordiosos” (MANSO, 1982, p. 260), devendo ser tratadas pela lei de

forma estrita e taxativa: do contrário, constituiriam um terreno fértil para “abusos de toda a natureza” (CABRAL, 2003, p. 70).

Com isto, consolidou-se, em âmbito global, um processo de commodificação da propriedade intelectual, da ciência aberta e do domínio público que já havia se iniciado em âmbito local (NELSON, 2006, p. 22-23; SELL, 2003, p. 9). Ao mesmo tempo, a assimetria de forças econômicas entre países mais desenvolvidos e em desenvolvimento teria sido acentuada, ficando estes últimos relegados a uma posição de importadores de tecnologia, ao invés de desenvolvedores (SELL, 2003, p. 9; RAHMATIAN, 2009, p. 52-56).

Ao mesmo tempo, esta concentração da PI serve de base para uma estrutura institucional que permite a imposição de interesses particulares sobre as demandas dos usuários, seja através de cláusulas abusivas ou da perseguição judicial como forma de intimidar inovadores. O direito autoral se torna, com isso, um fator limitador ao desenvolvimento tecnológico, prejudicando a pesquisa de novos usos para tecnologias e a formação de novos modelos de negócio (LEWICKI, 2007, p. 228-229; SOUZA C., 2009, p. 221-253).

Assim, vê-se que o desenrolar destas transformações regulatórias, alimentadas pela ideia de uma propriedade universal, atemporal e dissociada de contexto, evidencia, cada vez mais, que seu fundamento não reside em um direito posto como “natural”, mas decorre de um processo histórico, com atores e interesses próprios. Nesse sentido, resgatamos a ideia de *co-produção* apontada por Jasanoff (2004): assim como o conhecimento em geral é produto do ambiente e dos sujeitos sociais nos quais ele circula, o conhecimento científico não pode ser tratado como um simples “espelho transcendente” da realidade. Ao contrário, ele é imanente às práticas sociais, identidades, normas, convenções, discursos, instrumentos e instituições.

Tal noção caminha lado a lado com a crítica de Donna Haraway (1995) aos modelos hegemônicos de “fazer ciência”, que se colocam como objetivos sem questionar os interesses políticos e econômicos

que guiam essas atividades, contribuindo para a manutenção de assimetrias de poder e de uma desigualdade no usufruto dos ganhos da inovação. É relevante, portanto, trazer a ideia de *saberes localizados* que Haraway propõe: reconhecer que cada saber é informado por um determinado ponto de vista e que nenhuma forma de produção de conhecimento pode se pretender capaz de enxergar o “todo” de seu objeto. O diálogo com epistemologias diversas, assim, é tido como essencial para a construção de um saber científico inclusivo e socialmente responsável.

Este movimento de privatização, contudo, não se deu sem oposição: a própria propriedade intelectual encontrou forte resistência de movimentos de defesa de livre comércio e combate ao monopólio ao longo dos séculos XVIII e XIX, a qual só cedeu por força de pressões políticas e econômicas (GRANSTRAND, 2007, p. 271). Um pouco mais adiante, nas primeiras décadas do século XX, diversos juristas e economistas propunham modelos mais fragmentados de propriedade, a fim de facilitar a gestão e a transação de ativos em meio à crescente complexidade das organizações econômicas (CONGOST, GELMAN e SANTOS, 2012, p. 7). Este processo viria a ser resgatado no final do século XX com o surgimento de uma crítica ao modelo padrão de propriedade liberal. Nesse sentido, Ostrom e Hess (2007, p. 11) propõem que a propriedade não é um direito monolítico, mas sim um feixe de direitos que podem ser distribuídos e compartilhados dentro de um grupo.

Da mesma forma, os direitos sobre um bem não precisariam ser concentrados estritamente por um único ente, privado ou estatal, para que possam ser geridos adequadamente: aponta-se para a existência de um modelo de gestão no qual os direitos sobre um dado bem são mais amplamente distribuídos e geridos coletivamente por um grupo de indivíduos ou entidades, que administram o bem de forma coletiva. Bens tradicionalmente geridos desta última forma são chamados de *commons*, e estes podem existir de diversas formas, inclusive abstratas: é possível pensar o próprio conhecimento e a saúde pública como exemplos desse tipo de bem (CORIAT, 2013; ABECASSIS et al, 2019).

No direito autoral, tal reação se materializa, sobretudo, com o crescimento de uma doutrina jurídica que passou a pleitear por uma visão de direito autoral enquanto parte integral de uma ordem civil e constitucional de respeito à função social da propriedade, combate ao abuso de direito e preservação do domínio público – mediante, sobretudo, a aplicação das limitações, exceções e usos livres garantidos pela lei (SOUZA, A., 2005; LEWICKI, 2007; SOUZA, C., 2009; BRANCO, 2011). Nas palavras de Geiger (2014), a incoerência de uma Propriedade Intelectual recrudescida em uma época de abertura na forma como as pessoas produzem, consomem e compartilham conteúdo tem gerado uma crise de credibilidade desse instituto, levando à necessidade de repensar as normas para melhor balancear esses direitos de propriedade com outros direitos fundamentais.

Este movimento de resistência à comoditização e privatização da “coisa pública” caminha lado-a-lado com um processo mais amplo de questionamento da condução da política pelos próprios cidadãos. Embora autores como Collins e Evans (2002) tenham se posicionado no sentido de “resgatar” a autoridade do “expert” – problematizada pela área de Science & Technology Studies –, Jasanoff (2003, p. 397-398) argumenta que não é possível “fechar a porteira”, e que a participação do público na política reflete a necessidade de fiscalização da transparência, relevância e confiabilidade nas políticas públicas, bem como questionamento de modelos hegemônicos opressores e empoderamento da atividade cidadã.

Nesse sentido, observa-se que a forma fechada como governos e especialistas vêm lidando com questões controversas e de interesse público tem levado a uma perda de confiança do público nesses profissionais. Cresce, assim, a demanda por um discurso político-regulatório atento não só para a expertise técnico-científica, mas também para os anseios dos mais variados grupos sociais afetados por essas políticas (GOTTWEISS, 2005; IRWIN, 2006).

Isto vai de mãos dadas com o manifesto do STEPS Centre (2010), que enfatiza que quaisquer trajetórias de inovação a serem adotadas

sejam postas sob escrutínio cuidadoso da sociedade e promovam a inclusão social. Defende-se, aqui, a necessidade de abrir um mix institucional que combine a comunicação à sociedade, a organização popular e canais abertos com o poder público, a fim de garantir que os anseios do público sejam verdadeiramente ouvidos e os responsáveis pela aplicação da inovação sejam mais transparentes em relação a como cada etapa desse processo será conduzida.

A constatação deste fato, porém, não implica necessariamente em sua aplicação na prática nem em sua pronta aceitação pelos governos e outros centros de gestão: Irwin (2006), por exemplo, destaca que a resposta pouco transparente do governo britânico acerca de suas medidas de combate à doença da vaca louca provocou uma quebra de confiança da população acerca da forma hermética como governo e cientistas conduziam suas decisões nesse tipo de questão. A partir daí, diversos documentos e relatórios governamentais teriam enfatizado a necessidade de uma maior participação pública nesses processos decisórios. Entretanto, o texto constata que, quando da discussão sobre produtos transgênicos, embora o papel da sociedade tenha sido constantemente enfatizado, a governança da saúde pública ainda se encontrava permeada, de forma mais sutil, por uma visão cientificista e restrita a um grupo fechado de especialistas. O resultado foram campanhas de informação tendenciosas e processos de consulta pública demasiadamente rápidos e ainda restritos a grupos limitados de atores.

Resta saber, então, de que forma este tipo de cenário se traduz para a gestão de outro tipo de bem público: passamos do hermetismo científico da área da saúde para a participação social na construção do direito autoral – e como diferentes ideologias afetam essas discussões e seus resultados.

3 METODOLOGIA

Para investigar o problema de pesquisa aqui posto, optamos por uma pesquisa exploratória pautada em técnicas de pesquisa qualita-

tiva, que se inicia pelo desenvolvimento de uma pesquisa bibliográfica de caráter multidisciplinar. Assim, combinamos a literatura acima exposta com uma análise documental pautada no uso de técnicas de análise de conteúdo. A ideia, aqui, é partir de modelos teóricos definidos pela literatura para a seleção e síntese do material relevante, a qual se baseará em categorias de análise. Essas categorias são organizar a coleta, leitura e análise, ajudando a encontrar padrões nas falas dos atores envolvidos que confirmem (ou rejeitem) as hipóteses extraídas da literatura e auxiliem na resolução da pergunta de pesquisa (FRANCO, 2005).

A fim de não impor restrições arbitrárias à seleção dos documentos e sua interpretação, definimos as categorias *a posteriori*, obedecendo a regras de exclusão mútua (uma mesma unidade de registro não pode se inserir em mais de uma divisão), homogeneidade (mesmo registro e dimensão de análise em um mesmo conjunto categorial), pertinência (adequação ao material de análise escolhido e ao quadro teórico estabelecido), objetividade e fidelidade (mesmas partes de um material ou a mesma divisão categorial devem ser codificadas da mesma maneira) (BARDIN, 2011).

4 AS CONSULTAS PÚBLICAS PARA A REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Visando garantir o pleno acesso à cultura, o art. 215 da Constituição Federal determinou, em seu parágrafo 3º, a criação de um Plano Nacional de Cultura. Tal plano visaria integrar diversas ações governamentais voltadas para os mais diversos aspectos das políticas culturais: proteção do patrimônio, produção cultural e capacitação de profissionais, democratização do acesso e valorização da diversidade das manifestações culturais (BRASIL, 1988).²

² “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 difu-

A concretização desse Plano viria com a Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010, a qual estabelece, entre seus princípios, a “democratização das instâncias de formulação das políticas culturais” e a “participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais” (BRASIL, 2010).³ Elaborado a partir de uma série de interações com a sociedade civil e visando também fortalecer o papel da participação social na condução das políticas culturais, o Plano teria a duração de dez anos, finalizando-se em 2020 (BRASIL, 2021).

Neste contexto, uma de suas metas, a Meta 38, teve como um de seus focos a proposição de uma reforma da Lei nº 9.610/98 – a atual

são das manifestações culturais.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II - produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV - democratização do acesso aos bens de cultura; Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V - valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)” (BRASIL, 1988)

³ “Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Cultura (PNC), em conformidade com o § 3º do art. 215 da Constituição Federal, constante do Anexo desta Lei, com duração de 12 (doze) anos e regido pelos seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 14.156, de 2021)

(...)

IX - democratização das instâncias de formulação das políticas culturais;

X - responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais;

XI - colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura;

XII - participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais.” (BRASIL, 2010)

lei brasileira de direitos autorais (LDA). Considerando-se o contexto histórico e político no qual esta lei fora promulgada, o Plano notou que ela “não tem sido capaz de atender de forma eficaz e equilibrada a todos os interesses envolvidos no campo autoral, que abrangem artistas, produtores, autores, investidores, consumidores e o público em geral”, necessitando de uma atualização (BRASIL, 2021b).

À mesma época da promulgação do Plano, foi realizada consulta pública no sentido de coletar informações de artistas, investidores e usuários para a elaboração de uma primeira proposta de reforma. Tratar-se-ia da continuidade de um “processo democrático” que envolveu a criação de fóruns de discussão com diversas reuniões e seminários, acessíveis via internet, que teriam contado com a presença de mais de dez mil pessoas. Inclusive, incluía-se a ideia de garantir um maior controle da obra aos autores, permitindo facilidades na revisão contratual com intermediários e outros grandes titulares (BRASIL, 2010b).

Em balanço feito pelo Ministério da Cultura à época, 8.431 propostas de alteração foram recebidas, 58% das quais incluíam argumentações. As principais discordâncias teriam se dado em relação à definição de um equilíbrio entre os interesses do autor e do consumidor (muitas propostas pediram a colocação do direito do autor em primeiro lugar). Também houve polêmica em relação à possibilidade de licenças compulsórias, ao uso livre de obras protegidas como “recurso criativo” e questões relativas ao processo de gestão coletiva de direitos autorais pelos autores (BRASIL 2010abc). Este último ponto terminaria por ser o foco da única reforma ocorrida na lei autoralista desde então, a Lei nº 12.853/2013 (BRASIL, 2013).

Em 2019, contudo, O Ministério da Cidadania, por meio da Secretaria Especial de Cultura, abriu uma nova consulta pública para a revisão da LDA (definida para transcorrer até o dia 15 de setembro de 2019), ressaltando a necessidade de readequar a legislação às novas tecnologias e modelos de negócios surgidos desde 1998 – dentre as quais são diretamente mencionadas as ferramentas de inteligência artificial e de coleta de dados. No anúncio de prorrogação da chamada

para contribuições, destaca-se a necessidade de conscientizar a população sobre seus deveres. Para o secretário, nos dias de hoje, “(...) ficou tão comum baixar uma música, um vídeo, que as pessoas não sabem que estão violando o direito autoral, cometendo um crime. Então, ao participarem da consulta pública, elas vão perceber o que é o direito autoral, o limite, até onde elas podem ir” (BRASIL, 2019).

Evidencia-se, portanto, um viés ainda característico do pensamento clássico de maximização da PI por parte do poder público no Brasil: persistem as marcas de um Direito Autoral criminal, especialmente quando se destaca a importância de “conscientizar usuários” a respeito dos “crimes” que estão passíveis de cometer em função de um uso não-autorizado de certas obras. Novamente, as limitações e exceções são ignoradas – e, com isto, a atenção para o interesse público – em benefício exclusivo dos interesses dos titulares.

Também é importante notar que, diferentemente do que houve no final da década anterior, não houve divulgação dos resultados da consulta pública. Tampouco se manifestou, até o momento, qualquer proposta de lei ou reforma regulatória explicitamente oriunda das contribuições obtidas com a consulta. Argumenta-se, simplesmente, que a ausência de resultados nesse sentido se deu por razões que “não dependem apenas de ações desta Secretaria” (BRASIL, 2021b).

Assim, a leitura dos documentos que serviram de base para este panorama sobre as consultas de 2010 e 2019 nos permite visualizar alguns temas, ou pontos, que se revelam ao longo desta trajetória. Em particular, encontramos três categorias de particular relevância para nossa análise, especialmente no que diz respeito à adequação da lei, a questão do equilíbrio entre os destinatários do direito autoral e a atenção à participação de grupos de interesse variados – em especial os usuários:

4.1. *Inadequação da legislação atual*: observa-se, nas duas consultas, comentários a respeito de como a atual lei de direitos autorais se encontra defasada e incapaz de atender seus objetivos de forma ade-

quada. A Meta 38 já mencionava que a lei não vinha atendendo “de forma eficaz e equilibrada a todos os interesses envolvidos no campo autoral, que abrangem artistas, produtores, autores, investidores, consumidores e o público em geral” (BRASIL, 2021b). Já a consulta de 2019 enfatizou menos a questão do equilíbrio e se concentrou na evolução tecnológica e comercial: enfatizou-se a necessidade de “atualizar a lei, em particular para lidar com as novas tecnologias e os novos modelos de negócios que surgiram ao longo desse período” (entre a promulgação da LDA em 1998 e o ano de 2019) (BRASIL, 2019).

4.2. *Equilíbrio entre direitos*: os documentos relativos ao PNC e à consulta de 2010 apresentam uma tendência de preocupação maior com o interesse público e atenção maior aos direitos do consumidor. Isto é compatível com a noção de direito autoral como matéria que também inclui o usuário, e não só autores e intermediários, como titular a ser considerado neste campo. Entretanto, observa-se uma enorme resistência a essa mudança oficial de posicionamento. Os posicionamentos pela manutenção de uma “hierarquia” com o autor no topo fornecem uma evidência forte nesse sentido.

Isto não parece, à primeira vista, apresentar sinais de melhora em 2019, onde o foco recai menos na busca de um equilíbrio e muito mais em alertar o usuário para que evite certas práticas criminosas. Mantém-se, assim, uma postura centrada exclusivamente em autores e intermediários, com uma atenção visivelmente menor ao consumidor ou àquele que deseja fazer uso criativo de outras obras.

4.3. *Participação de grupos de interesse*: os documentos observados enfatizam, em diversas passagens, a importância de um processo com maior participação do público. Começando pela ênfase, no PNC, da “cultura como direito de cidadania” e do fortalecimento da participação social na gestão cultural (BRASIL, 2021a), manifesta-se uma preocupação com a “ampliação” da participação da sociedade no processo de construção do anteprojeto, permitindo a publicização e discussão, em tempo real, das sugestões (BRASIL, 2010b). O balanço divulgado pelo governo à época da primeira consulta reforça este ponto ao mos-

trar números e informações referentes às respostas dos participantes (AGÊNCIA BRASIL, 2010).

O que se observa em 2019, contudo, é uma participação pública muito mais contida. Embora se mencione que o debate em torno da reforma precise ser “o mais democrático possível”, a intenção exposta parece menos a de considerar o usuário como agente participante e mais como um agente passivo a compreender seu lugar no *status quo*. A menção de que os cidadãos “vão perceber o que é o direito autoral, o limite, até onde elas podem ir” (BRASIL, 2019) traz à mente, inclusive, a noção restritiva dos acadêmicos clássicos, fechada às limitações. Ademais, cabe também ressaltar que, ao contrário do que fora visto em 2010, não se tem conhecimento de eventual divulgação dos resultados da consulta ou de respostas àqueles que participaram do processo.

A partir da observação desses pontos, portanto, foi possível observar que, apesar das promessas de democratização da construção das políticas públicas terem se manifestado na consulta pública de 2010 – quando o Plano, portanto, estava em seu início –, a tradução direta desta preocupação no âmbito se deu de forma bastante tímida. Prevaleceu a posição dos titulares de direitos e reformas relativas ao uso criativo de obras alheias ou às limitações e exceções ao direito autoral permaneceram sem uma destinação efetiva. Isto experimentaria um recrudescimento em 2019, com um enfoque ainda mais afastado da valorização do interesse público e com a ausência de uma resposta aberta às sugestões do público.

Observamos, assim, uma convergência entre a prevalência, ou mesmo crescimento, de uma visão “absolutista” do direito autoral (e da propriedade no geral) e a persistência de uma dificuldade, por parte dos governos, de aceitar uma maior abertura dos processos de participação política ao público. Isto sugere, portanto, que compreender a chave para o sucesso de futuras propostas de reforma passa por repensar a forma como os diálogos com titulares e sociedade civil são conduzidos: uma legislação mais flexível à gestão da propriedade intelectual aparenta também ser mais aberta à capacidade de gestão da

mesma pela sociedade. Por outro lado, com o fim do Plano Nacional de Cultura, também ressaltamos a importância de um maior trabalho de conscientização do público para a discussão desta pauta, a fim de estabelecer (ou reestabelecer) canais de diálogo mais significativos com o governo e aumentar o engajamento popular.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi observar de que forma visões historicamente situadas de governança da propriedade se manifestam nos movimentos governamentais recentes para reforma da lei de direito autoral brasileira. Para tanto, combinamos um marco teórico interdisciplinar ao uso de técnicas de análise de conteúdo para coleta, leitura e interpretação de documentos relativos às propostas do governo brasileiro, na última década, para reforma da Lei nº 9.610/98.

Partimos de uma revisão de uma literatura concentrada em direitos de propriedade intelectual, sociologia da ciência, história da propriedade e commons para refletir sobre como a estrutura do atual sistema de direito autoral acompanha justificativas e interesses econômicos historicamente situados, embora ao mesmo tempo se coloque como natural, atemporal e absoluta. Contudo, também é possível ver resistências a esse modelo, as quais ressaltam o papel do interesse (e participação) do público na gestão da propriedade – inclusive no direito autoral.

Passadas tais colocações, dirigimos nosso olhar para o processo de discussão de uma reforma na Lei de Direito Autoral Brasileira, a partir do Plano Nacional de Cultura e o compromisso expresso de uma maior participação pública no processo cultural. Observou-se que, ao longo da década em análise, embora a noção de uma participação ampla de grupos de interesse (incluindo usuários) tenha surgido como preocupação na consulta pública conduzida em 2010, o que se observou, na prática, foi a persistência de uma dificuldade

em concretizar tais preocupações em reformas legais voltadas para o público. Observa-se, ainda, um aparente retrocesso em 2019, com uma nova consulta pública que se volta para o usuário como um criminoso em potencial, ao invés de sujeito de direito, e sem respostas concretas aos participantes.

Assim, a análise dos documentos nos leva à conclusão de que, de fato, a construção dos direitos autorais não parte, necessariamente, de um direito “posto”, mas é resultado de disputas políticas e econômicas que persistem ao longo do tempo. Ao mesmo tempo, também se observa que, apesar do reconhecimento expresso, pelo governo, da necessidade de uma maior ênfase na participação da sociedade, o que se vê é a continuidade de um tratamento preferencial a grupos particulares de interesse (como os grandes titulares de direitos) na discussão e formulação dessas políticas.

Evidentemente, ainda há elementos que precisam ser abordados com maior profundidade para uma melhor compreensão desse cenário. É preciso observar, por exemplo, a percepção que os direitos autorais, sua gestão e efetivação têm perante o público e o grau de conhecimento destes sobre o assunto. Ao mesmo tempo, convém ampliar o estudo para incluir a visão e atuação de outros agentes do Estado, como o Judiciário e propostas de iniciativa de parlamentares.

De qualquer forma, espera-se, com este estudo, contribuir para o estabelecimento de uma ligação entre a realidade político-econômica e as teorias que servem de fundamento para a construção de normas e políticas públicas. Finalmente, destacamos que o fim do Plano Nacional de Cultura não implica em “portas fechadas” para discussão, mas em uma oportunidade para se repensar formas de conscientização e engajamento de usuários, titulares e governo. Apenas assim será possível avançar na direção de reformas no direito autoral brasileiro que verdadeiramente prestigiem a participação de todos os interessados.

REFERÊNCIAS

ABECASSIS, P.; ALESANDRINI, J-F.; CORIAT, B. COUTINET, N.; LEYRONAS, S. DNDi, a Distinctive Illustration of Commons in the Area of Public Health. **Research Papers** 2019-93. Agence Française de Développement, fev. 2019.

ASCENSÃO, J. O. O Direito Intelectual em Metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p.3-24, fev. 2006.

AGÊNCIA BRASIL. Ministério da Cultura divulga balanço de consulta pública da Lei de Direitos Autorais. **Rede Brasil Atual**, 09 set. 2010. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cultura/2010/09/ministerio-da-cultura-divulga-balanco-de-consulta-publica-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 23 set. 2021.

BARDIN, L. Análise de conteúdo. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. 1ª ed. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRANCO, S. V. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro** – Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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: 07 nov. 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. 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12853.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Ministério da Cultura**. Novo prazo da consulta pública sobre direitos autorais é 31 de agosto. 26 jul. 2010. 2010b. Disponível em: <https://imirante.com/sao-luis/noticias/2010/07/27/prorrogada-ate-31-de-agosto-a-consulta-publica-da-lei-de-direito-autoral.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Ministério do Turismo / Secretaria Especial de Cultura**. Consulta pública sobre Lei de Direitos Autorais termina neste domingo. 31 ago. 2019. Disponível em: <http://pnc.cultura.gov.br/2020/08/31/consulta-publica-sobre-lei-de-direitos-autorais-termina-neste-domingo/>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Ministério do Turismo / Secretaria Especial de Cultura**. Plano Nacional de Cultura. Entenda o Plano. 2021a. Disponível em: <http://pnc.cultura.gov.br/entenda-o-plano/>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Ministério do Turismo / Secretaria Especial de Cultura**. Plano Nacional de Cultura. Meta 38: INSTITUIÇÃO PÚBLICA FEDERAL DE PROMOÇÃO E REGULAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS IMPLANTADA: CRIAR UMA INSTITUIÇÃO PÚBLICA FEDERAL PARA REGULAR, MEDIAR, PROMOVER E REGISTRAR OS DIREITOS AUTORAIS. 2021b. Disponível em: <http://pnc.cultura.gov.br/category/metas/38/>. Acesso em: 23 set. 2021.

BROWN, K. Digital Rights Management: Trafficking in Technology That Can Be Used to Circumvent the Intellectual Property Clause. 40 **Houston Law Review**, vol. 803, 2003, p. 803-836.

CABRAL, P. **A nova Lei de Direitos Autorais**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

COLLINS, H. M.; EVANS, R. The Third Wave of Science Studies: Studies of Expertise and Experience. **Social Studies of Science** vol. 32, 235-296, 2012.

CONGOST, R.; GELMAN, J.; SANTOS, R. PROPERTY RIGHTS IN LAND: INSTITUTIONAL INNOVATIONS, SOCIAL APPROPRIATIONS, AND PATH DEPENDENCE. KEYNOTE. Apresentado em: **XVIth World Economic History Congress**, Stellenbosch University, África do Sul, 9-13 jul. 2012.

CORIAT, Benjamin. From Natural-Resource Commons to knowledge Commons: Common Traits and Differences. *In: **International Seminar on Property and Commons**: new issues of shared access and innovation*. Université de Paris, Sorbonne, França, 2013.

DERCLAYE, E. **The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis**. Edward Elgar, 2008.

FRANCO, M. L. P. B. **Análise de conteúdo**. 2ª ed. Brasília: Plano, 2005.

GOTTWEIS, H. Governing genomics in the 21st century: between risk and uncertainty. **New Genetics and Society**, Vol. 24, No. 2, ago. 2005.

GRANSTRAND, O. Innovation and Intellectual Property Rights. *In*: FAGERBERG, J., MOWERY, D. & NELSON, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Innovation**. Oxford University Press, 2007.

HARAWAY, D. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu** 5, 1995, p.7-41.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. **Science**, New Series, Vol. 162, No. 3859, Dez. 13, 1968.

HESPANHA, A. M. O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal. *In*: **Análise Social**, vol. XVI (61-62), 1980.

HESS, C. Mapping the Commons. *In*: **12th Biennial Conference of the International Association for the Study of the Commons (IASC)**, University of Gloucestershire, Cheltenham, England, 2008.

IRWIN, A. The politics of talk: coming to terms with the “new” scientific governance. **Social Studies of Science**, 36 (2), 2006, p. 299–320.

JASANOFF, S. Breaking the Waves in Science Studies: Comment on H.M. Collins and Robert Evans, ‘The Third Wave of Science Studies’. **Social Studies of Science**, vol. 33 (3), pp. 389-400, jun. 2013.

JASANOFF, S. The idiom of co-production. *In*: JASANOFF, S. (Ed.). **States of Knowledge: The co-production of science and social order**. Routledge, 2004.

JASZI, P. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship”. **Duke Law Journal**, 1991, p. 455-502.

LESSIG, L. **Free Culture: How Big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. The Penguin Press, 2004.

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.

MANSO, E. V. Os fundamentos da exclusão de ilicitude de atos que contrariam direitos autorais. **Revista dos Tribunais**. n. 557, mar. 1982, pp. 255-260.

NELSON, R. The market economy and the scientific commons. **Research Policy** 33, p. 455-471, 2003.

ORSI, F.; CORIAT, B. The New Role and Status of Intellectual Property Rights in Contemporary Capitalism. **Competition & Change**, v. 10 (2), pp. 162-179 (18), jun. 2006.

OSTROM, E. Reflections on the Commons. Chapter 01. *In: **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action***. Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, E. Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. **The American Economic Review**, vol. 100 (3), jun. 2010, pp. 641-672

OSTROM, E.; HESS, C. Private and Common Property Rights. *In: **Workshop in Political Theory and Policy Analysis***. Indiana University, 2007.

RAHMATIAN, A. Neo-Colonial Aspects of Global Intellectual Property Protection. **The Journal of World Intellectual Property**, vol. 12 (1), pp. 40-74, 2009.

SELL, S. K. **Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2003.

STEPS CENTRE. **Innovation, Sustainability, Development: A New Manifesto**. Brighton: STEPS Centre, 2010.

SOUZA, A. R. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Brasil: 1988 – 2005. 2005. Dissertação (Mestrado em Relações Privadas e Constituição) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes.

SOUZA, C. A. P. **Abuso do direito autoral**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

NOVAS TECNOLOGIAS DE DIFUSÃO ARTÍSTICA E AS POSSIBILIDADES PARA A GESTÃO INDIVIDUAL DE DIREITOS DO ARTISTA VISUAL

Rangel Oliveira Trindade¹

Marcelle Cortiano²

RESUMO: Os artistas visuais, no contexto da aceleração tecnológica e do surgimento de novas configurações de sua cadeia criativa, já experimentam impacto na criação das obras, no consumo destes bens culturais oportunizados pelos ambientes digitais, e lhes permite (re)pensarem direitos. Dentre eles temos o direito de sequência, atribuível às comercializações da obra autoral após primeira venda também como forma de reconhecimento autoral da obra que circula, e é reconhecido pela Lei 9.610/98, assim como internacionalmente. Desde 2003 os artistas visuais veem a atuação da Associação Brasileira dos Direitos de Autores Visuais (AUTVIS) como entidade representativa de seus direitos; no entanto, existe baixa efetividade na tutela de direitos somada às cobranças percentuais incidentes. A correta caracterização da natureza jurídica do direito de distribuição ao qual está habilitada a Associação, dissociando-o do direito de sequência inclusive via esgotamento de direitos, atribui novas possibilidades de tutela de direitos por intermédio de novas tecnologias (como NFTs) para além da distribuição de obras de artes visuais. Para o presente estudo foi utilizado o

¹ Doutorando em Direito – UFPR. Mestre em Direito e Relações Internacionais – UFSC. Pesquisador do GEDAI/UFPR. Professor e Advogado. E-mail: rangelot@gmail.com

² Mestranda em Direitos Humanos e Democracia (UFPR). Bacharela em Direito (UFPR) e em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda (UFPR). Pesquisadora do GEDAI/UFPR e da Clínica de Direito e Arte da UFPR. Advogada. marcellecortiano@gmail.com

método de abordagem dedutivo, por meio de análise de doutrina e jurisprudência, assim como legislação nacional e em perspectiva internacional. Em sede de considerações finais, os resultados são capazes de atrair discussão acerca do fortalecimento da autonomia do artista visual que está inserido em um contexto tecnológico capaz de lhe prover amplo e eficiente gerenciamento de sua obra, e isto inclui direitos como o de sequência.

Palavras-chave: Artes visuais; Direitos do artista visual; Novas tecnologias; Lei 9.610/98.

INTRODUÇÃO

Em variadas circunstâncias, a gestão coletiva de direitos pode ser um mecanismo célere e eficiente para que os artistas garantam a realização de seus direitos de autor. Particularmente no campo das artes visuais, essa possibilidade é consubstanciada no Brasil desde 2003 pela atuação da Associação Brasileira dos Direitos de Autores Visuais (AUTVIS).

Dentre as atribuições da Associação, figura a de recolher direitos de distribuição para o artista visual, referentes à venda, à locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse das obras de artes visuais. Adicionalmente, a AUTVIS trabalha também com o intuito de garantir o direito de sequência de seus filiados, previsto na lei autoral brasileira como uma remuneração percentual ao autor referente às vendas futuras de suas obras. No âmbito da Gestão Coletiva de direitos, porém, a atuação da Associação implica em considerável dedução do percentual do direito do autor, que receberá uma quantia parcial do que foi recolhido.

No contexto da aceleração tecnológica e do surgimento de novas configurações da cadeia criativa, especialmente em relação à criação e ao consumo de bens culturais oportunizados pelos ambientes digitais, emergem também novas possibilidades de distribuição de obras de artes visuais, bem como de recolhimento de direitos. Conseqüente-

mente, remodelam-se as formas de exploração dessas obras, podendo o artista visual dispor de mais autonomia para gerir seus direitos.

Nessa conjuntura, é possível colocar em perspectiva a atuação das entidades de gestão coletiva - neste caso, especificamente da AUTVIS - questionando a adequação de sua atuação no recolhimento de determinados direitos que, em última análise, podem significar um menor auferimento de renda para o autor.

Nesse sentido, o presente estudo objetiva primeiramente discutir a natureza jurídica do direito de sequência, buscando compreender se este corresponderia a uma manifestação dos direitos de distribuição (situação que habilita a entidade de Gestão Coletiva ao recebimento em nome do artista). Sob esta visão, seria passível de esgotamento e, em última instância, de afastamento desta gestão de direitos.

A habilitação da AUTVIS à cobrança do direito de sequência por meio da gestão coletiva de artes visuais no Brasil não tem representado efetividade na tutela desse direito, bem como reduz o valor recebível àqueles que utilizam esta via.

Isso porque, conforme se pretende expor, a emergência de novas tecnologias de difusão artística, que permitem a gestão individual desses direitos, pode significar para o artista visual a possibilidade de efetiva autonomia e busca de direitos, sobretudo no que tange ao direito de sequência.

Para o presente estudo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, por meio de análise de doutrina e jurisprudência, assim como legislação nacional e em perspectiva internacional.

Em considerações finais, os resultados são capazes de atrair discussão acerca do fortalecimento da autonomia do artista visual que está inserido em um contexto tecnológico capaz de lhe prover amplo e eficiente gerenciamento de sua obra e isto inclui direitos como o de sequência.

1 DIREITOS DE SEQUÊNCIA E DE DISTRIBUIÇÃO: SURGIMENTO, LEGISLAÇÃO AUTORAL E INTER- RELAÇÃO

As artes visuais no Brasil³, em relação aos direitos autorais, possuem proteção constante na Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA). Ao tratar do exercício de direitos patrimoniais, a Lei em sua parte geral conceitua os direitos de comunicação ao público, reprodução e distribuição. Às obras intelectuais visuais, o sistema brasileiro de direitos autorais contemplou a habilitação de uma Gestão

³ O uso do termo “Artes Visuais”, em lugar de “artes plásticas”, parece-nos mais adequado tendo em vista contemplar um rol de modalidades de arte para além das plásticas. Segundo contribuição de Artistas Visuais à Consulta Pública de Reforma da Lei Autoral, do ano de 2010, os representantes destes artistas já naquele momento histórico manifestaram a necessidade de correta nomenclatura, tendo por base a amplitude das Artes Visuais. Quando do envio de contribuição ao Ministério da Cultura à época manifestaram o seguinte: “(...) Antes, acreditamos ser relevante na compreensão deste documento mencionar os conceitos que definem “obra visual”, “obra de arte”, “obra de arte original” e Ilustração”: *Obra Visual*: Criada por um autor ou em comum por dois ou mais autores, que resulta da fixação de imagem bidimensional ou tridimensional, figurativa ou abstrata, por meio de qualquer técnica e sobre qualquer suporte. *Obra de Arte*: Qualquer obra gráfica ou plástica, tal como quadros, colagens, pinturas, desenhos, gravuras, estampas, litografias, esculturas, tapeçarias, vidros, fotografias e outros correlatos. *Obra de Arte Original*: Qualquer obra de arte gráfica ou plástica, na medida em que seja executada pelo autor ou se trate de cópias consideradas como obras de arte originais, devendo ser numeradas, assinadas ou por qualquer modo por ele autorizadas. *Ilustração*: Imagem pictórica, figurativa ou abstrata, produzida por meio de qualquer técnica (desenho, pintura etc.), utilizada para explicar, acrescentar informação, comunicar, narrar um conteúdo determinado, sintetizar ou caracterizar conceitos, situações, ações ou pessoas (caso da caricatura) ou até mesmo decorar um texto. Há também ilustrações que independem de texto, onde a própria ilustração é a informação principal, como livros cuja narrativa é constituída exclusivamente por imagens. Uma imagem torna-se ilustração somente quando colocada nessa função (de ilustrar). Isto significa que a ilustração deve sua natureza, acima de tudo, a sua utilização dentro de uma programação gráfico-visual, do qual é elemento essencial.” Extraído de: <http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/propostas/index.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Coletiva para fins de cobrança destes direitos.⁴ Esta atuação é recentemente exercida pela Associação Brasileira dos Direitos de Autores Visuais (AUTVIS), criada em 2003.

Falamos em direitos patrimoniais de artes visuais, diferentemente de outros bens intelectuais, compreende a citação de uma particularidade em relação ao seu *corpus mechanicum*, que se trata do suporte material pelo qual a obra expressa o seu *corpus mysticum* (sendo este último o caráter intelectual). O direito patrimonial sob abordagem particular é o chamado direito de sequência.

Em uma concepção contemporânea, direito de sequência é o direito patrimonial ligado ao chamado *corpus mechanicum*⁵ que o autor possui de receber uma quantia sobre as vendas subsequentes de sua obra, desde que os originais estejam materializados em um suporte.

O referido instituto, de origem francesa⁶, foi concebido como forma de beneficiar artistas relacionados a artes visuais nos casos não raros em que viam com o passar dos anos os preços de suas obras dispararem no mercado de arte; o sentido histórico era a proteção dos pintores que, mortos, enriqueciam os *marchands*, enquanto os sucessores não desfrutavam da exploração de direitos patrimoniais (CHINELLATO, 2015).

⁴ Ao ano de 2019, conforme o D.O.U, de 08/02/2019, a AUTVIS restou habilitada mediante ato administrativo da Secretaria Especial da Cultura (SECULT): “DEFIRO o requerimento para HABILITAR a Associação Brasileira dos Direitos de Autores Visuais - AUTVIS para a cobrança dos direitos de comunicação ao público, reprodução e distribuição das categorias de obras constantes nos incisos VII; VIII; IX e X, do art. 7º, da Lei nº 9.610/98.”

⁵ Segundo José de Oliveira Ascensão (2010, p. 34-35), o direito de sequência “é um direito sobre um exemplar – o exemplar original – e não sobre a obra em si. Onde, não é já direito de autor, mas um direito que recai sobre um suporte da obra – o original.”

⁶ Origem na França em 1920. Extraído de: <https://www.actu-juridique.fr/fiscalite/fiscal-finances/droit-de-suite-et-amenagement-contractuel/>. Acesso em: 2 abr. 2021.

Após sua origem na França, o direito de sequência passou a se consolidar internacionalmente, e, em 1948, restou constante na revisão de Bruxelas da Convenção de Berna, através do art. 14^o *ter*.⁷ Abriu caminho a que diversos países passassem a recepcioná-lo em seus ordenamentos jurídicos internos, como Portugal (1966), Espanha (1972) e Brasil (em 1973, com a revogada Lei 5.988/73).⁸

A atual Lei n° 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) brasileira, seguindo a linha conceitual de aplicação do direito de sequência já adotada na Lei autoral de 1973, manteve o instituto em seu texto legal, como segue:

Art. 38: O autor tem o direito irrenunciável e inalienável de perceber, no mínimo, 5% (cinco por cento) sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda da obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.

Este artigo, inserido no Capítulo III da LDA, “Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração”, trata em específico do direito de

⁷ Artigo 14 *ter*: 1) Quanto às obras de arte originais e aos manuscritos originais dos escritores e compositores, o autor – ou, depois da sua morte, as pessoas físicas ou jurídicas como tais qualificadas pela legislação nacional – goza de um direito inalienável de ser interessado nas operações de venda de que a obra for objeto depois da primeira cessão efetuada pelo autor. 2) A proteção prevista no parágrafo anterior só é exigível em cada país unionista se a legislação do país a que pertence o autor admite essa proteção e na medida em que o permite a legislação do país onde tal proteção é reclamada. 3) As modalidades e as taxas da percepção são determinadas em cada legislação nacional. *In*: BRASIL. Decreto n° 75699/75. 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. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 09 mai. 1975.

⁸ A Lei 5.988/73, através de seu art 39, será objeto deste estudo.

seqüência como forma de exploração patrimonial da obra de arte autoral por meio de eventuais revendas dessa obra, que confere a quantia mínima de cinco por cento sobre o aumento do preço verificável em cada revenda.

Ao referido direito tem-se Associação de Gestão Coletiva que resta habilitada no Brasil pela Secretaria Especial da Cultura à cobrança de direitos de comunicação ao público, reprodução e distribuição. Isso posto, cumpre analisarmos se o direito de seqüência é contemplado dentre as três especificadas cobranças realizadas pela entidade de Gestão Coletiva, como linhas preliminares deste estudo.

Os direitos de distribuição, comunicação ao público e de reprodução foram definidos pela Legislação Autoral em seu art. 5º, como segue:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

A comparação entre o disposto no art. 38 da LDA e o inciso IV do art. 5º do mesmo diploma corrobora lacuna interpretativa. Seria o

direito de sequência uma manifestação dos direitos de distribuição? A comparação entre os citados dispositivos utilizando-se uma interpretação literal e/ou uma interpretação teleológica permite a inserção à concepção desse direito de distribuição? Vejamos:

<p>Título I</p> <p>Disposições Preliminares</p> <p>(...)</p> <p>Art. 5º, IV: - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.</p>	<p>Capítulo III</p> <p>Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração</p> <p>(...)</p> <p>Art. 38: O autor tem o direito irrenunciável e inalienável de perceber, no mínimo, 5% (cinco por cento) sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda da obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.</p> <p>Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.</p>
--	--

A comparação entre os dispositivos legais permite apenas o seguinte apontamento: a “distribuição” estaria ligada ao exercício dos direitos patrimoniais do autor e traz o termo “venda; já o direito de sequência - com fulcro no art. 38 - está sob mesma forma ligado ao exercício dos direitos patrimoniais do autor, contudo, traz o termo “**revenda**”. Este simples destaque ainda não permite afirmarmos que direito de sequência é manifestação dos direitos de distribuição.

2 GESTÃO COLETIVA, DIREITOS DE DISTRIBUIÇÃO E ESGOTAMENTO

A busca de uma caracterização central da natureza jurídica do direito de sequência abriu caminho à sua inserção no rol de direitos protegidos pela gestão coletiva exercida pela AUTVIS. A referida associação afirma em seus documentos e publicidade que “trabalha para garantir o direito de sequência” de seus filiados (artistas visuais).⁹ Inclusive tal entidade em seus parâmetros de arrecadação ao ano corrente arrola o direito de sequência, informando aos filiados que “poderá a AUTVIS cobrar”¹⁰ determinado percentual em seu nome. Como Gestão Coletiva de direitos¹¹, deduzirá considerável percentual do direito do autor.

Os direitos de distribuição sobre o *corpus mechanicum* aos quais restaria habilitada a referida Associação¹² na esteira do art. 7º da Lei nº 9.610/98 se esvaem quando da primeira venda de obra intelectual visual, restando ainda incidente o direito de sequência, que não é o previsto nos termos da habilitação da AUTVIS.

No entanto, se a Entidade de Gestão Coletiva dos artistas visuais no Brasil procede o recolhimento do direito de sequência em nome dos artistas visuais, tem-se que pretende alinhar o direito de sequência (*Artist's Resale Right*) ao direito de distribuição; compreenderia as-

⁹ Conforme se atesta à Figura 1-ANEXO (publicidade de website da AUTVIS).

¹⁰ Conforme se atesta à Figura 2-ANEXO (Parâmetros de arrecadação-pdf).

¹¹ Importante referir que a habilitação em 2019 de uma Entidade de Gestão Coletiva (EGC) – como a AUTVIS – ao final de uma década com efervescência tecnológica causa estranhamento, visto que cada vez mais os autores buscam por eles mesmos ferramentas e soluções a fim da criação e divulgação de suas obras. José de Oliveira Ascensão (2013) afirma que nesta década o desenvolvimento tecnológico pode minimizar o papel das EGCs.

¹² A AUTVIS, em seu website, (<https://www.autvis.org.br/institucional>) informa equivocadamente, a nosso ver, o seguinte: “Além de licenciar as reproduções de obras em qualquer suporte, como livros, catálogos, revistas, audiovisual, internet, etc., também trabalha para garantir o direito de sequência de seus filiados”.

sim este último como manifestação do primeiro, o que notamos contrariar doutrina e legislações¹³ que demonstram a incidência de um esgotamento do direito de distribuição quando da primeira venda.

A doutrina do esgotamento de direitos encontra correta análise em posicionamento de José de Oliveira Ascensão em Conferência no Colóquio Europeu realizado em Lisboa ao ano de 1991, intitulada “Direito de Distribuição e Esgotamento”. Uma correta abordagem do surgimento do instituto é realizada pelo autor em relação ao antecedente histórico da referida doutrina.

A fim de evitar uma extensão ilimitada do direito patrimonial sobre exemplares de obras, surge nos Estados Unidos em 1873 o princípio do esgotamento ou exaustão do direito de distribuição, conhecido como *first sale doctrine*. Na Europa, sua chegada se deu no início do século seguinte (ASCENSÃO, 1991, p. 633).

Conceitualmente, o esgotamento se presta a limitar o exercício dos direitos de exclusivo de um titular de direitos de autor no caso da obra colocada no comércio por ele ou por alguém que autorizou, deixando assim de ter controle sobre ela. Porém, não teremos a exaustão de direitos quando a obra é colocada à disposição do público por outras vias que não sejam a distribuição. Assegura-se ao proprietário do exemplar o pleno exercício dos seus direitos sobre o suporte da obra¹⁴, e o primeiro ponto de análise é a distinção entre a titularidade dos direitos de autor e a propriedade do exemplar ou suporte que materializa a obra intelectual (ASCENSÃO, 1991, p. 634).

O Acordo TRIPs¹⁵ estabelece, relativamente ao esgotamento, que cada país é livre para regular esta matéria, e em termos concei-

¹³ Conforme Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e Conselho da Europa referente aos direitos de autor. A Lei Autoral brasileira ao tratar do conceito de distribuição não deixa claro se os verbos nucleares do disposto no art. 5º, IV se aplicariam ao direito de sequência.

¹⁴ Este estudo trata de obras em suporte físico e suporte digital.

¹⁵ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs), ou Acordo Comercial sobre aspectos relacionados aos direitos de propriedade in-

tuais o relaciona à propriedade industrial com a observância do princípio da territorialidade¹⁶; e sob este é que devemos considerar o estudo em direito comparado das disposições da Diretiva 2001/29/CE, optante pela exaustão regional, a nível da União Europeia.

O professor Ascensão informa – já ao ano de 1991 – que as leis internas em relação ao direito de distribuição e sua sujeição ao esgotamento nos dão duas vias a seguir: a atribuição de um direito de distribuição sujeito a esgotamento, segundo origem alemã; ou a atribuição de um direito de destinação não sujeito a esgotamento, este de origem jurídica francesa. O surgimento da doutrina do esgotamento ou exaustão do direito de distribuição seria em desfavor da possibilidade de uma extensão ilimitada do direito sobre o exemplar (ASCENSÃO, 1991, p. 636).

O direito de distribuição se esgotaria com a alienação dos produtos, restando a indagação se seria possível que, após o ato de venda, o titular mantenha direitos específicos de distribuição. No entanto, bem refere o professor Ascensão (1991, p. 636) que *“esgotado o direito de distribuição não há mais direitos, mesmo limitados, de distribuição”*. Dez anos após a reflexão do citado do autor, ao ano de 2001, sobreveio a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e Conselho da Europa, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Em seu Capítulo II, que trata de Direitos e Exceções, o art. 4º(2) da Diretiva 2001/29/CE dispõe sobre limitações ao direito de distribuição¹⁷:

telectual, assinado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994, instrumento ratificado pelo Brasil.

¹⁶ O Brasil incorporou o princípio do esgotamento (sendo esgotamento ou exaustão nacional), através do art. 43, IV, da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96).

¹⁷ PARLAMENTO EUROPEU. **Diretiva 2001/29/CE**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02001L0029-20190606&from=EN>. Acesso em: 2 abr. 2021.

1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores, em relação ao original das suas obras ou respectivas cópias, o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer forma de distribuição ao público através de venda ou de qualquer outro meio.

2. O direito de distribuição não se esgota, na Comunidade, relativamente ao original ou às cópias de uma obra, exceto quando a primeira venda ou qualquer outra forma de primeira transferência da propriedade desse objeto, na Comunidade, seja realizada pelo titular do direito ou com o seu consentimento. (grifo nosso)

Assim, a Diretiva 2001/29/CE em relação a direitos de autor reconhece o esgotamento da distribuição logo após a primeira venda de uma cópia da obra protegida por direitos autorais. Informa que o autor da obra não tem mais o direito de restringir ou controlar sua posterior circulação e distribuição.

Nesta concepção, compreende-se que o direito de sequência não se trata de direito de distribuição. Ainda conforme construção bem realizada pelo professor Denis Borges Barbosa (1999, p. 1) tratamos da relação ao que denomina “tratamento da exaustão autoral”:

A exaustão dos direitos é doutrina na qual direitos exclusivos sob *corpus mechanicum* deixam de existir uma vez que o detentor do direito de Propriedade Intelectual tenha obtido o proveito econômico da exclusividade por meio, por exemplo, da venda do produto patentado. Deste momento só lhe resta o poder de proibir a cópia de tal *corpus* por qualquer terceiro, inclusive o comprador. Uma vez efetivada a venda e o preço pago, o direito autoral ou a patente, como direito artificial de excluir o que não o é naturalmente, cumpriu seu papel de assegurar retorno ao investimento. O balanço constitucional de interesses foi cumprido e a equação da justiça alcançada.

Em primeiro lugar, o direito de sequência se aplicaria apenas à venda e à compra da obra artística original ou uma cópia dessa obra que é considerada um original (impressões de edição limitada). Em segundo lugar, o direito dá ao autor (ou aos seus herdeiros beneficiários) *royalties* cada vez que a obra de arte original é vendida no mercado de arte, e não confere quaisquer direitos para regular a distribuição do original.

Isso significa que os autores não necessitam ser consultados antes da revenda da obra e nem é necessária a permissão para esta transação; no entanto, a associação de Gestão Coletiva pode ser mandatária de seus associados conforme o art. 98 da Lei Autoral¹⁸, habilitando-se para cobrança em seu nome, algo que atrai o devido contraponto.

3 DO AFASTAMENTO DA GESTÃO COLETIVA AO DIREITO DE SEQUÊNCIA

Tratar da efetividade do direito de sequência no Brasil (que parece adotar a posição de que este direito seria manifestação da distribuição) exige a análise da Lei Autoral em relação a ser aplicável aos destinatários da norma; ainda, exige a análise da Gestão Coletiva no país incidente aos artistas visuais. Inaugural, pois, é a opinião de Drummond (2014) em relação à esta gestão no país. O autor afirma que

cabe perceber que o entorno sobre as informações inerentes à gestão coletiva do direito de autor no Brasil sempre foi um ambiente hermético e de difícil compreensão no que se refere a diversos assuntos, evidenciando-se, entre outros, a dificuldade de compreensão dos critérios de cobrança e de distribuição de va-

¹⁸ Lei 9.610/98. Art. 98: Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013).

lores relacionados aos direitos. No mesmo sentido, dificuldades quanto ao esclarecimento sobre direitos diversos, ausências de chamados para assembleias de associações e todo o tipo de obstáculos, quando se trata de prestar informações sobre o direito de autor administrado sob a forma de gestão coletiva, formaram um ambiente caracterizado pela ausência de acesso às informações que parte da, diga-se, “comunidade artística” (utilizando expressão assumidamente genérica e reducionista), pretendeu combater.

Primeiramente, analisa-se a Lei: em relação ao alcance de direitos passados mais de 10 (dez) anos da Lei 9.610/98 (e somados os 25 anos de vigência da Lei autoral anterior), os artistas visuais não restaram contemplados eficazmente com os diplomas legais.¹⁹ Em 2017, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) divulgou dados do Comitê Permanente de Direitos Autorais e Direitos Relacionados (SCCR) sobre o direito de sequência (em sede da sua sessão n° 33), e foi elaborado estudo centrado nas implicações econômicas e na efetividade deste direito no âmbito dos países-membros da OMPI. O estudo contém dados de implementação do direito de sequência (*Artist's Resale Rights - ARR*) em países ao redor do mundo, trazendo inclusive dados da Austrália e África.²⁰ Infelizmente, não há referência

¹⁹ Ainda neste sentido: MATTIA (1997); CHINELLATO (2015); e MORAES; AZEVEDO (2021).

²⁰ O Estudo da SCCR informa que “o Senegal tem uma legislação bem escrita e documentada para o ARR. Os direitos de sequência no Senegal são aplicados a 5 por cento do valor da obra, sem limite superior ou inferior para o valor das obras de arte. A ausência de um limite superior é consistente com a maneira como os direitos são aplicados na Austrália e é provavelmente indicativa dos valores de mercado mais baixos das obras de arte vendidas no Senegal. A ausência de um limite superior também é consistente com o objetivo de devolver os lucros aos artistas indígenas. Semelhante à Europa e Austrália, os direitos são aplicados tanto para artistas quanto para seus herdeiros por 70 anos após a morte do artista. No Senegal, não há limite inferior para o valor de uma obra de arte para a qual são aplicados direitos de sequência. Extraído de: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_35/sccr_35_7.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

a dados dos países latino-americanos, dada a inexpressividade de implementação deste direito.

Neste ínterim, inicialmente entendermos a ausência de efetividade do direito de sequência no Brasil passa pela análise da Consulta Pública para Reforma da Lei de Direitos Autorais, ocorrida em 2010/2011 e elaborada pelo Ministério da Cultura²¹; este referiu em relação ao atual art. 38:

(...) no direito de sequência atual o autor é remunerado com 5% sobre o aumento (ou incremento) do preço em cada revenda. Portanto, para se remunerar corretamente o autor, deve-se conhecer o valor original da obra, gerando a necessidade de cálculos complexos de atualização monetária. Muitas vezes as obras são vendidas depois de muitos anos, o que implica na necessidade de ser atualizado o seu valor no momento do cálculo do aumento do preço de revenda. No caso do Brasil, com os sucessivos planos econômicos, esta tarefa ainda é mais difícil, trazendo à tona a discussão sobre qual índice de atualização monetária deve ser utilizado. Como muitas vezes obras de artes plásticas são revendidas dezenas de anos depois de sua aquisição original, esse problema afeta o próprio exercício desse direito por autores e seus herdeiros.

Em síntese, lê-se que o autor no Brasil não recebe tais quantias mesmo tendo ciência de vendas de sua obra de arte que foram realizadas, visto que a LDA optou em seu texto pela apuração através da chamada mais-valia, ou seja, “no mínimo 5% sobre o lucro obtido”. O legislador poderia ter optado por um modelo “sobre o preço em si da revenda”, com um percentual fixo razoável igual ou inferior ao citado, que viria a facilitar a apuração aos artistas. Ainda, o referido direito

²¹ Consulta Direito Autoral (MinC). Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/2010/06/30/como-a-mudanca-no-direito-de-sequencia-beneficiara-os-artistas-plasticos/> e http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/blogs/direito_autoral/index.html. Acesso em: 31 ago. 2021.

pode ser exercido após a morte do autor pelos herdeiros deste até à caducidade do direito de autor.

A respeito da análise do dispositivo, o Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI), em 2011, sediando fórum de discussão sobre o Projeto de Reforma da Lei Autoral oriundo do Ministério da Cultura, contou com a participação de pesquisadores voltados a um estudo analítico da Reforma proposta pelo Ministério (WACHOWICZ, 2011). Foram analisadas todas as proposições provenientes da Consulta Pública de 2010/2011 e, em relação ao art. 38, procederam à comparação entre o vigente e o proposto:

Lei 9.610	<p>Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.</p> <p>Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.</p>
MinC	<p>Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, três por cento sobre o preço de venda verificado em estabelecimentos comerciais, em leilões ou em quaisquer outras transações em que haja intervenção de um intermediário ou agente comercial em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.</p>

Fonte: livro *Por que mudar a Lei (...)*, p. 53

A alteração do modelo brasileiro de apuração do direito de sequência já refletia a necessidade dos artistas visuais à época, e concluiu-se pelo acerto da proposta do MinC que propôs o modelo (já adotado internacionalmente) de percentual fixo razoável como capaz de dar efetividade ao recebimento pelos artistas.

O atual hiato de 10 (dez) anos de disputas – entre a perspectiva de Reforma da Lei autoral de 2011 e o atual momento – contemplou a pressão de atores privados, da indústria cultural e até mesmo de agentes públicos em desfavor de uma Reforma da Lei autoral. O Brasil ainda assistiu a trocas de Ministros de Estado da Cultura até a atual supressão do Ministério (que atualmente possui o status de Secretaria

de Cultura, subordinado ao Ministério do Turismo). Assim, este momento posterior à tentativa de Reforma da Lei 9.610/98 tornou ainda mais complexo o debate sobre uma nova Lei Autoral²², somando-se ainda os inevitáveis desafios colocados pela aceleração tecnológica em todos os veículos.

Em relação à atuação da Gestão Coletiva, cabe referir críticas de membro do Colegiado Setorial de Artes Visuais do Ministério da Cultura, que em 2012, em matéria do Jornal Gazeta do Povo (PR), manifestou que

quanto às artes visuais, o modelo proposto de gestão coletiva deve ser redesenhado para ser exercido com discernimento social, papel relevante que só encontrará plenitude através da interferência de um Conselho formado não só pelo Estado, mas pelos próprios segmentos de criação cultural. (...) a gestão coletiva não se resume a um banco de dados de clientes formados para interposição de ações, principalmente referente a artistas alienígenas por meio de convênios, como vemos da prática da “Associação AUTVIS”, *longa manus* do “ECAD” (...) Enfim, ao mesmo tempo em que a própria área cultural, no caso as artes visuais, sempre se renova, seja pela técnica, suportes, conceitos e pontos de vista, faz-se necessário que a Lei também possa acompanhar essa evolução, sob pena de se chocar contra a própria criação. (VIDAL PINTO, 2012).

Neste ínterim, alguns herdeiros de artistas, ao não ver contemplada a aplicação do direito de sequência no Brasil, socorreram-se do Poder Judiciário para receberem as justas quantias apuradas em vendas de obras intelectuais visuais. É, pois, o caso paradigmático julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009, em sede de Recurso

²² Segundo Mariana Valente (2019, p. 152), esta nova lei “se algum momento vier, vai lidar com um cenário infinitamente mais complexo que aquele existente entre os anos de 1989 e 1998, em que predominava ainda a territorialidade das utilizações de obras intelectuais (...)”.

Especial n° 594.526 em ação movida pelo filho de Candido Portinari em desfavor do Banco do Brasil S/A. Restou ementado, como segue:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO DE SEQUÊNCIA (DROIT DE SUITE) DE HERDEIROS. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, POR ESTA CORTE, DA SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DANOS MORAIS. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

1. O direito de sequência, ou *droit de suite*, consiste no direito do autor da obra original, ou seus herdeiros, em caráter irrenunciável e inalienável, de participação na “mais-valia” que advier das vendas subsequentes dos objetos que decorrem de sua criação. Objetiva a proteção do criador intelectual e sua família em relação à exploração econômica da obra.

2. Os artigos 39 e 42 da Lei 5988/73 c/c artigo 14, ter, do Decreto 75.699/75 não afastam o direito de sequência quando a peça original é alienada, pela primeira vez, por herdeiro do autor intelectual da obra, pois a própria norma define que, em caso de morte, os herdeiros gozarão do mesmo direito.

3. O direito de sequência tem natureza jurídica patrimonial, e como tal passível de transmissão causa mortis aos herdeiros (art. 42, § 1º, da Lei 5.988/73).

4. É cabível, portanto, a indenização aos herdeiros decorrente da ‘mais-valia’ pela venda posterior da obra de arte, quando obtida vantagem econômica substancial pela exploração econômica da criação.

5. Em relação ao alegado dano moral, a revisão das conclusões realizadas com base no arcabouço fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias é vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

6. Não tendo o recorrente apontado nenhum dispositivo legal supostamente violado em relação à alegada preclusão da decisão saneadora que teria enfrentado a questão da decadência, incide as Súmulas 282 e 356/STF.

7. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

8. A não realização do necessário cotejo analítico dos acórdãos, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial.

9. Recurso especial conhecido em parte e, no ponto, provido.

(BRASIL. STJ, REsp nº 594.526 – RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02 de abril de 2009).

Pela primeira vez reconheceu-se a validade jurídica do direito de sequência através de uma decisão de Corte Superior da justiça brasileira. No entanto, não significou aplicação em escala aos artistas. Saliênta-se a ausência de informações sobre o montante arrecadado pela AUTVIS por ano em relação ao referido direito.

Em 2018 - vinte anos após a Lei 9.610/98 - no Seminário Latinoamericano que reuniu autoridades da CISAC²³ juntamente às principais Entidades de Gestão Coletiva (EGCs) para artistas visuais na América Latina, foram apontados desafios que devem ser enfrentados, em favor dos artistas visuais latino-americanos: “facilitar o acesso a obras, melhorar a segurança jurídica no ambiente digital e fornecer meios efetivos para que os artistas recebam participação igualitária dos benefícios do valor que suas obras adquirem ao longo do tempo, além de sua primeira venda”.²⁴ O destaque ao trecho final certamente

²³ A Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) é uma organização internacional não governamental, sem fins lucrativos, que, segundo seu website, visa proteger os direitos e promover os interesses dos criadores em todo o mundo.

²⁴ Extraído de Site da IP Key: <https://ipkey.eu/pt/latin-america/news/ip-key-america-latina-colabora-com-cisac-para-fortalecer-gestao-coletiva-e-os>. Acesso em: 9 abr. 2021.

informa que regionalmente muito pouco é arrecadado em relação ao direito de sequência.

4 ARTES VISUAIS NO AMBIENTE DIGITAL E EXERCÍCIO DE DIREITOS

O estabelecimento do modo de desenvolvimento informacional (CASTELLS, 2005) e a consolidação da era do acesso (RIFKIN, 2001) operaram profundas transformações no cenário da cadeia de produção e consumo de bens culturais, repercutindo em sua criação, aquisição, distribuição e circulação. No ambiente digital, essa dinâmica é traduzida em dados que agora são predominantemente culturais, como textos, fotografias, filmes, música, ambientes virtuais (MANOVICH, 2001).

Evidentemente, as artes visuais em suas demais modalidades estão inseridas neste contexto, inclusive em seu modo de criação, consolidando-se a autoria também pela técnica e colocando “o artista como um operador da tecnologia” (CONRADO, 2013, p. 165). Da mesma forma, a tecnologia já permite uma gestão individual, feita pelo próprio artista, de seus direitos. O autor, portanto, passa a dispor sobre “uma percepção democrática do direito de escolha, das articulações do poder e do protagonismo nas discussões do capital especulativo do mercado de arte” (ALMEIDA; ESCODRO; AREAS, 2019, p. 50).

Nesta senda, este mesmo período histórico atual contempla novas tecnologias que influenciam o suporte e a livre circulação das obras intelectuais visuais, em uma interação direta com o público que virá a adquirir uma determinada obra (física ou digital) de forma onerosa, e que posteriormente poderá revender livremente essa obra utilizando o ambiente digital.

Para tanto, a *blockchain*²⁵, os *smart contracts*²⁶ e a consequente utilização dos chamados *non-fungible tokens* (NFTs)²⁷ – aplicação de um contrato inteligente que faz uso da *blockchain* e é compatível com o padrão de NFT ERC-721²⁸ – impactam positivamente as referidas obras visuais e sua gestão feita pelo próprio artista visual. O principal operador de NFTs em relação a artes visuais é o OpenSea – o *dashboard* de sua página pode ser conferido na Figura 3-ANEXO.

Os artistas visuais não podem aguardar mais tempo pelo respeito ao seu direito de sequência, e desejam ser protagonistas²⁹ de sua arte. E cabe contemplarmos artistas que recém ingressaram com suas obras no mercado da arte, além de agregar demais artistas visuais já consolidados e até mesmo consagrados internacionalmente. Todos em busca de reconhecimento de sua arte.

Até mesmo licenciamentos de obras – o outro serviço também ofertado pela AUTVIS aos autores – podem ser feitos pelos próprios

²⁵ *Blockchain* se constitui em um banco de dados descentralizado que verifica sua integridade e autenticidade, com posterior armazenamento de informações em blocos encadeados e criptografados; em regra tais blocos não podem ser modificados retroativamente, sendo esta tecnologia considerada e que opera sem a necessidade de qualquer autoridade central ou entidade de verificação (DE FILIPPI; HASSAN, 2016).

²⁶ Segundo SZABO (1996), *smart contracts* (ou contratos inteligentes) são “um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos dentro dos quais as partes cumprem essas promessas”.

²⁷ Os chamados *Non-Fungible Tokens* (NFTs), implementados pela tecnologia *blockchain*, agem como um selo único digital criptografado para identificar e vender objetos físicos e virtuais, atribuindo Tokens a quem vier a adquirir esta propriedade, individual ou coletivamente. Token é o nome do registro de um ativo em formato digital, um investimento no impalpável universo da web. A não-fungibilidade significa que você não pode trocar um item por outro, tal como uma moeda.

²⁸ Fonte: <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721>.

²⁹ Segundo André Maciel, ilustrador do estúdio BlackMadre-SP, “(...) os NFTs descentralizam o poder das grandes galerias. Com essa nova tecnologia, você tira das grandes galerias o controle da arte, e passa para o artista”. Extraído de: <https://beincrypto.com.br/artistas-brasileiros-ilustram-artes-nova-colecao-de-nft-de-estrela-do-futebol-americano/>. Acesso em: 1 abr. 2021.

artistas visuais, dada a tecnologia disponível, sem desembolsarem taxas/tarifas/custos³⁰ a estes intermediários legais. Assim, respeitosa-mente, contraria-se a informação dada pelas próprias EGCs no país que é baseada na LDA: “embora a lei brasileira permita a gestão individual, a gestão coletiva de direitos é o meio mais eficiente, rápido e garantido de fazer valer tais direitos, tanto no âmbito nacional, quanto internacionalmente”.³¹

Por isso, o estudo ainda vem propor a utilização dos *non-fungible tokens (NFTs)* como meio auxiliar de cumprimento do direito de sequência esculpido na Lei 9.610/98: as revendas de obras intelectuais visuais realizadas via NFTs atribuiriam de forma automática a quantia mínima legal³² referente ao direito de sequência ao artista em cada operação (que confere ao adquirente a propriedade da obra visual em suporte físico ou digital, sendo, portanto, um certificado).

³⁰ Conforme ampla tabela de custos cobrados pela AUTVIS: https://www.autvis.org.br/download/PARAMETROS_DE_ARRECADACAO_AUTVIS_2020-2021.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

³¹ Extraído de: <https://www.assim.org.br/oqueegestaocoletiva>. Acesso em: 21 ago 2021.

³² Importante referir a possível reforma da Lei autoral, sob bases do PL 2370/19, que tramita na Câmara dos Deputados brasileira, que trata-se de um cenário ideal importante: o modelo “sobre o preço em si da revenda” facilita a apuração do valor que é direito do artista quando da revenda de sua obra visual, com a inserção desta informação na transação de cada Token rastreável pela tecnologia blockchain. Propõe nova redação ao art 38:

“Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, três por cento sobre o preço em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

§ 1º Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato de revenda, o vendedor, o agente comercial ou o intermediário que intervenha na transação é considerado depositário da quantia a ele devida pelo prazo prescricional previsto nesta Lei.

§ 2º O vendedor, o leiloeiro, o agente comercial ou outro intermediário que intervenha na transação, conforme o caso, ficam obrigados a guardar, pelo prazo de dez anos da alienação, todos os dados referentes ao negócio jurídico, fornecendo-os ao autor, seus herdeiros ou sucessores, quando solicitados.”

A tecnologia dos NFTs que faz uso da *blockchain* permite que todos os “nós da rede” – pessoas físicas que validam a veracidade das transações (como o que ocorre nos Bitcoins) – prestem as seguintes informações: 1) levam a conhecimento do artista (que já não possui a posse e propriedade de sua obra visto ter realizado a primeira alienação) que revendas de suas obras estão sendo realizadas; e 2) informam que cada revenda subtraiu da operação de revenda o percentual financeiro referente ao direito de sequência e o transferiu ao artista visual por meio de um meio eletrônico de transações bancárias instantâneas. Cumpre referir ainda que o referido direito pode ser exercido após a morte do autor pelos herdeiros deste até à caducidade do direito de autor.

Cabe trazermos a indagação: se os artistas visuais podem por eles mesmos arrecadar seus direitos, promovendo pessoalmente sua criação, por que fariam uso de um sistema de gestão coletiva em artes visuais que, diferentemente da música, não possui uma forma específica de direito que só lhes é alcançado mediante filiação (como sobre a execução pública musical que exige filiação a uma das entidades membros do ECAD)?

Segundo Drummond (2014, p. 14), “o poder inerente ao sujeito-criador no exercício individual é muito menos abrangente e de impacto social menos relevante do que o exercício de direito em nome de milhares de titulares, como é o caso da gestão coletiva do setor musical em decorrência do direito de execução pública musical”. E aqui se está a referir o setor musical, que a este específico deve fazer uso da gestão coletiva, e não as artes visuais, e essa separação de escopo é fundamental.

A utilização da tecnologia pelo artista visual, sendo a legítima expressão da gestão individual de sua obra e de seus direitos³³, é ca-

³³ Com a hipótese confirmada de possibilidade de esgotamento do direito de distribuição ao de sequência em artes visuais, em detrimento da também analisada impossibilidade.

paz de promover de forma eficaz a difusão de tais obras autorais. Importante referirmos a opinião de artistas plásticos nacionais como Roberto Cabot, que entendem a importância do direito de sequência e de um sistema que permita (ainda) o rastreamento das obras de arte, que entendemos ser efeito do uso da tecnologia. Afirmou em entrevista à estudo da CISAC de 2014:

Como regra geral, tento analisar as coisas me concentrando mais nos efeitos que podem ter sobre a realidade do que no que deveriam ser ou significam. Partindo desse ponto de vista, o que me parece extremamente relevante na necessidade do direito de sequência, para além de considerações econômicas imediatas, é o fato de que esse direito cria um sistema que permite o rastreamento das obras de arte. No período de uma vida, os artistas criam centenas, senão milhares, de obras; nosso envolvimento e nossa capacidade de representar o mundo ao longo de nossas vidas contribuem para o valor agregado da obra, mas, além disso, a possibilidade de acompanhar a obra de cada artista pode mudar a forma como escrevemos a história no futuro. E certamente fortalecerá o valor de muitos artistas no mercado, além de auxiliar os historiadores em suas pesquisas³⁴

Em 2010, ao referir-se aos downloads que fazem uso da tecnologia e inovavam naquele momento histórico, Wachowicz (2010) bem referiu que “o que está em jogo (com os downloads) são novos modelos de difusão da obra intelectual que criam novos modelos de negócio. A cada momento em que você concebe novas formas de explorar bens intelectuais na internet, os modelos tradicionais de negócio não querem utilizar a nova tecnologia”.

³⁴ A Organização chancela o movimento Artistas por um Direito de Sequência universal. Extraído de: http://resale-right.org/wp-content/uploads/2017/02/SG14-0464_Droit_de_suite_2014-05-15_FR-2.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

Facilitar esta difusão das artes visuais contribuirá para a finalidade social integrando-as cada vez mais ao patrimônio cultural, estimulando ainda o surgimento de novos e criativos artistas.

CONCLUSÃO

Em sede de considerações finais, os resultados são capazes de atrair discussão acerca do fortalecimento da autonomia do artista visual que está inserido em um contexto tecnológico capaz de lhe prover amplo e eficiente gerenciamento de sua obra, e isto inclui direitos como o de sequência.

Os objetivos do estudo foram alcançados, tomando como referencial a discussão posta: o efetivo posicionamento de artistas visuais para observância de seus direitos no Brasil é necessário, uma vez que a tutela do direito de sequência (e ainda da própria distribuição de obras) pode ser amparada por novas tecnologias que são facilitadoras de uma difusão artística, e isto não depende de gestão coletiva.

Ainda, tem-se que a habilitação de Entidade de Gestão Coletiva aos artistas visuais para a cobrança dos direitos de comunicação ao público, reprodução e distribuição das categorias de obras constantes nos incisos VII; VIII; IX e X, do art. 7º da Lei nº 9.610/98. Outrossim, falarmos em distribuição não significaria habilitação ao direito de sequência, por natureza jurídica distinta.

É interesse do artista visual, dado o dinamismo da sua cadeia de produção - que implica em novas formas de criação, aquisição, distribuição e circulação - que consolide direitos inerentes a sua obra no ambiente digital, e por meio de autonomia que está a seu alcance ainda melhor promova um rastreamento das suas obras de arte.

As novas tecnologias nesse sentido se traduzem em ferramentas que facilitam o envolvimento do artista centrado na criação, na sua capacidade de representar o mundo, sendo ainda capazes de tutelar

direitos que lhes remuneraram economicamente, fato relevante na consolidação da arte individual e na promoção da cultura em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jamilla de Paula dos Santos; ESCODRO, Pierre Barnabé; AREAS, Patrícia de Oliveira. Direitos de autor, artes visuais e Creative Commons: panorama da realidade brasileira pela possibilidade do direito de escolha. **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)**, Aracaju, Ano VIII, v. 13, n. 03, p. 46-83, out/2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de distribuição e esgotamento**. 1991. Portal da Ordem dos Advogados Portugueses. p. 625-639. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B4dd0d230-dcd7-4021-bae9-28c56580085e%7D.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa perspectiva de reforma. *In*: WACHOWICZ, Marcos; PEREIRA DOS SANTOS, Manuel Joaquim (orgs). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. **Revista da Ordem dos Advogados**. A. 73, nº 1, Lisboa, Jan./Mar. 2013, p. 149-183.

AUTVIS. AUTVIS - Legal para quem Produz e Reproduz. Disponível em: <https://www.autvis.org.br/institucional>. Acesso em: 2 out. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. **Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição**: exaustão de direitos em direito autoral, 1999. Disponível em: <https://silo.tips/download/restrioes-ao-uso-do-corpus-mechanicum-de-obras-intelectuais-apos-a-tradiao-exaus>. Acesso em: 4 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1. 8. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. *In*: **Direito da arte** [S.l: s.n.], 2015.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais**: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. 2013. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/32966>. Acesso em: 31 ago 2021.

DE FILIPPI, Primavera; HASSAN, Samer. Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code. **First Monday**, Volume 21, Number 12 - 5 December 2016. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113>. Acesso em: 21 jul. 2021.

DRUMMOND, Victor. A (necessidade de) transparência no sistema de gestão coletiva no Brasil. Inovações decorrentes da Lei 12.853/13. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 10, 2014. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10>. Acesso em: 22 ago. 2021.

MANOVICH, Lev. **The Language of New Media**. Cambridge: The MIT Press, 2001. Disponível em: https://dss-edit.com/plu/Manovich-Lev_The_Language_of_the_New_Media.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

MATTIA, Fábio Maria de. Droit de Suite ou Direito de Sequência das obras intelectuais. In: **Reflexões sobre Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

MORAES; Rodrigo; AZEVEDO, Isabelle. Droit de Suite (Direito de Sequência): cenário na França e vindouro cinquentenário no Brasil In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público** - Anais do XIV CODAIP. Curitiba: Gedai, 2021.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. São Paulo: Makron Books, 2001.

SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks to Digital Markets**, 1996. Disponível em: https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. Acesso em: 21 jan. 2021.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **A construção do direito autoral no Brasil**: cultura e indústria em debate legislativo. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

VIDAL PINTO, Luiz Gustavo Vardânega. Direitos autorais nas artes visuais: análise crítica. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 abr. 2012. Disponível em: <https://www>.

gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/direitos-autorais-nas-artes-visuais-analise-critica-21epyr4z5mzfyidm8uan1owe/. Acesso em: 11 abr. 2021.

WACHOWICZ, Marcos. Direito, trabalho e novas tecnologias. **IHU-Unisinos**, 30 ago. 2010. Entrevista. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/35843-direito-trabalho-e-novas-tecnologias-entrevista-especial-com-marcos-wachowicz?source=post_page. Acesso em: 20 ago. 2021.

WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Por que mudar a lei de direito autoral?** Estudos e pareceres. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/ebook_porquemudarlda_v3.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

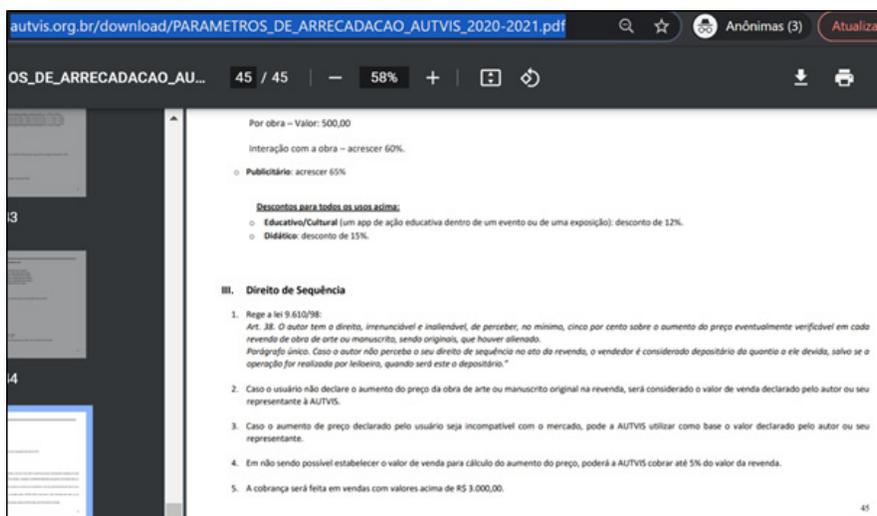
ANEXOS

FIGURA 1: PUBLICIDADE DE WEBSITE DA AUTVIS

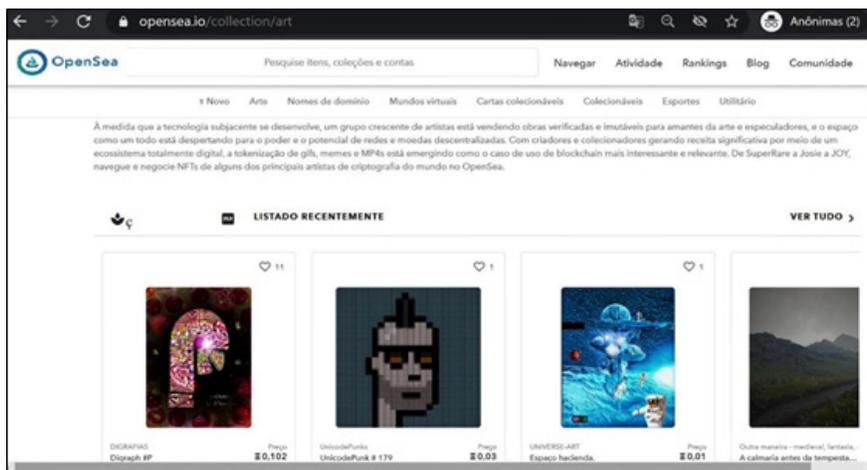


Fonte: site da AUTVIS: www.autvis.com.br.

FIGURA 2: PARÂMETROS DE ARRECADAÇÃO DA AUTVIS



Fonte: site da AUTVIS: www.autvis.com.br.

FIGURA 3: DASHBOARD DA PÁGINA OPENSEA.

Fonte: site da OpenSea: <https://opensea.io/>.

O CRIPTO MERCADO E A MÚSICA: ANÁLISE DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS NFT'S NO MERCADO MUSICAL

Jaqueline San Galo¹

Giovanna Sampaio²

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a nova modalidade de exploração e utilização de obras musicais, no âmbito do cripto mercado de moedas digitais através do *blockchain*. A metodologia utilizada foi a revisão de bibliografia sistemática e exploratória, com o uso de estudos e documentos interdisciplinares em torno do tema, bem como que artigos, livros, reportagens e notícias. Os resultados parciais confirmam as vantagens da utilização transparente dos NFTs no mercado musical, levando em consideração as questões contratuais e tecnológicas tangentes à temática.

Palavras-chave: NFTs; música; accountability;

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a nova modalidade de exploração e utilização de obras musicais, no âmbito do cripto mercado de moedas digitais, através do *blockchain*. Contudo, não pretender se debruçar sobre a análise técnica do produto, mas tão somente enfoca sua avaliação nos respectivos impactos nos direitos e mercado da música,

¹ Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestrado em Direito

² Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestrado Profnit em Propriedade Intelectual, Tecnologia e Inovação

refletindo sobre a limitação das autorizações a serem dadas através dos contratos inteligentes que hoje dominam os negócios cibernéticos.

A metodologia aplicada, segundo a forma de abordagem do problema, foi primordialmente do tipo qualitativa, posto que a representação quantitativa não se conformou no foco e sentido deste trabalho. Segundo o objetivo da pesquisa, a sua metodologia foi do tipo exploratória e descritiva. A pesquisa descritiva visa descrever as características dos fatos e dos fenômenos e o estabelecimento das relações entre as variáveis consideradas". Gil (2010, p. 42) traz que, "as pesquisas descritivas identificam as características de determinada população ou fenômeno". A pesquisa exploratória visa promover uma aproximação com o objeto de estudo. Também conforme o mesmo autor, "a pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses, sendo isso feito ao longo do trabalho.

Segundo a coleta de dados, a pesquisa foi do tipo bibliográfica e sistemática, onde foram utilizadas publicações referentes ao tema nomeadamente artigos, monografias, dissertações e teses; livros, e notícias em formato online;

Portanto, foi investigado o estado da técnica existente sobre o tema no que se refere ao referencial teórico de discussão. Ademais, quanto aos métodos potenciais e relacionados ao presente trabalho, tem-se o emprego de sistemas de inteligência em relação à busca dessa revisão de literatura ora empregada.

Ainda, abarca-se também a utilização de estratégias de pesquisa relacionadas a *Mapping*, bem como que o emprego de cenários para a obtenção de resultados mais satisfatórios e apropriados ao objetivo deste estudo.

Finalmente, foi feita uma espécie de prospecção para a definição do tema/recorte (e justificativa), e primordialmente como filtragem dos trabalhos que comporiam o Referencial teórico do presente artigo;

Em último lugar, o presente estudo justifica-se, pois, a nova formatação da ferramenta baseada em tokens, disponibilizados em *Market places* atrativos, pode ocasionar lesões irreversíveis de direitos, se as cautelas devidas não forem tomadas, quando da pactuação do negócio jurídico formalizado através dos *smart contracts*, pelo que importa demonstrar os prós e contras do uso desses novos meios digitais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 UM NOVO CENÁRIO PARA O PATRIMÔNIO ARTÍSTICO-MUSICAL INTANGÍVEL

A *Blockchain* permitiu a criação do mercado de criptomoedas, e agora, elas chegam com força ao mercado musical, com a propagação do interesse em *NFTs – Non Fungible Tokens*. Não é novo que a música está presente em larga escala no mercado de ações e valores, com as grandes *labels* – denominação das grandes gravadoras – como Sony, Warner e Universal Music, bem como grupos empresariais que também circulam neste mercado como o Vodafone. Ou, indo mais além, vemos a Disney, que apenas com o lançamento do filme *A Viúva Negra*, triplica os valores das ações da DISNEY +.

Sumariamente, De Araujo e Eddine (2019) definem o fenômeno da *blockchain* da seguinte forma: “A organização dos dados dentro do *blockchain* é igual ao conceito de pilha. Pilha é uma Estrutura de Dados em que cada dado novo aponta para o seu antecessor. Muitos consideram a *blockchain* como uma tecnologia revolucionária.”

O NFT consiste no registro de uma obra digital, uma certificação de autenticidade, sendo eminentemente imutável. Não serve apenas às obras digitais, sendo vendidos em muitos outros formatos, registráveis no e sob o NFT. Tais obras, que podem ainda alinhar ou acoplar diferentes artes num mesmo *token* como música e grafite, música e

artes plásticas, música e ingressos para shows, músicas e *souvenirs* de diversas espécies vão chegar à casa do fã ou o adquirente investidor de pequena monta. O que se registra no NFT, declarado imutável até o momento, será oferecido pelos *Market places*, ou seja, distribuidores, vendedores, representantes, nos diversos mercados, através de leilões nos quais se negociam justamente esse tipo de ativos tangentes à arte. Adquirindo a obra digital, através do NFT, que é o certificado de autenticidade, o adquirente, pode vendê-la, como no mercado de obras físicas, de quadros por exemplo, e monetizar, rentabilizar, ganhar com aquela venda. O adquirente pode reinserir o NFT referente à obra em lojas e leilões virtuais. Ressalvando que, para tanto, são utilizados os contratos inteligentes (smart contracts), pelo que ainda é extremamente necessário delimitar exatamente o que será objeto de cessão. Serão apostadas informações que darão maior ou menor valia àquele NFT, o que precisa inclusive de muito cuidado, para a salvaguarda do direito de receber sobre a execução da música, do fonograma, e relativamente a determinado tempo de “exploração. Tudo isso deve estar contido no contrato, para “enquadramento dos direitos envolvidos (BISCALCHIN; DE ALMEIDA, 2011)

O grande apelo atual está em conquistar o pequeno investidor, o investidor de varejo, que aplica em empresas tradicionalmente conhecidas, como grandes bancos, companhias como Vale do Rio Doce, Petrobrás, Banco Itaú, Banco do Brasil etc. Ocorre dessa mesma forma com a música em varejo, como se fosse uma oferta de ações em balcão, para empresas ainda não estabilizadas, como as *startups*, acontecendo, entretanto, individualmente, entre o artista e pessoas que acreditam que aquela música será um ativo que terá repercussão, e, conseqüentemente possibilitará retorno ao investimento. (GREFFE, 2013)

Normalmente, quando se deseja adquirir uma moeda real – sendo que essa terminologia não é a mais adequada para destacar a distinção entre as moedas virtuais e tradicionais – adquire-se dólares ou euros, em corretoras ou casas de câmbio. Para adquirir moedas virtuais, adquire-se através de sites que vendam *bitcoins* ou etéreos, ou

ambos, já existindo algumas opções inclusive brasileiras, podendo já afirmarmos se tratar de um mercado biliardário e em franco crescimento.

A comercialização ocorre em casas *exchanges*, que fazem uma custódia temporária destes ativos artísticos, sejam da música ou das artes, e quanto mais exclusivos e originais, como tudo que se apresenta em termos de artes, maior valor de alcance terá no mercado, no câmbio por outra cripto moeda, ou por moedas reais, primordialmente o dólar.

Cada vez existe maior regulação para estas casas de câmbio, mas ainda não são empresas listadas em bolsas, sendo que a maioria está fora do mercado tradicional. Até o envolvimento institucional está bastante crescente, embora seja através de entidades múltiplas, pelo que se relembra que essas ações que dependem de um “*clearance*” (quem tem quanto valor) ampliando-se os níveis de segurança em escala internacional, e chama-se ainda a atenção quanto a maior capacidade de custeios e prazos.

Os *NFTs* podem ser considerados sinônimos de eficiência através de valores. Assim, o NFT contempla, conforma um certificado da arte digital, que perpassa por alguns níveis de conversão, em *bitcoin*, em *blockchain*, ocorrendo posteriormente o *market place* em relação ao valor real investido. (MORETI; CABRERA, 2019)

E, alguns bancos tradicionais de grande porte, como o Banco de Boston, vêm oferecendo transações neste mercado, lastreando-as em moeda, dita real, para maior segurança dos seus clientes, o que nos demonstra que esta tendência é uma realidade irreversível. Alguns apostam que esta será a moeda do futuro, e outros já falam sobre o corrente e presente uso da moeda. (GREFFE, 2013)

Interessa salientar que o mercado brasileiro ainda se mostra resistente à aplicação em maior escala dessas moedas, entretanto, entende-se que em face das características protetivas da arte como bem infungível que é, bem como devido ao incremento nos novos mecanis-

mos e instrumentos de “suporte e lastreamento das moedas, o prospecto é que elas sejam cada vez mais aplicadas pela sociedade.

2.2 A UTILIZAÇÃO DA FANBASE DO ARTISTA COMO CLIENTE PARA A COMPRA DOS INTANGÍVEIS DO SEU ÍDOLO DE FORMA COSTUMIZADA

Um dos fatores que podem impulsionar a venda da arte através do NFT é a comunidade, que admira o artista, ao que se chama de *fanbase*: seus seguidores e admiradores, promovendo assim a geração de valor neste mercado. Além do que estes agentes serão os grandes divulgadores do produto artístico, do artista e de sua obra, criando assim uma complexa rede positivamente mais rentável para o artista.

A escassez, a originalidade e a autenticidade sempre estiveram atreladas ao valor da arte, o que, ao nosso entender, é a característica diferenciadora neste mercado. A artesanidade, no sentido de geração de produtos inéditos, exclusivos, individuais, é a tônica. O bem exclusivo interessa sobremaneira ao fã colecionador de bens relacionados ao seu ídolo. E o grande X dessa questão é entender o que a comunidade de admiradores considera importante para conseguirem se aproximar do artista que tanto amam, através da aquisição dos *royalties* que podem gerar ganhos futuros através da valorização da aquisição e uma maior exposição ao mercado. (ALMEIDA, 2009)

A *blockchain* assegura principalmente, autenticidade da assinatura artística, podendo diferenciar cada arquivo, seja mp3, mp4, de áudio ou vídeo, e havendo ainda a possibilidade de comportar arte plástica, experiências, *souvenirs*, ingressos, prêmios, carteiras de clubes e demais serviços exclusivos acoplados ao produto artístico. Isso não consiste numa novidade substancial, entretanto, a diferença ora é que as movimentações serão efetuadas através da/com a moeda virtual. (MORETI; CABRERA, 2019)

A autenticidade tem sido um requisito que cresce de importância com o advento da arte digital. A certificação eletrônica impacta e importa contra falsificações e explorações inadequadas, nas artes visuais e nos demais tipos artísticos, notadamente na música. (ALMEIDA, 2009)

Ou seja, pode ser adquirido o arquivo em mp3, ou mp4, com certificado de autenticidade, e o NFT fica na carteira digital, podendo ser comercializado ou não. Assim o NFT pode se replicar de múltiplas formas, com mínimo custo, atestando primordialmente a originalidade e a autenticidade da obra.

O fã do artista, ou o consumidor em geral, acabará sendo um investidor da carreira de seu ídolo, com contrato de royalties garantindo participação em lucros e ganhos. Tudo isso acontece na conta criada deste *token*, o *NFT*, que é seguro, certificado e autêntico; A questão é agregar experiências artísticas, não mais apenas áudio e vídeo: tem que se criar um processo de engajamento, envolvendo a experiência do usuário (*consumer experience*) acerca também desses produtos físicos.

Lembrando que o ativo é comercializável, e a “automatização através do *blockchain* traz grandes possibilidades de comercialização da produção musical com a garantia de direito aos royalties respectivos. Ou seja, aquele fã, ao adquirir o NFT, ajuda o artista porque o prestigia, o valoriza, adquirindo um produto exclusivo do seu ídolo, mas e ainda pode ganhar rendimentos com a valorização mercadológica daquele produto artístico comercializável, e rentável/rentabilizado. (MORETI; CABRERA, 2019)

2.3 DA OPACIDADE E DA FALTA DE TRANSPARÊNCIA DO MERCADO ELETRÔNICO

O mundo inteiro já alardeia a falta de transparência e opacidade do mercado eletrônico, e não apenas da música. Trata-se de uma ques-

tão de falta de transparência em negócios massivamente executados na internet, indo muito além da questão da dualidade de sistemas de direitos autorais – a saber – *droit d’auteur*, do qual nós brasileiros somos seguidores, ou o de *copyright*, anglo-saxão, que se preocupa e de certa legitima a cópia.

Ao nosso ver, a principal questão é a necessidade de definição da extensão do negócio comercializado em relação ao público, envolvendo questões de distribuição dessas produções e músicas. (FIALHO, 2019)

A internet se utiliza, em sua maioria, de termos de permissão de uso, também sem nenhuma transparência ou clareza. E devemos considerar que já entramos na era dos *smart contracts*, os contratos digitais. O adquirente por se tratar, na hipótese em tela, de um novo público do varejo do mercado de ações, no caso de cripto moedas, precisa estar absolutamente ciente do que está adquirindo, e dos riscos que pode estar correndo. (LEE, 2018)

Um mesmo artista pode ter diversos tipos de contratos e acessos. Mas não apenas artistas. O mundo dos esportes tem entrado de forma crescente no mercado dos NFTs, *v.g.* a NBA americana, liga de basquete estadunidense, vende NFTs com as imagens das cestas mais fantásticas dos jogos. Ou ainda, outro exemplo do emprego do NFT, é direito exclusivo de dar uma volta no carro de determinado piloto de fórmula 1 ou kart, filho de um famoso locutor da televisão.

Sempre que surge um novo formato de negócios na internet, costumamos ficar bem desconfiados, e depois passamos a aderir massivamente, através de termos de uso, sem qualquer preocupação com a transparência, e vamos nos repetindo nessa tendência, confiados na ética massiva das *big techs*. (LEE, 2018)

Mas, quando o assunto é música, já ficou bem claro que a democracia trazida com o advento das já conhecidas plataformas digitais, se por um lado, aumentou a possibilidade de o artista ser conhecido ou ter sua música conhecida (ASCENSAO, 2012); por outro, o criador,

compositor, artista, já entendeu a extrema dificuldade para ter rendimentos, minimamente razoáveis, nessas plataformas musicais. Isso gera a desconfiança em relação aos novos modelos de negócios.

Vejamos a figura a seguir, que demonstra o grau de opacidade das ferramentas eletrônicas:

FIGURA 1. A RELAÇÃO ENTRE ACCOUNTABILITY (PRESTAÇÃO DE CONTAS) E TRANSPARÊNCIA EM DIFERENTES CENÁRIOS DE DADOS ABERTOS (TRADUÇÃO LIVRE).

		TRANSPARENCY		
		Clear	Opaque	None
ACCOUNTABILITY	Hard	Data lifecycle management meeting all requirements	Putting data online with narrow descriptions	Losing funding due to data management
	Soft	Making data available, being answerable	Data may or may not be publicly available, minimal description and no responsiveness	
	None	Public archiving with no known user community		Data gulag

Assim, percebemos que a partir da correlação entre accountability e transparência, surge a problemática da opacidade, significando a questão da acessibilidade das informações com descrições estritas e mínimas, disponíveis ao público de forma não responsável, ou em arquivamento público sem uma comunidade de usuários efetivamente reconhecida. (MAYERNIK, 2017)

Destarte, as informações acerca dos meios e instrumentos tecnológicos devem estar suficientemente descritas; em “via pública; de

forma responsável, responsiva e até “engajada, e com a comunidade possível de usuários conhecida, estando, portanto, o cumprimento desses requisitos intrinsecamente ligado ao mercado digital da música.

Nesse sentido, salientamos ainda ser necessário respeitar o critério da responsividade tecnológica, para a preservação digital no contexto social e até ético em que vivemos, atuamos e transacionamos. (MCGOVERN, 2009)

Hoje temos desafios a serem enfrentados por governos, universidades, agências de financiamento, e pesquisadores, relativamente aos chamados “dados abertos”, caixas pretas, e a ética dos algoritmos, que possuem legislações divergentes ao redor do mundo. Não se pode mais admitir a falta de transparência nos dados, alegando contratos coberto por sigilo, sejam firmados entre patrocinadores ou com gravadoras e afins. (MAYERNIK, 2017)

2.4 DA CERTIFICAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE COMO ATRIBUTO-MOR DO NFT

A originalidade, a diferenciação, são atributos intrínsecos da arte, e a sua valorização é automática. Será preciso entender o funcionamento do setor e desse sistema, para que chegue a todos os atores envolvidos. (ALMEIDA, 2009)

Da mesma forma que precisamos entender como funcionavam as plataformas musicais, as chamadas *DSPs – Digital Provider Services*. Salientando apenas que as DSPs, seguraram muito o mercado, quase que em um oligopólio, com barreiras muito fechadas e pouca distribuição compensatória aos artistas, e como o poder não aceita vácuo, o poder está com o criador e ele quer assegurar o digno retorno, que banque o seu sustento com alguma segurança e conforto.

O preço da música nunca foi tão vil, gerando no máximo em torno de 2 dólares, por média de execução, o que é muito inferior ao de-

vido, e precisa, sem dúvida, ser corrigido. Neste caso, o mercado deve estar respondendo aos anseios do criador, e a eficiência do mercado deve estar sob o ponto de vista do criador da arte, e agora, deste ativo que prima pela exclusividade e pela originalidade, se distanciando, de forma diametralmente oposta à massificação industrial desvalorativa das DSPs. (GREFFE, 2013)

As DSPs, como já notificava a diretiva europeia sobre direitos autorais (2019), precisavam se preocupar com dois pontos importantíssimos: justo preço e transparência, que continuam pendentes de eliminação as controvérsias nestes dois itens.

E, não se pode sequer aceitar que prestações de contas possam ser eficazes, sem a exibição de contratos, que segundo as empresas possuíam cláusulas *NDA* – *non disclosure agreements* ou seja, as famosas cláusulas cerradas com sigilo, que blindam valores. Pergunta-se, como podem *labels* celebrarem contratos com *NDA*, sem a presença dos outros partícipes, os autores, que são os titulares primários dos direitos? Ao nosso ver, a direção direta de ativos agrada aos artistas e seus agentes diretos, sem intermediários e sem *NDAS*, valorizando-se muito mais o ativo. Há artistas alcançando a marca de sessenta milhões de dólares com arte virtual mista - música e artes plásticas virtuais -, o que é bastante interessante para o mercado pois assim dignificasse o preço da arte customizada, individualizada, agindo ao reverso da massificação no âmbito das plataformas que desvaloriza, a quase nada, o preço das músicas. Aqui, valoriza-se essa arte mais singularizada, e os seus apreciadores, a *fanbase* do artista, que acreditará naquele sucesso e será o investidor substancial, recebendo royalties por ter acreditado no sucesso musical de seu ídolo, não ficando excluídos os investidores maiores e habituais do mercado do entretenimento, setor considerado de risco, mas de alta rentabilidade aos “credores” que nele investem; Por exemplo, um fundo de pensão, com características conservadoras, investe mais em imóveis que em entretenimento, mas ainda sim ocorrem investimentos pesados nesse setor cultural e da arte, com a aplicação de parcelas razoáveis dos seus

recursos. Ou seja, há grandes investidores de olho em aplicações com retorno flutuante, sendo considerados os apostadores do mercado, e estando bastante vinculados às novas tendências tecnológicas e de mercado. (LOSSO, 2008)

Cumpra ainda ressaltar que falar em NFTs quer dizer falar em assinatura autenticável pelo legítimo detentor da obra, como uma assinatura que nos dá acesso aos direitos, inclusive o de decidir o que se vai fazer com preços e acervos, como uma assembleia de acionistas e nas *Record labels*.

Nesse sentido, se pode ainda decidir quem tem e por quanto tempo terá direito a votos nas rodadas de decisões, à semelhança de um fundo de investimento descentralizado, com um imenso número de pequenos investidores, que conjuntamente definirão onde serão aplicados os recursos para a produção e investimentos em novos artistas. Já existem modelos mais simples no mercado, como as vaquinhas virtuais e os *crowdfundings*. Ainda, não é necessário criar o *token* em si pois já existem inúmeras plataformas fazendo isso a custos bastante reduzidos. (GREFFE, 2013)

Assim, é suficiente criar apenas o trabalho gráfico, a música, e selecionar as commodities acessórias, pois é ainda mais vantajosa a criação de um produto em Série, progressivo, que desperte o interesse do admirador-colecionador do artista. Por fim, a atual tendência que merece ser melhor investigada posteriormente refere-se aos *social tokens*, que detêm aplicações muito valiosas e que ainda passam despercebidas no meio social. Já que essas novas formas tecnológicas e dispositivos sociais podem tutelar de forma bastante eficaz as diversas categorias da propriedade intelectual, e seus direitos adjacentes.

2.5 NFT E MÚSICA - AS VANTAGENS TRAZIDAS

Há muitos anos, o mercado fonográfico tenta numerar obras, numerar discos, fazer contagens eficientes e eficazes, visando a jus-

ta remuneração do criador. Ao nosso ver, o NFT, se adequadamente utilizado para a gestão musical, aliado ou não às artes plásticas, passa a ter o total controle sobre o aumento do preço do valor daquela obra que seja vendida e revendida no mercado, com total controle dos negócios efetuados, sendo ainda absolutamente rastreável (MORETI; CABRERA, 2019)

Necessitamos traçar assim um paralelo com o direito de sequência, já estabelecido para as artes plásticas, inclusive aqui no Brasil, um direito que detém respaldo, mas que teve pouca força de efetivação até o momento, podendo sua eficácia ser estabelecida e controlada através do NFT. O mesmo se diz para o caso da música.

Pensemos, por exemplo, no mercado de música erudita, ou no de rock, nos quais temos um público extremamente fidelizado e que compra tudo que está à venda relativamente aos seus artistas;

Pois bem, aquele compositor e orquestra podem vender NFTs de música e da apresentação musical filmada, e estabelecer que durante X anos o adquirente possuirá, por exemplo, 30 % sobre o valor dos *royalties* daquelas transações em cadeia daquele produto. O que acontece? O produtor fonográfico, ou o próprio compositor dará o direito de “sócio” de menor porte “em troca” de um negócio que “impacta na divulgação daquela obra musical e audiovisual. Com todas as limitações previstas no já denominado contrato inteligente. E com a absurda chance de rastreamento dos ganhos futuros e sequenciais, o que sempre se buscou e perseguiu neste mercado da música;

O compositor, ou o produtor fonográfico terá a chance de rastreamento total dos negócios efetuados acerca do produto e do aumento do preço, da valorização do trabalho ao longo dos anos.

Sendo bem utilizado, ou seja, eliminando-se a opacidade e falta de transparência, escolhendo-se bem os parceiros, e, sobretudo, informando a força que tais contratos possuem de forma clara, o negócio pode se conformar extremamente interessante, pois facilitará primor-

dialmente o acompanhamento em sequência da obra (BISCALCHIN; DE ALMEIDA, 2011)

Os negócios na cadeia da música sempre foram muito onerados com a intermediação, o que por certo aumenta os custos de transação, sempre reduzindo os ganhos para o criador, que fica na ponta da cadeia. O que não se pode afirmar, neste momento, é que estão sendo eliminados os intermediários. Neste momento, não é bem assim, mesmo com os desenvolvimentos tecnológicos ou digitais, e através da tokenização: temos as empresas que criam e geram os NFTs. Algumas já disponibilizam a possibilidade de “*crie o seu próprio NFT*”, mas não é nada fácil, por enquanto, pois existe ainda a boa e velha reserva de mercado e barreiras aos entrantes, também velha conhecida neste mercado dominado por poucas gigantes de tecnologia e musicais, constituídas em um quase oligopólio. (GREFFE, 2013 & FERRAZ, 2015)

O advento do NFT possibilita que sejam negociados futuros recebíveis, através dos *smart contracts*, com regras estabelecidas para os direitos patrimoniais que cercam aquela obra e os seus respectivos autores envolvidos.

Uma das maiores preocupações que devemos ter é o contrato com a empresa de *market place*, devendo ser um contrato expreso, claro, transparente, que contenha prazo explicitamente determinado, e sobretudo que contenha a obrigatoriedade do chamado “*takedown*”, ou seja, de liberar, ou como se diz na linguagem tecnológica, baixar a obra, baixar a música, liberando-a para os proprietários. (MAYERNIK, 2017)

Importa frisar que o *market place* terá semelhanças a um titular, e o adquirente dos direitos cedidos ou produtos transacionados terá titularidade parcial, com prazo determinado. Lembrando que, ao titular, é permitido explorar a obra financeiramente, mas, a priori, não é tido como um co-criador, não é um co-autor. Mas já supomos que no futuro também haverá a possibilidade de tal interação. O que deve importar é focarmos na segurança que o *blockchain* pode trazer para as transações com bens intangíveis e imateriais. (MORETI; CABRERA, 2019)

Cumprе lembrar que autor é quem cria a obra, e titular é quem detém direito de explorá-la patrimonialmente. E com o NFT, o que se permite é que os contratos firmados possam estabelecer, se assim de-sejar o autor, a cessão de direitos sobre a obra, para colocação à disposição em um *market place*, onde a obra estará disponibilizada em leilões de oferta pública para aquisição, em varejo, por indivíduos, eg. admiradores do artista ou investidores comuns de mercado de moedas virtuais ou de mercado de bolsa, apostadores em ações que irão apostar no crescimento do preço de determinada obra ou de determinado artista, dentre outros agentes correlatos. Não há qualquer ilegalidade nisso. Mas existem cautelas a serem tomadas, como a busca por empresas idôneas de mercado, que primem por confiança e que tenha a tradição de zelo com obras de arte, e com o material artístico e musical. (LOSSO, 2008)

GOMES (2021) articula NFTs e smart contracts da seguinte forma:

Simbolicamente, a escritura faz referência ao bem imóvel e todos os direitos a ele relativos. No caso dos NFT's, o *smart contract* (contrato inteligente) é um conjunto de dados e informações. Portanto, as regras constantes deste conjunto de dados é que deverão determinar o real objeto e os direitos efetivamente transacionados. Se o *smart contract* prevê que não há direito algum sobre o conteúdo, então realmente não há.

Nesse sentido, releva trazer brevemente a perspectiva tributária, em torno dos artistas e investidores das obras tokenizadas, considerando-se as “classes econômicas e suas respectivas especificidades, temática que foi também abordada e descrita pelo mesmo autor:

“O Brasil não tem legislação sobre ‘tokenização’ de ativos, e NFTs, no meu entendimento, é um ativo equivalente a uma obra de arte e similares. Logo, pode-se aplicar uma legislação análoga (por analogia), mas não em área tributária, por causa dos princí-

pios da anterioridade da legalidade estrita (que exige que a tributação esteja prevista ‘previamente’ em lei).”

Pode haver quem defenda a tributação de NFTs dizendo que a legislação tributária atual já abrange NFT’s. Mas no meu entendimento, não abrange, pois, tokens não fungíveis são uma nova classe de ativo, que não tem similar nas situações abrangidas pela legislação atual.” (ROCHA, 2021)

(...)

Pela literalidade dessa definição, podemos concluir que NFTs não são criptoativos, já que não possuem “sua própria unidade de conta”. Ao invés disso, são referenciados em bitcoin (BTC), em ethereum (ETH) ou até em dólares.

A despeito desse desencaixe conceitual, é bem provável que a Receita Federal do Brasil considere os NFTs como sendo criptoativos, pelo mero fato de serem transacionados por meio de tecnologias de registro distribuído (...)

Sob a perspectiva do adquirente que realiza o “pagamento” do NFT com criptomoedas, nada muda, de modo que continuariam sendo aplicáveis as diretrizes da IN 1.888/2019 e as regras de apuração de ganho de capital anteriormente analisadas. (GOMES, 2021)

2.6 DA COLECIONABILIDADE DO NFT

Um dos pontos que vem nos chamando a atenção, pelas empresas que estimulam a utilização de NFTs, é exatamente o fato de incentivarem a criação de uma série, exclusiva e colecionável, de NFTs, por exemplo, com obras do artista plástico X, alinhadas com uma música produzida por esta mesma e multifacetada artista, que também entregará aos adquirentes ingressos para o *vernissage* da sua exposição, e um show digital, exclusivo para os adquirentes.

Tudo isso pode estimular o alcance de um preço muito superior ao de uma execução em uma plataforma; podendo movimentar o mercado, valorizando as obras da cantora e artista, além de lhe proporcionar retorno financeiro com o aumento de preço. O que é fantástico. Mas já tivemos algo parecido no mercado, com a compra de ingressos em primeira fila, para grandes turnês com visita ao camarim do artista, incluindo passagens aéreas e *souvenir*. Nada disso é exatamente novo. (GREFFE, 2013)

A novidade, ao nosso ver, está primeiramente na customização de produtos específicos, diferenciados. Em seguida, nos itens colecionáveis, o que é muito bom para o mercado musical, ou qualquer mercado, pois fideliza, e garante rentabilidade futura. Além do que, liberta do modelo de mercado atual de plataformas musicais. Mas, repetimos, é preciso deixar claro que isso não elimina o intermediário atualmente. Pode acontecer, se o artista se dedicar a estudar a sistemática, mas, neste momento, ainda não está em “vigor essa tendência. Já nos parece que o estouro de mercado tende a passar. E provavelmente, as próprias *big labels* – Sony, Warner, e, Universal – se adaptem e venham para esses *Market places* digitais. (ALMEIDA, 2009)

Alguns pontos ainda nos preocupam bastante, e um deles é a imutabilidade do que se registra em um token. Note-se que, no nosso país, o registro da obra não é obrigatório. O direito autoral, consoante nosso arcabouço legal, Lei. n. 9.610, é meramente declaratório. E assim é necessário existir cautela porque muitas vezes a titularidade é questionada, e retificada junto às “associações coletivas responsáveis pela gestão desses direitos (MCGOVERN, 2009 & MORETI; CABRERA, 2019)

Normalmente, considera-se que quanto mais registros uma obra tiver, mais fácil será para identificar e garantir a autoria. Paralelamente, a questão da alterabilidade ou inalterabilidade da titularidade, quando for necessária, nos preocupa. Outro ponto que muito nos importa é a sucessão dos herdeiros, e o acesso a tais patrimônios “consustanciados no âmbito dos NFTs. (LOSSO, 2008)

O direito de sequência para as artes plásticas está no art. 38, da lei n. 9.610, onde afirma que será pago até 5% sobre a diferença, a plus valia. Em outros países, há o pagamento de 3% sobre o valor comercializado, ou sobre o valor negociado, o que pode ser um caminho para o Brasil. Nesse modelo, é possível que se consiga exigir o pagamento, sem ter que exibir a comprovação da venda anterior. Já na formatação dos NFTs, é imprescindível que esteja previsto justamnete o direito de sequência no contrato digital;

2.7 ALGUMAS POSSIBILIDADES

Buscar uma plataforma e fazer a compra da cripto moeda, do etéreo, já é hoje “relativizado pois existem inúmeras “plataformas e empresas disponibilizando NFTs. Os autores precisam ter muito cuidado na escolha e seleção de qual “intermediador é mais adequado para atender aos seus interesses específicos. (GREFFE, 2013)

As informações colocadas no NFT precisam corresponder à base de dados do ECAD, e o autor Deve ser independente, sem contrato a priori com gravadoras, para agir diretamente de forma legítima, na transação da sua obra ou produção através do meio digital tokenizado.

E, desde já, é preciso estabelecer com o *Market place*, a total transparência para seguir o caminho das negociações e das vendas. Por fim, podemos assegurar que os contratos existentes hoje, com gravadoras, não concedem tal direito, e para que isto ocorra com os artistas que detém contratos com essas gravadoras, precisa ser feito um adendo contratual, visto que a tecnologia não existia anteriormente desta forma (BISCALCHIN; DE ALMEIDA, 2011)

Precisamos entender que são nulas aquelas cláusulas contratuais que afirmavam “podendo constar em todos os tipos de mídia existentes e que venham a ser criadas”. Ademais, é preciso compreender que todos os demais direitos não são eliminados, quer dizer, eles permanecem, como o de execução pública, respeitando sempre a in-

dependência e “legitimidade de uso da obra, tanto para o NFT, quanto para o contrato existente com as gravadoras. (LEE, 2018)

Os contratos devem ser maximamente restritivos, não concedendo direito à alteração da obra, detendo ainda prazos limitados dentre outras cautelas. Esses contratos precisam prever as limitações claras das concessões e cessões pactuadas e acordadas, obedecendo às limitações legais e recortando, de forma estrita, as concessões oferecidas. Vejamos o que ensina o Professor Ascensão (2012), no artigo “Questões Críticas ao Direito na Internet”, quando se refere aos limites do exclusivo referentes ao autor:

Toda a disciplina jurídica se faz por recurso a regras positivas e negativas: umas atribuem poderes, outras recortam-nos. Tão normais são umas como outras: a atribuição final resulta do jogo dessas regras, positivas e negativas. Não há motivo para considerar exceções as regras limitativas, como se o direito autoral fosse um absoluto do qual só por exceção se pudesse subtrair alguma faculdade; com a consequente aplicação aos limites do regime muito restritivo das regras.

O Direito Autoral é um ramo do Direito como qualquer outro, no qual portanto se requer em igual medida o recurso a regras positivas como às negativas, para conciliar os interesses em presença numa unidade que sirva coerente e simultaneamente os interesses gerais, os dos titulares e os do público. (ASCENSAO, 2012)

Hoje já é cediço que a legislação existente, alinhada aos tratados da OMPI, não consegue conter as utilizações indevidas das obras que ocorrem no âmbito da internet, e não me refiro à reserva de conteúdo, mas à prática de ilicitudes. Por esse motivo, o contrato formal que lastreie e embase os NFTs é de extrema importância para a limitação dos usos e concessões que fazem parte do negócio jurídico.

3 CONCLUSOES

In fine, entendemos que a música sempre foi utilizada a reboque de outras áreas artísticas, como o teatro e o cinema, por exemplo. A obra na internet pode ter o seu alcance bastante aumentado, o que pode ser utilizado de forma vantajosa ao autor. Entretanto, acreditamos num futuro no qual a artesanidade será mais bem valorizada resultando em maior rentabilização para os artistas envolvidos na produção artística mais primígena e original;

Precisamos entender que o mercado artístico movimenta, desde a sua gênese, valores muito altos, com a música, tem chegado a um mercado mais varejista, no qual os contratos estabelecem os direitos de execução pública por substituição da pessoa do titular em sub-rogação.

Assim, o mercado artístico digital é bastante novo, com muitas vantagens e desvantagens que foram aqui neste artigo apenas elencadas, necessitando de maior amadurecimento e aprofundamento; Porém, consideramos que, certamente, a digitalização desse mercado, por meio/através da figura dos NFTs, pode ser uma arma poderosa contra a massificação ou a “exploração abusiva da arte. Assim, enquanto operadores do direito, devemos nos manter alertas, visando encontrar soluções para os problemas tecnológicos da opacidade e da falta de transparência no mercado como um todo.

Então, hoje, para entrar nesse mundo digital de compras e utilizações de NFTs, é preciso primeiramente abrir uma carteira virtual e adquirir etéreos, tendo assim início a coleção e acumulação dos intangíveis musicais e de arte.

Ademais, esses *tokens* detêm a capacidade ímpar de verificar e atestar, com clareza e rastreabilidade, o crescimento do artista e dos valores adjacentes/tangentes a sua obra e produção artística, sendo uma excelente oportunidade para valorizar produtos exclusivos, que é o atributo intrínseco da própria arte, ou seja, aquilo que concentra características do belo e da “perfeição, e que crescentemente, no mun-

do contemporâneo, proporciona a obtenção de finalidade práticas e materiais monetizáveis ao fim e ao cabo.

Além disso, entendemos que é preciso a garantia de algum direito de sequência ao produto musical, como também nas artes plásticas. Precisamos ora salientar ainda que na internet, a imagética aliada à execução da música torna-se extremamente mais potente para a sedução do público, notadamente de colecionadores em sequências artísticas.

Percebemos, sobretudo, a necessidade de assegurar uma sobrevivência digna ao criador, ao artista, a partir dos frutos de seu trabalho, e do conseqüente reconhecimento do e no mercado, o que pode ser muito bem potencializado e acelerado pelos seus admiradores, ou por investidores que apostem na performance mercadológica deste novo produto, tendo que vista que essa tendência carece de extrema cautela e observação cuidadosa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Filipa. Mercado de arte contemporânea: construção do valor artístico e do estatuto de mercado do artista. **Revista Fórum Sociológico**, 19, 2009. Disponível em: <https://journals.openedition.org/sociologico/203> . Acesso em: 05 maio 2021.

ALVES, Giovani Lofrano. Direitos autorais: mercado e intervenção. **Revista de Direito**, Inovação, PI e Concorrência, vol. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/1521/1985> . Acesso em: 09 maio 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões Críticas ao Direito da Internet. *In*: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs.). **Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos Rumo à Sociedade Democrática do Conhecimento**. Florianópolis: Fundação Bordeaux, 2012, p. 43 e 44.

BANHOS, Ângela. **O direito de sequência na legislação brasileira do direito autoral**. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/>

tjdft/35076/o%20direito%20de%20sequencia%20na%20legislaçao%20brasileira%20do%20direito%20autoral.pdf?sequence=1 . Acesso em: 03 out. 2021.

BISCALCHIN, Ana Carolina Silva; DE ALMEIDA, Marco Antônio. Direitos autorais, informação e tecnologia: impasses e potencialidades. **LIINC**, vol. 7, n. 2, 2011. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3310> . Acesso em: 09 maio. 2021.

DE ARAUJO, Patrick Anderson Matias; EDDINE, Eder Ahmad Charaf. As abordagens da bitcoin e blockchain em artigos acadêmicos. **Brazilian Journal of Development**, vol 5, n. 7, 2019. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/2117>. Acesso em: 05 maio. 2021.

DE-MATTIA, Fábio Maria. **Droit de suite ou direito de seqüência das obras intelectuais**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwixqOSeubHzAhVKq5UCHbbQBW8QF-noECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F67358%2F69968%2F88776&usg=AOvVaw10SEP-uClRdj52IQcC6w1m>. Acesso em: 03 out. 2021

FERRAZ, Tatiana Sampaio. Quanto vale a arte contemporânea? **Revista Novos estudos Cebrap**, n. 101, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002015000100117. Acesso em: 11 maio 2021.

FGV – CTS. Direitos autorais em reforma. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8789/CTS%20-%20Direitos%20Autorais%20em%20Reforma.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2021.

FIALHO, Ana Letícia. Mercado de arte global, Sistema Desigual. **Revista do Centro de pesquisa e inovação**, n. 9, 2019. Disponível em: <https://www.sescsp.org.br/files/artigo/f0a6deb8/6073/41a5/bd05/3b19c32a6a67.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

GOMES, Daniel de Paiva. **NFTs no setor artístico: questões fiscais no Brasil**. Disponível em: <https://portaldobitcoin.uol.com.br/nfts-no-setor-artistico-questoes-fiscais-no-brasil/>. Acesso em: 01 out. 2021

GREFFE, Xavier. **Arte e Mercado**. São Paulo: Editora Iluminuras, 2013. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/05/ARTE-E-MERCADOITAU.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

LEE, Edward. Fair Use avoidance in Music cases. **Boston College Law Review**, vol. 59, n. 6, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232783. Acesso em: 11 maio 2021.

LOSSO, Fabio Malina. **Os direitos autorais no mercado da música**. 2008. 252 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28092009-082901/publico/fabio_final.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

MAYERNIK, Matthew. Open data: accountability and transparency. **Big data and society**, vol 1, n. 5, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318356577_Open_data_Accountability_and_transparency/download. Acesso em: 28 nov. 2021.

MCGOVERN, Nancy Yvonne. **Technology responsiveness for digital preservation: a model**. Disponível em: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/18017/1/18017.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

MOMO, Fernanda da Silva; BEHR, Ariel. BLOCKCHAIN: PERFIL DAS PESQUISAS DIVULGADAS EM PERIÓDICOS ACADÊMICOS. **Revista de Administração Faces**, vol 18, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/1940/194060764001/html/index.html> . Acesso em: 25 abr. 2021.

MORETI, Mariana Piovezani; CABRERA, Paula Baragatti. **O uso da tecnologia blockchain para proteção e gestão de direitos de direitos autorais**. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/008-O-USO-DA-TECNOLOGIABLOCKCHAIN-PARA-PROTEÇÃO-E-GESTÃO-DE-DIREITOS-AUTORAIS.pdf> . Acesso em: 07 maio 2021.

ROCHA, Luciano. Tributação de NFTs. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/tributacao-de-nfts-especialistas-falam-sobre-regras-brasileiras/>. Acesso em: 01 out. 2021.

CAPÍTULO 3

DIREITOS INTELECTUAIS, TÉCNICA E CONCORRÊNCIA

A DUALIDADE “ARTE E TÉCNICA” PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Alejandro Knaesel Arrabal¹

RESUMO: Este trabalho procura apontar elementos históricos e epistêmicos a partir das quais se reconhece a distinção entre direitos de autor e a propriedade industrial, tendo como parâmetro a dualidade estabelecida entre a arte e a técnica. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, o panorama histórico que o trabalho oferece procura contribuir com pesquisas futuras, a fim de orientar proposições normativas que superem o dualismo que ainda marca o trato dos direitos de propriedade intelectual.

Palavras-chave: Arte; Técnica; Direitos Autorais; Propriedade Industrial.

1 INTRODUÇÃO

A arte e a técnica representam universos simbólicos tradicionalmente reconhecidos como dimensões distintas, contexto a partir do qual se tem como evidente no plano normativo a diferença entre o

¹ Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. E-mail: arrabal@furb.br

direito autoral e a propriedade industrial. A primeira relacionada ao domínio da arte e a segunda ao domínio da técnica.

Essa diferença ecoa a partir das disjunções históricas entre a intelectualidade e a manufatura, a criatividade e a produção repetitiva, o valor do espírito e o valor do corpo, a estesia e a utilidade.

Neste contexto é inegável a influência da alegoria platônica, a qual pressupõe a prevalência do mundo inteligível, das formas ideais perfeitas, da razão e da verdade, em detrimento de um mundo sensível, cuja experiência é sensorialmente limitada e imperfeita.

Realizado por meio de revisão bibliográfica, o presente estudo procura encetar elementos históricos e componentes epistêmicos a partir dos quais a distinção entre arte e técnica instancia o paralelismo normativo dos direitos de propriedade intelectual.

2 ARTE E TÉCNICA: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Na antiguidade, a *obra de arte* correspondia a um artefato fabricado para um propósito, o qual nutria valor em razão dos efeitos morais e ideológicos que promovia ou da sua eficiência técnica (TAVARES, 2003). Platão (1994, p. 393) considerava que “[...] as propriedades, a beleza e a perfeição de um móvel, de um animal, de uma ação qualquer, [tendem] senão ao *uso para o qual cada coisa se destina por natureza ou pela intenção dos homens*”. Para este filósofo grego, a beleza corresponde à perfeição do mundo ideal, dos arquétipos eternos e imutáveis.

O esforço de Platão para irmanar a *arte*, o *bem* e a *verdade* é observado por Cauquelin (2005, p. 29), ao destacar o rigor do filósofo em julgar a poesia, expulsando-a da cidade; “a música que enlanguescia os corpos; a pintura, afastada em dois graus da verdade; e sobretudo todas as artes manuais que não empregassem nem o cálculo nem o raciocínio, a régua e a medida, podendo ser feitas de maneira improvisada”.

No diálogo entre Sócrates e Glauco, Platão (1994, p. 388, 389) recorre a uma distinção triádica: o derradeiro *criador* corresponde a uma entidade divina, um ser metafísico, originador de toda a idealidade, de todas as formas essenciais e, nesta condição, de toda a verdade; o carpinteiro é um *artesão* que produz artefatos úteis a partir da *reminiscência*, porém os materializa imperfeitos, pois tudo que é produzido no mundo sensível jamais se iguala, em perfeição, as formas ideais; finalmente, o pintor é um *imitador* dos artefatos produzidos pelo artesão que se encontra distante a três graus da verdade. Sob a ótica platônica, toda imitação é perversa, ilusória, não merecedora de credibilidade.

O caráter da obra era predominantemente assessorio, fosse ligada a práticas devocionais, reconhecida como manifestação transcendente para qual o homem que a materializou era veículo (e não origem), ou dirigida a tarefas estritamente manufatureiras.

Antes da era da produção pela máquina, manufatura era sinônimo de indústria de oficina. Considerava-se o artista um manufator entre os demais, num tempo em que se conferia alto prêmio à habilidade do trabalhador. Este era comumente designado pelo nome de oficial (*technites*) ou artífice (*demiourgos*). [...] Não se reconhecia diferença alguma de categoria, como a que hoje em dia se supõe, entre o artista criador e o artífice habilidoso nas técnicas do seu ofício. A ideia da criatividade (no sentido moderno, romântico) em conexão com as artes inexistia na filosofia grega. Igualmente estranha à mentalidade grega a ideia da arte como “expressão” da personalidade do artista (OSBORNE, 1993, p. 33).

É neste contexto que arte (*ars* do latim) e técnica (*téchne* do grego) nutrem identidade semântica (ABBAGNANO, 2000, p. 939) quando associadas ao sentido de um “saber fazer”, uma ação cujo resultado (obra, do étimo latino *opera* — trabalho) assume valor propositivo. Fala-se, portanto, em arte como uma qualificação distintiva, orienta-

da para um determinado modo (adequado, correto) de realizar certas atividades.

Do latim, *ars* advém da “raiz ‘ar’ de *artus* (articulação), e de *armus* (úmero, que dá igualmente o sentido de movimento: de resto, *arm*=braço, está ainda no inglês moderno)”. Sua antítese é *iners* (sem *ars*), incapacidade de produzir algo concreto. Por sua vez, *téchne* igualmente era relacionada à habilidade para realizar uma tarefa. Na concepção existencial da Grécia antiga, compreendia um saber projetivo e reflexivo vinculado à materialização indistinta do belo e do útil, cujo fundamento era a ordem cosmológica. (RUGIU, 1998)

A *téchne* consistia em um saber fazer, alinhado à beleza e à verdade da natureza (*physis*). Barnes (1997, p. 200) afirma que os gregos consideravam o *cosmos* como um arranjo ordenado e “dotado de beleza: o termo *kosmos*, no grego comum, significava não apenas uma ordenação, como também um adorno [...]”, algo agradável à contemplação e, ao mesmo tempo, *conformado* a um determinado padrão. O belo e o útil encontravam acento no *logos*, ou seja, na racionalidade imanente à natureza.

Segundo Mitcham (1994, p. 117-118), *téchne* indicava astúcia e habilidade manual, cuja origem provavelmente remonta ao termo indo-europeu *tekhn*, vinculado a atividades de carpintaria. *Téchne* aproximava-se da *epistéme* que, por sua vez, indicava o *conhecimento* sobre algo ou sobre *fazer algo*.

Para além de uma habilidade manual, Osborne (1993, p. 35) observa que os gregos também consideravam a técnica “[...] um ramo do conhecimento, uma forma de ciência prática”. Aristóteles classificou a técnica em duas categorias: a *prakton* que implicava em um *fazer algo* como na agricultura, por exemplo; e a *poieton*, correspondendo à *construção* de algo como uma escultura ou sapatos (OSBORNE, 1993, p. 36).

Em sentido amplo, a *poíesis* grega designa o fabrico, a produção de artefatos cujas formas, ainda que novas porquanto resultem de cer-

ta liberdade de criação, alinham-se a beleza e a harmonia naturais. A *poíesis* traduz um poder criativo, mas “não no sentido hebraico de fazer algo a partir do nada, mas no sentido grego de gerar e produzir dando forma a partir de uma matéria preexistente e ao mesmo tempo prenhe de potencialidades” (SOUZA, 2007, p. 87). Pode-se considerar que, além de aproximar-se da *episteme*, a *téchne* também se filia a *poíesis*, embora esta aponte para um *saber fazer bem* que não segue com pleno rigor formas e regras previamente instituídas.

Em síntese, para o pensamento pré-cristão, arte e técnica eram termos intercambiáveis cujo conceito consistia em um *saber fazer bem*, um conhecimento operativo que se traduz em destreza, habilidade e que encontrava, na sintonia com a ordem cósmica natural, o fundamento de sua utilidade e beleza.

Contudo, importa considerar que a sociedade grega era constituída por uma aristocracia cidadã “[...] sobreposta a um corpo de artesãos e mercadores, de origem estrangeira, com uma população escrava que executava os tipos mais grosseiros de trabalho manual e os serviços domésticos”. A maioria dos artistas, artífices e artesãos, com exceção daqueles que repousavam nas graças da aristocracia, não ocupavam acento elevado no substrato social. Eram tratados de modo comum como trabalhadores em um cenário no qual o labor, destaque-se, era predominantemente escravo, concepção esta que perdurou por toda a idade média (OSBORNE, 1993, p. 39).

No decurso da escolástica, *ars* e *téchne* foram associadas ao *officium*, profissão, trabalho, produção de artefatos. Manteve-se, de certo modo, a ideia de um saber no sentido de perícia, contudo, mercedoras de prestígio eram as competências adquiridas pela aprendizagem letrada. (FERNANDES, 2013).

As atividades intelectuais de vocação teológica eram arte valorada na perspectiva de uma verdade transcendente e eterna. Etimologicamente associado ao movimento, o vocábulo *ars* foi também empregado para referir-se a atividade de *produção manual* e, por con-

seqüência, aproximou-se da designação de instrumentos que contribuíam à consecução de movimentos incomuns, *artificiais*, daí as derivações *artífice* e *artifício* (RUGIU, 1998, p. 34).

A idade média marca a distinção entre *artes liberais* e *artes mecânicas ou servis*. As *artes liberais* compreendiam as atividades predominantemente intelectuais, letradas e desinteressadas, *livres* de qualquer esforço corpóreo típico de tarefas subalternas e escravocratas.

Observa Rugiu (1998, p. 31-32) que “*artes liberales* eram as atividades dignas de um homem livre. Livre de que coisa? Livre da necessidade de ter que trabalhar para viver” e o principal instrumento para o exercício de tais atividades era o livro (*liber*), “[...] o único verdadeiramente digno de um homem *liber* (livre). Não era certamente por acaso que a mesma palavra indicasse duas coisas diversas, mas de significado tão reciprocamente funcional.”

As artes mecânicas compreendiam atividades manuais voltadas à produção de objetos (artefatos) ou a realização de certas atividades. Assim, por exemplo, a poesia e a teoria da música (não compreendida a sua execução prática) “[...] eram incluídas entre as ‘artes liberais’, atividades apropriadas a um homem culto e a um cavaleiro; a escultura e a pintura pertenciam às ‘artes sórdidas’ e aqueles que as praticavam, classificados entre os trabalhadores” (OSBOURNE, 1993, p. 39).

As atividades laborais (*Laborant*) implicavam na fadiga, sofrimento e punição, tarefas que, de modo geral, não eram dignas de reconhecimento ou que resultassem em alguma “obra” cuja expressão era merecedora de admiração. Para os intelectuais, o clero e todos que não dependiam diretamente de tarefas manuais e rotineiras para sobreviver, foi sempre preciso afirmar o valor da palavra e reconhecê-la como superior à atividade braçal.

A história do ocidente é atravessada pelo conflito entre a força e o poder do corpo (e pelo corpo) e a força e o poder da palavra (pela palavra). Ao crer que *o verbo se fez carne*, o pensamento cristão firmou a precedência e superioridade da palavra frente ao corpo. As artes libe-

rais compreendiam o domínio do *otium* (atividade intelectual) e deveriam ser cultivadas na escola (*eskole*). Artes mecânicas eram relativas ao *nec otium* (a negação do ócio).

Durante o período clássico e ao longo do medievo, a disjunção operada a partir do valor da certeza como verdade imutável transcendente, em contraposição à imperfeição da transitoriedade mundana, é confrontada dialogicamente com as diferenças econômicas que instituem o modelo de estratificação social.

Para que a distinção entre artes mecânicas e artes liberais “[...] torne-se marcada, é necessário que se estruture uma hierarquia conseqüente à divisão social do trabalho e que se elabore uma adequada ideologia de sustentação, o que acontecerá contemporaneamente à ascensão das Corporações” (RUGIU, 1998, p. 29).

Do período carolíngio até o Século XII, a base teórica da educação medieval consistia no ensino de sete *artes liberais* denominadas *Trivium* e *Quadrivium*. O *Trivium* implicava no aprendizado da gramática, da retórica e da dialética com vistas ao aperfeiçoamento de competências argumentativas e discursivas, indispensáveis às atividades clericais e, evidentemente, ao exercício do poder. O *Quadrivium* integrava aritmética, geometria, astronomia e os princípios matemáticos da música.

O eixo condutor da atividade intelectual era a racionalidade e a proeminência do intelecto. O cristianismo primitivo negava o valor às atividades predominantemente técnico-manuais, enaltecendo a dimensão intelectual litúrgica. O trabalho era indigno, especialmente quando transigia à sacralidade espiritual em favor de apetites corpóreos. Até o século XII, o trabalho não era compreendido da mesma maneira como sucedeu na modernidade. As palavras “*labor*” e “*opus*” referiam-se especialmente à fadiga física e moral (RUGIU, 1998, p. 29). Para o pensamento teológico deste período, a materialidade corpórea é atravessada pela tensão entre o desprezo às necessidades e pulsões humanas e a veneração do corpo de Cristo. O Papa Gregório Magno (590-604),

considerava o corpo “a abominável vestimenta da alma” (LE GOFF; TRUONG, 2006, p. 11; 13).

Valorizava-se fundamentalmente a espiritualidade e, neste sentido, a inteligência voltada às aspirações eclesiais. Inspirado no flagelo da crucificação de Cristo, o sofrimento penitencial, sucedâneo compulsório do pecado original, corresponde a uma das poucas “sensações” legítimas do corpo.

No mundo pagão, o sofrimento físico quase nunca foi considerado como uma circunstância humana. Homens e mulheres podem tê-lo suportado, aprendido com ele, mas não o buscavam. O advento do cristianismo conferiu à dor do corpo um novo valor espiritual. Lidar bem com ela talvez tenha se tornado mais importante que sentir prazer; segundo a lição ensinada por Cristo através dos próprios infortúnios, mais difícil era ultrapassá-la. Na vida terrena, o dever do cristão revelava-se pela transcendência de toda estimulação física; indiferente ao corpo, crescia a sua expectativa de chegar mais perto de Deus. (SENNETT, 2016, p. 132)

A transitoriedade da vida terrena não comportava prazeres corpóreos ou vaidades intelectuais. Assim, a mercancia dos saberes e do ensino era considerada profana, incompatível com seu propósito maior de alimentar e fortalecer a alma em detrimento do corpo. Neste contexto, Fischer considera que a música, entre outras funções, foi empregada pela Igreja para “[...] levar os crentes a um estado de contrição e drástica humildade, apagando qualquer traço de individualidade neles e diluindo-os numa coletividade submissa, [...] a fim de que a coletividade trabalhe em consonância com tal estado de espírito.” (FISCHER, 79. p. 213–214).

Inspirado em Aristóteles, Tomás de Aquino reconhece a arte (*ars*) como *recta ratio factibilium*, ou seja, a racionalidade traduzida em um *fazer*, uma ação transitiva que se manifesta enquanto justa adequação da materialidade à razão do espírito.

As atividades empreendidas pelos artífices, artesãos e mercadores que animará posteriormente o desenvolvimento das cidades representam os primeiros passos em direção à renúncia da salvação espiritual em favor do ganho material. Neste contexto, o intelectual urbano tende a gradualmente equiparar-se ao trabalhador artesão, de modo que a arte enquanto técnica compreenderá uma “[...] especialidade do professor, assim como o têm as suas o carpinteiro ou o ferreiro” (LE GOFF, 1989, p. 57).

Associações de artesãos e mercadores da Europa, genericamente reconhecidas como *corporações de ofício*, emergiram no século XII, atingiram expressiva influência no século XIV e foram extintas com as transformações políticas e econômicas do século XVIII. Conhecidas por inúmeras denominações, dentre as quais *colégios, universidades, companhias, confrarias, ministérios, liceus e guildas*, as corporações de artes e ofícios eram ligas profissionais constituídas formalmente por meio de “[...] privilégios e por vínculos reconhecidos e garantidos pelo poder público ele mesmo, em medida mais ou menos sensível, condicionado pelas organizações das artes presentes no território” (RUGIU, 1998, p. 23-24).

Estas instituições compreendiam grupos fechados que mantinham o domínio sobre a remuneração e a divisão de trabalho dos seus membros. Marcadas pelo controle e pela prevalência de atividades braçais, contrastavam com aquelas que, por serem eminentemente intelectuais e exercidas de forma livre, eram reconhecidas como superiores.

O regime de privilégios instituído no âmbito das corporações de ofício corresponde ao germe do sistema de propriedade industrial. O conhecimento técnico, a “arte do ofício”, era objeto de sigilo por parte de todos que a integravam as guildas, compromisso este que garantia o domínio de produção e de mercado ao mestre e seus discípulos.

As circunstâncias nas quais se trabalhava e se aprendia [nas corporações] favoreciam o segredo, principalmente o prevalecer quase absoluto da tradição oral ou intuitivo-gestual (‘escute

as minhas palavras’, nas artes liberais ou mesmo ‘olhe o que eu faço’, nas artes mecânicas) [...] Provavelmente os alfaiates de coletes, digamos, tinham poucos segredos para proteger, mas os construtores de catedrais e palácios, os tintureiros, os ourives e outros, os tinham, e muitos. Não somente segredos de manufaturas, mesmo para operações aparentemente simples (por exemplo como esquadrar, nivelar, e perfurar pedras), quanto mesmo pedagógicos-didáticos: um bom mestre de oficina devia não somente conhecer os segredos de manufatura, mas também o segredo do como e em que medida comunicá-los aos aprendizes, ou mesmo como escondê-los, e a quais e em que momento. [...] O mestre era, assim, um verdadeiro patriarca na comunidade formativa que às vezes se estendia da oficina à própria casa, onde vinham ‘colegiados’ aprendizes e auxiliares. (RUGIU, 1998, p. 38–39)

Por influência do modelo escolástico da alta idade média, levou algum tempo para que o conhecimento difundido pelo letramento tivesse valor econômico autônomo, e isto se deve, pelo menos, a duas razões. Primeiro porque o verbo era domínio de Deus, assim reconhecido e resguardado pela igreja e promovido licenciosamente no âmbito das artes liberais. Segundo porque as atividades técnicas e laboriosas (artes mecânicas) só se tornaram objeto de literatura especializada tardiamente. O *fazer* e o *dizer sobre o fazer* eram mundos relativamente cindidos pela estrutura social estabelecida. O produtor e artesão que *sabiam fazer*, dificilmente comunicavam por escrito seus saberes.

O valor do ofício não estava na atividade, nem tão pouco nas pessoas que o realizavam, mas especialmente no resultado que a atividade oportunizara. Há poucos interessaria comunicar ou saber “literalmente” como algo podia ser feito, já que o resultado efetivo de uma ação prática, nesta época, implicava mais diretamente na mimese dos gestos que constituem a ação.

Mesmo àqueles interessados em aprender a técnica pelo letramento, provavelmente não teriam acesso a ela por não serem alfabeti-

zados. Burke (2003, p. 140) destaca que “o conhecimento dos ofícios era e é difícil de ser formulado por escrito, de modo que a migração das técnicas era acompanhada pela migração dos trabalhadores”. Para a técnica pré-moderna, o modo capital de assegurar a exclusividade sobre a produção de artefatos era o segredo.

É importante observar como o desenvolvimento do *comércio* e dos *meios de informação* se implicaram mutuamente durante o Renascimento. Neste contexto, a difusão de textos oportunizada pela prensa de tipos móveis merece destaque. Burke menciona o impacto deste artefato para as atividades mercantis que — frise-se — sempre estiveram irmanadas à informação, já que “as rotas do comércio eram rotas de papel e os fluxos de comércio dependiam de fluxos de informação” (BURKE, 2003, p. 141). A reprodução em escala oportunizou a proliferação de informes comerciais diversos, a exemplo de “tratados sobre como ser um bom comerciante. Informações comerciais sobre feiras de negócios, chegada de navios e preços de diferentes mercadorias eram cada vez mais disponíveis em forma impressa” (BURKE, 2003, p. 145).

Livros obviamente existiam antes da máquina de impressão, mas transformaram-se reciprocamente com as práticas sociais e econômicas em relação a sua forma e ao seu conteúdo. No medievo primitivo, a palavra e o livro não eram objeto de mercancia ou, peno menos, não nas mesmas condições oportunizadas pela reprodutividade massiva. No princípio, a igreja assumia o papel principal de cultivar e preservar o saber, evidentemente sob seus modos e condições existenciais.

O saber, neste cenário, confunde-se com a própria natureza do pensamento cristão. Contudo, mesmo no século XIII “o argumento legal tradicional de que o conhecimento era ‘um dom de Deus que não pode ser vendido’[...] era desafiado pelo novo princípio segundo o qual os professores deviam ser pagos por seu trabalho” (BURKE, 2003, p. 137).

A reprodutividade massiva instada no século XV transformou o saber, já não mais vinculado (predominantemente) à tradição teológica, mas ligado a diversas e distintas aspirações humanas. A reprodução

de livros rapidamente tornou-se um segmento econômico que atraiu o interesse de inúmeros negociantes e investidores e, por consequência, transformou-se em um veículo de múltiplas vozes.

A impressão massiva encorajou “a comercialização de todos os tipos de conhecimento” envolvendo empreendedores de modo mais incisivo e direito nas decisões sobre as formas e os conteúdos difundidos (BURKE, 2003, p. 145). A *escassez* de livros em poucas décadas transmuta-se no seu contrário — o *excesso*. A imprensa massiva ensejou a multiplicidade de versões de obras cuja qualidade era questionável em razão do seu teor, ou dos erros promovidos por tipógrafos negligentes, aspectos que fizeram emergir uma espécie de *seletividade erudita (crítica literária)* fundada principalmente na *preservação e credibilidade da informação*.

No século XVI, escritores, leitores e bibliotecários queixavam-se da excessiva quantidade e diversidade de livros por temer a *dificuldade de acesso ao conhecimento seguro*. Metáforas como “explosão de informação”, “floresta de livros” ou “oceano de livros” apontava para o suposto perigo que este *novel estado da arte* ensejara (BURKE, 2002, p. 175).

De certo modo, a expansão bibliográfica contribuiu para reforçar o ideário teológico de que o conhecimento universal é inalcançável ao indivíduo humano — trata-se, portanto, do declínio da figura do polímata.

O pensamento especificista teve seu impulso com a *explosão bibliográfica*. A tendência frente à desordem e à expansão instadas será *ordenar o universo epistêmico e informacional*, segmentando textos e livros em áreas específicas do saber. A divisibilidade e catalogação do conhecimento, necessárias à sua recursividade e domínio humano, contribuirá para a racionalidade da divisão do trabalho intelectual.

Neste contexto a leitura *intensiva* sede lugar à leitura *extensiva*. Esta, por sua vez, instigou e simultaneamente foi instigada por mudanças graduais no formato e na apresentação dos livros. A crescente concorrência do mercado editorial incentivou a produção de obras in-

crementadas com novos modos de organização do texto envolvendo a divisão em capítulos, acréscimo de sumários, índices, notas indicativas e ordem alfabética. Gradualmente incorporam-se à própria escrita, orientações complementares a fim de oportunizar ao leitor dados a respeito das fontes empregadas, atestando a credibilidade do texto.

Facilitar a volta às “fontes” pressupunha que “a informação, como a água, era tanto mais pura quanto mais perto chegava da nascente”. Esta prática “foi um lema dos humanistas da Renascença bem como dos reformadores protestantes” (BURKE, 2017, p. 179–181).

Na esteira da tradição imperial e eclesiástica do feudalismo, a produção de livros, assim como tantas outras atividades organizadas em corporações, era promovida sob a vênua de Papas, imperadores e reis, os quais “concediam privilégios, em outras palavras, monopólios temporários ou permanentes, para proteger certos textos, impressores, gêneros ou mesmo novas fontes tipográficas” (BURKE, 2017, p. 139).

Contudo, estes privilégios não constituíam “propriedades” na mesma acepção da propriedade burguesa moderna. Não eram privilégios obtidos estritamente por reconhecimento meritório ou qualificados como “direitos”, mas destinavam-se a preservar valores pretensamente difusos e cujo *status quo*, bem verdade, retratava o modelo de controle hegemônico institucional da época. Jones observa que o beneficiário destes privilégios:

[...] detinha apenas o direito de possuir e usar, explorar a coisa, em determinadas condições. A concessão podia ser revogada por quem a fez desde que não fossem atendidas as condições a que se destinavam. Condições resolutivas, geralmente expressas em cláusulas nos documentos de cessão. Eram igualmente anuladas as concessões se o concessionário se tornasse indigno da mesma, ou se não demonstrasse condições materiais para cumprir os objetivos para os quais a concessão foi feita (JONES, 2011, p. 26).

Distinta, assim, a propriedade pré-capitalista da moderna propriedade fundada “no trabalho do próprio produtor ou na sua aquisição ou herança legal” (JONES, 2011, p. 26).

No Renascimento, os valores cristãos da Idade Média procuram resistir às tensões promovidas com o incremento das artes liberais e mecânicas no seio das atividades mercantis urbanas. Paulatinamente a metafísica teológica sede lugar a uma epistemologia maquinal de modo que o homem descobre ser capaz de desvendar o mundo.

Emergem as condições para a instituição, em certo sentido, de uma relativa diferença entre o *artífice* e o *artesão*. O primeiro, entendido como aquele que (re)produz a natureza, produz, aos moldes do pensamento clássico, algo *artificial* que só é reconhecido como belo ou útil por imitar a beleza da ordem natural e da transcendência divina. O segundo percebe-se como alguém que, mais do que compreender e dominar os fenômenos naturais, é dotado, ele mesmo, de uma força criativa capaz de rivalizar com Deus.

O artesão dará lugar aos futuros tecnólogos e artistas, inventores e autores, agentes auto proclamados centrais na conformação da vida e do mundo. Ambos, produtos das tensões enriquecidas pelas inspirações racionalista e romântica que atravessaram os séculos dezoito e dezenove.

O pungente desenvolvimento científico e tecnológico evidenciará a figura do técnico e do inventor, aparte do artista e do autor, cuja arte será manifestação do espírito humano. Assim Hegel considera:

Dissemos, de modo geral, que o espírito e sua beleza artística estão acima do belo natural. [...] somente o espírito é o verdadeiro, que tudo abrange em si mesmo, de modo que tudo o que é belo só é verdadeiramente belo quando toma parte desta superioridade e é por ela gerada. Neste sentido, o belo natural aparece somente como um reflexo do belo pertencente ao espírito, como um modo incompleto e imperfeito, um modo que, segundo a sua substância, está contido no próprio espírito. [...] mesmo que se fale de

belezas naturais [...] nunca ocorreu a ninguém focar as coisas naturais do ponto de vista de sua beleza, e constituir uma ciência, uma exposição sistemática, de tais belezas. Ao contrário, já foram tratadas do ponto de vista da utilidade e concebeu-se, por exemplo, uma ciência das coisas naturais que servem para combater as doenças, uma matéria médica, uma descrição de minerais, produtos químicos, plantas, animais que são úteis para a cura, mas as riquezas da natureza nunca foram compiladas e julgadas do ponto de vista da beleza (HEGEL, 2001, p. 28-29).

A dinâmica operada com a ingerência das corporações de ofício representou, em grande parte, o ambiente propício à ressignificação da arte mecânica enquanto *técnica*, não mais vista como subalterna e pueril aos moldes do cristianismo primitivo, mas determinante para o modelo social econômico emergente.

Bacon declarou três aspectos meritórios das artes mecânicas: destinam-se a revelação dos fenômenos da natureza e representam uma forma de conhecimento; desenvolviam-se sobre si próprias consistindo em saber progressivo; e, vigorava a colaboração constituindo-se em um saber coletivo, “[...] nelas convergem às capacidades criativas de muitos, ao passo que nas artes liberais os intelectos de muitos se submetem ao intelecto de uma única pessoa e os adeptos, na maioria das vezes, corromperam tal saber em lugar de fazê-lo progredir” (ROSSI, 2001, p. 82).

Em *Novum Organon*, a importância dos artefatos mecânicos é descrita por Bacon, nos seguintes termos:

Se os homens tivessem empreendido os trabalhos mecânicos unicamente com as mãos, sem o arrimo e a força dos instrumentos, do mesmo modo que sem vacilação atacaram as empresas do intelecto, com quase apenas as forças nativas da mente, por certo muito pouco se teria alcançado, ainda que dispusessem para o seu labor de seus extremos recursos (BACON, 1973. p. 12).

Rudiger observa que “depois de Bacon, a ciência passa a ser vista como instrumento de domínio da natureza e emancipação do indivíduo. Para ele, consagrou-se, saber é poder, por mais que tudo ainda seja feito ‘a serviço de Deus’” (RUDIGER, 2013, p. 83).

A parametrização “artificial” do tempo representa um dos fatores constitutivos da diferença entre a vida medieval, eminentemente agrária e pastoril, e o cotidiano das cidades. Na vida campesina, o tempo é determinado pela natureza. Nas cidades, o tempo se torna objeto de controle humano. Ao possibilitar a mensuração do tempo, o *relógio mecânico* é um artefato que evidenciou o domínio do homem sobre a natureza e sobre a própria existência. Um objeto cuja força simbólica revela-se na tangibilidade do tempo e na subordinação deste à repetitividade mecanicista.

O homem cria a máquina, a máquina controla o tempo e o tempo controla o homem. Toffler (1980, p. 112-113) considera que a civilização industrial emergente a partir deste ideário “fez mais do que contar o tempo em nacos mais precisos e padronizados. Também colocou estes nacos numa linha reta que se estendia indefinidamente para trás, para o passado, e para a frente, para o futuro. Tornou o tempo linear”.

O pensamento mecanicista que atravessa a renascença com Bacon, Galilei, Kepler, Hobbes, Descartes, Pascal, Locke, entre outros, fortalece a noção de que o “funcionamento” de qualquer “máquina”, seja o corpo humano ou mesmo a sociedade, pressupõe o adequado ajuste da relação entre suas “peças”. Para que o todo funcione, a ordenação entre as partes é pressuposta. O mau funcionamento é produto de uma causa que pode ser desvendada e reparada, desde que se conheça a exata função da parte danificada em relação ao todo.

Em certa medida, este pensamento corresponde a uma releitura do ideário grego que pressupunha a necessária adequação do homem à ordem cósmica, com a diferença que, agora, o homem não procura apenas compreender a ordem natural, mas também acredita que é capaz de dominá-la. Neste sentido, Galimberti (2015, p. 4) observa que

“no mundo grego, os homens contemplam a natureza para compreender suas leis e, com elas, construir a ordem da cidade e a ordem da alma. [...] No mundo judaico-cristão, a natureza é entregue ao homem para que a domine.”

No século dezessete, “[...] a imagem do mecanismo do relógio se expande, até que, com Newton, toma conta do universo” (THOMPSON, 1998, p. 268-269). Assim, a técnica (artes mecânicas) vai conquistando espaço de sublimação.

Embora quase todos os cientistas do século XVII tivessem estudado em uma universidade, são poucos os nomes de cientistas cuja carreira se tenha desenvolvido inteira ou prevalentemente no âmbito da universidade. Na verdade, as universidades não estiveram no centro da pesquisa científica. A ciência moderna nasceu fora das universidades, muitas vezes em polêmica com elas e, no decorrer do século XVII e mais ainda nos séculos sucessivos, transformou-se em uma atividade social organizada capaz de criar as suas próprias instituições (ROSSI, 2001, p. 10).

A cultura renascentista é marcada pela progressiva valorização das artes mecânicas, em relação ao seu papel no contexto educacional e no progresso do saber (ROSSI, 2006, p. 84). Acendem os fatores para o desenvolvimento da Ciência enquanto meio para desvelamento e domínio do mundo natural e, não menos importante, conformam-se as condições técnicas a partir das quais, nas cidades, a produção e circulação de bens e serviços assumem posição de destaque.

Por influência do pensamento grego, o renascimento reconheceu a arte como imitação precisa da natureza. Contudo, esta concepção foi posteriormente “rejeitada por Goethe, Hegel e, sobretudo, Schelling, que colocou a criatividade do artista no mesmo nível” (INWOOD, 1997, p. 51).

A palavra engenho, engenhoso, provém de genialidade. Gênio (*genius*), por sua vez, encontra seu étimo em *genos* e *gens*, termos que

se referem de forma ampla a nascimento, origem, também à *genesis* (criação), *genus* (gênero), *germen* (broto, crescimento) entre outros. Para as civilizações antigas, observa Colanges (1998), as palavras *ghénos* (no grego) e *gens* (no latim), designavam agrupamentos familiares que compreendiam uma única estirpe, ou integravam inúmeras ramificações. Caracterizava-se, entre outros aspectos, por um poder patriarcal concentrado, uma estrutura hierárquica espraiada em linhagem consanguínea ou nominal, consolidada por unidade de crenças e valores.

O gênio era referido também como uma divindade (um anjo) que orientava a vida e a personalidade de cada indivíduo. Afirmou Voltaire (1988, p. 15) que “tendo o antigo mito dos gênios bons e maus, passado do Oriente à Grécia e Roma, consagramo-lo admitindo para cada pessoa um anjo bom e outro mau. Um ajuda-a e o outro molesta-a do nascimento, à morte”. Neste sentido, o Gênio corresponde ao *daemon* (divindade, espírito, uma inteligência boa ou má), entidade externa que reina sobre o sujeito. Huxley observa que “a ideia de *daemon* aparece na Grécia clássica. Os conselhos de Sócrates – a pequena voz que ele ouvia avisando-o para deixar de fazer coisas indevidas – era a voz de um *daimon*, um ser divino.” (HUXLEY, 1992, p. 131)

Na França iluminista, esta divindade preceptora, antes reconhecida como fonte de inspiração exterior ao sujeito, sincretiza-se a ele de modo que a genialidade corresponderá à própria personalidade dos indivíduos. Assim, até hoje se fala popularmente em pessoas dotadas de gênio bom ou mau. Sobre esta clivagem Osborne (1993, p. 180) observa:

A velha teoria da inspiração, de acordo com a qual o poeta ou artista era considerado “vidente”, homem “possuído” de um poder estranho a ele, que atua através da sua arte como se esta fosse o canal de uma mensagem divina, que não é sua, metamorfoseou-se nessa ocasião. Para a idade romântica, o artista já não era um homem inspirado pelos deuses, mas se elevava ao *status* de herói ou de quase deus.

Na esteira dos empiristas que consideravam o gênio como dote natural e excepcional, os românticos até admitiam que certas habilidades pudessem ser adquiridas, mas a genialidade era efetivamente inata. Kant relacionou o gênio à “Bela Arte” entendida como uma expressão *originariamente natural e exemplar*. Para o filósofo, a genialidade é manifesta pelo talento que não se obtém por meio de aprendizado, e que, portanto, resulta em singularidades que se tornam referências para os juízos estéticos.

A Bela Arte não é dedutível de qualquer regra pretérita de modo que o padrão estético é estabelecido pela manifesta genialidade. O gênio não encontra limites para a sua criatividade porque ele mesmo é a origem e o *metron* de toda a expressão artística que se reconhece exemplar. O gênio romântico, não raro, era tido como intelectual inquieto, exótico, emotivo, em maior ou menor grau distante de concepções racionalistas.

Assim, a genialidade artística avança para um sentido de qualidades e competências que, diferente da técnica, seriam inacessíveis ao aprendizado. O termo **criatividade** é então relacionado estritamente à arte, entendida como a expressão de valor estético. Importa aludir que o direito autoral corresponde a uma *emergência* deste pensamento, a partir do deslocamento do *espírito divino transcendente* para o *espírito humano imanente*.

Alexander Gottlieb Baumgarten (1714-1762), seguidor de Leibniz, adota a palavra “Estética” (*Aisthesis*) para designar o estudo científico do belo como produto da percepção sensível, e não necessariamente como um dado objetivo, assim aproximando ainda mais a arte da beleza enquanto domínio subjetivo (INWOOD, 1997, p. 51). Para Baumgarten, “há apenas dois grandes domínios do conhecimento, a sensibilidade e a lógica”. Baseado em Leibniz e em Wolff, o filósofo afirma que o conhecimento sensível é obscuro, ao passo que o conhecimento lógico é claro e distinto, porém, “o pensamento obscuro é análogo ao pensamento claro e, assim como o segundo, também é capaz de conduzir a verdade” (KIRCHOF, 2003, p. 53). Kant relacionou o belo

aos juízos sobre o gosto, entendidos “como juízos que se referem aos sentimentos do observador pelos objetos percebidos e não por quaisquer características percebidas no objeto.” (OSBORNE, 1993, p. 158). Afirma o filósofo:

O juízo do gosto não é, pois, nenhum juízo de conhecimento, por conseguinte não é lógico e sim estético, pelo qual se entende aquilo cujo julgamento de determinação não pode ser senão subjetivo. Toda referência das representações, mas a das sensações, pode, porém, ser objetiva (e ela então significa o real de uma representação empírica); somente não pode sê-lo a referência ao sentimento de prazer e desprazer, pelo qual não é designado absolutamente nada no objeto, mas no qual o sujeito sente-se a si próprio do modo como ele é afetado pela sensação (KANT, 2005, p. 48)

O caráter desinteressado do juízo estético de Kant, ou seja, a beleza como produto da sensibilidade subjetiva, serviu “[...] como supremo interesse para a moral, justamente em virtude de seu desinteresse. Ele é independente do interesse porque é fundado na harmonia entre imaginação e entendimento, livre de regras” (HERMANN, 2005, p. 46). Desta perspectiva subjetivista resulta a “arte pela arte”, ideal sustentado pela tradição romântica alemã e apropriado pela cultura francesa. Fischer (1979, p. 80) observa que:

A arte pela arte foi um movimento conexo com o romantismo. Um movimento nascido no mundo burguês pós-revolucionário, lado a lado com a tendência realista orientada para a investigação crítica da sociedade. *L'art pour l'art* – a atitude adotada pelo grande poeta (fundamentalmente realista) que foi Baudelaire – também é um protesto contra o utilitarismo vulgar, contra as medonhas preocupações da burguesia com seus negócios. É uma atitude derivada da determinação do artista de não produzir mercadorias em um mundo no qual tudo se transforma em mercadoria vendável.

A autonomia da arte filiou-se à narrativa do ideário racional-contratualista do século dezoito que, ao defender o primado da individualidade singular, sustentava que a “vontade do Estado” é o produto das “vontades dos indivíduos” que integram a sociedade. Neste sentido Kant (2002, p. 16) afirmou: “o que não é lícito a um povo decidir em relação a si mesmo menos o pode ainda um monarca decidir sobre o povo, pois a sua autoridade legislativa assenta precisamente no fato de na sua vontade unificar a vontade conjunta do povo.”

No final do século XVIII, com a proliferação das Academias de Arte, populariza-se o a expressão “Belas Artes” a fim de designar as atividades dirigidas a consecução do “belo” independente de pretensões utilitaristas. Assim a arquitetura, a pintura, a escultura, a música e literatura e o teatro progressivamente consolidam-se como belas artes, integrando como sétima arte o cinema no final do século XIX. Contudo, a “escolarização” das Artes levou a um efeito contrário à pretensão de autonomia. O academicismo implicou na formação de espaços voltados à institucionalização de padrões de beleza.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arte como dimensão de expressividade autônoma ancorada no belo, em geral, manteve-se em conflito ideológico com o universo econômico, seja pelo grau de dependência, já que a viabilidade financeira da arte foi histórica e predominantemente constituída a partir de mecanismos indiretos (mecenasato privado, patrocínios e subvenções estatais), seja porque a conquista da autonomia da arte ancorou-se justamente na sua afirmação como antagonista da ordem econômica pautada na utilidade, na eficiência e no produtivismo mercantil.

Na perspectiva de sua dissociação com a técnica, a arte foi progressivamente vinculada ao conceito de *cultura*. A associação entre arte e cultura, em determinados contextos, resgata um sentido aristocrático de cariz seletivo e excludente. Neste viés, a arte não com-

preende toda e qualquer expressão, mas apenas aquela que esteja em conformidade com um dado padrão de valores e comportamentos sociais. Arte assim é reconhecida como uma qualidade de ações e objetos que procura “elevá-los” a uma condição sublime. Retrata um atributo superior que profere um sentido existencial de relevo que, não raro, repudia a técnica como manifestação utilitarista e servil.

Ordine (2016) parte do pressuposto que os saberes como as expressões artísticas de modo geral, dentre elas a literatura, a música e a filosofia, são invariavelmente considerados inúteis por não produzirem lucro, e, contrariamente a esta concepção, postula que é por meio destes saberes que a sociedade pode se tornar mais humana, livre e altruísta.

Em certa medida, foi a tradição romântica que impingiu à arte condição de qualificativo diferencial. Nesta condição, quando objetos e ações são referidos como arte, tendem a ser *supra* valorizados. Assim, ela é entendida como um atributo de relevo distinto da técnica.

Em que pese este esforço histórico oferecer elementos que evidenciam razões do paralelismo entre a arte e a técnica e, por consequência, a conformação dual – direitos de autor e propriedade industrial, é preciso reavaliar estes pressupostos e confrontá-los a realidade sócio-econômico-tecnológica atual. Ambos os sistemas jurídicos de proteção – direitos de autor e propriedade industrial, embora apresentem interfaces, as diferenças instituídas pela tradição analítica facilmente desprezam as motivações históricas que engendraram o modelo normativo posto. Espera-se que o presente trabalho possa contribuir com estudos futuros, a fim de orientar proposições normativas que superem o dualismo que ainda marca o trato dos direitos de propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BARNES, Jonathan. **Filósofos pré-socráticos**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BURKE, Peter. Problemas causados por Gutenberg: a explosão da informação nos primórdios da Europa moderna. **Estudos Avançados**, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000100010>. Acesso em: 3 out. 2021.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CAUQUETIN, Anne. **Teorias da arte**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998.

FERNANDES, Marco Aurélio. As tecnociências: elementos para uma reflexão filosófica. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 5 dez. 2013. Palestra apresentada no Simpósio CTS. 89 min. Disponível em: <https://youtu.be/hCNhmoypkEA> Acesso em: 3 out. 2021.

FISCHER, Ernst. **A necessidade da arte**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 80.

GALIMBERTI, Umberto. O ser humano na era da técnica. **Cadernos IHUideias**, ano 13, n. 218, v. 13, 2015. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/218cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Curso de estética I**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

HERMANN, Nadja. **Ética e estética: uma relação quase esquecida**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. 4. ed. São Paulo: Globo, 1992.

INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

JONES, Alberto da Silva. Economia política da propriedade moderna e propriedade intelectual – fundamentos históricos, econômicos e sociais. *In*: DEL NERO, Patrícia Aurélia (Coord.). **Propriedade intelectual e transferência de tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. *In*: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002.

KIRCHOF, Edgar Roberto. **Estética e semiótica**: de Baumgarten e Kant a Umberto Eco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na idade média**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. **Uma história do corpo na Idade Média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MITCHAM, Carl. **Thinking through technology**: the path between engineering and philosophy. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994.

ORDINE, Nuccio. **A utilidade do inútil**: um manifesto. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

OSBORNE, Harold. **Estética e teoria da arte**: uma introdução histórica. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Edipro, 1994.

ROSSI, Paolo. **O nascimento da ciência moderna na Europa**. Bauru: EDUSC, 2001.

RUDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura**: perspectivas, questões e autores. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

RUGIU, Antonio Santoni. **Nostalgia do mestre artesão**. Campinas: Autores Associados, 1998.

SENNETT, Richard. **Carne e pedra**: o corpo e a cidade na civilização ocidental. 4. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016.

SOUZA, Jovelina Maria Ramos de. As origens da noção de poíesis. **Hypnos**, São Paulo, n. 19. p. 85-96, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://hypnos.org.br/index.php/hypnos/article/view/450/510>. Acesso em: 3 out. 2021.

TAVARES, Monica. Fundamentos estéticos da arte aberta à recepção. **ARS**, v.1, n..2, São Paulo, Dec. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-53202003000200003>. Acesso em: 3 out. 2021.

THOMPSON, Edward Palmer. **Costumes em comum**: estudos sobre a cultura popular tradicional São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BIG TECHS E CONCENTRAÇÃO DE DADOS: ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE E VIABILIDADE DE REGULAÇÃO

Neide Bueno¹

Erico Prado Klein^{2/3}

RESUMO: O artigo trata de questões de concorrência envolvendo ecossistemas digitais, com foco nas plataformas Google e Facebook, onde a exploração e manipulação do *Big Data* são insumos de negócios e de domínio no mercado digital. Em uma economia baseada no “Big Data”, há discussão sobre seus impactos na vida dos consumidores e do mercado concorrencial. Modelos de negócios com tecnologias complexas - que coletam e processam dados dos usuários em tempo real - podem direcionar e manipular vendas de produtos ou serviços, discriminar preços, criar barreiras à entrada de concorrentes. Nesse contexto, dados são valiosos ativos nas operações de fusões e aquisições. Sob a ótica do direito da concorrência, tem-se discutido se a tradicional análise antitruste é suficiente e adequada para coibir o abuso de poder,

-
- 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 da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Membro do Conselho Fiscal/Consultivo da ASPI - Associação Paulista da Propriedade Intelectual (Biênio 2021/2023).
 - ² Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil (Instituto Bacellar) e especializado em Propriedade Intelectual (WIPO). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Professor de Direito da Propriedade Intelectual (FAE)
 - ³ Ambos os autores são também responsáveis pelo trabalho e são Pesquisadores-Sênior do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR), nos termos do Edital de Chamada de Artigos.

o domínio de mercados relevantes e prática de condutas excludentes, tendo como ferramenta competitiva o “Big Data” e a concentração de dados. A metodologia a ser adotada é indutiva, envolvendo a observação de casos concretos e questões críticas sobre a exploração do “Big Data” no âmbito do direito da concorrência, levantadas pelos acadêmicos e autoridades governamentais de política da concorrência da Europa, Estados Unidos e Brasil. O estudo analisa a necessidade e a viabilidade de regulação e conclui que a exploração do “Big Data” deixou de ser, predominantemente, pró-competitiva. A concentração de dados põe em risco o desenvolvimento positivo e inovativo dos mercados, o que justifica uma intervenção dos órgãos de defesa da concorrência.

Palavras-chave: *Big Data*; Concorrência; Plataformas Digitais.

INTRODUÇÃO

Autoridades antitruste, acompanhadas dos observadores acadêmicos, têm cada vez mais reconhecido a importância de analisar e enfrentar os novos desafios para ajustar e nortear suas políticas de defesa da concorrência, que visam o bom funcionamento dos mercados econômicos, nos quais o *Big Data* tem sido cada vez mais predominante e impactante em uma economia baseada em dados e no contexto da Sociedade Informacional.

Em uma economia digital baseada em dados, as grandes plataformas digitais, chamadas *Big Techs*, como *Google* e *Facebook*, passaram a fazer parte do dia a dia de bilhões de pessoas com seus modelos de negócios, alicerçados em tecnologias complexas – que coletam e processam dados dos usuários em tempo real – e podem direcionar e manipular vendas de produtos ou serviços, discriminar preços, criar barreiras à entrada de concorrentes, além desses dados serem considerados valiosos ativos nas operações de fusões e aquisições.

Nesse ambiente, a exploração do *Big Data* pelas plataformas digitais deixou de ser vista de forma predominantemente pró-competitiva, para representar um potencial monopólio por meio da concentração de dados, o que põe em risco o desenvolvimento normal dos mercados e justificaria uma intervenção dos órgãos de defesa da con-

corrência sobre os elementos de estrutura e condutas nos mercados, no ambiente de ecossistemas digitais. Mas em que medida a intervenção é necessária? E os órgãos antitruste têm condições para avaliar as circunstâncias relacionadas à concentração de dados ao cogitar a intervenção (viabilidade)? Responder a essas perguntas é objetivo deste artigo.

As principais questões que têm sido enfrentadas na análise das autoridades da concorrência e doutrina envolvem condutas excludentes de plataformas dominantes de dados, que servem como infraestruturas essenciais para os mais diversos modelos de negócios que delas dependem - inclusive de concorrentes - bem como as fusões e aquisições de *startups* por plataformas ou ecossistemas dominantes, hoje denominadas práticas unilaterais.

Ademais, as estruturas de mercados envolvem fusões e aquisições de *startups* por grandes plataformas digitais, que podem ser consideradas predatórias para o mercado concorrencial pois envolvem a aquisição e controle de enormes volumes de dados que têm impacto para o consumidor e para o desenvolvimento normal dos mercados.

Em se tratando de mercados movidos ou influenciados pelo *Big Data*, mesmo aquisições pequenas podem ser concorrencialmente problemáticas, especialmente se realizadas de forma ampla e sistemática por plataformas gigantes podem ser operações estratégicas pois *“os recursos do Big Data possibilitam àqueles que deles se utilizam mapear entradas e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, a fim de criar estratégias anticompetitivas, seja para adquiri-los, seja para aniquilá-los⁴, as chamadas “killer acquisitions”.*

Por isso, também, tem sido analisado e reavaliado o conceito de mercado relevante no âmbito da concorrência em uma economia ba-

⁴ FRAZÃO, Ana: **Big data e concorrência**: Principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 3), p.5. Disponível em: http://www.anafracao.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_3.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

seada em dados, bem como condutas excludentes que impõem barreiras à entrada e dificultam a inovação pelos rivais, no âmbito dos ecossistemas digitais, caracterizados por supostas ofertas de serviços e/ou produtos gratuitos (buscas do *Google*), cuja intenção principal é a utilização e exploração comercial dos dados coletados, o que gera uma série de desdobramentos concorrenciais a serem analisados.

Sob o ponto de vista econômico, os dados são altamente relevantes quando convertidos em informações necessárias e úteis. Entretanto, o desnível entre os agentes econômicos e da falta de transparência em relação aos algoritmos, dificulta ou impede a capacidade de obter e processar dados, bem como de saber como os dados são utilizados e para qual finalidade. A assimetria das informações pode gerar uma barreira de acesso ou permanência em determinados mercados, pois o mero acesso a dados, sem que haja a efetiva possibilidade de convertê-los em informações de valor econômico, pode dificultar os rivais e causar diversos problemas concorrenciais.⁵

Dessa forma, é objetivo desse artigo averiguar o posicionamento das autoridades de defesa da concorrência, e dos estudiosos sob o tema, diante da identificação de práticas anticoncorrenciais, em especial do *Google* e *Facebook*, na coleta, processamento e exploração de dados que possam impactar no desenvolvimento normal dos mercados, prejudicar os consumidores e inibir as atividades dos rivais.

Será verificada, então, a necessidade de intervenção naquele ecossistema para atingir objetivos como o atendimento dos consumidores e o desenvolvimento de uma economia criativa, com inovação e avanço dos serviços prestados. Será realizada, neste sentido, análise de estudos da OCDE, bem como revisão bibliográfica da produção nacional e internacional sobre o tema.

⁵ FRAZÃO, Ana. **Big Data e repercussões anticoncorrenciais**, p.12 Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/392/Ana%20Fraz%20C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021

Por fim, verificaremos, caso constatada a necessidade de intervenção, as condições atuais para tal atuação pelos órgãos antitruste (viabilidade), enfrentando algumas das objeções à regulação do Estado em situações de concentração de dados.

1 PLATAFORMAS DIGITAIS E A UTILIZAÇÃO DE DADOS DOS USUÁRIOS

Plataformas digitais gigantes – como Google e Facebook – dominam, notoriamente, os mercados digitais com seus modelos de negócios *online*, destacadamente mecanismos de buscas e redes sociais, respectivamente, cujas atividades envolvem um grande volume de coleta, processamento e exploração de dados de usuários fornecidos em troca de serviços aparentemente gratuitos que, por outro lado, servem às *Big Techs* como insumo e moeda de troca para transações comerciais.

Com base na exploração do *Big Data*, existem várias estruturas e condutas que podem ser consideradas excludentes ou exploradoras por parte de grandes plataformas digitais e que podem exigir a intervenção da autoridade concorrencial, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Para se averiguar o fortalecimento do poder de mercado por determinadas *Big Techs*, as teorias de dano subjacentes à proibição de tais condutas têm como premissa, na maioria das vezes, a capacidade de uma empresa deter um conjunto de dados incomparável aos de seus concorrentes. Uma avaliação específica da realidade e extensão da “vantagem de dados” precisaria, então, ser realizada para confirmar ou rejeitar essa premissa.⁶

⁶ Autorité de La Concurrence and Bundeskartellamt (2016). **Competition Law and Data**. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>. Acesso em: 12 jul. 2021.

A complexidade dos modelos de negócios de plataformas, como Google e Facebook, tem requerido um contínuo e incessante aprimoramento das autoridades antitruste sobre o *modus operandis* desses mercados digitais e sobre a forma de apurar se a coleta e uso de dados de usuários aumentam o poder de mercado das *Big Techs* e se causam prejuízos aos consumidores e concorrentes em potencial.

1.1 MODELO DE NEGÓCIOS: MERCADO DE DOIS LADOS

Um dos modelos de negócios característicos de grandes plataformas digitais é o fornecimento de mídias e publicidade aos consumidores, cujos anunciantes acabam por financiar os negócios das *Big Techs* inseridas nesse mercado. Trata-se do chamado mercado de dois lados no qual, de um lado, as plataformas oferecem serviços gratuitos aos seus usuários em troca de coletar seus dados pessoais e informações e, do outro, fornecem aos anunciantes os perfis e preferências de consumo dos usuários cobrando pelos anúncios a eles direcionados.

Dessa forma, as plataformas conseguem aumentar o volume de suas transações, garantindo seus lucros através de cobranças dos anunciantes e, por outro lado, aumentar o número de usuários através de serviços gratuitos em troca de seus perfis e dados pois, afinal, são seus dados monetizáveis o principal ingrediente desse modelo de negócio, em que só um lado é cobrado (anunciantes).

Nesse cenário, apesar dos usuários não compartilharem diretamente dos custos de utilização das plataformas, há o compartilhamento de suas informações pessoais e o rastreamento de seu perfil como consumidor. Ademais, existe a “competição por atenção”, uma vez que as empresas anunciantes, através de seu espaço publicitário na plataforma, buscam captar a atenção do usuário e mantê-lo o maior espaço de tempo possível no conteúdo de determinado anúncio.⁷

⁷ BAPTISTA, Ana Carolina Barros. **Mercados digitais: características e seus impactos na análise da defesa da concorrência – casos Facebook/Whatsapp e Google**

E, dessa forma, como fica a concorrência de produtos/serviços de anunciantes de outras plataformas menores que não tem acesso a esses dados dos usuários? A questão crítica a ser analisada é que esse modelo de negócio sofisticado em que um lado paga (anunciante) e o outro não (usuário), tem sido um desafio constante para a análise das autoridades antitruste que, tradicionalmente, apuravam casos clássicos de mercados como, por exemplo, aqueles que envolvem controle de preços aos consumidores, como cartel.

A questão referente à necessidade de intervenção parece encontrar uma resposta, ainda que provisória, na ideia de evitar que uma empresa detenha um conjunto de dados incomparável aos de seus concorrentes, assim evitando, de várias maneiras, que eles surjam, como se destacará adiante. Mas terão as autoridades as condições de compreender este mercado e aplicar uma regulação adequada? Aí deve estar a principal pergunta a ser analisada adiante.

Big Techs como Google e Facebook adotam esse modelo de negócios em que ofertam serviços gratuitos aos consumidores em troca de suas informações e cobram dos anunciantes a mídia e publicidade ofertadas aos seus usuários. Essa dinâmica de mercado pode causar implicações concorrenciais que têm sido levadas ao escrutínio das autoridades antitruste, como veremos a seguir.

1.2 GOOGLE: PLATAFORMA DOMINANTE COMO MECANISMO DE BUSCAS

O provedor Google detém o domínio do mercado global de pesquisas online, predominando com mais de 80% do tráfego na rede mundial de computadores em relação a concorrentes como Yahoo, Bing, Yandex e Baidu. Estatísticas demonstram que a plataforma digital tem uma participação do mercado de mecanismos de busca de

Search. p.29. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8368/1/ACBBAPTISTA.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

95,45% na Índia, 92,58% no Brasil, cerca de 91% em países como Itália, Espanha, Austrália e Hong Kong, e abrange entre 82% e 88% no Canadá, França, Alemanha, Reino Unido e nos Estados Unidos, onde divide mercado com a plataforma Bing. Os índices de dominação da Google são baixos apenas na Rússia (48,78%) e China (5,03%).⁸

As estatísticas demonstram que o Google possui um modelo de negócios bem-sucedido, criado através de mecanismos de busca e que possui posição dominante nesse mercado relevante. Ou seja: *“Todos os caminhos levam a Roma ou, se você estiver navegando na internet, todos os caminhos levam ao Google”*.⁹ Sim! A plataforma Google está presente na maioria das experiências de mecanismo de busca entre os consumidores, sendo que a maioria de suas receitas são geradas pela pesquisa e publicidade com uma ampla gama de produtos e serviços online que se integram entre si.

Os modelos de negócios do Google incluem a oferta de diversos produtos/serviços como o sistema operacional Android, Google Pesquisa, Chrome, Google Play, Google Drive, Google Tradutor, Gmail, Google Mapas, Google Shopping, Google Home e YouTube, entre vários outros serviços que atendam necessidades do consumidor.

Dessa forma, os consumidores buscam informações através da plataforma Google que, por sua vez, utiliza os dados das pesquisas de consumo para melhorar seus próprios algoritmos de mecanismos de busca visando fornecer informações aos anunciantes sobre a preferência do consumidor – trata-se do mercado de dois lados, como vimos acima.

⁸ **Share of desktop search traffic originating from Google in selected countries as of April 2021.** Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/220534/googles-share-of-search-market-in-selected-countries/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁹ JOHNSON, Joseph. **Google: search engine market share in selected countries 2021.** Jul 8, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/220534/googles-share-of-search-market-in-selected-countries/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

Nesse contexto, a Google investe recursos no aprimoramento de métodos de processamento de dados, como *machine learning* e inteligência artificial para a coleta do máximo de dados sobre seus consumidores, através de um monitoramento online de suas atividades, gerando um mapa detalhado de suas características pessoais, escolhas e localização, uma vez que tais dados pessoais se comprovaram ser monetizáveis e uma relevante fonte de receita e de concorrência entre as plataformas digitais.¹⁰

Por ser o mais acessado mecanismo de busca online, o domínio de mercado da plataforma Google tem sido observado pelas autoridades de defesa da concorrência. Recentemente, a Comissão Europeia multou o provedor em mais de 8 bilhões de euros pelo abuso de monopólio de publicidade online. Em março de 2019, a Google recebeu uma multa de 1,5 bilhão de euros pela Comissão Europeia por violar as normas de concorrência, ao impor restrições contratuais a sites de terceiros para torná-los menos competitivos, não tendo recebido mais nenhuma multa até fevereiro/2021.¹¹

O que se denota é que, apesar das sanções impostas pela autoridade de defesa da concorrência da Comunidade Europeia, a complexidade, sofisticação e a multiplicidade das tecnologias digitais implementadas pela Google gera dificuldades para a regulação pelas autoridades antitruste, que encontram poucos instrumentos para efetivamente gerar efeitos positivos no mercado e acabam recorrendo à imposição de multas. Como se verá adiante, pode haver abordagens mais interessantes e que produzam efeitos mais significativos no mercado, não se exaurindo em punições às *Big Techs*, que, em última análise, podem propiciar uma visão de custo-benefício para as empresas,

¹⁰ HYLTON, Keith N. **Digital Platforms and Antitrust Law**. Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. No. 19-8, May 2019. p.3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3381803>. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹¹ JOHNSON, Joseph. **Google: search engine market share in selected countries 2021**. Jul 8, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/220534/googles-share-of-search-market-in-selected-countries/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

ao avaliar se cumprem medidas competitivas se adotam comportamentos pró-competitivos.

1.3 FACEBOOK: PLATAFORMA DOMINANTE NO MERCADO DE REDES SOCIAIS

O Facebook, por sua vez, é considerado uma plataforma dominante no mercado de redes sociais atingindo, em dezembro de 2018, a marca de 1,52 bilhão de usuários ativos diários e 2,32 bilhões de usuários ativos mensais. A rede social concorrente Google+ anunciou o encerramento de sua rede social em abril/2019. Outras plataformas digitais, como Snapchat, YouTube, Twitter, LinkedIn e Xing não oferecem uma integralidade de serviços das redes sociais, mas caso fizessem parte desse mercado relevante (redes sociais), “o grupo do Facebook com suas subsidiárias Instagram e WhatsApp ainda atingiria quotas de mercado muito elevadas, o que muito provavelmente seria indicativo de um processo de monopolização”.¹²

Esses dados e outras questões sobre o Facebook foram analisados pelo órgão antitruste da Alemanha (Bundeskartellamt), que decidiu que as políticas de coletas de dados daquela plataforma seriam abusivas, ao combinar incorretamente os dados do usuário coletados. A autoridade alemã reconheceu que o Facebook praticava abuso de poder de mercado com base na extensão da coleta, uso e fusão de dados dos usuários pois, na medida que a plataforma digital coleta, mescla e usa dados em contas de usuários constitui um abuso de posição dominante.¹³

O caso envolveu os termos de serviços e condições do Facebook, considerando que a coleta e a utilização dos dados dos usuários pela

¹² Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹³ Ibidem.

plataforma violam as regras europeias de proteção de dados pessoais, havendo um trabalho de colaboração da autoridade antitruste alemã com as autoridades de proteção de dados europeia. Conforme os termos de uso da plataforma, seus usuários somente teriam acesso a rede social mediante autorização prévia do usuário de que a plataforma poderia coletar seus dados, tanto na internet como em aplicativos de *smartphone* e serem compartilhados com outros serviços de propriedade do Facebook, como WhatsApp e Instagram, bem como sites de terceiros, que poderiam ser combinados e atribuídos à conta do usuário.¹⁴

A autoridade alemã impôs restrições de longo alcance no processamento de dados do usuário pelo Facebook no sentido de que, se não houver consentimento pelo titular de dados para utilização em serviços da plataforma, incluindo sites de terceiros, a empresa teria que restringir substancialmente sua coleta e combinação de dados bem como desenvolver propostas de soluções para esse efeito.

A decisão da autoridade antitruste alemã, que ocorreu em fevereiro/2019, teve como cerne do fundamento o fato de que a coleta, combinação e uso de dados dos usuários pelo Facebook se trataria de um abuso de posição dominante por exceder o necessário para a operação da plataforma. A decisão foi comemorada por ter uma abordagem inovadora para proteger os consumidores mas, também, recebeu críticas no sentido de que ultrapassaria os limites do direito da concorrência, pois interfere nos modelos de negócios das plataformas.

HÖPPNER faz uma análise concisa sobre a principal questão crítica observada na decisão da autoridade antitruste alemã, na qual foram subestimados os efeitos de rede indiretos positivos aos usuários, com os benefícios da coleta de dados para a publicidade mais direcionada pela plataforma. Os serviços do Facebook são oferecidos gratuitamente aos usuários e, como a maioria das plataformas digitais, a

¹⁴ Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3591568. Acesso em: 10 jul. 2021.

plataforma é financiada por anúncios e esses devem ser relevantes aos usuários quando são exibidos. *“Alguém que está planejando uma primeira viagem de esqui pode gostar de um anúncio de pneus para neve naquela época, mas não de um anúncio de maiôs.”*¹⁵

Foi observado que a coleta e combinação de dados pelas plataformas visam gerar mais valor e interesse dos anúncios pelos usuários, sendo atualmente um padrão de mercado que, em princípio, é de interesse tanto dos anunciantes como dos usuários, que não apreciam anúncios excessivos e que têm, ao menos, noção de que seus dados serão utilizados quando coletados. Nessa dinâmica, os anúncios mais direcionados permitem que a plataforma reduza a quantidade de exibição - com custos menores de pesquisa e transação - para financiar e expandir seu modelo de negócio, sem ter que cobrar do usuário.¹⁶

Com anúncios cada vez mais relevantes e de interesse dos usuários, o ganho na qualidade do produto pode superar a perda de controle total sobre seus dados de consumo. Sob esse ponto de vista, HÖPPNER defende que a acusação da autoridade antitruste alemã - de que a conduta do Facebook explorou e abusou do uso de dados de usuários - estaria longe de infringir automaticamente a lei antitruste, simplesmente por ser uma empresa dominante em seu segmento, pois seria necessário constatar um vínculo com a concorrência. Ou seja, *“uma conexão entre o poder de mercado da empresa e a conduta condenada”*.¹⁷

Nesse contexto, a coleta de dados apontaria uma assimetria de informações entre o Facebook e seus usuários, não sendo aparente que o uso excessivo de dados seja, de fato, uma manifestação de poder de mercado da plataforma. Inclusive, a falta de conhecimento ou compreensão dos termos do negócio não é limitada às empresas do-

¹⁵ HÖPPNER, Thomas. **Data Exploiting as an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision.** (Fev.2019). p. 3. Disponível em: <https://www.hausfeld.com/en-us/what-we-think/competition-bulletin/data-exploiting-as-an-abuse-of-dominance-the-german-facebook-decision/>. Acesso em: 06 out. 2021

¹⁶ Ibidem., p.3.

¹⁷ Ibidem, p. 4.

minantes pois, mesmo em outros mercados com intensa competição, empresas menores infringem as regras de proteção de dados ou, de forma inversa, até empresas com maior poder de barganha podem firmar contratos que não sejam propícios para seus negócios devido à falta de compreensão plena de seus escopos.¹⁸

Fato é que a decisão da autoridade alemã sobre esse caso Facebook não tem efeito vinculante, mas abre precedente para casos similares de outras jurisdições na comunidade europeia, que poderão utilizar outra legislação para análise caso a caso como, por exemplo, normas de defesa do consumidor ou Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (GDPR).

Por outro lado, as diretrizes do FTC (*Federal Trade Commission*) sobre as normas antitruste americana vão no sentido de que a justificativa comercial legítima de negócios, para um comportamento que impeça outras empresas de terem sucesso, pode ser uma atenuante para caracterizar uma infração antitruste como o monopólio de determinado mercado. A empresa pode estar competindo por méritos, atuando de uma forma que beneficie os consumidores por meio de maior eficiência ou um conjunto único de produtos e serviços, cujos casos devem ser analisados e decididos pelos tribunais americanos.¹⁹

Segundo o FTC, julgar as condutas de empresas dominantes em seus segmentos requer uma análise profunda do mercado e dos meios utilizados para alcançar ou manter essa posição, sendo legal obter um monopólio de produtos ou serviços superiores desde que os resultados alcançados não sejam por atos de exclusão ou predatórios que possam levantar preocupações antitruste.²⁰

¹⁸ HÖPPNER, Thomas. **Data Exploiting as an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision.** (Fev.2019). p. 4. Disponível em: <https://www.hausfeld.com/en-us/what-we-think/competition-bulletin/data-exploiting-as-an-abuse-of-dominance-the-german-facebook-decision/>. Acesso em: 06 out. 2021

¹⁹ Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-anti-trust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁰ *Ibidem*.

As análises trazidas acima demonstram a acirrada discussão em torno da necessidade de regulação das *Big Techs* em seus atos tendentes a gerar concentração de dados. Muitas vezes os argumentos giram em torno de falta de informação sobre (i) o mercado em si e seu histórico; (ii) o volume de dados concentrado pela *Big Tech* e o impacto no mercado; (iii) o próprio funcionamento daquele mercado; (iv) o comportamento dos eventuais concorrentes ou de empresas nascentes. Também são frequentes as alegações de que a serviço prestado é de qualidade ou de que novos competidores que trouxessem alternativas inovadoras e melhores teriam sucesso no mercado de qualquer forma. Tais objeções serão oportunamente enfrentadas.

Nessa linha, uma das questões que, de fato, pode levar a preocupações antitruste **é que** práticas de exclusão também são uma constante de grandes plataformas quando ocorrem as operações e fusões de empresas menores inseridas em ecossistemas digitais, como as startups, pois envolvem a aquisição e controle de enormes volumes de dados que têm impacto para o consumidor e para o desenvolvimento da inovação nos mercados, como veremos a seguir.

2 ECOSSISTEMAS DIGITAIS: FUSÕES E AQUISIÇÕES E A CONCENTRAÇÃO DE DADOS

Ecossistemas digitais são considerados uma forma comum de organização empresarial, caracterizados como mercados cada vez mais complexos, dinâmicos e interligados na economia digital²¹. Têm sido comumente analisados nas análises antitruste como, por exemplo, na coleta e utilização de dados dos usuários por plataformas digitais, como Google e Facebook.

²¹ RESENDE, Guilherme Mendes. **Ecossistemas digitais e o antitruste**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrenca-ecossistemas-digitais-antitruste>. Acesso em: 09 jul. 2021.

Os observadores apontam a dificuldade em definir os ecossistemas digitais por adotarem estratégias comerciais dinâmicas e fluidas. Porém, é considerado que o “ativo chave” dos negócios de grandes plataformas é a capacidade de obterem o controle de conjuntos de dados com informações relevantes sobre comportamentos e preferências dos usuários e terem os recursos necessários para análise e exploração desses dados nos mais variados domínios.²²

A diversificação dos negócios de *Big Techs*, como Google e Facebook, têm como origem o “ativo-chave” dos dados coletados como “*um subproduto do envolvimento do usuário com suas plataformas*”. Com os dados, há a necessidade de estruturas complexas que envolvam “(i) *sensores, que coletam, convertem, disseminam, etiquetam, e reestruturam as informações recebidas; e (ii) servidores que centralizam a análise, computação, correlação, reprodução, busca, armazenamento, recuperação e filtragem da informação recebida*”.²³

Na propagação do ecossistema de sensores podem ser identificados os aplicativos, *smartphones*, motores de busca, redes sociais, entre outros, e no ecossistema em servidores de dados temos as plataformas de computação em nuvem, software como serviço, centros de dados sistemas de inteligência artificial, etc.²⁴

É nesse cenário de mudanças extremamente velozes, através de recursos dinâmicos dos ecossistemas digitais, que a concorrência acaba por se tornar o principal risco às empresas entrantes ou menos dinâmicas do setor digital. O receio é: e se meu competidor tiver êxito em acumular os dados certos e utilizá-los melhor que minha empresa? Um bom exemplo é a aquisição do *Instagram* pelo *Facebook*, uma vez que o aplica-

²² PETIT, Nicolas. TEECE, David J., **Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy: A (Preliminary) Dynamic Competition/Capabilities Perspective** (December 9, 2020). OCDE, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3745453>. Acesso em: 09 set. 2021.

²³ Ibidem, p. 9.

²⁴ Ibidem., p. 8.

tivo de fotos, que era considerado complementar às redes sociais, tornou um contribuidor central do ecossistema de redes sociais do Facebook.²⁵

A regulação estatal exercida com base no Direito Concorrencial tem entre seus objetivos evitar concentrações em setores da atividade econômica, que acarretem prejuízos para a economia de mercado competitiva. Em uma Sociedade Informacional, a preocupação se volta, também, à concentração e controle de volumes de dados provenientes de operações de fusões e aquisições de *startups* por grandes plataformas digitais e seus impactos concorrenciais para o consumidor e o desenvolvimento normal dos mercados de ecossistemas digitais.

Sob a ótica da análise antitruste está o controle de estruturas e condutas das *Big Techs* inseridas nos ecossistemas digitais, como Google, Facebook e outras - que também tiveram origem de pequenas *startups* no Vale do Silício - com modelos de negócios dinâmicos e ágeis de produtos e serviços inovadores e disruptivos, que hoje fazem parte do dia a dia de milhões de pessoas mundo afora.

2.1 KILLER ACQUISITIONS: AQUISIÇÕES ELIMINATÓRIAS

Fusões e aquisições têm sido uma estratégia constante de plataformas digitais, sendo que nos últimos 30 anos consta que as *Big Techs* Facebook, Google, Microsoft, Apple e Amazon, efetuaram conjuntamente mais de 800 aquisições. Por exemplo, a plataforma de carreiras LinkedIn foi adquirida pela Microsoft por US\$ 26,2 bilhões, o aplicativo de bate-papo WhatsApp pelo Facebook por US\$ 22 bilhões) e a plataforma de compartilhamento de vídeos YouTube pelo Google por US\$ 1,7 bilhão.²⁶

²⁵ PETIT, Nicolas. TEECE, David J., **Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy: A (Preliminary) Dynamic Competition/Capabilities Perspective** (December 8-9, 2020). OCDE, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3745453>. Acesso em: 09 set. 2021

²⁶ **Visualizing Tech Giants' Billion-Dollar Acquisitions**. CBInsights. Research Briefs. February 24, 2021. Disponível em: <https://www.cbinsights.com/research/tech-giants-billion-dollar-acquisitions-infographic/>. Acesso em: 20 set. 2021.

Nesse contexto, também surgem as denominadas aquisições eliminatórias (*killer acquisitions*), que são compras de empresas potencialmente concorrentes da adquirente. O objetivo da aquisição é de, posteriormente, retirá-las do mercado. Já nas aquisições nascentes (*nascent acquisitions*), o alvo da aquisição é ainda empresa muito jovem, sendo bastante incertos os prognósticos sobre sua inserção nos mercados e nos ecossistemas digitais.

Estudo da OCDE intitulado “*Startups, Killer Acquisitions and Merger Control*”²⁷ indica a pertinência de preocupações especialmente com o controle de dados pelas grandes empresas em razão das aquisições realizadas, mesmo em *aquisições nascentes*, já que, nesta fase inicial as empresas se voltam precisamente a “criar uma larga base de usuários, coletar e analisar quantidades significativas de dados e / ou conduzir pesquisas e desenvolvimento”.

É nas *aquisições nascentes* que fica possivelmente um dos mais críticos quadros, já que, além de ocorrer a concentração de dados já destacada, as aquisições podem passar abaixo do radar das autoridades anti-truste, por se tratar da compra de empresas aparentemente pequenas, a despeito da possível concentração de dados da operação.²⁸

A relevância da questão aparece quando vemos que de 175 aquisições do Google, Amazon, Facebook, Amazon e Microsoft em um período de três anos, ficou verificado que 105 marcas foram encerradas em um ano a contar da aquisição.²⁹ Ainda que uma marca, *startup* ou projeto não se encerrem e passem a ser administrados por uma empresa maior, vê-se que existem **sérios riscos** ao projeto por efeitos das decisões da empresa quanto ao preço, qualidade e à

²⁷ OCDE (2020), **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf. Acesso em: 05 set. 2021, p. 15.

²⁸ OCDE, 2020, p. 18.

²⁹ GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. Cesifo Working Paper No. 8056, 2020.

inovação em si, assim prejudicando a competição como um todo e os consumidores.³⁰

É por estas razões que o referido relatório da OCDE conclui³¹ pela necessidade de mais rigidez nos critérios para investigação de operações e na análise delas, o que deve passar por rearranjo das estruturas das autoridades antitruste ou até elaboração de novas políticas para o setor, sempre visando a identificar e desafiar com sucesso aquisições anticompetitivas.

O procedimento deve ser disparado sempre que houver a suspeita, sem temer “falsos positivos”, pois o prejuízo de uma aquisição anticompetitiva é pior que se deixe passar uma, em prejuízo dos consumidores e concorrentes em potencial, a própria verificação de uma amostra maior de aquisições permite a compreensão mais adequada do ecossistema por todos os juristas e jurisdicionados envolvidos, fazendo com que sejam acumulados dados para uma verificação posterior mais assertiva de casos semelhantes.³²

Bastante interessante, na mesma linha a recomendação de que se procure aprovar políticas que permitam a inversão do ônus da prova, já que se trata de clara relação assimétrica, em que as autoridades antitruste possuem muito menos informações, ou condições de demonstrar aspectos atinentes a um mercado sobremaneira dinâmico como o digital, e ainda mais em caso de empresas nascentes, que estão em processo de definição de seu mercado.³³

Um relevante e final alerta do recentíssimo relatório da OCDE é no sentido de olhar aspectos diferentes, que não só o valor envolvido na transação, já que especialmente as aquisições de empresas nascentes provavelmente não dispararão os gatilhos estabelecidos inicialmente, mas podem constituir ameaça ao sistema competitivo. É

³⁰ OCDE, 2020, p. 18 e 51.

³¹ *Ibidem.*, p. 51 e ss.

³² OCDE, 2020, p. 18 e 51 e ss.

³³ OCDE, 2020, p. 40.

no mesmo sentido que se posiciona o presente artigo, indicando que também a concentração de dados, especialmente em uma Sociedade Informacional, em que eles são os maiores ativos, e inclusive a matéria-prima de algumas empresas³⁴, vislumbra-se potencial problema relevante para a concorrência no ecossistema digital (de empresas) e para os consumidores, que se verão presos a outros ecossistemas, os de produtos de uma só empresa.

2.2 OBJEÇÕES À REGULAÇÃO COM BASE NA CONCENTRAÇÃO DE DADOS

É importante apontar advertências quanto à regulação do *Big Data*, no sentido de que a interferência de autoridades antitruste, especificamente quanto à concentração de dados, pode causar prejuízos aos consumidores, por oferecer soluções inadequadas a um mercado tão ágil quanto o digital. As ponderações são no sentido de que a limitação de coleta e uso de dados, ou a obrigação de compartilhar informações com rivais, podem ser soluções inadequadas para as características de um mercado dinâmico e de difícil compreensão como o digital, possivelmente causando danos na competição, inovação e privacidade.³⁵

Há, ainda, argumentação no sentido de que a concentração de dados, ainda que ofereça vantagem competitiva atualmente, não apresenta uma barreira insuperável para a concorrência. Os casos de concorrência do Spotify v. iTunes e Chrome v. Internet Explorer e Mozilla Firefox seriam exemplos de situações em que concorrentes novos no mercado, no caso o Spotify e Chrome, vencem as anteriores líderes de mercado, que naturalmente contavam com maior base de dados. As razões seriam a forma inovadora de abordar o mercado, bem como a

³⁴ OCDE, 2020, p. 30.

³⁵ SOKOL, Daniel; COMERFORD, Roisin. **Antitrust and Regulating Big Data**. UF Law Faculty Publications, Rev. 1129, 2016, p. 34.

vitória de uma melhor análise e de bases de dados mais especializadas, contra um banco de dados maior.³⁶

As reflexões a serem propostas giram em torno de certas perguntas que ainda não têm resposta, a despeito de possíveis presunções não comprovadas que possamos fazer. Algumas delas são: a concentração de dados gera danos à concorrência e ao ecossistema digital? Ela pode ser uma barreira insuperável? Ela causa danos aos consumidores? É possível e desejável interferir neste processo? Quais são os melhores remédios?³⁷

Uma ponderação válida é que, exatamente por não termos as respostas adequadas, possivelmente devemos tomar as decisões com cautela e com base em evidências já observadas no mercado, evitando incentivos negativos, redução da inovação e insegurança jurídica.³⁸

2.3 NECESSIDADE E VIABILIDADE DE REGULAÇÃO COM BASE NA CONCENTRAÇÃO DE DADOS

Em favor da regulação mais intensa do setor, devemos citar argumentos que demonstram claramente que determinadas aquisições ocorrem na busca da concentração de dados e da obtenção de outras perspectivas e recortes sobre os dados. Neste sentido, em uma fusão ocorrida nos EUA (Bazaarvoice e Power-Reviews) em que a Bazaarvoice afirmava, durante as negociações, até mesmo que a empresa usava sua base de dados como uma barreira chave para estabelecer uma barreira competitiva de entrada.³⁹

³⁶ YUN, John M. **The Role of Big Data in Antitrust**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3733677>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 12/13.

³⁷ YUN, 2020, p. 23/24.

³⁸ YUN, 2020, p. 22/24.

³⁹ GRUNES, Allen P.; STRUCKE, Maurice E. **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data**. *The Antitrust Source*, April 2015, p. 8 e 9.

Mesmo em um mercado ágil como o digital, há evidências de que os primeiros grandes a se posicionarem no mercado podem adquirir uma vantagem tendente a persistir. No mesmo sentido, a “economia do *Big Data*” favorece uma lógica de concentração em que o vencedor leva tudo, isto é: a concentração é uma tendência de mercado e mesmo o resultado do sucesso.⁴⁰

Outras advertências relevantes vêm no sentido de que, diferente do que alegam as empresas que vêm buscando concentração de dados, como Google e Facebook, não é por ter mais dados que elas mesmas serão mais inovadoras e oferecerão mais e melhores produtos aos consumidores. É essencial que as autoridades antitruste passem a exigir provas concretas de tais alegações, já que a conclusão não é imediata, como pretendem as *Big Techs*.⁴¹

Isso vale para alegações de violação de privacidade. Não é porque determinados dados podem ser compartilhados visando a evitar sua concentração, que isso gera viola a privacidade dos consumidores. Deve ser buscado equilíbrio nesse particular, com a devida articulação entre autoridades antitruste e autoridades de dados, tendo por objetivo a administração adequada de procedimentos como este. A lição a ser tirada é que não é possível ignorar a concentração de dados colhidos e monetizados nas mãos de pouquíssimas empresas, que visivelmente dominam o setor. As autoridades devem exercer a regulação.⁴²

Devemos sempre nos lembrar das complexidades do mercado, que envolve a ideia de produtos “gratuitos”, já que as empresas acabam lucrando mesmo é com a comercialização dos dados, e não com seu aparente produto (buscas gratuitas, no caso do *Google*). Outro aspecto que adiciona complexidade é a ausência de clareza nas ativida-

⁴⁰ GRUNES, Allen P.; STRUCKE, Maurice E. **No Mistake About It:** The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *The Antitrust Source*, April 2015, p. 9.

⁴¹ GRUNES, STRUCKE, 2015, p. 12.

⁴² GRUNES, STRUCKE, 2015, p. 13/15.

des das empresas, que são multifacetadas, o que influencia na definição de mercado relevante.⁴³

Algumas propostas relevantes vão no sentido de se procurar analisar cada serviço individualmente, e não os ecossistemas, visando a entender como cada serviço agrega àquele mercado e o quanto ele é, ou não, substituível, sempre visando a entender a diversificação do mercado e potencial inovativo. Na mesma linha, sugere-se muita atenção às possíveis *killer acquisitions*, estabelecendo condições a aquisições suspeitas e ainda condições flexíveis a serem aplicadas no futuro, dependendo dos desdobramentos da operação, assim evitando efeitos imprevisíveis ou comportamentos das empresas que tenham efeitos negativos para a inovação ou para os consumidores.⁴⁴

O que propomos é, de fato, uma análise mais dinâmica e abrangente das aquisições, com foco na concentração de dados, sempre visando às consequências mais benéficas ao ecossistema em si e, portanto, aos consumidores, na mesma linha do já defendido pela doutrina estrangeira, ao propor, por exemplo um modelo de antitruste baseado em competição / capacidades dinâmicas, alinhadas ao funcionamento do mercado atual, especialmente digital. A intenção é testar as operações de aquisições, por exemplo, com perguntas que validem o movimento como algo que contribui para a coerência, funcionalidade, longevidade e benefícios ao consumidor, daquele ecossistema, que deve assim ser identificado e analisado.

Buscando segurança jurídica e adequação ao mercado digital, recomenda-se regulações que sejam previamente elaboradas, e que venham a ter posterior aplicação aos casos específicos, mantendo-se atualizadas. Ainda será relevante criar mecanismos de compartilhamento de dados com empresas menores, gerando benefícios a todo o

⁴³ PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios, et al. **Digital Platforms and Antitrust**. (May 22, 2020). 2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608397>, p. 1/5.

⁴⁴ PARKER, PETROPOULOS, et al, 2021, p. 18/19.

ecossistema, sempre com cuidados de proteção dos dados e privacidade.⁴⁵ Tal abordagem respeita, inclusive, o argumento de que o verdadeiro mérito e diferencial competitivo a prevalecer e gerar efeitos benéficos na concorrência deve ser a forma de tratamento posterior dos dados, com sua filtragem e aplicações concretas.

O que se verifica é a necessidade da cuidadosa regulação e de sua viabilidade, buscando sempre impor às *Big Techs* deveres de transparência e colaboração no procedimento, visando a construir um marco regulatório compartilhado entre estado, empresas e consumidores. Como se aponta preliminarmente neste estudo, a viabilidade da regulação depende exatamente da construção de uma experiência a partir dos dados disponíveis no momento da política regulatória a ser tomada e na constante atualização e readequação com vistas a um ecossistema que atenda melhor ao usuário.

3 CONCLUSÕES E OBJEÇÕES REFUTADAS

Apontaremos alguns contra-argumentos diretos às citadas ponderações contra a regulação por autoridades antitruste que levem em consideração a concentração de dados nas mãos de uma empresa. Primeiramente, o uso de exemplos isolados, como o do *Spotify* contra o *Itunes*, ao mesmo tempo que não prova o pretendido, por ser um caso isolado, também reforça o argumento de que são raros os casos de novas empresas que encontram espaço num determinado mercado digital, muito em razão da concentração de dados.

Em segundo lugar, chamamos atenção para o fato de que argumentos que tragam à baila a ausência de larga base de dados sobre esse tipo de regulação podem ser taxados de cínicos, incoerentes e contraditórios com a natureza do mercado.

⁴⁵ PARKER, PETROPOULOS, *et al*, 2021, p. 20/22.

Cínicos porque a prova da disfunção concorrencial no referido mercado já está nas *killer acquisitions* e *nascente acquisitions* em abundância, como relatado neste estudo. Afinal, o que mais haveria a se demonstrar? Quando a empresa é adquirida já em seu início, não há muito mais que se possa dizer: foi morta ali uma possibilidade inovação, concorrência e desenvolvimento tecnológico. Seria impossível a prova de que a empresa continha em si um potencial extraordinário, afinal é imponderável como seria seu desenvolvimento.

Os argumentos são incoerentes e contraditórios com a natureza do mercado, pois falamos do ecossistema digital, em que o desenvolvimento é extremamente veloz e o mercado é complexo. Naturalmente não há tempo para uma vasta coleta de dados, pois as circunstâncias mudam muito rapidamente. Em última análise, os argumentos contra a regulação estabelecem a natureza do mercado como empecilho para qualquer regulação, o que é inconcebível.

Tal lógica se alinha com o *modus operandi* que muitas empresas do setor de tecnologia adotam, procurando se valer do refinamento e complexidade da tecnologia em seu setor, para apresentar objeções e evitar qualquer interferência estatal em seus negócios. Isso ocorre em um ecossistema em que tudo se atualiza diariamente e os próprios *players* entendem e atualizam as circunstâncias praticamente em tempo real.

Alcançados os objetivos do artigo, verifica-se que há sim disfunções no setor, que acabam por ser intensificadas com aquisições de empresas nascentes e pela concentração de dados sob determinados ecossistemas de produtos pertencentes a apenas uma empresa. Existe, neste contexto, a necessidade do Estado, por meio de autoridades antitruste, tomar providências que incentivem competição, inovação e aumento da qualidade como um todo para os consumidores.

As medidas são viáveis e devem ser tomadas com base no máximo de dados e de experiência possível, mas sem se deixar impedir por aspectos que nunca virão a se consolidar. Exigindo das próprias *Big*

Techs, que apresentem provas de suas alegações e auxiliem o mais amplamente possível na compreensão do ecossistema regulado e de suas características, ressaltando-se: (i) o mercado em si e seu histórico; (ii) o volume de dados concentrado pela Big Tech e o impacto no mercado; (iii) o próprio funcionamento daquele mercado; (iv) o comportamento dos eventuais concorrentes ou de empresas nascentes.

O presente artigo pretende contribuir com a discussão do tema, gerando relevante alteração da situação problema ao demonstrar, a partir dos casos, bibliografia e argumentos apresentados, que é necessária e viável a regulação às *Big Techs* a partir de critérios que levem em consideração a concentração de dados. Em suma, não é possível aceitar que o setor se conforme exclusivamente à vontade privada de algumas grandes corporações e seus comportamentos contraditórios. É claro que tais empresas sempre procurarão justificar seus comportamentos e realizarão *lobby* visando a evitar qualquer tipo de regulação. É igualmente certo que as autoridades antitruste precisarão buscar instrumentos sofisticados e atualizados para atuar em prol da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

Autorité de La Concurrence and Bundeskartellamt (2016). **Competition Law and Data**. May, 2016. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BAPTISTA, Ana Carolina Barros. **Mercados digitais: características e seus impactos na análise da defesa da concorrência – casos Facebook/Whatsapp e Google Search**. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8368/1/ACBBAPTISTA.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021

FRAZÃO, Ana. **Big data e impactos sobre a análise concorrencial**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018>. Acesso em: 20 ago. 2019.

FRAZÃO, Ana. **Big Data e repercussões anticoncorrenciais**. Disp. em: <http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/392/Ana%20Fraz%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Big data e concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial**. (Parte 3) Disponível em: http://www.anafracao.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_3.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. Cesifo Working Paper No. 8056, 2020.

GRUNES, Allen P.; STRUCKE, Maurice E. **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data**. The Antitrust Source, April 2015.

HÖPPNER, Thomas. **Data Exploiting as an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision**. (Fev. 2019) Disponível em: <https://www.hausfeld.com/en-us/what-we-think/competition-bulletin/data-exploiting-as-an-abuse-of-dominance-the-german-facebook-decision/>. Acesso em: 06 out. 2021

HYLTON, Keith N. **Digital Platforms and Antitrust Law**. Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. No. 19-8, May 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3381803>. Acesso em: 04 ago. 2021.

JOHNSON, Joseph. **Google: search engine market share in selected countries 2021**. Jul 8, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/220534/google-share-of-search-market-in-selected-countries/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

OCDE – Competition Division. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Nov. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019

OCDE (2020), **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios, et al. **Digital Platforms and Antitrust**. (May 22, 2020). 2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608397>.

PETIT, Nicolas. TEECE, David J., **Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy: A (Preliminary) Dynamic Competition/Capabilities Pers-**

pective (Dec. 9, 2020). Disp.: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3745453>. Acesso 09 set. 2021.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital Economy, Big Data and Competition Law. **Market and Competition Law Review**, Volume III, n. 1, April 2019, págs. 53-89. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3440296>. Acesso em: 11 ago. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MONTEIRO, Gabriela. **Big Data e Concorrência: Fases de Atuação do Regulador Antitruste Americano e Europeu**. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 84, 2018, 210-237, nov-dez 2018.

RESENDE, Guilherme Mendes. **Ecosystemas digitais e o antitruste**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrenca-ecosistemas-digitais-antitruste>. Acesso em: 09 jul. 2021.

STUCKE, Maurice E. GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. (August 2016). Disponível em: https://www.academia.edu/28966010/Big_Data_and_Competition_Policy. Acesso em: 10 set. 2019.

WACHOWICZ, Marcos. **A Proteção Jurídica das Bases de Dados em Face da Revolução da Tecnologia da Informação**. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Artigo-Base-Dados-Marcos-Wachowicz.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

YUN, John M. **The Role of Big Data in Antitrust**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3733677>. Acesso em: 08 set. 2021.

DO DIREITO DE AUTOR AO DESENHO INDUSTRIAL: UMA TENTATIVA DE COMPARAÇÃO DO CONCEITO DE ORIGINALIDADE

*Eduardo Rodrigues Rio*¹

Resumo: Procura-se, neste trabalho, fazer uma tentativa de comparação entre o conceito de originalidade aplicado ao direito de autor e como requisito necessário para a proteção do desenho industrial, através das legislações nacionais de proteção ao direito autoral e de propriedade industrial, buscando traçar suas principais diferenças e esboçar um pequeno quadro comparativo entre eles, apoiando-se na literatura e nas definições de originalidade geralmente traduzidas para cada uma dessas formas de proteção, para, ao final, concluir que, embora a definição de originalidade seja ambígua, por tratar-se de um conceito subjetivo, ao acrescentar-se a ela alguns conceitos, como o de criatividade, contributo mínimo ou o de resultado visual distintivo, pode-se inculir-lhe um tal grau de objetividade que se permite aferir se uma obra possui determinado grau de originalidade que lhe seja possível distinguir-se de outras obras já existentes, estando apta a contribuir para o incremento do contributo da criação humana, à disposição de toda a sociedade.

Palavras-chave: originalidade; direito autoral; desenho industrial.

¹ Mestre e Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento (ACAD) - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)

INTRODUÇÃO

Com relação aos Desenhos Industriais, a Lei da Propriedade Industrial (LPI) define o que pode ser registrado através dessa forma de proteção:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. (...)

Art. 97. O desenho industrial **é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva**, em relação a outros objetos anteriores. (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Por outro lado, a Lei nº 9.610, que regula os direitos autorais no Brasil, define como seu escopo de proteção as obras resultantes das “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)” (BRASIL, 1998).

Embora não mencionando explicitamente os termos “original” ou “originalidade”, a lei de direito autoral subentende esta condição, ao referir-se a obras como resultantes de “criações”, excluindo de seu leque de proteção as obras constituídas por simples cópias produzidas por terceiros.

O objetivo deste trabalho é discorrer sobre as características próprias desses conceitos, buscando esboçar um pequeno quadro comparativo entre eles, apoiando-se na literatura e nas definições de originalidade geralmente traduzidas para cada uma dessas formas de proteção aos ativos de propriedade intelectual.

1 O CONCEITO DE ORIGINALIDADE NO DIREITO AUTORAL

A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, da qual o Brasil é signatário, gênese de nossa legislação de direito autoral, não define explicitamente a condição de originalidade para que uma obra seja protegida, mas menciona tal exigência, se for permitido denominá-la assim, quando define 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” (BRASIL, 1975, grifo nosso).

De qualquer modo, a concepção de originalidade com relação às obras autorais, como nos esclarece Manoel Pereira dos Santos, carece de unidade:

Pode-se considerar que originalidade equivale a) a criatividade, no sentido de caráter de criação intelectual individual ou aporte da personalidade do autor, ou b) a autoria, no sentido da origem intelectual da obra (ou originação), qualquer que seja o nível de criatividade. (DOS SANTOS, 2014, p. 127).

Dentro desta discussão, a definição mais adequada ao que se busca é a primeira, uma vez que se está tratando da originalidade na criação de obras autorais, não importando, no momento, as relações com suas autorias (ou originações). Assim, neste sentido, o significado do termo originalidade estaria intrinsecamente ligado ao conceito de criatividade enquanto fator determinante na criação de uma obra, o que encontra amparo legal no sentido em que “não só a cópia, mas também a banalidade e a atividade meramente técnica excluem a tutela legal” (DOS SANTOS, 2014), embora “o conceito de originalidade poderia parecer mais apropriado para qualificar a obra intelectual suscetível de proteção, na medida em que é a concretização em determinada forma de expressão que determina a existência da obra” (DOS SANTOS, 2014).

Apesar disso, “(n)ão se pode, porém, confundir o requisito de originalidade com o de novidade, presente na Propriedade Industrial” (DOS SANTOS, 2014). São conceitos díspares que não deveriam ser utilizados nem definidos da mesma maneira: um conceito objetivo (é novo porque até então não existia) não pode ser equiparado a um conceito subjetivo como a originalidade, cujo grau de variação dependerá do examinador. Se uma obra é original, ela é nova, mas seu oposto nem sempre é verdadeiro:

Por causa de certa ambiguidade na aplicação desses conceitos, (...) a doutrina ora distingue entre originalidade em sentido subjetivo e em sentido objetivo, sendo esta correspondente à novidade, ora contrapõe a novidade objetiva à novidade subjetiva, sendo esta equivalente à originalidade. (DOS SANTOS, 2014, p. 141).

Ou, nas palavras de Newton Silveira:

A originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia; subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo. (SILVEIRA, 2014).

Barbosa (2012), traz uma definição que busca objetivar o conceito subjetivo de originalidade no direito autoral, o de “contributo mínimo”, ou seja, “o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor”. Embora esta ainda seja uma definição totalmente subjetiva (pois, como seria avaliado esse “mínimo grau criativo”?), Ramos et al. afirma que, de acordo com a jurisprudência:

(...) apontamos a importância do contributo mínimo no limiar entre o que seria um plágio ou uma obra derivada, indicando ainda que a tendência tem sido de se exigir um grau de criatividade relativamente maior para caracterização de uma obra derivativa do que o necessário para caracterizar uma criação originária. (RAMOS et al, 2010 apud BARBOSA, 2012, p. 10).

Em obra anterior, o próprio Barbosa já havia aprofundado a questão quando afirma que a originalidade, no direito autoral, “tende a se manifestar como a característica de ser oriunda do próprio criador, ou novidade subjetiva” (BARBOSA, 2005), e prossegue citando o próprio parecer emitido quando de sua passagem pela Procuradoria do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), referindo-se especificamente a uma questão relativa à originalidade com relação aos registros de software, mas que se aplica adequadamente ao que se propõe aqui:

(...) não é a comparação objetiva entre uma obra anterior e uma posterior que poderá ferir a originalidade da segunda; somente uma análise minuciosa do processo criativo poderá chegar a tal conclusão. Além disto, mesmo quando original, uma obra pode ser dependente de outra que lhe é anterior – como ocorre nas traduções. Quando isto ocorre, há uma obra original, mas derivada da anterior; e tal noção é muito relevante porque obra derivada, na nossa lei autoral, só pode ser explorada com a permissão do titular da obra originária – a da qual se deriva a segunda obra original. (BARBOSA, 2005, p. 6).

E conclui dizendo que original “é - neste sentido - simplesmente o que foi criado pelo autor, sem nenhuma avaliação de estado da arte ou de uso e registro prévio” (BARBOSA, 2005).

Bittar, ao definir a originalidade como critério fundamental para a proteção de uma obra, assim a define:

Esse é o requisito fundamental para o reconhecimento da proteção; deve a obra encerrar contribuição do autor em sua organização, escolha e disposição das matérias, enfim, ter caracteres distintivos próprios. Mas a expressão deve ser compreendida em termos, de modo que a doutrina fala em originalidade relativa. Isso se deve à concepção pacífica de que são abrangidas pela esfera do direito do autor as obras compostas e derivadas (traduções, arranjos, transformações de obras originais e outras), em que existe apenas novidade formal extrínseca. A mais uma conclusão chegamos: a obra deve ser dotada de originalidade, ou por outras palavras, deve constitui-se em forma inexistente, resultante de trabalho, mesmo que pequeno, de criação original. (BITTAR, 2004 apud VILLAS BÔAS; SVOBODA, s.d., p.8).

Independente de toda essa discussão, para Ascensão (2006), “o direito de autor representa uma recompensa ao autor, pelo contributo trazido, e com isto um incentivo à criação literária, artística e científica (...)”, e termina por aproximar o conceito de originalidade com o de criatividade, quando prossegue afirmando que esta representa “o requisito essencial para que a obra seja protegida”. Neste sentido, suas palavras encontram eco com as de Lastres, quando ele afirma que “*la ‘originalidad’ está indisolublemente unida a la ‘creatividad’ en una relación de causa-efecto o de antecedente-consecuente*” (LASTRES, 2005, p. 107). E prossegue:

(...) el ejercicio por el autor de su capacidad de creación se traduce en la “originalidad” de la obra. Pero así como la noción de “creatividad” no plantea problemas especiales, las cosas son diferentes respecto de la “originalidad”. Hasta tal punto es esto cierto, que hay pocos conceptos en el derecho sobre los bienes inmateriales que generen tantas dudas e incertidumbres, como el de la “originalidad”. Y ello porque incluso está en discusión si se trata de una noción objetiva, asimilable a la “novedad”, o subjetiva, que hace referencia al reflejo que tiene en la obra: el esfuerzo y el trabajo del autor, la personalidad del autor, el sello de su individualidad, etc. (LASTRES, 2005, p. 107).

Por outro lado, ao fazer uma análise comparativa entre os critérios de originalidade e novidade para o direito de autor, Lastres acaba por compará-lo com os direitos de propriedade industrial, no sentido em que:

A mi juicio, no es totalmente acertado asimilar la “originalidad” a la novedad, porque ésta es una noción propia del derecho industrial que no se acomoda bien a la propiedad intelectual. Y ello, tanto si se entiende la novedad en el sentido de que “nuevo es lo no conocido en el momento de la solicitud del derecho” (noción propia del Derecho de patentes) como si se considera que es “nuevo lo que se diferencia de lo existente en el momento de la creación” (noción de novedad que se ha manejado en el derecho francés de dibujos y modelos industriales). Porque si se asimilara la “originalidad” a la novedad, entendida en cualquiera de estos dos sentidos, habría que denegar la protección del derecho de autor a dos creaciones iguales creadas independientemente por dos autores, lo cual, como es sabido, no es admisible en la propiedad intelectual. Y es que la novedad tiene como finalidad última impedir que se otorguen dos derechos de propiedad industrial sobre dos creaciones idénticas a dos titulares distintos. (...) Por eso, para que pueda existir solamente un derecho sobre cada creación (...), se exige un requisito de carácter objetivo y comparativo, como el de la novedad, que acaba por conferir el derecho a uno solo de los solicitantes con exclusión de todos los demás. A lo dicho cabe añadir que la propiedad intelectual, al no exigir el registro obligatorio de las obras, carece de la posibilidad, que sí existe en los registros de la propiedad industrial, de buscar las anterioridades perjudiciales para la novedad de la obra. (LASTRES, 2005, p. 107-108).

Ao acrescentar a noção de criatividade ao conjunto, o autor termina por afirmar que:

(...) tampoco me parece totalmente satisfactoria la concepción subjetiva que concibe la originalidad, bien como el resultado del trabajo y del esfuerzo personal de su autor (...), bien como el re-

flejo de la personalidad del autor que se manifiesta en la obra o bien como el sello de su individualidad. (LASTRES, 2005, p. 108).

E conclui apresentando uma definição ambivalente, como a define, para o próprio conceito de originalidade:

Así las cosas, se puede afirmar que la “originalidad” es un atributo predicable del objeto de la propiedad intelectual, que es la “obra”. Y se puede afirmar también que, aunque la originalidad es una condición de la obra, es, al igual que la obra entera en sí misma, el resultado de un acto humano atribuible directamente a su autor. Por lo cual, no sería correcto sostener ni que la “originalidad” es una noción solamente objetiva por el hecho de ser un atributo del objeto de la propiedad intelectual que es la obra, ni tampoco que es una noción puramente subjetiva, por tener como antecedente necesario la actividad creadora del sujeto que hizo nacer la obra original. ¿Cómo debe considerarse entonces la “originalidad”? En mi opinión, y por lo que acabo de decir, una noción ambivalente: objetiva y subjetiva a la vez. La “originalidad” es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor. (LASTRES, 2005, p. 110).

Em um trabalho posterior, Lastres (2007) volta a questionar se “¿hay que entender la originalidad siempre en un único y mismo sentido con independencia de la clase de obra de que se trate?” (LASTRES, 2007, p. 85). Ao discordar de tal pergunta, o autor contesta que, ainda que apresentem características comuns, os diferentes tipos de obras autorais apresentam características próprias que “impiden que se pueda hablar de un requisito con idéntico contenido en todas ellas” (LASTRES, 2007, p. 85). E aponta o que a originalidade envolvida na criação de distintas obras teria como característica comum entre elas:

(...) la originalidad es requisito que presenta una doble faz: es subjetivo en la medida en que hace referencia a la capacidad creativa

de un sujeto, el autor, pero es también objetivo porque es una cualidad que debe manifestarse en la obra. (LASTRES, 2007, p. 85).

Prossegue afirmando que, se a originalidade envolvida na criação de obras literárias, que possuem um mesmo suporte em comum, não é a mesma, não deveria ser estranho admitir a distinção das características da originalidade envolvida na criação de obras tão distintas entre si, como as esculturas e pinturas, por exemplo:

De cuanto antecede se desprende, pues, que, en mi opinión, aunque estamos ante un requisito único, la originalidad no se entiende de la misma manera en las obras científicas, en las literarias y en las artísticas. Por lo tanto, aunque se hable en general de la originalidad, creo que no se debe prescindir de las singularidades y diferencias que presenta este requisito en cada una de estas tres grandes categorías de obras. (LASTRES, 2007, p. 88).

E termina por questionar-se se, com advento crescente de novas tecnologias, as criações daí derivadas poderiam ser consideradas como originais:

Pues bien, las nuevas tecnologías, y pienso sobre todo en los ordenadores, pueden incidir en estos dos aspectos de la creatividad. Cabe imaginar, en efecto, programas de ordenador que ayuden a “concebir” idealmente obras plásticas, y mayores son aún las posibilidades de servirse de un ordenador para ejecutar la obra ya concebida con o sin ayuda del ordenador. ¿Qué sucede en estos casos? ¿Cabe hablar de “creación personal”? ¿Se puede reconocer capacidad creativa y, consiguientemente, originalidad a la obra concebida o ejecutada o concebida y ejecutada con la ayuda de un ordenador? (LASTRES, 2007, p. 100).

Ao fim, Lastres responde seu questionamento socorrendo-se da opinião de Bercovitz, ao concordar com o autor que “no son obras

protegibles las realizadas por una máquina: los dibujos o gráficos, o la música, o la poesía, o la traducción realizada por un ordenador” (BERCOVITZ, 1997 apud LASTRES, 2007, p. 100).

Para finalizar, retornando ao afirmado por Ascensão, para ele, a partir da assinatura do Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPICs, ou TRIPS na sigla em inglês) em 1994, transferindo o campo de discussões nessa área da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) para a Organização Mundial do Comércio (OMC), incentivado por um mundo a cada dia mais globalizado e industrializado, o direito sobre a propriedade intelectual passa a ser encarado cada vez mais como mercadoria e passa gradualmente de um direito “moral” a um direito “patrimonial”. E conclui:

(...) O Direito de Autor fundado na criatividade está sem dúvida em crise. É absorvido por uma vaga mais vasta de protecção de realidades intangíveis que sejam úteis ao funcionamento do sistema, independentemente do mérito e até da criatividade dessas produções.

A ideia matriz passa a ser a de **inovação**. Protege-se o que representa inovação. (...)

Mas se o acento é o ponto na inovação, o Direito de Autor aproxima-se do Desenho Industrial. Este, numa de suas facetas básicas, protege as inovações industriais.

(...) O decisivo passa a ser a novidade.

O Direito Autoral evolui igualmente para um direito de protecção de inovações. Dá-se a protecção do que é novo, e não só do que é criativo. E com isto se torna possível a desconsideração do acto criador e a atribuição da protecção e entidades que, por si, são incapazes de criar. (...)

O discurso centrado na recompensa e no estímulo da criatividade do autor está esgotado. Há que reconhecê-lo e tirar as consequências devidas. (ASCENSÃO, 2006, em destaque no original).

2 A ORIGINALIDADE COMO CONDIÇÃO PARA A PROTEÇÃO DO DESENHO INDUSTRIAL

De acordo com a Lei de Propriedade Industrial (LPI), “(o) desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores” (BRASIL, 1996), embora esta não seja aferida no momento da concessão, uma vez que, em não se enquadrando nas proibições legais, o objeto do pedido deve ter seu registro concedido automaticamente, por força de lei. A originalidade do objeto do pedido, mais que um requisito, é uma condição necessária para a manutenção desse registro, caso venha a ser solicitado seu exame de mérito ou caso seja impetrada alguma ação de nulidade:

A mera expedição de certificado pelo INPI, “sem exame de mérito”, não qualifica o produto como original, podendo, inclusive, posteriormente ser declarada a nulidade do registro caso não configurados os requisitos exigidos em lei. Inteligência dos arts. 95 a 98 e art. 111 da Lei nº 9.279 /96.²

Destaca-se aqui que a nulidade de um registro de desenho industrial poderá ser instaurada por terceiros com legítimo interesse ou de ofício, pelo próprio INPI, se observada alguma irregularidade, em até 5 anos contados a partir de sua expedição. A nulidade de um registro, se efetivada, produzirá efeitos legais retroativos à data de depósito do pedido (BRASIL, 1996).

Vale notar que o termo “originalidade” vem acompanhado de “novidade”, no artigo mencionado acima, estando ambos intimamente ligados. De forma análoga ao raciocínio já exposto, se um objeto é original, ele é necessariamente novo, uma vez que não incluído no estado da técnica (tudo aquilo tornado público, por qualquer meio, antes da

² TJ/RS - Agravo de Instrumento Nº 70052393105, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 25/04/2013.

data do depósito do pedido, ou de sua prioridade mais antiga); mas, mesmo que um objeto seja novo, ele pode não ser original, pois pode possuir configuração bastante similar a outro que já integre o rol de objetos conhecidos, não possuindo a “distância” suficiente para distinguir-se de seus similares:

Se para ser novo, basta que o desenho não seja idêntico ao que consta do estado da técnica, aí incluído o domínio público, é descomplicado compreender que a análise de novidade abrange somente a manifestação sensível direta das anterioridades que compõem o estado da técnica. Em outras palavras, é o objeto em si, em seus caracteres diretamente observáveis pelo sentido da visão, que é, ele próprio, o limite da exclusividade sob o ponto de vista do requisito da novidade.

Saído desses limites, o desenho posterior já é novo, donde decorre seu caráter binário: ou é idêntico, ou não o é. A originalidade, contudo, exige a distinguibilidade, o caráter próprio e individual do desenho, que não pode se confundir com outros, embora possa estar presente numa configuração formada por elementos já conhecidos. Isto significa que a originalidade cria uma área transcendente ao próprio limite físico dos objetos que compõem o estado da técnica, um círculo de latência dentro do qual um objeto posterior, ainda que não idêntico, torna-se insuficientemente distintivo. (OQUENDO, 2014).

Definir se um objeto é original com relação a seus predecessores, ou se estes guardam distância suficiente daqueles de modo que a convivência de todos seja permitida, ainda é uma tarefa enormemente subjetiva, uma vez que não é possível parametrizar de forma objetiva critérios de originalidade. Afinal, de acordo com Cerqueira:

Tudo está na maneira pessoal de tratar o assunto, imprimindo o autor à sua criação um cunho novo, uma individualidade própria, que a distinga de outros semelhantes. Se os elementos utilizados são vulgares, mas a composição do autor possui caráter

original, o desenho ou modelo pode ser objeto de direito exclusivo, devendo-se apreciar não a originalidade de seus elementos isolados, mas a originalidade da composição, a combinação de seus elementos, o seu conjunto ou arranjo especial. (CERQUEIRA, 1952 apud BARBOSA, 2009).

Barbosa mostra, ainda, que tal preceito encontra paralelo na jurisprudência de julgados por nossos Tribunais especializados em matéria de Propriedade Industrial:

Com efeito, para que seja registrável como desenho industrial, a nova conformação ornamental de um objeto não deve se restringir à mera disparidade de dimensões ou a alterações superficiais da sua configuração com relação às já presentes no mercado ou já inseridas no estado da técnica, mas, sim, deve ser dotada de um determinado grau de inventividade estética capaz de resultar na efetiva distinguibilidade da nova configuração se comparada a produtos similares (...)³ (BARBOSA, 2009).

Pode-se citar, ainda, uma segunda decisão a balizar a anterior:

(...) Desenho original é aquele que possui configuração visual distintiva em relação a outros objetos anteriores, ainda que partindo de elementos integrantes do estado da técnica. Relativamente a objetos com baixo grau de complexidade tecnológica, como aqueles relacionados à alimentação, vestuário, calçados, brinquedos etc, a originalidade deve ser aferida tendo-se como referencial o consumidor médio daqueles produtos. É dizer que a distância percebida entre o desenho dito “novo” e aqueles já compreendidos no estado da técnica deve ser aquela passível de ser captada pelo consumidor destinatário final do produto, e não por um geômetra especializado. Efeito visual novo é afe-

³ Voto do Des. André Fontes, Agravo 2007.02.01.009404-2, Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, à unanimidade, Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2008 (data do julgamento).

rido pela configuração global do objeto, não podendo a análise quanto à originalidade se restringir a eventuais comparações individuais dos componentes desse objeto, como se se tratasse de um “jogo de 7 (sete) erros”. O objeto resultante da simples variação de detalhes de outro objeto, já compreendido no estado da técnica, mas que não chega a alterar-lhe o efeito visual, é irregistrável a título de desenho industrial. A contrário senso, objeto cuja alteração de detalhes resulta em efeito visual novo não pode ser incluído em pedido de registro de desenho industrial como forma “variante” daquele pedido, devendo o registro ser desmembrado. A eventual nulidade de pedido desmembrado não contamina o restante do registro, tendo em vista a falta de unicidade de objetos.⁴

E uma decisão de um tribunal gaúcho, que aproxima a questão para mais próximo do problema:

No que pertine à extensão da proteção conferida pelo registro, diferentemente de patentes de invenção ou de modelo de utilidade, que contém reivindicações que definem aquilo que é protegido, os registros de desenho industrial protegem objetos com o formato daquilo que é ilustrado. A proteção, em geral, estende-se a objetos tendo substancialmente o mesmo formato, o que inclui também objetos apenas ligeiramente diferentes daqueles que são ilustrados no registro. Uma possível maneira de se determinar se o produto de terceiro constitui infração de um registro de desenho industrial reside em se confrontarem o desenho protegido, o produto de terceiro que supostamente viola o registro, e produtos pertencentes ao estado da técnica que mais se assemelham ao objeto do registro.⁵ (BARBOSA, 2014).

⁴ Tribunal Regional Federal da 2ª Região TRF-2 – Apelação Cível: AC 200851018054519 RJ 2008.51.01.805451-9. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6035859/apelacao-civel-ac-200851018054519-rj-20085101805451-9?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁵ TJ/RS, AC 70028126191, Décima Câmara Cível, Des. Túlio De Oliveira Martins, 17 de dezembro de 2009.

Neste ponto, é importante ressaltar a proibição legal para a concessão do registro de desenho industrial para objetos cujas formas sejam dadas por configurações comuns, vulgares ou necessárias dos objetos e, portanto, não originais:

(...) se a forma é vulgar ou comum, ela não tem a originalidade – e, provavelmente, nem a novidade – necessária para aceder à proteção legal. Isto indica, mais uma vez, que o legislador, por um lado, criou uma trincheira de criatividade, concedendo apenas ao esforço criativo, independentemente do mérito, a proteção legal, em cumprimento direto da cláusula finalística contida no inciso XXIX do artigo 5o da CRFB/88. Afinal, um direito de exclusividade temporária concedido a um desenho comum e vulgar não atende ao interesse social nem ao desenvolvimento econômico do país. Neste sentido, e abordando o mesmo problema desde outro ângulo, resguardou-se também a liberdade de mercado, especificamente dos concorrentes, que poderão se valer das formas em domínio público na composição de seus produtos. (OQUENDO, 2014).

E, por fim:

Dado que a originalidade é suficiente distinguibilidade, é forçoso concluir que essa distinguibilidade do desenho industrial deve ser tanto intrínseca quando extrínseca, dependendo logicamente esta segunda da primeira.

Um desenho será intrinsecamente distintivo quando não for necessário, comum ou vulgar. Por óbvio, essas qualidades deverão ser aferidas de acordo com o ramo mercadológico do produto e as artes análogas, haja vista que pode haver novidade na aplicação, a um novo produto, de um elemento primordialmente genérico ou comum. Em grande medida, essa distintividade intrínseca se assemelha à novidade, uma vez que o DI totalmente antecipado por uma única referência poderá ser comum, genérico ou necessário, não havendo entre ambos os conceitos, contudo, uma identidade necessária. Isto ocorre, por exemplo, quan-

do uma combinação de elementos comuns ou vulgares não se traduz em resultado visual distintivo: a combinação em si pode não estar integralmente antecipada em uma única referência do estado da técnica, mas continua sendo vulgar ou comum e, portanto, esbarrando no impeditivo legal.

A distinguibilidade extrínseca se refere à suficiente distinção visual entre um desenho industrial e as demais configurações visuais já conhecidas, sobretudo aquelas objeto de direitos privativos. O desenho que seja intrinsecamente distintivo, contudo, não necessariamente o será extrinsecamente. Por exemplo, uma cópia fiel de um desenho validamente registrado será um desenho invulgar e incomum, mas nem por isso se distinguirá daquele em que se inspirou. (OQUENDO, 2014).

Afinal, “a semelhança no *design* dos produtos, de modo a confundir o consumidor, constitui ato de concorrência desleal, sendo suficiente para gerar prejuízos ao criador da ideia”⁶ (BARBOSA, 2014).

3 CONCLUSÃO

Embora este não tenha sido apresentado como escopo deste trabalho, não se poderia deixar de mencionar aqui a possibilidade de uma cumulação de proteção para o desenho industrial, seja pela via do direito de autor, seja pela da propriedade industrial, à semelhança da legislação de alguns países. Sobre este assunto, Gama Cerqueira afirma que:

(...) adotando a dualidade de proteção, tão combatida pelos autores franceses, a lei, entretanto, não exclui a possibilidade da cumulação das leis sobre a propriedade artística e sobre desenhos e modelos, em casos especiais. As obras artísticas, e só elas,

⁶ TJMG, AC 1.0702.03.090932-0/001,13a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Francisco Kupidowski, 15/01/2009.

continuam protegidas pelo Código Civil e lei especial; os desenhos e modelos industriais regem-se pela sua lei especial. Nada impede, porém, que, tratando-se de obra artística aplicada a um objeto industrial ou posta no comércio como modelo industrial, seu autor invoque a proteção do Código Civil para a obra considerada sob a sua natureza intrínseca de obra de arte, e a da lei especial para o modelo. A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico. Não se pode, pois, negar ao autor o reconhecimento do seu direito, nos moldes da lei civil, nem a proteção do desenho ou modelo, como tal, no campo da concorrência. (CERQUEIRA, 1982 apud BARCELLOS, 2004).

Ademais, é possível encontrar uma previsão legal para tal precedente já na Convenção de Berna, onde se institui que:

Os países da União, reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras, desenhos e modelos, levando em conta as disposições do artigo 7.4) da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no país de origem não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesses países; entretanto, se tal proteção especial não é concedida nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas. (BRASIL, 1975).

Independente disso, fechando estes parênteses e retornando ao tema, em parecer do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, publicada no Diário Oficial de 21 de maio de 2015, acerca da questão da originalidade como requisito para a concessão do registro de desenho industrial, vemos:

No que toca ao requisito da originalidade dos desenhos industriais, este não pode ser visto apenas como engenhosidade ou novidade absoluta. Para fazer jus à proteção, a originalidade do desenho industrial deve traduzir distintividade, consoante o disposto no art. 97 da LPI (...).

Sob tal ótica, lendo a lei à luz da Constituição, não basta a simples autenticidade – originalidade subjetiva -, como expressão pessoal do criador, que (na margem) se reduz ao critério de vedação da cópia. É necessário que a criação ornamental, objetivamente, seja uma contribuição positiva ao que já se conhece, ou seja, deve ter determinado grau de inventividade estética capaz de resultar na efetiva distinguibilidade da nova configuração se comparada a produtos similares.

É nosso entendimento, assim, que a originalidade não só é requisito autónomo, destacado do da novidade, mas diz respeito à obra ornamental em si; e, mais, em face ao já conhecido (estado da técnica) deve destacar-se – quanto ao aspecto de aparência global – significativamente das anterioridades.

Assim, além de novo, ou seja, não-idêntico aos documentos encontrados no estado da técnica, o registro válido de desenho industrial deve apresentar trabalho criativo que resulte em uma identidade visual singular, importando em impressão global distinta das anterioridades, de modo a justificar a concessão por parte do Estado do privilégio ao titular. (DIÁRIO OFICIAL JUDICIAL, 2015, p. 375).

De maneira análoga, quanto à originalidade aplicada ao direito autoral:

É por todos reconhecido que a originalidade é um requisito essencial para a protecção das obras pelo direito de autor. A originalidade opera como linha de fronteira, separando as obras susceptíveis de protecção das que ficam fora do objecto do direito de autor e, dentro de cada obra, as parcelas abrangidas pela protecção das excluídas da mesma. (ROCHA, 2003).

Ou seja, ainda segundo a autora, “a originalidade permite-nos distinguir a obra protegida pelo Direito de Autor, da multidão de realizações diárias, do banal, dos produtos que se enquadram no âmbito do usual” (ROCHA, 2003). Afinal:

Basta que alguém desenvolva uma actividade criativa independente, ou seja, que intervenha com a sua imaginação no processo lógico de realização da obra, para que a obra seja original, uma vez que o resultado obtido é necessariamente pessoal, individualizado. (ROCHA, 2003).

O mesmo conceito com relação à originalidade da obra autoral é encontrado em Lange, que assim o expressa:

Para que a obra mereça proteção, é necessária sua exteriorização, isto é, que seja expressada de alguma forma, pois a simples ideia, conjectura ou pensamento que não chega a ser exposto, apresentado de algum modo, está fora do âmbito de proteção desse direito. Necessariamente a obra terá que ser original, o que não quer dizer nova. (...) Originalidade significa criar alguma coisa dotando-a com características próprias, traços pessoais, expondo a maneira e o ângulo com que o seu criador vê o mundo, sente e percebe as coisas, o seu lado interior, e, desta forma, o transporta para sua criação. (LANGE, 1996 apud MUNIZ, 2015).

De todo o exposto, apesar de todas as possíveis semelhanças que possam existir entre os conceitos apresentados de originalidade para o direito de autor e para o desenho industrial, algumas diferenças conceituais entre elas ainda se manifestam de forma essencial, no que tange à sua proteção legal:

(...) os desenhos industriais, registrados no âmbito da propriedade industrial, dependem do requisito da novidade para serem

protegidos como invenções, ou seja, a obra deve ser desconhecida por toda a coletividade.

O único requisito para proteção de uma obra como direito de autor é a originalidade, ou seja, a obra criada deve ser nova e/ou original em relação ao conhecimento que possuía o seu autor no momento de sua criação. Sua proteção nasce no ato da criação e independe de registro. (MUNIZ, 2015).

Desta forma, embora a definição de originalidade seja de algum modo ambígua, por tratar-se de um conceito subjetivo, independente do ponto de vista sob o qual é examinada, ao acrescentar-se a ela alguns dos conceitos mostrados, como o de criatividade, contributo mínimo ou o de resultado visual distintivo, pode-se incutir-lhe um tal grau de objetividade que se permite aferir se uma obra, seja autoral, seja de desenho industrial, possui um determinado grau de originalidade que lhe seja possível distinguir-se de outras obras ou desenhos já existentes, estando apta a contribuir, assim, para o incremento do contributo da criação humana à disposição de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. In: **Revista de Direito Autoral**, ano 2, n. 4, fev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3-24.

BARBOSA, Denis Borges. **A noção de Originalidade e os Títulos de Obra, em particular, de Software**. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/originalidade.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Do requisito de originalidade nos desenhos industriais: a perspectiva brasileira**. 2009. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do_requisito_originalidade.pdf. Acesso em: 29 out. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Como o requisito autoral de originalidade vai se radicando nos precedentes judiciais**. 2012. Disponível em: <http://www.denis->

barbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/requisito_autoral_originalidade.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **A extensão da originalidade como alcance de proteção em desenhos industriais**. 2014. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/extensao%20originalidade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

BARCELLOS, M. L. L. O atual sistema de registro e exercício de direitos sobre desenhos industriais frente ao disposto no inciso XXIX do art. 5º da Carta Magna de 1988. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 470, 20 out. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5824>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Decreto nº 75.669, de 6 de maio de 1975. **Promulga a Convenção de Berna**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.

DIÁRIO OFICIAL JUDICIAL. **JFRJ do Tribunal Regional Federal da 2ª Região** (TRF-2), de 30 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/105310614/trf-2-jud-jfrj-30-11-2015-pg-375>. Acesso em: 17 fev. 2018.

DOS SANTOS, Manoel Pereira. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In: DOS SANTOS, Manoel Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro. (Coords.). Direito Autoral: Propriedade Intelectual. Série Gvlaw. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104-151.*

LASTRES, Jose Manuel Otero. El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico. *In: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año II - Nº 2. Lima, 2005. p. 91-115.* Disponível em: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario02/art05/ANUARIO%20ANDINO%20ART5.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LASTRES, Jose Manuel Otero. La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías. In: **Jornadas sobre propiedad intelectual y derecho de autor/a** (2ª. 2007. A Coruña). p. 73-102. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12886>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MUNIZ, Beatriz. **Desenho Industrial x Direito do Autor**. 2015. Disponível em: <https://btrzmc.jusbrasil.com.br/artigos/146513565/desenho-industrial-x-direito-do-autor>. Acesso em: 16 fev. 2018.

OQUENDO, Felipe Barros. **A originalidade como requisito para concessão de registro de Desenho Industrial**: subsídios para uma melhor compreensão no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.pidcc.com.br/br/edicao-atual/2-uncategorised/154-a-originalidade-como-requisito-para_-concessao-de-registro-de-desenho-industrial-subsidios-para-uma-melhor-compreensao-no-direito-brasileiro. Acesso em: 29 out. 2017.

ROCHA, Maria Victória. **A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor**: algumas reflexões. 2003. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/originalidade.html>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. São Paulo: Manole, 5ª. ed., 2014. 448 p.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; SVOBODA, Ana Claudia. **Notas relevantes sobre o direito de autor, sua aplicação efetiva e a função social exercida pelo instituto**. s.d. Disponível em: http://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-regina_e_anna.pdf. Acesso em: 16 fev. 2018.

O SISTEMA DE PATENTES E A PROTEÇÃO DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS

Bruno Martins¹

Lucas Santini²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar as implicações das patentes de medicamentos sob um enfoque econômico e concorrencial, de modo a analisar como e em que medida a concessão de direitos de exclusiva para produtos inseridos no mercado de fármacos afetam a sociedade civil, em sua poliédrica faceta. Para tanto, far-se-á um exercício hermenêutico que abrange desde a perspectiva mais genérica acerca do escopo protetivo da Propriedade Intelectual até os fortes impactos ocasionados pelas patentes desde a data de seu primeiro depósito até eventual concessão e expedição do título de propriedade. Ao fim, notas conclusivas são destinadas a retratar e se questionar, em aspecto patrimonialista e existencial, sobre o tratamento hoje conferido a essas patentes.

Palavras-chave: Patentes Farmacêuticas; Concorrência; Aspectos Econômicos.

INTRODUÇÃO

Na esteira dos ensinamentos contemporâneos da doutrina especializada, tem-se que a Propriedade Industrial se apresenta como re-

¹ Graduando em Direito pelo IBMEC- RJ

² Graduando em Direito pela PUC-RJ

gime de exceção à livre concorrência e a livre iniciativa³, concedendo evanescente posição privilegiada de mercado ao titular. Assim, o Poder Público compensa temporariamente o agente econômico pelos riscos assumidos e eventuais dispêndios realizados para se alcançar o invento, em troca da disponibilização integral dos segredos que o constituem para a sociedade. Não obstante, a Constituição Federal (CRFB) estabeleceu condicionantes ao legitimá-la, pautado pela compatibilidade dos interesses sociais e dos titular ao direito de pedir patente.

Notadamente às patentes farmacêuticas, em que interesses públicos primários⁴ circundam-na, como o acesso universal a medicamentos e outros destinados ao mercado consumidor, os efeitos do *monopólio instrumental*⁵ criado em relação ao produto objeto da exclusiva afeta distintos centros de interesse que necessitam ser compatibilizados. Apenas dessa forma que a *cláusula finalística* preconizada no art. 5º, XXIX da CRFB – que legitima o direito de propriedade de inventos industriais – poderá ser conformada.

³ “A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem “garantia de monopólios”, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não extensiva. E mais: o direito da propriedade intelectual (e as exclusividades por ele garantidas) deve ser interpretado em consonância com direito concorrencial.” (FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 342)

⁴ O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social [...] consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático.” (grifo nosso) (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 87 e 88)

⁵ “A patente é muito mais um instrumento de política de empresa, visto que o direito exclusivo confere ao titular da patente a oportunidade de explorar a invenção, sem concorrência, durante um período determinado. Ela serve, também, como meio de se reservar o mercado de um determinado produto.” (LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes: condições legais de obtenção e nulidades**. Barueri: Manole, 2006, p. 24)

Direcionando-se o foco analítico do estudo às patentes farmacêuticas, observa-se que o direito de propriedade temporário materializado com a Carta-Patente, que garante a exclusividade de exploração econômica de um bem de produção por tempo certo, ocasiona severos impactos de dimensões mais elevadas para toda a sociedade civil.

Com efeito, surgem como objetivos ao presente trabalho:

- Identificar o atual escopo da Propriedade Industrial, determinando as implicações aos distintos centros de interesses que toca, com enfoque nos desdobramentos concorrenciais e econômicos ao mercado consumidor;
- Aprofundar, em específico, quais os impactos ocasionados pelas patentes farmacêuticas ao longo do processo administrativo de exame e, ainda, em momento posterior a concessão do título patentário pelo Poder Público;
- Os reflexos e implicações do decidido pelo e. STF na ADI 5529/DF às patentes farmacêuticas, abordando a respeito da ponderação de interesses que legitima a concessão e manutenção de exclusivas temporárias que impactam a concorrência, o Poder Público (SUS) e os consumidores.

I A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O SISTEMA DE PROTEÇÃO E INCENTIVO À PRODUÇÃO DE INVENTOS

A Propriedade Intelectual atua, mediante concessão equilibrada de incentivos e desincentivos, para fomentar a emancipação tecnológica e desenvolvimento econômico do país, garantindo-se um direito de exclusiva ao legitimado, no intuito de compensá-lo por ter alcançado uma solução técnica que resolve problemas constantes do estado da técnica. Este é o ensinamento trazido por Pedro Marcos Nunes Barbosa⁶:

⁶ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A Vedação da Sobreposição de Direitos da Propriedade Intelectual na Ordenação Brasileira. *Revista da ABPI* nº 162. Set/Out

Entretanto o filtro da calibragem entre incentivos e desincentivos é extremamente delicado, já que a premissa maior de uma economia capitalista é a da liberdade de iniciativa (aos agentes econômicos juniores) e a da livre concorrência (visando a disputa dos sujeitos de direito em um determinado mercado).

Em específico, a Propriedade Industrial, na procura de se encorajar as condutas elegidas como socialmente desejáveis e desencorajar outras tidas como indesejáveis, afeta diretamente aspectos de natureza econômica e concorrencial. Se por um lado, promove e protege a inovação científica, pela concessão de incentivos econômicos aos empreendedores, por outro, a CRFB impõe a necessária observância aos interesses sociais, com destaque aos vulneráveis que são os destinatários dos bens produzidos.

Entende-se que a expectativa de retorno financeiro àqueles que se aventuram na árdua tarefa de produzir algo novo, dotado de inventividade e que pode ser reproduzido na íntegra e em larga escala nos ambientes industriais, é o fator que os movem⁷. Porém, igualmente uníssona é a compreensão que os privilégios instrumentais alteram o natural curso mercadológico, enclausurando os consumidores a prática de preços aviltantes⁸.

2019, p. 02. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/05-a1058-pedro-marcos-nunes-barbosa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁷ “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 [for example, planting a crop], given that no one else can appropriate the resource in period 2 [harvest time].” (POSNER, Richard A. LANDES, William M.. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Belknap Press, 2003, p. 13)

⁸ “O CADE tem adotado a premissa de que o Direito Antitruste tem admitido o Direito de PI como veículo à inovação e diferenciação, uma vez que seria um dos principais motores do desenvolvimento econômico. Contudo, certos arranjos estruturais e comportamentais podem fazer dos direitos de PI veículos ao abuso de posição dominante e, logo, afetar negativamente o bem-estar social.” (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343, *livro eletrônico*)

Com relação às patentes, que conferem posição privilegiada de mercado em face de toda a concorrência⁹, o risco acima retratado, para além de ser concreto e comum, é potencializado exponencialmente, notadamente nos casos de patentes farmacêuticas¹⁰.

Após a promulgação da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, Lei de Propriedade Industrial (LPI), o cenário nacional se alterou ainda mais. A introdução da proteção patentária para fármacos estimulou empresas farmacêuticas multinacionais a realizar vultosos investimentos no país e também empresas nacionais aqui passaram a investir em tecnologia¹¹, muito embora se deflagre, há tempos, a dependência tecnológica Brasileira nesta área¹². Para além de fármacos novos (produtos) ou métodos para a sua fabricação (processos), as patentes farmacêuticas também podem se referir a novos usos de medicamentos já conhecidos.¹³

⁹ “Dessa forma, o titular de uma invenção passa a ter uma importante vantagem competitiva para auferir ganhos e compensar seus investimentos durante o período de vigência da patente. [...]. Nesse sentido, e considerando a proteção temporária proporcionada pelo sistema de patentes, as estratégias comerciais passam cada vez mais a incluir a solicitação de patentes em diversos países, para garantir exclusividade de exploração de novas tecnologias em diferentes mercados.” (AHLERT, Ivan B. CAMARA JUNIOR, Eduardo G. **Patentes: proteção na lei de propriedade industrial**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 03)

¹⁰ Nesse sentido: “Tratando-se de medicamentos, adiar a entrada em domínio público das invenções significa retardar o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento de preços mais altos, o que contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o acesso da população a tratamentos imprescindíveis.” (STJ, 3ª Turma. REsp 1.721.711/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 17.04.2018)

¹¹ LEONARDOS, Gabriel. **A pandemia e as patentes farmacêuticas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/34195CB08A7192_APandemiaeasPatentesFarmaceuti.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

¹² HERINGER, Astrid. **Patentes farmacêuticas & propriedade industrial no contexto internacional**. Curitiba, Juruá, 2001, pp. 90-91.

¹³ LEONARDOS, Gabriel. **A pandemia e as patentes farmacêuticas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/34195CB08A7192_APandemiaeasPatentesFarmaceuti.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

Nessa toada, tratando-se especificamente de patentes sobre fármacos, a questão do impacto concorrencial e econômico acaba elevando-se a patamar acima do esperado. Isso, para além de afetar o próprio público consumidor, implica consequências ao Poder Público e em eventuais políticas públicas a serem praticadas, em especial no que tange a precificação dos medicamentos patenteados, que tendem ser elevados, ocasionando alto prejuízo ao Erário, pois em geral arca com preços monopolistas até o termo da proteção.

II OS EFEITOS ECONÔMICOS ORIUNDOS AO PROCESSAMENTO DE PEDIDOS DE PATENTE FRENTE AO INPI E SEUS IMPACTOS PERANTE À CONCORRÊNCIA

Primeiramente, insta asseverar que os efeitos econômicos derivados de patentes não se limitam ao seu prazo de vigência, por fatores de diferentes magnitudes. Assim, tem-se, em âmbito internacional, que o *jus excludendi* que advém da titularidade de um título patentário origina-se a partir do momento em que o legitimado exerce seu direito de efetuar o primeiro depósito em Estado Signatário da Convenção Única de Paris.

Uma vez procedida esta etapa – o depósito do pedido – nasce para o depositante à situação jurídica subjetiva ativa de requerer a exclusiva para aquele invento em qualquer País que reconheça o direito de prioridade. Não obstante, cumpre ressaltar que o titular goza de expectativa de direito de obter a patente¹⁴, e não propriamente ad-

¹⁴ “A partir desse depósito, nasce para o titular o poder de requerer o monopólio em todo e qualquer país onde se reconheça o direito de prioridade ou direito de requerimento ao estrangeiro. Em cada um desses Estados cria-se uma expectativa de direito que desaconselha o investidor prudente de exercer a concorrência com o uso da solução técnica para a qual se pede a exclusiva.” (BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual: patentes**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 1510)

quire direito a obtê-la. Ainda assim, da mera expectativa de direito, irradiam-se importantes efeitos aos agentes econômicos interessados no objeto patentado (a concorrência).

Dentre estes, o próprio receio ou insegurança em explorar o produto ou processo reivindicado, tendo em vista que o art. 44 da LPI assegura ao titular o direito de pleitear indenização em face daqueles que, durante o período dentre a publicação do pedido na RPI e a data da expedição do título, exploraram o objeto. Isso se o titular notificá-los em tempo hábil, de modo a não configurá-los como utentes de boa-fé (art. 45 da LPI).

A medida se justifica, pois o titular, embora tendo expectativa de direito, possui exclusividade fática sobre a solução técnica criada para resolver o problema de ordem técnica que se materializou, *a posteriori*, em exclusividade jurídica, considerando-se o efeito protetivo retroativo. A patente, como um instrumento mercadológico, mesmo pré-concessão, em forte poder de dissuasão, coloca a concorrência em *stand-by*. Um campo minado se instaura, resultando no alto desestímulo de produção ao nicho mercadológico e, conseqüentemente, em maior dependência dos consumidores ao objeto patentado.

Voltando-se agora ao âmbito nacional, para que o pedido *sub examine* no INPI seja concedido, passos devem ser dados. Afinal, sendo exceção ao sistema da livre concorrência, este monopólio instrumental há de ser tratado em regime que melhor trate as excepcionalidades¹⁵. Nessa esteira, a LPI consagra requisitos de patenteabilidade e uma importante exigência, que afetam o *iter* de exame dos pedidos.

¹⁵ “Monopólios devem ser admitidos na menor extensão possível, e mesmo quando admitidos é de ser reconhecida sua função social [...]. Estudos empíricos internacionais têm demonstrado que a aquisição de empresas com patentes relevantes ou, então, a aquisição pura e simples de patentes podem levar a efeitos concentradores avassaladores. Isso tem ocorrido especialmente em certos tipos de indústria, como, por exemplo, as indústrias química, farmacêutica e eletrônica, nas quais a maioria das patentes encontra-se concentrada em poucas empresas.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 131 e 141)

O art. 8º da LPI preconiza e impõe o cumprimento de tais requisitos. Dessa feita, todo pedido de patente, uma vez depositado no INPI e requerido para exame, deverá (i) pleitear proteção de exclusiva à tecnologia que ainda não tenha sido tornada acessível ao público, pelo que o técnico no assunto, dela tendo conhecimento, pudesse reproduzi-la (novidade); (ii) comprovar que a inovação não decorra obviamente do estado da arte, ou seja, que o técnico (PHOSITA)¹⁶ não pudesse produzi-la simplesmente com uso dos conhecimentos já disponíveis (atividade inventiva); e (iii) demonstrar que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer que não necessariamente à indústria (aplicabilidade ou aplicação industrial).

Ademais, existe uma importante exigência para fazer com que o INPI se vincule ao deferimento do pedido e prossiga a concessão da Carta-Patente. Trata-se de requisito de validade¹⁷ para os pedidos e que traduz a função social das propriedades¹⁸, pois está atrelado à contrapartida que justifica o sistema da Propriedade Industrial¹⁹: a

¹⁶ “The more sophisticated the *person having ordinary skill in the art* (PHOSITA, or the skilled person), the more likely a new invention is to appear obvious. Thus, it matters a great deal whether the skilled person is a “moron in a hurry” or the combined “masters of the scientific field in which an [invention] falls. The skilled person has never been precisely defined, although judicial guidance exists.” (ABBOTT, Ryan. Everything is Obvious. 66 **UCLA L. Rev.** 2, 2018, pp. 17-18)

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁸ “Contudo, a propriedade deve ser enfocada como um plexo de direitos e deveres, uma relação jurídica entre núcleos de interesses que, para configurar o almejado sinalagma, deverá contar com condutas socialmente úteis por parte dos titulares e dos não proprietários.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**: o caso da usucapião de patentes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 155)

¹⁹ “Nosso entendimento é que, no nosso sistema, essa revelação suficiente é um requisito não só legal, mas constitucional. Tão crucial, que difícil é imaginar um sistema no qual uma patente opaca, que não permita a revelação suficiente, não seja nula. Tão crucial, que um sistema jurídico que atribuisse uma patente sem revelação, provavelmente estaria violando a sua Constituição” (BARBOSA, Denis

revelação integral do que é reivindicado, isto é, apresentar *suficiência descritiva* (art. 24 da LPI).

Com efeito, todo aquele que requerer a patente, deve revelar os segredos de seu invento de forma que permita que este seja reproduzido na íntegra ao fim do período de exclusiva pela sociedade, que passará a compartilhar o domínio daquela tecnologia, ou mesmo no caso de uso permitido do invento antes mesmo do termo da patente, como as liberdades que são conferidas, em regime de *numerus apertus*, do art. 43 da LPI.

Ademais, pela própria natureza pública do trâmite administrativo, permite-se a ampla participação da sociedade, vez que é facultada a apresentação de subsídios por terceiros (art. 31 da LPI). Ora, considerando que a coletividade é afetada pela concessão deste monopólio instrumental efêmero, nada mais conforme ao interesse social que o Constituinte Originário elencou do que a conferir-lhes a oportunidade de serem ouvidos.

Neste aspecto, os holofotes se voltam às figuras dos concorrentes, agentes que comumente participam destes procedimentos procurando esclarecer ao Examinador do INPI sobre a complexidade inerente às patentes de fármacos. Isso porque, os interesses extraproprietários que o circundam e os efeitos que poderão advir após sua concessão afetam diretamente – e por vezes, obstaculizam – concretização do direito fundamental à saúde (art. 196 da CRFB)²⁰, que se encontra inter-relacionado com os fundamentos Republicanos, notadamente à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB)²¹.

Borges. Do Requisito de Suficiência Descritiva das Patentes. **Revista da ABPI** n. 113. Jul/Ago 2011, pp. 03-04)

²⁰ “Numa situação de monopólio encontramos, antes de mais, uma perda geral de bem-estar social (...) Como o preço é superior ao que resultaria de uma situação concorrencial e a quantidade produzida é inferior ao nível de um mercado com concorrência perfeita, o monopolista exerce desta forma poder de mercado, i.e., o poder de fixar o preço a um nível superior ao custo marginal da última unidade produzida.” (SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20)

²¹ No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos

III ASPECTOS CONCORRENCIAIS E ECONÔMICOS COM A CONCESSÃO DO TÍTULO PATENTÁRIO

Após o tramite do procedimento administrativo frente ao INPI, se cumprido os requisitos de patenteabilidade, a invenção ganhará proteção pelo período de 20 anos, contados a partir da sua data de depósito, nos moldes do art. 40, *caput* da LPI. Com a expedição da Carta-Patente, a referida invenção gozará de exclusividade, de modo a compensar os investimentos do titular por todo o esforço, gasto e risco incorrido para se poder alcançá-la.

Desse modo, caso determinada invenção adquira o *status* de “patente”, os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência são postos num plano secundário para, justamente, compensar os esforços do titular do invento. Nesse sentido, destaca-se o ensinamento da Paula Andrea Forgioni²²:

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como “ilha de proteção” do agente econômico contra a força concorrencial, na qual se assegura um monopólio de exploração. Os direitos de propriedade industrial corporificam privilégios e tendem a diminuir o grau de concorrência em determinado setor da economia restringindo a livre-iniciativa e a livre-concorrência de forma a recompensar o criador por seu esforço de inovação e, desta feita, incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias.

princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.” (TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12)

²² FORGIONI, Paula A. Incentivos, Desincentivos e Extensão do Prazo de Patentes. **Revista da Emarf**, Rio de Janeiro, mai./out.2019, p. 359.

Percebe-se, então, que o conceito de concorrência deve ser analisado mais profundamente para que seja notado o real impacto sofrido pela concessão de títulos patentários. Nas palavras do saudoso Denis Borges Barbosa²³:

Há concorrência quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor – substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado.

Partindo da premissa estabelecida no que tange o conceito de concorrência, nota-se que com o sistema de patentes, a concorrência inicialmente é incentivada através de estímulo à inovação. Contudo, posteriormente, a concorrência acaba por ser deixada de lado por um preceito de, conforme já exposto acima, compensação dos investimentos feitos para se chegar e realizar determinada invenção.

Esse se configura como principal impacto com a concessão de título patentário, tendo em vista que o titular de determinada invenção predomina em determinado nicho mercadológico por tempo limitado. Este é o ensinamento de Karin Grau-Kuntz²⁴:

Em um primeiro momento, a concorrência é limitada pela propriedade industrial; entretanto, essa limitação gera concorrência, pois ambos os institutos são complementares e não anta-

²³ BARBOSA, Denis Borges. A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária. **Revista da ABPI** n^o 116. Jan/Fev 2012, p. 04. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrenca_desleal_vertente_parasitaria.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

²⁴ GRAU-KUNTZ, Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. Disponível em: https://ibpieuropa.org/?media_dl=327. Acesso em: 02 out. 2021.

gônicos. O estímulo à inovação dá-se por meio da atribuição de proveito econômico, ou seja, àquele que inovou é assegurado o direito de não ser imitado, o que implica vantagem concorrencial. Essa vantagem cristalizar-se-á no mercado, no processo de formação do preço do bem protegido, uma vez que o titular do direito exclusivo o determinará levando necessariamente em conta a concorrência oferecida pelos outros produtos substituíveis existentes no mercado. Ou seja, os limites e a dimensão da vantagem que lhe assiste por ser titular do direito exclusivo serão determinados pela concorrência no mercado.

Nessa toada, a Lei de Propriedade Industrial, em seu artigo 42, delimita os direitos do titular da patente, de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto de patente ou processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

Por outro lado, se tratando especificamente de patentes farmacêuticas, a questão da proteção patentária se torna ainda mais sensível. Isso ocorre, pois, com a formação de um monopólio em uma determinada produção de medicamento, o impacto com a diminuição de oferta acaba por incidir frontalmente com o aumento do preço, afetando tanto a sociedade civil como também o Poder Público (SUS) nas políticas públicas.²⁵

Nesse sentido, a vigência de uma determinada patente farmacêutica autoriza o adiamento da entrada da concorrência no mercado, proporcionando a sua dominação, a eliminação da concorrência e o

²⁵ Nesse sentido: “Estudos cuidadosos demonstram que, com a concessão de patentes farmacêuticas, o preço dos medicamentos tende a uma alta considerável, o que em países de baixa renda resulta em restringir o acesso da maioria da população a produtos essenciais para a saúde” (BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Disponível em: https://www.dbbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 28 set. 2021)

aumento arbitrário dos lucros, aprofundando a desigualdade entre os agentes econômicos.²⁶

Ocorre que, ao passo que a LPI dispõe em determinado dispositivo acerca dos direitos do titular para resguardar os direitos oriundos da sua invenção, o mesmo diploma legal estabelece situações em que não se considera violação ao direito patentário, mais especificamente em seu artigo 43.

Em especial, o inciso VII do referido artigo 43 merece determinada atenção. O caso trata da denominada Exceção Bolar, instituto que funciona numa espécie de oposição a lógica de proteção ao sistema de patentes. Isto é, o referido inciso deixa claro que terceiros poderão praticar atos, com relação a invenção protegida destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização junto a ANVISA, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após expirado o prazo de exclusividade.

Inclusive, é nesse sentido que ensina Eduardo Riess²⁷, que afirma esse caráter pró-competitivo da Exceção Bolar²⁸, com especial relevo na área da saúde. Permite-se, dessa forma, encorajar e incitar o crescimento do mercado de medicamentos genéricos no país, autorizando-se a realização de atos preparatórios mesmo durante o período

²⁶ STF, Plenário. ADI 5529/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 12.05.2021.

²⁷ RIESS, Eduardo. **Exceção Bolar (art. 43, inciso VII da LPI):** limites finalístico e temporal. Disponível em: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2020/11/A1061-ARTIGO-Eduardo-Riess-V3.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

²⁸ Em sentido contrário: “Como já dito, no nosso entendimento, essa posição viola o artigo 42 da LPI, na medida em que terceiros estarão prematuramente invadindo a proteção patentária, em vez de esperarem a expiração da patente, e praticando atos durante a vigência da patente, como testes e pedidos de registro visando à comercialização de genéricos, que só deveriam ser realizados após a expiração do título. [...] o que ocorre, na prática, é que essa permissão a terceiros para realizarem testes e requererem registros durante a vigência da patente proporciona uma vantagem a esses terceiros, que não é dada ao titular da patente.” (AHLERT, Ivan B; CAMARA JUNIOR, Eduardo G. **Patentes:** proteção na lei de propriedade industrial. São Paulo: Atlas, 2019, p. 127)

em que compreende a indenização retroativa²⁹. Esse instituto, como percebe, acaba por excepcionar, nesta situação, que o depositante goze da exclusividade de fato.

À título exemplificativo, tendo como base as patentes farmacêuticas, aguardar o fim do prazo para que fosse possível o desenvolvimento de medicamentos genéricos ou similares, seria beneficiar o ex-titular do período necessário para que os concorrentes produzissem os dados necessários ao alcance do registro sanitário. Isto é, obter a necessária autorização da ANVISA para que, em momento ulterior, possa comercializar o medicamento genérico ou similar, gerando maior tempo de exclusividade no mercado ao ex-titular da patente.

Nesse sentido, sábias são as lições de Remédio Marques³⁰:

[...] todos os actos praticados por terceiros, por causa e por ocasião desses procedimentos administrativos autorizativos (incluindo a prolação da própria autorização), são lícitos por constituírem uma “excepção” limitada aos direitos do titular da patente, desde que tais procedimentos não sejam seguidos da efectiva utilização comercial do objecto da patente antes da respectiva caducidade. A ilicitude somente ocorrerá, se e quando a exploração comercial do medicamento genérico autorizado ocorrer ainda durante a vigência da direita de patente do medicamento de referência.

Tamanha é a importância do conceito supramencionado, principalmente no tocante a produtos farmacêuticos, por justamente se tratar de exceção à regra do direito de exclusividade de patente, impedindo que a burocracia para obtenção de um registro de comercialização obstruísse a rápida entrada no mercado de novas alternativas a produtos cujo prazo de vigência patentária tenha recém expirado.³¹

²⁹ PHILIPP, Eid. **Patente de Invenção**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p. 74.

³⁰ MARQUES, Remédio J. P. **Medicamentos versus Patentes**: estudos de propriedade industrial. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 101.

³¹ RIESS, Eduardo. **Excepção Bolar (art. 43, inciso VII da LPI)**: limites finalístico e temporal. Disponível em: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/>

Portanto, apesar dos grandes impactos concorrenciais e econômicos produzidos após a concessão de título patentário por parte do INPI, em especial relacionados as patentes farmacêuticas, o próprio Legislador também trouxe alternativas para que o mercado volte à “normalidade” o quanto antes possível. Isso não se trata de desrespeitar o direito proprietário, mas sim em dar celeridade ao comércio de demais medicamentos, por exemplo, genéricos ou similares, assim que expirado a proteção patentária.

IV ADI 5529/DF: NOTÁVEL MARCO PARA A PROTEÇÃO PATENTÁRIA DE FÁRMACOS

Em 12.05.2021, o e. STF julgou, em sessão do Plenário, a ADI 5529/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em 2016, que tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da LPI. Em suma, arguia-se que a referida disposição legal indevidamente garantia a extensão do prazo de proteção³² para as patentes de invenção e de modelo de utilidade, decorrente de eventual mora da Autarquia Federal quando do exame dos pedidos depositados.

O *decisum* contribui de forma positiva para fins do presente artigo, pelo que demonstra a devida importância da adequação do interesse público, com importante ênfase nas patentes farmacêuticas. Eis

uploads/2020/11/A1061-ARTIGO-Eduardo-Riess-V3.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

³² “A prorrogação do prazo de duração do privilégio é medida que não encontra nenhuma justificativa e que só poderá dar lugar a abusos e injustiças. [...] Não reaceamos errar afirmando que os interesses nacionais e os interesses da coletividade não se conciliam nunca com a prorrogação do prazo dos privilégios, exigindo, ao contrário, a sua extinção no prazo normal. De fato, como pode a Nação ou a coletividade ter interesse na permanência de um privilégio que cerceia a liberdade de todos e cuja exploração exclusiva só ao seu concessionário traz benefício?” (GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial**. v. II. 3ª ed. Anotado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa, Lúmen Juris, 2010, no. 159)

que, por 9 votos a 2, o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da LPI.

Em cada um dos votos exarados, os Exmos. Ministros destacaram os efeitos que derivam da proteção exclusiva concedida às patentes de fármacos, e dos malefícios que a postergação do ingresso deste bem de produção essencial à saúde da população ao domínio público, que é regra na Ordem vigente³³. Conforme se depreende da Ementa:

9. O impacto da extensão do prazo de vigência de patentes no Sistema Único de Saúde (SUS) é digno de atenção, pois, sendo ele um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo e contando com uma rede de atendimento que visa universalizar o acesso à saúde gratuita, demanda recursos públicos compatíveis com sua amplitude e complexidade, os quais, todavia, esbarram em problemas financeiros e orçamentários típicos de um país em desenvolvimento como o Brasil. O domínio comercial proporcionado pela patente por períodos muito longos tem impacto no acesso da população a serviços públicos de saúde, uma vez que onera o sistema ao eliminar a concorrência e impor a aquisição de itens farmacêuticos por preço estipulado unilateralmente pelo titular do direito, acrescido do pagamento de royalties sobre os itens patenteados que o Poder Público adquirir e distribui. 10. Quanto maior o prazo de exclusividade usufruído pelo titular da patente farmacêutica, mais será onerado o poder público e a sociedade, considerando-se a necessidade de aquisição de medicamentos em larga escala para a execução de políticas públicas em saúde. Esse contexto se torna ainda mais gravoso e dotado de urgência diante da emergência internacional de saúde decorrente da pandemia da Covid-19. O enfrentamento de uma crise de tamanha magnitude envolve a gestão de recursos escassos de diversas ordens, e não somente aqueles associados à aquisição de medicamentos com possível indica-

³³ Nesse sentido: “se lembrarmos que em relação aos inventos, o domínio público é a regra e a proteção, exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado” (TRF-2, 2ª Turma Especializada, AC n. 2005.51.01.534005-6, Rel. Des. Fed. ANDRÉ FONTES, j. 11.12.2007).

ção para o tratamento da doença. A pressão sobre o sistema de saúde aumentou de forma global, elevando a demanda por insumos em toda a cadeia de atendimento. 11. O prolongamento indevido dos prazos de vigência de patentes farmacêuticas reveste-se de caráter injusto e inconstitucional, por privilegiar o interesse particular em detrimento da coletividade, impactando de forma extrema a prestação de serviços de saúde pública no país e, conseqüentemente, contrariando o direito constitucional à saúde (art. 196 da Constituição de 1988). A extensão do prazo de vigência das patentes afeta diretamente as políticas públicas de saúde do país e obsta o acesso dos cidadãos a medicamentos, ações e serviços de saúde, causando prejuízos não apenas a concorrentes e consumidores, mas, principalmente, àqueles que dependem do Sistema Único de Saúde para garantir sua integridade física e sua sobrevivência.

(STF, Pleno. ADI 5529/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 12.05.2021)

Como se verifica, o julgamento da ADI 5529/DF representou histórico marco para reflexão sobre as complexas e fervorosas consequências que derivam da proteção de direito de exclusiva às patentes farmacêuticas. Afinal, não se permitindo a entrada de produtos substitutivos (*genéricos* ou *similares*) ao reivindicado na patente, a tendência é a elevação dos preços de mercado, que não só atinge severamente o grupo populacional com menor poder de compra, mas também ao próprio Sistema Único de Saúde (SUS). Esta incerteza jurídica de outrora, que desestimulava os investimentos e prejudicava o bem-estar social, não mais constitui “*o algo podre no Reino da Dinamarca*”.

CONCLUSÃO

O presente artigo enveredou pela análise dos efeitos econômicos que se espraiam do direito de propriedade patentário. Iniciando-se por uma análise voltada à estrutura e o aspecto funcional do instituto

das patentes, observando o paradoxo que lhe é inerente³⁴, direcionou-se o enfoque analítico às peculiaridades das patentes farmacêuticas. Depois de feitas as considerações iniciais, analisou-se como e em que medida essas implicações atingiam a posição dos concorrentes, do Poder Público (SUS) e dos consumidores.

Assim, com fulcro em melhor identificar os impactos sofridos pela concorrência, dividiu-se a análise em dois diferentes, mas consecutivos, recortes temporais: (i) na fase de processamento do pedido de patente em determinado Escritório de Patentes, sendo o INPI ou mesmo um PTO (*Patent and Trademark Office*) estrangeiro; e (ii) no momento pós-emissão da Carta-Patente, materializando-se o direito de propriedade ao seu titular, munindo-o de situações jurídicas subjetivas ativas ao título e poderes em face de todos.

Observou-se que os efeitos econômicos, que refletem no âmbito concorrencial, se irradiam desde o simples depósito de um pedido. Isso porque, pela normativa do art. 44 da LPI, se a mera expectativa de direito que detinha o depositante, findo percurso do exame no INPI, torna-se direito adquirido para o titular, aqueles que *arriscaram*³⁵ se-

³⁴ “O privilégio deixou, por conseguinte, de ser um prêmio ao inventor isolado, para se transformar em garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor de pesquisa e desenvolvimento. Garantia sem dúvida justificável, a luz da lógica empresarial, mas que acaba redundando, forçosamente, na consolidação do poder econômico, dentro e fora dos espaços nacionais. [...] A utilização social do produto ou processo inventado toma-se de consideração secundária, na economia do sistema.” (COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 43-44)

³⁵ “Ao empreendedor, por meio do desenvolvimento de seu trabalho com vistas à obtenção do lucro - finalidade, registra-se, absolutamente legítima -, há de se garantir a liberdade de concorrência, cabendo-lhe, tão só, determinar o objeto de sua atividade produtiva, o modo pelo qual a desenvolve e, principalmente, o preço que reputa adequado praticar. Não é despiciendo anotar, a esse propósito, que a estipulação do preço do produto ou do serviço colocado no mercado leva em conta uma série de fatores (custos de produção, impostos, análises mercadológicas, entre outros), que devem ser considerados unicamente pelo empreendedor, que assume naturalmente todos os riscos de sua atividade empresarial.” (STJ, 3ª Turma. REsp 1.855.136/SE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 15.12.2020)

rão compelidos – em sede judicial – a indenizá-lo, pelos [agora indevidos] lucros auferidos no período entre a data da publicação do pedido e da expedição da Carta-Patente.

Em adição, após o depósito do pedido de patente, nota-se que os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência são postos num plano secundário para compensar os esforços empreendidos pelo titular do invento. Em especial, no que tange patentes farmacêuticas, a questão da proteção patentária se torna ainda mais importante. Isso ocorre, pois, com a formação de um monopólio em uma determinada produção de medicamento, o impacto com a diminuição da oferta e consequentemente com o aumento do preço, afeta a sociedade civil como um todo, bem como o próprio Poder Público (SUS) no que tange a elaboração de políticas públicas de saúde.

Finalmente, analisou-se de que forma o e. Pretório Excelso, no julgamento da ADI 5529/DF, tratou e sopesou os múltiplos fatores que circundam a delicada situação das patentes de fármacos. Atento ao fato de que a norma objeto da ADI postergava o ingresso dos produtos farmacêuticos ao domínio público, ocasionando severos impactos aos interesses extraproprietários – que devem ser atendidos para se legitimar o domínio exclusivo sobre o bem de produção, conforme consagra a cláusula finalística elencada no art. 5º, XXIX da CRFB –, declarou a sua inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*.

Portanto, embora a lógica de mercado seja preceito da Ordem Econômica, resultando na diminuição de preços e consequente incremento na qualidade do produto ou serviço oferecido aos consumidores – gerando-se o aclamado bem-estar social –, o sistema patentário, sendo um regime de exceção, se justifica na justa medida em que objetiva o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Não obstante, apesar de a exclusiva limitar a concorrência por certo tempo, não pode gerar efeitos que coloquem em risco a preservação dos mercados. Afinal, a chave para assegurar a eficiência econômica está no justo equilíbrio a ser buscado entre o benefício social de

fornecimento de incentivos econômicos para promover a criação e os custos de se limitar a difusão do conhecimento³⁶.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. Everything is Obvious. 66 **UCLA L. Rev.** 2, 2018.

AHLERT, Ivan B. CAMARA JUNIOR, Eduardo G. *Patentes: proteção na lei de propriedade industrial*. São Paulo: Atlas, 2019.

BARBOSA, Denis Borges. A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária. **Revista da ABPI** nº 116. Jan/Fev 2012. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrenca_desleal_vertente_parasitaria.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. Do Requisito de Suficiência Descritiva das Patentes. **Revista da ABPI** n. 113. Jul/Ago 2011.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual: patentes**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A Vedação da Sobreposição de Direitos da Propriedade Intelectual na Ordenação Brasileira. **Revista da ABPI** nº 162. Set/Out 2019. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/05-a-1058-pedro-marcos-nunes-barbosa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: o caso da usucapião de patentes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁶ HOVENKAMP, Herbert. [et. al.] **IP and Antitrust: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law**. New York: Aspen, 2006, p. 10.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

FORGIONI, Paula A. Incentivos, Desincentivos e Extensão do Prazo de Patentes. **Revista da Emarf**, Rio de Janeiro, mai./out, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *livro eletrônico*.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial**. v. II. 3ª ed. Anotado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa, Lúmen Juris, 2010.

GRAU-KUNTZ, Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. Disponível em: https://ibpieuropa.org/?media_dl=327. Acesso em: 02 out. 2021.

HERINGER, Astrid. **Patentes farmacêuticas & propriedade industrial no contexto internacional**. Curitiba, Juruá, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. [et. al.] **IP and Antitrust**: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law. New York: Aspen, 2006.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**: condições legais de obtenção e nulidades. Barueri: Manole, 2006.

LEONARDOS, Gabriel. **A pandemia e as patentes farmacêuticas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/34195CB08A7192_APandemiaeasPatentesFarmaceuti.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

POSNER, Richard A. LANDES, William M.. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Belknap Press, 2003.

RIESS, Eduardo. **Exceção Bolar (art. 43, inciso VII da LPI): limites finalístico e temporal**. Disponível em: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2020/11/A1061-ARTIGO-Eduardo-Riess-V3.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência**: uma introdução jurisprudencial. Coimbra: Almedina, 2008.

STF, Plenário. ADI 5529/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 12.05.2021.

STJ, 3ª Turma. REsp 1.721.711/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 17.04.2018.

STJ, 3ª Turma. REsp 1.855.136/SE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 15.12.2020.

TRF-2, 2ª Turma Especializada. AC n. 2005.51.01.534005-6, Rel. Des. Fed. ANDRÉ FONTES, j. 11.12.2007.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A INEFICIÊNCIA TRAZIDA PELA EXTENSÃO DE PRAZO DE VIGÊNCIA DE PATENTE NO BRASIL NO CONTEXTO DAS TECNOLOGIAS FARMACÊUTICAS

Lívia Barboza Maia¹

Resumo: O presente trabalho trata de analisar, sob o ponto de vista da análise econômica do direito da Propriedade Intelectual, como abordada por Richard Posner, os efeitos da extensão de prazo de patente advinda do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial sobre a seara farmacêutica. Para tanto, serão considerados os núcleos de interesse do titular, da concorrência, do Estado e do consumidor. Diante de tal análise, verificar-se-á que a regra da extensão de prazo de patente, recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, gera ineficiência.

Palavras-chave: patente; prazo; propriedade industrial.

INTRODUÇÃO

O artigo busca investigar o impacto na eficiência econômica com a prorrogação do prazo de vigência de patente, através da disposição legal do parágrafo único do artigo 40 da Lei 9.279/1996. Antes de adentrar propriamente nessa discussão foi necessário traçar alguns conceitos e determinar algumas delimitações no que tange a proteção das patentes no Brasil.

¹ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Com a delimitação do objeto de estudo, as patentes, se fez necessário entender como a Propriedade Intelectual é percebida pela corrente da vertente econômica do Direito. Mais propriamente, discutiu-se sob a vertente da Escola de Chicago como a Propriedade Intelectual pode gerar eficiência no sistema jurídico. Para tanto, os estudos de Posner foram essenciais à medida que o jurista analisou os impactos dessa seara na criação de eficiência, bem como também apontou onde ela poderia gerar ineficiência.

Traçados os limites do suporte argumentativo, o artigo adentrou no impacto econômico que a prorrogação de patente prevista no, recentemente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial Brasileira pode gerar seara farmacêutica. Nesse sentido, foi necessário entender as peculiaridades do sistema de saúde no Brasil de modo a averiguar os impactos da prorrogação frete ao titular da patente, à concorrência, o consumidor e o Estado.

O presente artigo, portanto, tem como objetivo analisar a prorrogação temporal de patentes no Brasil sob o viés da vertente econômica, principalmente no que tange às teorias econômicas da análise do Direito em Posner.

1 O REGIME LEGAL DAS PATENTES NO BRASIL

A patente de invenção trata de um direito conferido pelo Estado que versa sobre o poder jurídico de exclusão de terceiros na exploração de determinado conteúdo tecnológico. Contudo, a lei brasileira (9.279/96 - LPI) não trouxe em seus artigos um conceito preciso do que se possa entender por patente. Ao contrário, a fonte legislativa positiva tratou, apenas, de especificar quais as bases mínimas para que se obtenha a concessão de uma patente, bem como exemplificou alguns casos em que não se poderá obter tal tipo de titularidade.

Muito já se discutiu², principalmente no início do século XX, sobre a natureza jurídica da patente. Pode-se dizer que o debate travado se concentrou em dialogar sobre (a) a essência proprietária³ *stricto sensu*, (b) a natureza de monopólio⁴ e (c) a caracterização como exclusiva.

Em que pesem as correntes apontadas, compreende-se que a patente trata de uma forma de propriedade. Deste modo, adota-se, para o presente estudo, o uso da expressão “propriedade concorrencial”⁵.

² “Durante os primeiros 50 anos do século XX, as discussões na área do direito da propriedade intelectual centraram na determinação de sua natureza jurídica. O âmago da discussão naquela época era encontrar a melhor entre as diversas teorias que justificasse o sistema de proteção às criações intelectuais, principalmente a manutenção do sistema de patente. Isso porque, durante o final do século XIX, a Europa foi atingida por uma onda de liberalização econômica que objetivava romper todas as amarras comerciais e monopólios existentes para a promoção do comércio internacional.” DIAS, José Carlos Vaz e. Aspectos legais relativos à cotitularidade de invenções: o código civil e a lei de inovação em perspectiva. *In*: BARBOSA, Denis Borges Org. **Direito da Inovação**: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais, Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado (modificações à Lei de Licitações). 2ª ed. ver e aumentada. P. 343-366. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 345.

³ “O surgimento de novas e importantes formas de riqueza, diversas da imobiliária e muitas vezes conflitantes com ela, está na origem dos conceitos de propriedade comercial e industrial.” PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 157.

⁴ “Novos métodos de produção ou novas mercadorias, especialmente: as últimas, não conferem por si a posição monopolista, mesmo se usadas ou produzidas por uma única firma. Os produtos decorrentes de um novo método têm de concorrer com os fabricados de acordo com sistemas antigos e a nova mercadoria deve ser promovida, isto é, criar a sua própria curva de procura. De maneira geral, nem as patentes nem as práticas monopolistas podem evitar essa situação. Mas o podem especialmente em casos de superioridade espetacular do novo método, sobretudo se pode ser alugado, como ocorre com a maquinaria na indústria de calçados, ou no caso de novas mercadorias, cuja curva permanente de procura foi estabelecida antes do prazo de caducidade da patente” SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 129.

⁵ “No entanto, e fique isso claro, para os efeitos de nosso entendimento, as sutilezas de categorização que distinguem propriedade *stricto sensu*, monopólios, exclusivas e outras noções análogas não afetam o uso – que entendemos adequado – da

Aliás, a adoção da natureza jurídica da patente na forma de propriedade também prestigia o teor legal exposto na Lei de Propriedade Industrial⁶ que dispôs que será conferido ao autor do invento o direito de patente que garantirá a propriedade.

Em se tratando, portanto, de *uma forma de propriedade* há quem a enquadre na forma de propriedade resolúvel⁷. Para tanto, o advento do termo⁸ seria o limite cronológico estabelecido na Lei 9.279/1996 de vigência da patente, e, após esse prazo, estabelecer-se-á o domínio público⁹ no qual toda a sociedade poderá gozar¹⁰ da tecnológica livre de *prévias autorizações* ou pagamento de *royalties*.

expressão *propriedade concorrencial*, atribuída ao tipo de exclusividade instituída no nosso direito para proteção dos bens incorpóreos resultantes da produção intelectual.” BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade intelectual**: uma introdução à propriedade intelectual, bases constitucionais da propriedade intelectual, a doutrina da concorrência, a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional, propriedade intelectual e tutela da concorrência. Tomo I. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82.

⁶ Brasil. Lei 9.279/1996. Artigo 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

⁷ “Na presente obra se adotará a perspectiva da patente de invenção (logo um *locus patrimonial*) enquanto modalidade constitucional inserida dentro da matriz proprietária móvel, no seu viés imaterial e resolúvel, sem se olvidar da sua seara existencial atinente aos valores da personalidade.” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. No mesmo sentido PIERANGELI, José Henrique. **Crimes Contra a Propriedade Industrial. Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

⁸ “A propriedade resolúvel é uma propriedade temporária. O direito de propriedade tem natureza perpétua, portanto, a temporariedade é uma exceção.” MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 846.

⁹ “Por tudo isso, parece-nos que a melhor qualificação para as obras em domínio público é mesmo “bens de uso comum do povo”, ainda que sujeita a certas particularidades, que não são suficientes, entretanto, para descaracterizá-la.” BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 162.

¹⁰ “O direito autoral de exploração é limitado no tempo. Decorrido o prazo de exploração, a exploração passa a ser *communis omnium*: todos têm o direito

O depósito do pedido de patente trata, na prática, de uma *permuta*¹¹ entre o titular da patente e o Estado – um verdadeiro sinalagma. De um lado cria-se o invento, deposita-se o pedido de patente junto ao INPI e ao final do procedimento administrativo, havendo preenchimento dos requisitos, haverá a concessão da patente ao titular. Ressalta-se que inventor é aquele que cria o invento (ou seja, o sujeito de direito que resta existencialmente vinculado a sua criação) e que o titular é quem goza dos liames patrimoniais, por isso podem ser dois agentes diferentes. O depósito da patente deverá conter toda a descrição suficiente¹², de forma que um técnico no assunto seja capaz de executar aquele invento.

Deste modo, a ‘troca’ acima referida se trata de disponibilizar a toda a sociedade o conhecimento (estado da arte) do invento, suficientemente descrito, para que, numa verdadeira “contrapartida social”¹³, o Estado garanta a exclusividade da exploração por um lapso temporal predeterminado. Superada a vigência da *interdição*, será lícita a todos

autoral de exploração. Essa é a verdadeira interpretação. Não é o uso que se fez público; fêz-se pública a res, como o mar e o ar” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XVI. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 92.

¹¹ “Segundo a sua doutrina: o direito sobre bens imateriais tem origem na criação; pois, se é certo que o trabalho constitui o fundamento da propriedade, ao mesmo tempo que sua fonte originária, toda criação deve ser um modo de adquirir direitos sobre o objeto criado. Assim, o inventor, e o mesmo se diga do autor, seria o primeiro a invocar esse princípio para submeter a sua descoberta à apropriação exclusiva de que é suscetível” 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. 74.

¹² “As provas carreadas aos autos, corroboradas pelo laudo pericial, evidenciam que as patentes anuladas apresentam insuficiência descritiva, deixando de atender ao disposto nos artigos 24 e 25 da LPI, uma vez que a simples leitura das mesmas não possibilita sua realização por um técnico no assunto, ensejando, dessa forma, a declaração de nulidade das mesmas” TRF-2, 1ª Turma Especializada, J.C Aluisio Mendes, AC 2007.51.01.805602-0, DJ 05.12.2011.

¹³ SILVA, Miguel Moura e. **Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 479.

a utilização do invento sem que seja necessário obter autorização ou pagar *royalties*.

Sabe-se que a proteção por propriedade industrial pode induzir, na prática, uma concentração de poder econômico¹⁴ (quicá poder de mercado) ao interditar um nicho por hiato temporal determinado em Lei, em favor do titular dos direitos de exclusiva. No que se refere às patentes, essa exclusividade conferida nada mais é do que uma sanção positiva¹⁵, uma forma de estímulo ao investimento em inovação. Concede-se a exclusiva visando o sinalagma: o titular oferece à sociedade a descrição de seu invento e, por um período predeterminado, goza de um direito de propriedade sobre um bem de produção.

Vige no Brasil o sistema patentário que considera como propriedade dois tipos distintos de inventos¹⁶, quais sejam, o modelo de utilidade e a patente de invenção.

¹⁴ “Mas o problema da concentração de riqueza não se fica apenas pela assimetria de poder que tende a gerar. A conversão desse poder econômico em político pode ser vista como uma ameaça ainda maior ao próprio sistema democrático.” SILVA, Miguel Moura e. Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial. Coimbra: Almedina, 2008, p. 11.

¹⁵ “Por outro lado, vale lembrar que, lamentavelmente empobrecido pelo positivismo jurídico, como argutamente observou Miguel Reale, o elevado conceito jurídico de sanção, até mesmo por seu étimo, acabou reduzido à ideia de punição, entendido como mera aplicação da coação, perdendo-se muito da potencialidade criativa do instituto, ao restringi-lo ao emprego exclusivo da administração imperativa e em nada contribuindo para a exploração das ricas alternativas que abre o campo da administração consensual, cujo emprego permite o máximo de sinergia na rica interação Sociedade-Estado. Em boa hora, a doutrina contemporânea, ao redescobrir a natureza binária da sanção, com ela restabeleceu o conceito de premiação pela adimplência, como alternativa construtiva à alternativa polar da punição pela inadimplência, abrindo, desse modo, um imenso espaço de aplicação às sanções premiais no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, agora examinadas, de fomento público”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 578.

¹⁶ “Invenção é a criação industrial maior, objeto da patente de invenção, à qual, tradicionalmente, se concede prazo maior e mais amplidão de proteção. Assim, invento é termo genérico, do qual invenção é específico.” BARBOSA, Denis Borges.

Para que seja configurado um modelo de utilidade, segundo disposição legal, o objeto deve ser de uso prático¹⁷, suscetível de aplicação industrial, com apresentação de nova forma¹⁸ ou disposição, que envolva ato inventivo¹⁹ e, ainda, deve resultar em melhoria funcional no uso ou na fabricação. O objeto deve possuir formato tridimensional, a exemplo de ferramentas, maquinário, utensílios, instrumentos etc.

A proteção ao modelo de utilidade é conferida por 15 (quinze) anos contados da data do depósito. Quando da vigência da regra do parágrafo único do artigo 40 da LPI não poderia haver hipótese de exclusividade viger por prazo inferior a 7 (sete) anos contado da concessão, ainda que houvesse mora de responsabilidade do INPI. Ao titular do modelo de utilidade, portanto, seria conferido o maior prazo dentre os dois critérios apresentados.

Tratado da Propriedade Intelectual: Tomo II. Patentes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 1106.

¹⁷ “O modelo de utilidade, por sua vez, seria o equivalente à “pequena-invenção”, ou seja, o aperfeiçoamento da invenção anteriormente registrada.” Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2ª Câmara Cível, Des. Gisela Costa, AC 439-56.2002.8.06.0112/1, Protocolo 16.12.2005.

¹⁸ “A mera constatação de que o modelo utilidade apresenta nova forma com relação a outros objetos presentes no mercado não é suficiente para fundamentar o registro de sua patente, pois o artigo 9.º da Lei n.º 9.279-96 apenas autoriza o deferimento de tal privilégio para o objeto de uso prático que, além de apresentar nova forma ou disposição, resulte também em melhoria funcional no seu uso ou fabricação. IV – Se, consoante os termos do requerimento e do relatório descritivo, o objeto da reivindicação da patente de modelo de utilidade ficou restrito apenas ao sistema de regulagem gradual de vazão em registros de gás, o qual já havia sido antecipado em uma patente de invenção, inexistente fundamento para o deferimento do privilégio com base nas alegadas melhorias funcionais decorrentes da melhor vedação do registro e do caráter mais célere e menos oneroso do processo de fabricação, as quais não foram reivindicadas expressamente.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2003.51.01.512899-3, DJ 09.12.2010.

¹⁹ “No caso da análise de um objeto funcional, com o objetivo de que este ou parte deste seja considerado MODELO DE UTILIDADE, o referido objeto terá de possuir o requisito de ato inventivo, ou seja, atividade inventiva em menor grau de consistência.” TRF2, 1ª Turma Especializada, JC. Aluísio Mendes, AC 1999.51.01.526157-0, DJ 30.09.2008.

A patente de invenção trata de bem incorpóreo criado através de atividade inventiva humana, pertencente ao campo da técnica, não podendo ser anteriormente conhecido. A proteção não trata da forma em si, mas do efeito técnico-funcional que pode ser capaz de produzir. Exemplificadamente costumam ser objeto de patentes de invenção produtos industriais (compostos, composições, objetos, aparelhos, dispositivos, etc.), usos específicos e as atividades industriais (tais como os processos).

A proteção à patente de invenção é conferida por 20 (vinte) anos contados da data do depósito. Quando da vigência da regra do parágrafo único do artigo 40 da LPI não poderia haver hipótese de a exclusividade vigor por prazo inferior a 10 (dez) anos contados da concessão. Ao titular da patente, portanto, seria conferido o maior prazo dentre os dois critérios apresentados.

Entretanto, recentíssima, decisão do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional²⁰ o parágrafo único do artigo 40 da LPI, passando as patentes a vigorem sob o prazo expresso no *caput* do mesmo artigo.

2 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL VISTA SOB O PONTO DE VISTA DA VERTENTE ECONÔMICA DE POSNER

Como não se desconhece, Richard Allen Posner²¹, juiz, jurista estadunidense e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, é um dos expoentes da Análise Econômica do Direito e defende que a *common law* teria como melhor definição aquela na qual os juízes estivessem tentando a promoção da eficiência²² econômica.

²⁰ ADI 5569, Min. Rel. Dias Toffoli, DJ 12/05/2021, acórdão publicado em 01/09/2021.

²¹ Disponível em: <https://home.uchicago.edu/~rposner/biography>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²² “Veja a utilidade como o tribunal final em todas as questões éticas, mas ela deve ser utilidade em seu sentido mais amplo, firmada nos interesses do homem

Para o jurista a maximização da riqueza²³ deveria ser uma meta política, legal e social.

Ao estudo do Direito, segundo o *Law and Economics*, são aplicados métodos econômicos, em especial o da microeconomia²⁴, às questões jurídicas. Importante alertar que a busca pela eficiência não tem como objetivo somente a eficiência de lucro para o titular/criador, mas considera a eficiência perante toda a sociedade²⁵, bem como alertou a Professora Paula Forgioni²⁶ de que a exclusividade também deve ser lida como um incentivo competitivo às sociedades empresárias e não somente como um *poder divino de propriedade*. Ainda, segundo Posner deve-se analisar as questões jurídicas através de um olhar pragmático²⁷ e, portanto, o estudo proposto aqui sobre a Propriedade Intelectual afasta os aspectos morais²⁸.

enquanto um ser que progride.” MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 51.

²³ “As pessoas *meio que* entendem a diferença entre riqueza e utilidade. Entendem que, conforme a riqueza cresce, seu acréscimo passa a significar cada vez menos. Mas, quando avaliam distribuições de utilidade, esquecem por completo disso e tratam a utilidade exatamente como se fosse riqueza. Confundem utilitarismo e riquismo. Assim, incontáveis filósofos condenaram o pobre e inocente utilitarismo por crimes contra a humanidade.” GREENE, Joshua. **Tribos Morais. A tragédia da Moralidade do Senso Comum**. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 292.

²⁴ Crítica à essa escola foi feita pela Professora Paula Forgioni mas, ainda assim, ensina que é preciso estar abertos ao uso de instrumentos desenvolvidos pela microeconomia. FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

²⁵ “O direito mercantil não é concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado; o interesse da empresa é protegido na medida em que implica o bem do tráfico mercantil.” FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 134.

²⁷ POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. IX.

²⁸ “Isso é compatível com o princípio geral, que me parece prudente, segundo o qual os juízes não devem tomar partido em questões morais.” POSNER, Richard Allen.

O primeiro dado importante para a análise aqui pretendida é que a Propriedade Intelectual costuma ser fonte de produção de novas riquezas. Posner e Landes, inclusive, ao discorrem sobre o assunto em obra específica²⁹ concluíram que a Propriedade Intelectual é parte importante da economia estadunidense. Diante desses fatos, vários estudiosos buscam no estudo à luz da economia a averiguação do impacto que a matéria pode causar. Para Posner, na verdade, o estudo tem como objetivo buscar a melhor forma de eficiência desses direitos.

A importância econômica da Propriedade Intelectual não está somente nas patentes. Veja, à título exemplificativo, o caso das marcas. A função primordial de uma marca é proteger o empresário, ou seja, o signo é intrinsecamente atrelado ao empresário para que o distinga dos demais³⁰. Ocorre que hoje o signo que a princípio serviria apenas a distinguir o empresário foi atribuído valores econômicos vultuosos. Anualmente são divulgados rankings das marcas mais valiosas do mundo e os bilhões e milhões de dólares a elas atribuídos consideram tão somente o signo sem parque industrial, bens imóveis, segredos de negócio, *know how* etc. Atualmente³¹ a marca mais valiosa do mundo, Apple, valeria US\$ 263 bilhões.

Quando o Estado brasileiro cria a exclusividade e interdição artificial do mercado através da patente serve a atitude como uma forma de premiação àquele que inovou. O incentivo pode ser lido, ainda, sob a teoria de Locke como o fato de que a criação geraria o direito aos

A problemática da Teoria Moral e Jurídica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 212.

²⁹ “Nevertheless it is apparent that intellectual property is a large and growing part of the U.S. economy in general and of U.S. foreign trade in particular.” LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. **The Economic Structure of Intellectual Property Law.** EUA: Harvard University Press, 2003, p. 03.

³⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Do direito de marcas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

³¹ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/26/apple-ultrapassa-a-amazon-e-volta-a-ser-a-marca-mais-valiosa-do-mundo>. Acesso em: 16 fev. 2021.

criadores/titulares de seus frutos. Segundo a doutrina clássica³² da análise econômica tal premiação seria essencial para a inovação³³, eis que com a proteção teria o titular sua expectativa de recuperar o investimento e de poder usufruir do lucro³⁴.

Em que pese o inegável benefício da proteção adquirida pela Propriedade Intelectual, segundo o ponto de vista da análise econômica, não se deve imaginar que ela deva ser a regra. Ao contrário, deve haver uma liberdade na imitação³⁵ de modo que com isso haja a possibilidade de existência de concorrência. Deve haver um equilíbrio entre a proteção (sempre com previsão expressa e com requisitos objetivos) e a liberdade da concorrência para que se atinja a eficiência.

³² MAZZOLENI, Roberto; NELSON, Richard. (1998) Economic theories about the benefits and costs of patents. **Journal of Economic Issues**; v. 32, n. 4, 1998.

³³ “A controvérsia sobre a real necessidade de uma lei de patentes para impulsionar a atividade inventiva não é recente. Machlup e Penrose (1950) relatam os descontentamentos com as patentes em diversos países europeus na segunda metade do século XIX.” CABELLO, Andrea Felipe; PÓVOA, Luciano Martins Costa. Análise econômica da primeira Lei de Patentes brasileira. **Estud. Econ.** vol.46 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400879#fn15. Acesso em: 16 fev. 2021.

³⁴ “O problema - ao qual não se costuma dar o devido destaque - reside no fato de que a garantia do bom retorno econômico decorre da exclusividade concedida e, portanto, da ausência de força concorrencial que pressionaria a redução dos preços e o aumento da qualidade; é fato que o titular do direito de propriedade intelectual muitas vezes consegue impor aos consumidores preços mais altos dos que praticaria caso enfrentasse a competição. A distorção gerada pelos privilégios exclusivos altera o funcionamento do mercado, sujeitando os adquirentes às agruras dos preços de monopólio.” FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 139.

³⁵ “A fundamental principle of American law is that competition is not a tort, that is, an invasion of a legally protected right. Freedom to imitate, to copy, is a cornerstone of competition and operates to minimize monopoly profits.” LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 23.

Veja-se que, inclusive, poder-se-ia entender pela existência de eficiência econômica³⁶ no mercado da cópia³⁷ vez que movimentam produtores dos insumos, consumidores e, inclusive, tendem a disseminar o objeto copiado. De outro lado, como também apontou Posner, o apontamento de dano pela contrafação não pode ser algo pressuposto. Há cenários no qual o comprador do produto contrafeito não seria um consumidor em potencial do produto original. Esse, por exemplo, é o caso do mercado de consumo conspícuo onde o comprador de uma bolsa que custa 50 reais em um mercado popular, não é um consumidor em potencial da bolsa original que custa milhares de reais³⁸.

Entretanto, sob o ponto de vista da eficiência mesmo que o titular não esteja atingido seus lucros em relação a cópia é necessário averiguar se haveria outros danos ao titular, bem como se haveria outro agente lesado. Em relação a outros danos ao titular é possível, em determinados tipos de mercado como o do consumo conspícuo já citado, recordar que há no uso de seus bens um certo *status*³⁹ agregado,

³⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 46.

³⁷ “Há que ter bem presente que a grande directriz que encontrámos nesse domínio não foi a do repúdio da cópia ou da imitação, mas a da reacção contra o risco de confusão. É apenas por trazer (e se trazer) este risco que o acto de cópia é rejeitado. E que só a confusão traz a deslocação de clientela, que as regras sobre a concorrência desleal querem evitar.” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 422.

³⁸ Vale menção, neste aspecto, o famoso caso Prada vs. Prada: “Sob esse aspecto, é evidente que não poderia prosperar o pedido, pois os produtos da autora e os comercializados pelas rés são distintos quanto à origem, qualidade, espécie, valores e ao público a que se destinam. Os produtos da ré contêm o logotipo da empresa italiana Prada, com a expressão “Milano” logo abaixo da marca; são artigos de luxo, comercializados pela ré em boutiques exclusivas, destinadas a um público selecionado, que jamais iria confundi-los com roupas e acessórios do vestuário de uso comum ou roupas e acessórios do vestuário para a prática de esportes (cfr. registro de fls. 33 - classe Produtos/Serviços: 25.10 e 20), produzidos pela tradicional fábrica de chapéus “Prada” TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Alexandre Germano, Apelação Cível 1039924-1, Julgado em 26.09.2000.

³⁹ “Para o homem ocioso, o consumo conspícuo de bens valiosos é um instrumento de respeitabilidade. [...] À medida que acumula riqueza, desenvolve-se a classe

bem como uma espécie de pertencimento a um grupo social. Portanto, a proliferação de cópias tende a reduzir o valor agregado do produto que, até então, por ser de luxo não deveria estar ao alcance de todos.

Não se pode ignorar, ainda, que na relação de exclusividade o titular/criador e os consumidores não são os únicos interessados. O Estado, quem confere proteção, tem relevante interesse seja porque um titular dispense dinheiro com taxas de pedido e de manutenção de registros, seja porque comumente o mercado de cópias está relacionado aos serviços informais. Portanto, esses produtos tendem a não arrecadar impostos e o setor não costuma gerar empregos formais para que o Estado possa arrecadar as contribuições trabalhistas e previdenciárias.

Em relação ao direito limitado no tempo para a Propriedade Intelectual há eficiência, enquanto do contrário o segredo talvez não geraria melhores resultados. Quando um criador/titular de direito de patente busca proteção no INPI toda a documentação está disponível⁴⁰ ao público que, após o lapso temporal de vigência da exclusividade, poderá não somente copiar, mas utilizar esse conhecimento como matéria-prima para desenvolvimento de novas criações. Ou seja, além do Estado ganhar com o pagamento de manutenção da exclusividade, o domínio público ganha ao se tornar cada vez mais graúdo.

Verificou-se que o sistema da Propriedade Intelectual está permeado por decisões que tendem a beneficiar a eficiência econômica. Em que pese o sucesso comercial não seja requisito para a proteção, a exclusividade é conferida pelo Estado com o intuito de que por de-

ociosa em suas funções e em sua estrutura, surgindo dentro dela uma ulterior divisão. Surge um sistema mais ou menos elaborado de status e posições. Esta diferenciação ainda mais se acentua pela herança de riqueza e a conseqüente herança de fidalgia.” VEBLEN, Thorstein. **Teoria da classe ociosa**: um estudo econômico das instituições. São Paulo: Nova Cultural, 1983, p. 80-81.

⁴⁰ Exceto pelo período de sigilo estabelecido pela lei no artigo 30 da LPI. Há, ainda, as patentes de interesse à defesa nacional que serão sempre sigilosas, artigo 75 da LPI.

terminado lapso temporal o titular possa usufruir do mercado interdito. O titular, portanto, naquele período não deverá estar sujeito à concorrência. Ocorre que acaso a tecnologia patenteada tenha mero intuito de excluir a concorrência poderá, então, haver nesse caso uma redução ou mesmo ineficiência.

Em relação a eficiência possivelmente gerada pela proteção através da Propriedade Intelectual há questionamento se o excesso de proteção poderia ter o efeito contrário⁴¹ e, então, frear a inovação. Posner e Landes⁴² apontam, inclusive, que o aumento de proteção para patente no Japão não teve impacto na inovação. Em relação à abrangência da patente a lei brasileira determina requisitos objetivos pelos quais deve cada titular/criador apresentar durante o exame da patente. Entretanto, é a extensão do prazo que melhor deve ser analisada para averiguar se estaria adequada à melhor eficiência perante a sociedade.

⁴¹ “In addition to Merges’s explanation, I believe there is a more subtle political motivation for PPIs in drug research. Big drugmakers are in a bind when it comes to patent law. Because of gridlock costs, they should be aligned with the rest of high-tech America. They should favor reforms that increase their ability to assemble patents and discover new drugs. Instead, they ally with biotech and other creators of basic research inputs. Why? It’s because Big Pharma views the generic drugmakers as an even bigger threat than the biotech competitors. Billions in profits disappear overnight when patents expire, generics hit the market, and prices drop. Even a few extra months of patent protection can be worth a fortune.” HELLER, Michael A. **The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives**. New York: Basic Books, 2008, p. 71.

⁴² “The foregoing analysis suggests grounds for skepticism that the existing level of patent protection is essential to enabling inventors to recover their fixed costs. These grounds are reinforced by a growing body of empirical studies illustrated by a study of Japanese patent law that, using patent citations and other proxies for evaluating the relative contribution of different patents to technological progress, found that Japan’s expansion of patent rights in 1988 had no effect on innovation or R&D.⁷³ There is also evidence that the patenting of computer software actually retards innovation.” LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 326.

Embora haja diversos estudos econômicos sobre os impactos do tempo de monopólio gozado pelo titular da patente, o trabalho busca investigar o impacto na eficiência que na realidade brasileira a extensão do prazo de patente causou na seara farmacêutica.

3 A INEFICIÊNCIA ECONÔMICA TRAZIDA PELA EXTENSÃO LEGAL DE VIGÊNCIA TEMPORAL DE UMA PATENTE NA SEARA FARMACÊUTICA

3.1 LIMITE TEMPORAL DA TITULARIDADE

O lapso temporal de vigência da patente deve ser predeterminado, pois que esse dado trata de legítima expectativa da sociedade, e mesmo dos concorrentes, de modo que possam agir de maneira lícita e não incidirem em atos contrafeitos. As datas de início e fim do período da exclusividade devem ser predeterminadas e públicas, de modo a conferirem segurança jurídica e até mesmo previsibilidade ao mercado⁴³ que poderá se reorganizar quando o produto ou objeto da patente estiver disponível⁴⁴. No limite temporal de vigência de uma patente está o cerne da discussão presente nesse trabalho.

A data de início do período de exclusividade não atrai para si grandes discussões ou incertezas, visto que a Lei de Propriedade Industrial prescreve em seu artigo 40 que a exclusividade, uma vez

⁴³ “Teoricamente, o mercado é o local onde sujeitos econômicos se encontram, objetivando a troca. O encontro entre indivíduos que pretendem estabelecer a troca pode ocorrer em mercado onde prepondera a concorrência ou, então, em mercado sujeito a monopólio, privado ou estatal, legal ou de fato.” GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187.

⁴⁴ “Por outro lado, não pode ser desconsiderado que os direitos patentários constituem uma restrição à concorrência e a liberdade de iniciativa, que vêm a ser os fundamentos da Ordem Econômica insculpidos na Constituição da República vigente e a sua concessão deve ser encarada como uma exceção. A prorrogação de uma patente iria constituir em violação de ato jurídico perfeito e direito adquirido da sociedade em ter o privilégio em domínio público.” TRF-2, 1^a Seção Especializada, Des. André Fontes, EIAC 200002010074530, DJ 15.02.2008.

concedida, vigorará – retrospectivamente – desde a data do depósito. Portanto, ainda que na data de depósito nasça para o titular uma mera expectativa⁴⁵ de direito, com a decisão do INPI concedendo o pedido de patente os efeitos retroagirão até o marco do início do processo administrativo.

No entanto, ressalta-se que a compensação pelos atos de contrafação somente poderá ter seu cômputo a partir da publicação do pedido e a razão se funda na proteção ao terceiro de boa-fé. Sabe-se que após o depósito do pedido de patente, por 18 meses, haverá sigilo do conteúdo depositado tornando-se público somente com a publicação do pedido após tal lapso temporal. Ainda há outras hipóteses em que o sigilo perdurará mesmo após o ano e meio, por exemplo, no tocante às tecnologias que tratam de interesse à defesa nacional mantidas secretas por prazo muito maior.

Já a data de fim do privilégio até então podia não ser possível de previsão e, deste modo, lesando as legítimas expectativas dos agentes que não poderiam se reorganizar sem que ficassem expostos a possíveis atos de contrafação. Esse era o caso das patentes concedidas sob o antigo regime do parágrafo único, do artigo 40, da Lei de Propriedade Industrial, já que previa prazo de vigência de exclusividade não inferior a 10 anos para a patente de invenção e de 7 anos para a patente modelo de utilidade, contados da data de concessão.

Não sendo predeterminada a data da concessão das patentes, eis que seguiria o fluxo de análises da Autarquia responsável, todas as patentes até então concedidas sob esse regime ofereceram a todos os

⁴⁵ “A lei protege apenas as invenções e modelos de utilidade patenteados, cujo privilégio ainda não se haja extinto, inexistindo violação se a patente houver sido anulada ou declarada caduca. A proteção legal em causa também não alcança pedidos de patente em andamento pois constituem mera expectativa de direito do depositante do pedido (...) O objeto do direito (...) é a ideia inventiva e criadora (...) basta que se realize por qualquer forma a invenção privilegiada.” DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009, p. 582.

demais interessados grandes incertezas, por ser impossível determinar o fim do privilégio. Situação que se agravou, considerando que estudo divulgado no ano de 2015⁴⁶ detectou que o Brasil demorava, em média, 11 anos para conceder uma patente.

Diante dessa previsão legal do parágrafo único do artigo 40 da LPI, tramitou no Brasil, especificamente no Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴⁷ que tinha como objetivo impugnar a prorrogação da vigência de patentes. Os principais argumentos utilizados na ação foram: (i) o desestímulo a resolução, em tempo razoável, de processos administrativos de exames de pedidos de patentes, em violação aos princípios da duração razoável do processo – art. 5º, LXXVIII, da CF, e da eficiência da administração pública – art. 37, caput da CF; (ii) deslocamento para os particulares da responsabilização pela demora do Estado em analisar processos administrativos, em ofensa ao art. 37, §6º da CF; (iii) afronta a liberdade de iniciativa e de concorrência, atravancando o desenvolvimento nacional – arts. 1º, IV, 3º, II, 170, *caput* e seus incisos III, IV e V, § único, e 219 da CF; (iv) provocando insegurança jurídica e atenta contra o direito adquirido de terceiros explorar-lhe o objeto – art. 5º, XXVI, da CF; e, (v) afronta ao princípio da moralidade administrativa, contribuindo para o desvio de finalidade do exercício da atividade estatal – art. 37, caput da CF.

A referida ação foi julgada e, em 12 de maio de 2021, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou o parágrafo único do artigo 40 da LPI inconstitucional. Restou ainda decidido que haveria modulação dos efeitos da decisão de modo que haveria efeito *ex nunc* considerando a data de publicação da ata de julgamento, mantendo as extensões de prazos até então concedidas. Entretanto, foi declarado o efeito *ex tunc* em dois casos, quais sejam: (i) para patentes que fossem objeto de litígio em ações propostas até o dia 7 de abril de 2021 (data na qual

⁴⁶ Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pais-demora-11-anos-para-aprovar-patentes,1693427>. Acesso em: 15.11.2020.

⁴⁷ ADI 5529.

o Ministro Relator Dias Toffoli concedeu medida cautelar na ação) e (ii) patentes relacionadas a produtos e processos farmacêuticos, incluindo equipamentos e materiais de uso em saúde.

3.2 OS IMPACTOS DA INEFICIÊNCIA CAUSADOS PELA PRORROGAÇÃO DE PATENTES DA SEARA FARMACÊUTICA

Necessário se faz contextualizar a dinâmica da seara farmacêutica no Brasil para verificar, ao final, a ineficiência causada pela prorrogação de patentes prevista no parágrafo único do artigo 40 da LPI⁴⁸. O Brasil possui uma peculiaridade na questão da saúde que tem impacto nas análises da seara: a existência do Sistema Único de Saúde – SUS. O sistema está garantido na Constituição Federal de 1988, através do artigo 196, e é custeado⁴⁹ com os impostos pagos pelo cidadão, bem como com recursos da União, Estados e Municípios e outras fontes suplementares de financiamento.

O SUS no Brasil representa o maior⁵⁰ comprador de medicamento do país – constitui, destarte, uma forma de monopólio. Deve-se, ainda, considerar as compras que são feitas através de ordem de decisões judiciais. Havendo medicamento em vigência de patente, com a exclusividade que é conferida pelo Estado, a compra do SUS deve dispensar licitação de modo a efetuar a comprar apenas do titular da patente. Com a exclusividade criada fictamente pela patente, cria-se a escassez e, portanto, torna os bens (medicamentos) em mercadorias

⁴⁸ “[...] embora tanto o positivista como o pragmatista se interessem tanto pelas fontes do direito como pelos fatos, o positivista parte das fontes e atribui-lhes um peso maior, ao passo que o pragmatista parte dos fatos e atribui-lhes um peso maior.” POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 391.

⁴⁹ Disponível em: <https://saude.mg.gov.br/sus>. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁵⁰ VARRICHIO, Pollyana C. **SUS: o maior comprador de medicamentos do país**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8021/1/Radar_n52_SUS.pdf, Acesso em: 10 fev. 2021.

que tem seus preços afetados (tornando-se mais altos) pela ausência de concorrência.

Um dos argumentos daqueles que defendiam a manutenção do parágrafo único do artigo 40 da LPI seria o fato de que com a excessiva demora do INPI na análise dos pedidos de patente o tempo restante entre a concessão e o fim da vigência de exclusividade seria exíguo. Entretanto, deve-se recordar que há na legislação desincentivo à entrada no mercado de terceiro quando o artigo 44 da mesma lei previu que a indenização por uso sem autorização é devida desde a data da publicação do pedido de patente (evento que ocorre 18 meses após o depósito). Ou seja, não há *ratio* econômica na argumentação visto que o artigo 44 da LPI é um desincentivo e pode ser usado para reverter o lucro obtido ilicitamente por terceiro que se aventurou no mercado antes de o INPI decidir sobre o mérito do pedido de patente.

Relacionado a esse argumento alegam que esse exíguo prazo estaria, portanto, abaixo da previsão legal de 20 anos de exclusividade, o que poderia violar o acordo-tratado TRIPS. Entretanto, também nesse viés necessário entender que, com a previsão de compensação que retroage a data da publicação, ou seja, há um gozo de fato da exclusividade.

Necessário também combater-se a alegação de que mesmo com a vigência do parágrafo único do artigo 40 da LPI haveria prazo pre-determinado de vigência. Uma vez que esse prazo excepcional nasce com a concessão da patente não há como saber de antemão qual o prazo inicial sobre o qual recairá a extensão. Se juridicamente está-se no campo da insegurança jurídica, sob o viés da eficiência economicamente a incerteza do prazo impede que os concorrentes⁵¹ possam legitimamente se preparem para adentrar no mercado com os medicamentos genéricos.

⁵¹ “Na selva darwiniana, a concorrência é literalmente um genocídio; no mercado econômico, ela é meramente dolorosa e vulgar, e sua antítese não é a paz, mas a cartelização.” POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 310.

Ainda que a concorrência que aguarda para a produção do medicamento de genérico não precise investir na pesquisa e desenvolvimento do produto, ela precisará apresentar uma série de dados perante a ANVISA. Isso porque é necessário registro sanitário para todo e qualquer medicamento que vá ser comercializado no Brasil. Sem a previsibilidade da vigência final da patente os concorrentes não terão a possibilidade de se organizarem internamente de modo que apenas se adequem e efetuem os investimentos necessários para a produção num tempo mais próximo do domínio público. Sob o ponto de vista da concorrência, portanto, há uma perda de eficiência econômica pelo fato de não ser possível prever a data de entrada no mercado. Não se cuida, portanto, de uma questão moral⁵² (quem não investiu em inovação poder lucrar com a mesma), mas sim de arquitetura jurídica em prol da concorrência.

Outro ponto de vista importante de ser analisado é o do consumidor. Essa figura é tão legítima na defesa de interesses quanto o titular da patente e a concorrência (afinal, ambos visam o consumidor). Inclusive pelo fato de que a eficiência econômica da escola da análise econômica do direito também considera o bem estar do consu-

⁵² “As regras morais e jurídicas regem, de um modo complementar, as relações dos membros de uma sociedade; muitas vezes, aliás, elas interagem, podendo os sentimentos morais desempenhar um papel considerável na adoção e na interpretação das leis, podendo a promulgação das leis modificar, por sua vez, os sentimentos morais. Mas, por certos aspectos, direito e moral diferem profundamente. Os ideais morais dependem, de fato, da consciência de cada qual; cada qual é, nessa área, seu próprio juiz e o dos outros, Em contrapartida, quando as regras, tendo-se tomado de ordem pública, são sancionadas por uma coerção legal, apenas o poder judiciário ou administrativo é competente para dizer o direito. Isso porque as normas de direito que determinam uma ordem pública devem comportar regras de procedimento e de prova, que permitam limitar a insegurança jurídica e paliar, graças à designação de magistrados e de funcionários competentes, a ausência de critérios objetivos e impessoais para resolver os conflitos eventuais. Se os princípios propostos pelo professor Rawls para eliminar a arbitrariedade das instituições sociais e políticas fossem de uma evidência que se imporia a todos pela racionalidade, direito e a moral deveriam coincidir em questão de justiça.” PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 180.

midor⁵³. Uma vez que o objeto é produto essencial, medicamento, não há que se cogitar de exclusão de algum consumidor como se faz com produtos de consumo conspícuo.

Sob o ponto de vista do consumidor a eficiência é alcançada quando se torna possível a aquisição do medicamento para o tratamento adequado da moléstia. Durante a vigência da patente, considerando que a infração de patente não é tão comum como, por exemplo, na seara de direitos autorais musicais, o consumidor está adstrito ao medicamento referência. Havendo somente um *player* no mercado espera-se, como de costume, preços maiores do que quando há concorrência. No caso de medicamentos há ingerência da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos⁵⁴ no sentido de que os genéricos (comercializados após o final da vigência da patente) devem ter obrigatoriamente preços menores.

Ainda falando de eficiência para o consumidor é um dado relevante que, segundo estatísticas do ano de 2019, a renda média do brasileiro era de R\$ 1.439,00⁵⁵. Ou seja, o baixo valor da renda mensal influencia no poderio econômico para aquisição de medicamento o que leva ao SUS a demanda. Hoje, segundo o IBGE⁵⁶, cerca de 70% da população depende do SUS. Diante desse dado, necessário verificar o impacto também do ponto de vista do Estado com a extensão do prazo de vigência das patentes.

⁵³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para a obtenção do título Doutro em Direito, 2010, p. 91. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/publico/versao_completa_Roberto_Pfeiffer.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmcd/legislacao/resolucoes>. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁵⁵ Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/renda-domiciliar-per-capita-no-brasil-foi-de-r-1-439-em-2019-segundo-ibge/#:~:text=0%20rendimento%20domiciliar%20per%20capita,2018%2C%20sem%20considerar%20a%20infla%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 fev. 2021.

⁵⁶ Disponível em: <https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/acesso-a-saude-150-milhoes-de-brasileiros-dependem-do-sus/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Por fim, analisando o impacto econômico no Estado é importante lembrar que é o SUS o maior comprador de medicamento, bem como ele atende cerca de 70% da população. Significa que quanto mais tempo houver exclusividade, mais tempo o Estado estará impedido de realizar licitação e, então, tentar obter melhores preços⁵⁷ na aquisição de medicamentos. Economicamente, portanto, cada vez mais alargamos a dependência do Estado.

Recentemente publicou-se interessante estudo econômico do Instituto de Economia da UFRJ sobre “O custo da extensão da vigência de patentes de medicamentos para o Sistema Único de Saúde”⁵⁸. O estudo teve como objeto a investigação do custo para o SUS da extensão proporcionada pelo parágrafo único do artigo 40 da LPI (artigo de lei objeto desse trabalho) e utilizou como base de cálculo medicamentos com maiores gastos nas compras centralizadas do Ministério da Saúde. O artigo concluiu que poderia haver uma redução de 57,4%, o que reais daria 6,8 bilhões, nos gastos se não houvesse a extensão do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial.

Considerando que a eficiência econômica da Propriedade Intelectual deve ser vista por todos os ângulos e não somente por aquele que atenda ao titular, no caso da prorrogação de prazo de patente o

⁵⁷ “Outra forma de rent-seeking é o oposto: vender ao Estado produtos acima dos preços de mercado (aquisição não-concorrencial). As farmacêuticas e os empreiteiros militares destacam-se nesta forma de busca de rendimentos. Os subsídios governamentais públicos (como na agricultura) ou os subsídios ocultos (restrições comerciais que reduzem a concorrência ou subsídios ocultos no sistema tributário) são outras formas de conseguir rendimentos do setor público.” STIGLITZ, Joseph Eugene. **O preço da Desigualdade**. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 102.

⁵⁸ PARANHOS, Julia; MERCADANTE, Eduardo e HASENCLEVER, Lia. O custo da extensão da vigência de patentes de medicamentos para o Sistema Único de Saúde. *Cad. Saúde Pública*, vol.36 no.11 Rio de Janeiro, 2020 E.pub. Dec. 18, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001105013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 fev. 2021.

único ator que é beneficiado é o titular⁵⁹. Enquanto isso, de outro lado, há grande ineficiência para a concorrência, para o consumidor e para o Estado que arca com grandes quantias para custear os tratamentos de saúde dos cidadãos.

4 CONCLUSÃO

Diante da análise do viés econômico no que tange ao prazo de prorrogação de patente no Brasil, através do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, o artigo conclui que o sistema gera ineficiência econômica e, portanto, também sob o ponto de vista econômico teria acertado o Supremo Tribunal Federal ao declarar a sua inconstitucionalidade. A conclusão considerou a poliedria de perfis, ou seja, considerou como ensinou Asquini⁶⁰ diversas facetas que estão atreladas ao sistema de patentes.

Ao submeter a Propriedade Intelectual ao modelo de análise econômica o estudo fugiu da tradicional visão na qual somente o titular é considerado de modo a majorar seus lucros – afinal não existem direitos absolutos. Ao contrário, verificou-se que para a análise adequada da eficiência é necessário que haja equilíbrio entre o lucro do titular, o bem estar do consumidor, o livre fluxo da concorrência e os gastos do Estado com a artificialidade da exclusividade que é criada com a patente.

⁵⁹ “Existem outras formas de conseguir monopólios concedidos pelo Estado. As patentes costumam dar temporariamente ao inventor o monopólio da inovação, mas os detalhes da lei de patentes pode estender a duração da patente, reduzir a entrada de novas empresas e aumentar o poder de monopólio. A legislação norte-americana sobre as patentes tem feito exatamente isso. As leis não são concebidas para maximizar o andamento da inovação, mas sim para maximizar os lucros.” STIGLITZ, Joseph Eugene. **O preço da Desigualdade**. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 106.

⁶⁰ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.

No caso da seara farmacêutica com a presença e alcance do SUS no Brasil a situação ganha ares peculiares, eis que é o sistema único o maior comprador de medicamento. Portanto, qualquer extensão de prazo influenciará diretamente os gastos públicos. No caso da extensão de prazo antes prevista na legislação a situação era mais grave eis que tornava o prazo final de vigência uma incógnita.

A incógnita gerada pelo parágrafo único do artigo 40 da LPI, ao que tudo indica, somente atendia aos interesses dos titulares. Não se discute a mora do INPI, mas busca-se verificar do ponto de vista econômico se a retroatividade da indenização no caso de contrafação não seria suficiente a tutelar os legítimos interesses dos titulares. Veja-se que mesmo com a longa demora do INPI no exame dos pedidos de patentes o ponto inicial da tutela de indenização permaneceu o mesmo e somente, portanto, pretendem mexer no prazo final. Ou seja, somente parecia que a busca se tratava de ampliar a proteção.

Enquanto os titulares buscam cada vez mais proteção, a Propriedade Intelectual vê sua eficiência econômica reduzindo. Quanto mais se prolonga os títulos proprietários menor fica o espaço destinado ao domínio público e mais caras ficam as transações. No caso do estudo enquanto o titular lucra por mais tempo, o consumidor tem seu poder econômico reduzido para acesso a medicamento (sobrecarregando o SUS), a concorrência fica impedida de organizadamente planejar sua entrada no mercado (uma vez que o prazo final não é predeterminado a concorrência não consegue um planejamento econômico adequado) e o Estado que aumenta seus custos (segundo estudo econômico o aumento gira em torno de 6 bilhões de reais) com a compra de medicamentos (sem concorrência não há licitação e, portanto, fica restrito aos preços praticados pelos titulares de patentes).

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.

BARBOSA, Denis Borges. **Do direito de marcas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 297. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade intelectual**: uma introdução à propriedade intelectual, bases constitucionais da propriedade intelectual, a doutrina da concorrência, a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional, propriedade intelectual e tutela da concorrência. Tomo I. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**: patentes. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CABELLO, Andrea Felipe e PÓVOA, Luciano Martins Costa. Análise econômica da primeira Lei de Patentes brasileira. **Estud. Econ.** vol.46 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400879#fn15. Acesso em: 16 fev. 2021.

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.

DIAS, José Carlos Vaz e. Aspectos legais relativos à cotitularidade de invenções: o código civil e a lei de inovação em perspectiva. *In*: BARBOSA, Denis Borges.Org. **Direito da Inovação**: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais,

Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado (modificações à Lei de Licitações). 2ª ed. ver e aumentada. P. 343-366. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Balmes Vega. **Contrafação de patentes: violação de direitos de propriedade industrial com ênfase na área químico-farmacêutica**. São Paulo: LTr, 2004.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GREENE, Joshua. *Tribos Morais*. **A tragédia da Moralidade do Senso Comum**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HELLER, Michael A. **The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives**. New York: Basic Books, 2008.

LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. EUA: Harvard University Press, 2003.

MAZZOLENI, Roberto; NELSON, Richard. (1998) Economic theories about the benefits and costs of patents. **Journal of Economic Issues**; v. 32, n. 4, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para a obtenção do título Doutro em Direito, 2010, p. 91. Disponível em: <https://teses.usp>.

br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/publico/versao_completa_Roberto_Pfeiffer.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

PIERANGELI, José Henrique. **Crimes Contra a Propriedade Industrial. Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XVI. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **O preço da Desigualdade**. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016.

TAUBMAN, Antony; WAGER, Hannu and WATAL, Jayashree. **A handbook on the WIPO TRIPS Agreement**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

VARRICHIO, Pollyana C. *SUS: o maior comprador de medicamentos do país*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8021/1/Radar_n52_SUS.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

VEBLEN, Thorstein. **Teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições**. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

Sites da internet

<http://www.wipo.int/patents/en/>

<https://home.uchicago.edu/~rposner/biography>

<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/26/apple-ultrapassa-a-amazon-e-volta-a-ser-a-marca-mais-valiosa-do-mundo>

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pais-demora-11-anos-para-aprovar-patentes,1693427>

<https://saude.mg.gov.br/sus>

<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmcd/legislacao/resolucoes>

<https://www.poder360.com.br/economia/renda-domiciliar-per-capita-no-brasil-foi-de-r-1-439-em-2019-segundo-ibge/#:~:text=O%20rendimento%20domiciliar%20per%20capita,2018%2C%20sem%20considerar%20a%20infla%C3%A7%C3%A3o>

<https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/acesso-a-saude-150-milhoes-de-brasileiros-dependem-do-sus/>

A PROTEÇÃO DE ESTAMPAS POR DESENHOS INDUSTRIAIS

Beatriz Brito Beserra¹

In order to be irreplaceable one must always be different.

Coco Chanel

The details are not the details. They make the design.

Charles Eames

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o registro de desenhos industriais como meio de proteção das estampas. São destacados traços importantes que definem os desenhos industriais, assim como os requisitos determinados pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI para que a proteção seja garantida. Por intermédio de padronagens icônicas extraídas ou inspiradas de marcas emblemáticas pode-se demonstrar seu caráter ornamental e a relevância e a necessidade de serem devidamente protegidas, além das demais características e distintas aplicações que as tornam aptas para serem consideradas desenhos industriais.

Palavras-chave: direito da propriedade; desenho industrial; ornamento; estampa.

¹ Acadêmica do nono período de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. b.beserra@outlook.com

1 DESENHO INDUSTRIAL: CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

A Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996, atualmente vigente no Brasil, em seu artigo 95 define desenho industrial como sendo *a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.*

Todavia, a proteção jurídica dos desenhos industriais ainda é pouco estudada e explorada no país, o que faz com que os conceitos relativos à matéria, assim como seus meios de proteção, difiram e sejam, algumas vezes, menos desenvolvidos do que em outros países.

Sendo assim, é extremamente pertinente o esclarecimento feito por Denis Barbosa no Tomo IV do *Tratado da Propriedade Intelectual* quanto à diferenciação dos meios de proteção das propriedades intelectuais abarcadas pela legislação brasileira, de modo a não mais restar dúvida a respeito do que consiste a categoria tratada no presente artigo. De acordo com o autor (i) quando técnicas, as criações são protegidas por patentes de invenção ou modelos de utilidade; (ii) quando puramente estéticas, sem aplicação a produto industrial, são protegidas pelo Direito Autoral; e (iii) quando se tratam de uma obra de arte ‘aplicada’, podendo servir de fabricação industrial, são protegidas por desenho industrial.

A proteção em questão se direciona à forma plástica do objeto, ou seja, é necessário que a criação a ser tutelada seja visível (e como tal, predominante), posto que nenhuma forma oculta ou impossível de ser vista pode exercer função ornamental.

Aqui, se faz necessário destacar que o desenho industrial pode tanto ser bidimensional – como os motivos, as linhas e as cores –, quanto tridimensional – como a forma ou a textura. É interessante perceber uma diferença técnica no registro de ambos os tipos de desenho

perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI: quanto se trata de um desenho tridimensional, o texto utilizado no título do registro é iniciado por “configuração aplicada a...”, enquanto ao se tratar de um desenho bidimensional é “padrão ornamental aplicado a...”.

De acordo com o *Manual de Desenho Industrial do INPI*², os requisitos para a concessão do registro são o aspecto ornamental, a novidade, a originalidade, a configuração externa e o tipo de fabricação industrial.

O aspecto ornamental, conforme já disse Gama Cerqueira³, é relativo ao caráter acessório e supérfluo do objeto ou, em outras palavras, ao fato daquele ornamento ser dispensável para o fim a que o item se destina, podendo achar-se aplicado a um objeto útil ou não. Ou ainda, se trata de algo que embeleze ou enfeite o objeto. A forma ornamental, entretanto, deve estar desvinculada da função técnica, não podendo ser considerada necessária para que o produto preencha a sua finalidade.

Como dito por Antonio Luis Figueira Barbosa⁴, nos desenhos industriais predomina ou é exclusivamente empregada a “tecnologia da sensualidade”, a qual diz respeito ao seu caráter persuasivo, que é responsável por formar a subjetividade da preferência e procura dos consumidores.

É importante esclarecer, conforme feito por Denis Barbosa no Tomo IV do *Tratado de Propriedade Intelectual*, o conteúdo da matéria a ser protegido. Não se pode confundir que, no caso dos desenhos industriais, a proteção é conferida ao desenho acessório e não ao produto principal e que ambas as proteções não se contaminam.

² Link: http://manualdedi.inpi.gov.br/projects/manual-de-desenho-industrial/wiki/02_O_que_%C3%A9_considerado_desenho_industrial.

³ GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado de Propriedade Industrial**. V. 1, Seção 114, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴ BARBOSA, Antonio Luis Figueira. **Marcas e outros signos na realização das mercadorias, Sobre a Proteção do Trabalho Intelectual**. Editora UERJ, 1999.

Newton Silveira, em sua obra *Direito do Autor no Design* faz uma importante diferenciação: a arte decorativa ou ornamental se distingue da arte expressiva. Pouillet⁵, por sua vez, acrescenta que o desenho industrial pode aumentar o charme e o valor de um objeto, mas não a sua utilidade e que o desenho artístico pode fazê-lo, por ter uma vida própria e independente.

A Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996, em seu artigo 98⁶, demonstra o mesmo entendimento desses dois autores, visto excluir da proteção de desenhos industriais as obras de cunho puramente artístico, devendo estas serem protegidas por legislação pertinente de Direito Autoral.

A exigência de novidade é outro requisito para o registro de desenhos industriais – positivado no artigo 96⁷ da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996. Em suma – e isso se trata de uma novidade legal extrínseca – eles são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica⁸ e para que uma anterioridade reti-

⁵ POUILLET, Eugène. **Traité Théorique Et Pratique Des Dessins Et Modèles De Fabrique**. Paris: Marchal et Billard, 1903. 4ª ed. pp 33-34.

⁶ LPI/1996. Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

⁷ LPI/1996. Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. § 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 99 da LPI. § 2º Para aferição unicamente da novidade, o conteúdo completo de pedido de patente ou de registro depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado como incluído no estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subseqüentemente. § 3º Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 (cento e oitenta) dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos I a III do art. 12.

⁸ LPI/1996. Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. § 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 99. § 2º Para aferição unicamente da novidade, o conteúdo

re a novidade do desenho industrial, é necessário que ela o reproduza por completo e não de forma parcial.

Os desenhos industriais possibilitam a diferenciação de produtos no mercado, de modo a transcender sua utilidade como bens de consumo. Para avaliar o requisito da novidade de um desenho industrial deve-se questionar se há anterioridade da aplicação do mesmo àquele produto ou a produto análogo. A anterioridade possui tamanha relevância que já foi aceito por determinado tribunal sua comprovação por provas ao invés de por registro de um outro desenho industrial⁹.

Técnicamente, para ser considerado novo, o desenho industrial não deve ter sido tornado público antes da data de depósito. Todavia, não haverá prejuízo da novidade caso a divulgação tenha ocorrido nos 180 dias que precedem o depósito (ou a prioridade unionista, se houver), e contanto que observadas as hipóteses dos incisos I a III do artigo 12¹⁰ da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996. Dito isso, conclui-se que, a contar da data da primeira divulgação do desenho

completo de pedido de patente ou de registro depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado como incluído no estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequente. § 3º Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 (cento e oitenta) dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos I a III do art. 12.

⁹ WRUM, Sabrina. A Guerra das Estampas: briga por autoria de padronagens vai parar na justiça. **Revista Veja** Rio. São Paulo, Abril, 29. 2008.

¹⁰ LPI/1996. Art. 12. Não será considerada como estado da técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida: I – pelo inventor; II – pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou III – por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados. Parágrafo único. O INPI poderá exigir do inventor declaração relativa à divulgação, acompanhada ou não de provas, nas condições estabelecidas em regulamento.

industrial, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, incluindo a *internet*, o requerente possui um prazo de 180 dias para efetuar o depósito do pedido de registro junto ao INPI. Se, porventura, este prazo não for rigorosamente observado, a divulgação anterior poderá servir de fundamento para que o registro seja declarado nulo por ausência do requisito de novidade.

A Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996, em seu artigo 97, define mais um requisito para a proteção de desenho industrial, sendo ele o da originalidade. Para os fins da lei em questão a originalidade diz respeito à uma configuração visual distintiva, dotada de inventividade estética¹¹, que diferencie o objeto ou o padrão de outros no estado da técnica, no sentido da composição do conjunto a ser protegido. O requisito deve ser observado na sua integralidade, na composição ou conjunto ali existente, de modo a dar ao objeto aspecto característico e, não, em seus elementos isolados.

A necessidade de ser original pode ser explicada pelo princípio do contributo mínimo constitucional – análogo à aplicação da atividade inventiva¹² quanto às patentes –, o qual consiste na idéia de um mínimo de contribuição ao conhecimento comum, de modo a ser considerado incorreto o privilégio exclusivo dado ao inventor de uma insignificante novidade e/ou mera alteração de formas.

É de extrema importância destacar que não é requerido que o desenho industrial seja inteiramente novo ou original, sendo apenas necessário que se distinga dos objetos comuns e de desenhos já conhecidos, não devendo se restringir à mera disparidade de dimensões ou a alterações superficiais da sua configuração com relação às já presentes no mercado ou já inseridas no estado da técnica.

¹¹ Voto do Des. André Fontes, Agravo 2007.02.01.009404-2, Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2008.

¹² INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN. **Comentários ao Código de Propriedade Industrial**. São Paulo: Renovar, 2005, p. 176 e 177.

O artigo 96 da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996 estabelece a configuração visual como elemento de comparação entre possíveis objetos anteriores e a eventual nova combinação e que esta comparação deve ser feita com o intuito de se encontrar o que é decorativo.

Parte da doutrina entende que a originalidade é uma característica muito próxima da novidade, de modo que seus conceitos seriam confundíveis e não comportariam maior distinção. Entretanto, aqui, não se compreende ser esta melhor orientação, tendo em vista que, por mais que os conceitos sejam interligados, é necessário identificar os elementos que os apartam. Nem tudo o que é novo é original.

Neste quesito, a proteção conferida ao desenho industrial difere da proteção dada ao direito de autor, visto que esta possui como único requisito, a originalidade, enquanto a primeira depende também do requisito de novidade. De acordo com Newton Silveira, a originalidade é condição em comum para a proteção das invenções e das obras de arte.

A proteção por registro de desenho industrial a qualquer obra de caráter exclusivamente artístico é expressamente vedada pelo artigo 98 da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996. O dispositivo visa eliminar das obras protegíveis, aquelas de efeito expressivo ou estético como principais e não acessórios. Estamos tratando aqui, do princípio da especialidade das proteções. Conforme disposto por Denis Borges Barbosa, em sua obra *Da tecnologia à cultura: ensaios e estudos de Propriedade Intelectual*, cada direito de propriedade intelectual terá a proteção de acordo com o seu desenho constitucional, sem que seja violado o equilíbrio traçado pela Constituição. Ora, não se pode dar uma exclusiva marcária a um objeto que não é marca.

A configuração externa é outro requisito a ser mencionado. Embora elencado pelo *Manual de Desenhos Industriais do INPI*, o conceito não aparece muito na doutrina nacional, ficando restrito à análise de poucos juristas. Independentemente disto, deve-se partir do princípio de que a proteção do desenho industrial visa a forma plástica do objeto – tanto bidimensional, quanto tridimensional –, sendo assim, possível de ser vista.

O último requisito apontado pelo *Manual do INPI*, todavia, e não menos importante, é o de industrialidade, ou seja, o desenho industrial há de ser suscetível de reprodução em escala, massificada ou em série, em formato industrial. É necessário haver uma habilidade técnica industrial já disponível para tal fabricação repetida, sem a intervenção pessoal do homem.

O gosto pessoal, assim como as preferências estéticas e concepções de beleza de cada indivíduo não influenciam no registro de um desenho industrial. Este independe de qualquer consideração quanto à sua qualidade ou bom gosto, até porque o examinador do INPI não é censor ou crítico de arte. Sabe-se que mesmo desenhos industriais feios ou toscos podem ser registrados, desde que preencham os requisitos legais. Todavia, na esteira da liberdade de criação e expressão, certos limites devem ser respeitados. Existe uma restrição legal positivada no inciso I do artigo 100 da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996, que diz ser irregistrável o desenho industrial que for contrário à moral e aos bons costumes, que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou que atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso, ideia ou sentimento digno de respeito e veneração.

2 ESTAMPAS: SUA PROTEÇÃO POR DESENHOS INDUSTRIAIS E EXEMPLOS ICÔNICOS

Como já visto no presente estudo, os desenhos industriais são de grande importância para uma grande variedade de produtos da indústria em geral, abrangendo a proteção de relógios, jóias, brinquedos, embalagens, recipientes, peças automobilísticas, estampas têxteis e muitos outros. Porém, o registro não se aplica à proteção dos aspectos técnicos, funcionais ou tecnológicos de produtos, nem à proteção de marcas e logotipos. Ele apenas se destina a proteger a aparência deles, seu aspecto ornamental.

O desenho industrial bidimensional é essencialmente formado por duas dimensões (altura e largura). Trata-se de conjunto ornamen-

tal de linhas e cores que possa ser aplicado à superfície de um produto tridimensional, seja como estampa, padrão de superfície ou representação gráfica em geral. O padrão ornamental de linhas e cores pode ser apresentado aplicado no produto definido no título do pedido ou, alternativamente, em uma vista planificada.

O aspecto ornamental diz respeito à finalidade da proteção oferecida a um determinado desenho industrial, a qual não pode ser conferida a aspectos técnicos e funcionais. São as características decorativas responsáveis pela aparência do produto.

2.1 BURBERRY

A Burberry foi fundada em Basingstoke, Inglaterra, no ano de 1856, por Thomas Burberry, e se firmou no mercado a partir de suas roupas para atividades esportivas, assim como pela criação, em 1879, da gabardine, tecido impermeável e resistente para os dias de chuva, e pela invenção do *trench coat* durante a Primeira Guerra Mundial.

Em 1924, foi criada pela Burberry sua famosa estampa xadrez, nas cores branco, bege, vermelho e preto. A estampa, que se tornou o símbolo maior da marca, teve como base o *tartan*, padronagem típica de antigos clãs escoceses. O xadrez Burberry é um exemplo clássico de uma criação artística pautada em uma base cultural regional, ressignificada e aplicada em uma indústria, de diferentes formas, com usos diversificados e produção em escala. Inicialmente usada no forro de casacos, em especial do *trench coat*, a estampa alcançou outros produtos da marca, como os guarda-chuvas, em 1967.

FIGURA 1

Fonte: disponível em <https://br.burberry.com/nossa-historia/>

O xadrez Burberry se tornou símbolo de luxo e sofisticação, foi adotado pela realeza britânica, foi eternizado no cinema em 1961, no filme *Bonequinha de Luxo*, até se popularizar pelo gosto dos *hooligans*, nos anos 2000, e pela sucessão de apropriações e falsificações mundo afora.

FIGURA 2

Fonte: disponível em <https://ffw.uol.com.br/noticias/moda/depois-de-anos-copiando-seu-icone-xadrez-burberry-processa-rede-americana-target/>

A Burberry diminuiu o uso das estampa em seus produtos, moveu inúmeros processos contra infratores, como a rede de supermercados norte-americana Target, e segue recriando sobre sua estampa original, em novos jogos de cores e linhas.

Não é de se espantar que, inclusive grandes marcas, como a Banana Republic, possuem suas versões do “xadrez Burberry”. O bairro de Chinatown, em Nova York, a rua 25 de Março, em São Paulo, e a Saara, no Rio de Janeiro, são exemplos suficientes para se compreender o alcance da estampa e como ela é copiada e reproduzida por outros fabricantes.

A Burberry mantém direitos de marca comercial válidos e registros para seu padrão de verificação ou, mais especificamente, “um padrão xadrez repetido consistindo em um fundo castanho, linhas verticais e horizontais castanhas claras, preto vertical e linhas horizontais, quadrados brancos e linhas vermelhas verticais e horizontais” – em todo o mundo, para uso em bens e serviços que variam de roupas e artigos de couro a telefones celulares e artigos domésticos.

2.2 MISSONI

A Missoni foi criada nos arredores de Milão, na Itália, em 1953, por Ottavio Missoni e sua esposa Rosita Jelimini. Ambos se conheceram durante os Jogos Olímpicos de 1948, onde Ottavio performava como atleta de atletismo da equipe italiana - além de atleta, ele também era fabricante de equipamentos de esportes.

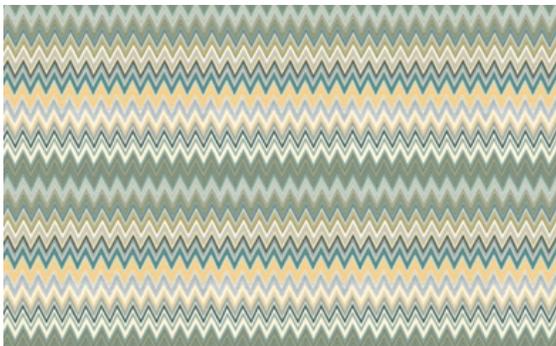
Como uma pequena tecelagem de tecidos de *tricot*, a Missoni trabalhava, em seus primeiros tempos, com estampas encomendadas e devido à qualidade do produto, Rosita e Ottavio Missoni passaram a vender suas peças sob sua própria marca. Hoje, a empresa está sob o comando de Margherita Missoni, neta do casal e linha de frente da empresa.

FIGURA 3

Fonte: disponível em <https://www.osachados.com.br/2015/01/20/chevron-e-missoni/>

O trabalho da Missoni se pautou, desde o início, no grande uso de cores, com referências iconográficas africanas e geométricas, especialmente em desenhos de ilusão de ótica.

A padronagem geométrica, em zigue-zague, conhecida como espinha de peixe ou, no francês, *chevron*, foi criada uma década depois, se eternizando como a estampa Missoni e se tornando o símbolo maior da marca.

FIGURA 4

Fonte: disponível em <https://www.thecushionshop.com/product/missoni-home-wallpaper-panel-zigzag-multicolore-metal-20064/>

Apesar da criação da estampa Missoni não se basear em um claro e definido padrão pré-existente, o desenho geométrico que a inspira, superpondo letras V, remonta ao porcelanato e ao vestuário militar da Grécia antiga.

A versatilidade de aplicação da estampa e a extensa gama de tecidos disponíveis, que vão desde o algodão até a versões bordadas, contribuíram há décadas para sua multiplicidade, principalmente, na indústria da moda de vestuário. A marca se consolidou ao longo dos anos 60 e 70. Nos anos 80, a empresa entrou para o ramo da decoração com a criação da Missoni Home.

FIGURA 5



Fonte: disponível em <https://www.niche-beauty.com/en-de/brands/missoni-home-783?glCountry=CH>

2.3 PUCCI

A marca Emílio Pucci teve a sua primeira loja inaugurada em Capri, na Itália, em 1950. Mas, seu criador, o marquês de Brasento, nascido em Nápoles em 1914, começou a ter o *design*, as estampas e as cores de seus trajes esportivos de luxo reconhecidos mundialmente ainda nos anos 40.

Em que pese a importância dos ícones de sua modelagem, como a calça capri, foi na formulação de novos tecidos, como o jérsei de seda, e na criatividade de sua estamparia, que a Pucci se consagrou. Seu criador garantiu o título de Príncipe das Estampas, graças às padronagens de geometria particular e em cores primárias, assinadas a mão pelo próprio. Estima-se que os titulares da marca tenham produzido cerca de 20 mil estampas.

FIGURA 6



Fonte: disponível em <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=emilio+pucci&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

Em 1961, a Pucci lançou sua primeira coleção de decoração. Quatro anos depois, deu início a uma série de parcerias além da indústria da moda, criando o uniforme das aeromoças da *Braniff International Airways*. Em 1971, foi a vez do logotipo da missão do *Apollo 15*, na NASA. E ainda, em 1977, desenhou o interior do clássico modelo norte-americano *Lincoln Continental*.

FIGURA 7



Fonte: disponível em <https://aa-design-interior.ro/en/kartell-armchairs-emilio-pucci-edition/>

FIGURA 8



Fonte: disponível em <https://flashbak.com/emilio-pucci-uniforms-for-braniff-international-airlines-stripping-hostesses-1965-73-48891/>

FIGURA 9



FIGURA 10



Fonte: disponível em https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Apollo_15-insignia.png. Fonte: disponível em <https://tinyurl.com/2kjsd4sw>.

Tal como a Burberry, a Missoni e a Pucci vivenciaram, em suas trajetórias de marcas caucadas em estamparias icônicas, a glorificação pela sofisticação e os malefícios da popularização. Elas se mantêm, apoiadas na robustez de seus produtos e na atenção a estratégias de proteção com amparo legal e a mecanismos de renovação.

3 NOTAS CONCLUDENTES

É evidente a magnitude das estampas icônicas, aqui representadas pelas elencadas acima. Elas se tornaram mundialmente famosas e foram aplicadas a diversos objetos para além da moda, o que potencializa a força e a amplitude do impacto por elas gerado.

Tendo em vista a definição de desenho industrial pela Lei de Propriedade Industrial nº 9.279, de 1996, como *a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial*, este instituto da propriedade industrial se torna o meio de proteção ideal das estampas.

Entende-se que o padrão ornamental de linhas e cores pode ser apresentado aplicado no produto definido no título do pedido ou, alternativamente, em uma vista planificada e que o mesmo diz respeito à finalidade da proteção oferecida a um determinado desenho industrial, a qual não pode ser conferida a aspectos técnicos e funcionais – se trata das características estéticas e decorativas responsáveis pela aparência do produto.

A história das estampas icônicas, suas características, sua importância na indústria têxtil e, particularmente, na indústria da moda mundiais, bem como a constatação das infrações verificadas no mercado quanto à imitações indevidas e usos não autorizados justificam amplamente o constante aprofundamento dos mecanismos próprios à sua proteção.

4 REFERÊNCIAS

FOTOS

Figura 1: disponível em: <https://br.burberry.com/nossa-historia/>

Figura 2: disponível em: <https://ffw.uol.com.br/noticias/moda/depois-de-anos-copiando-seu-icone-xadrez-burberry-processa-rede-americana-target/>

Figura 3: <https://www.osachados.com.br/2015/01/20/chevron-e-missoni/>

Figura 4: <https://www.thecushionshop.com/product/missoni-home-wallpaper-panel-zigzag-multicolore-metal-20064/>

Figura 5: <https://www.niche-beauty.com/en-de/brands/missoni-home-783?glCountry=CH>

Figura 6: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=emilio+pucci&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

Figura 7: disponível em <https://aa-design-interior.ro/en/kartell-armchairs-emilio-pucci-edition/>

Figura 8: disponível em <https://flashbak.com/emilio-pucci-uniforms-for-braniff-international-airlines-stripping-hostesses-1965-73-48891/>

Figura 9: disponível em https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Apollo_15-in-signia.png

Figura 10: disponível em: <https://tinyurl.com/2kjsd4sw>.

LIVROS

BARBOSA, Antonio Luis Figueira. **Marcas e outros signos na realização das mercadorias, Sobre a Proteção do Trabalho Intelectual**. Editora UERJ, 1999.

BARBOSA, Denis Borges. **A Doutrina da Concorrência**. Rio de Janeiro, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Da tecnologia à cultura: ensaios e estudos de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, Vol. 15, Janeiro/Março de 2018.

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. COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial: de acordo com o novo Código Civil e alterações LSA**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 1.

DANNEMANN. **Comentários ao Código de Propriedade Industrial**. São Paulo: Renovar, 2005, p. 176 e 177.

POUILLET, Eugène. **Traité Théorique Et Pratique Des Dessins Et Modèles De Fabrique**. Paris: Marchal et Billard, 1903. 4ª ed. pp 33-34.

SILVEIRA, Newton. **Direito de Autor no Design**. São Paulo: Saraiva, 2012.

WRUM, Sabrina. **A Guerra das Estampas: briga por autoria de padronagens vai parar na justiça**. Revista Veja Rio. São Paulo, Abril, 29. 2008.

LEGISLAÇÃO

Lei de Propriedade Industrial nº 9.279 de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm

SITES

<http://www.denisbarbosa.addr.com>

[2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutur%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.denisbarbosa.addr.com/2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutur%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=II%20%2D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes

<https://br.burberry.com/nossa-historia/>

<https://www.etiquetaunica.com.br/blog/burberry-iconica-marca-luxo-britanica/>

<https://peduti.com.br/blog/tribunal-italiano-reconhece-padrao-xadrez-da-burberry-passivel-de-reproducao/>

<https://ffw.uol.com.br/noticias/moda/depois-de-anos-copiando-seu-icone-xadrez-burberry-processa-rede-americana-target/>

<https://www.metmuseum.org>

<https://www.missoni.com/countries/index>

<https://www.osachados.com.br/2015/01/20/chevron-e-missoni/>

<http://www.viniciusdemello.com/blog/missoni-a-estampa-mais-famosa-do-mundo/>

<http://www.mixlar.com.br/blog/estampa-chevron-tradicao-e-tendencia-da-moda-para-os-lares/>

<https://www.nsctotal.com.br/noticias/estampa-chevron-tendencia-internacional-assume-papel-versatil-na-decoracao>

https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/02_cartilhadesign_21_01_2014_0.pdf

TESES

FRIAS, Eliana Sanches de. **Construção de marca e busca de identidade no mercado de moda: Burberry em revista.** São Paulo: Escola de Comunicações e Artes/Universidade de São Paulo, 2014.

O USO NÃO AUTORIZADO DE MARCA COMO PALAVRA-CHAVE PARA DISPARO DE *LINKS* PATROCINADOS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO BRASIL, DOS ESTADOS UNIDOS E DA UNIÃO EUROPEIA

*Luiz Felipe Castagna da Silva*¹

Resumo: O desenvolvimento de tecnologias da comunicação deu espaço a uma sociedade informacional e, acompanhado dela, um ciberespaço com um universo de novas ferramentas publicitárias e concorrenciais, como os *links* patrocinados. A ausência de regramentos claros e específicos quanto a esse tipo de serviço abre espaço para a discussão sobre os limites de seus usos. Diante desse contexto, este artigo busca, por método de abordagem dedutivo, método de procedimento comparativo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, expor e analisar em um viés crítico a forma que os Tribunais de Justiça do Brasil, dos Estados Unidos e da União Europeia têm enfrentado os casos de uso não autorizado de marcas de concorrentes para disparo de anúncios via *links* patrocinados, em especial utilizando-se dos serviços de Google Ads. Para tanto, discorre-se em um momento anterior sobre bases conceituais, principiológicas e legislativas sobre marcas e concorrência desleal aplicáveis à hipótese, assim como o desenvolvimento da sociedade informacional e sobre o surgimento dos serviços de *links* patrocinados.

Palavras-chave: Marca; *Link* patrocinado; Concorrência desleal.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) e Pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI).

INTRODUÇÃO

O objetivo central do presente artigo é expor, comparar e analisar de forma crítica os posicionamentos conflitantes dos Tribunais de Justiça do Brasil, dos Estados Unidos e da União Europeia sobre casos de utilização não autorizada de marcas de concorrentes para disparo de anúncios via serviço de *links* patrocinados.

Nesse contexto, a presente pesquisa busca discorrer sobre dois questionamentos: na sociedade informacional contemporânea, e sob a ótica dos Tribunais de Justiça referidos, quais são os limites impostos aos anunciantes pelos direitos de propriedade intelectual na escolha de palavras-chave para disparo de anúncios via *links* patrocinados? O uso não autorizado de marca de concorrente como palavra-chave para disparo de anúncio via *link* patrocinado configura ato violador de direitos marcários ou ato de concorrência desleal?

Desse modo, no intuito de elucidar tal problemática, utiliza-se método de abordagem dedutivo, método de procedimento comparativo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, dividindo-se o presente artigo divide-se em três partes.

Na primeira, discorre-se sobre o surgimento da *internet* e o desenvolvimento da sociedade informacional, bem como sobre a fundação e a consolidação dos serviços de *links* patrocinados, tomando-se como modelo base o Google Ads. Na segunda, aprofunda-se o estudo nas bases conceituais, principiológicas e legislativas aplicáveis aos serviços de *links* patrocinados. Por fim, na terceira e última parte, expõem-se precedentes do Brasil, dos Estados Unidos e da União Europeia sobre a temática, discorrendo-se sobre os seus fundamentos com base no que foi exposto nos dois primeiros tópicos objetos do estudo.

1 A SOCIEDADE INFORMACIONAL E O COMÉRCIO ELETRÔNICO: DO NASCIMENTO DA *WORLD WIDE WEB* À ATUAL INDÚSTRIA BILIONÁRIA DOS SERVIÇOS DE *LINKS PATROCINADOS*

A *internet*, considerada por Castells (2017) como uma criação cultural, tem em sua origem uma justificativa militar. Foi no período da Guerra Fria, na década de 1960, que os Estados Unidos, por meio de sua Agência de Projetos de Pesquisa do Departamento de Defesa (ARPA), interligou, pela primeira vez, uma rede de computadores distantes uns dos outros: a chamada ARPANET.

Essa conexão de máquinas em rede, que envolveu, além da ARPA, a Universidade de Los Angeles, a Universidade de Santa Bárbara, a Universidade de Utah e o Instituto de Pesquisa de Stanford, foi uma sólida resposta dos Estados Unidos à União Soviética, que vinha alcançando importantes conquistas na corrida espacial travada entre essas duas nações.

Conforme exposto por Castells (2017, p. 698), a ideia de uma rede de computadores, naquele momento, surgiu da necessidade de criação de um meio eficaz e seguro de transmissão de informações entre diversos terminais em caso de um ataque nuclear:

Quando o lançamento do primeiro Sputnik, em fins da década de 1950, assustou os centros de alta tecnologia estadunidenses, a Arpa empreendeu inúmeras iniciativas ousadas, algumas das quais mudaram a história da tecnologia e anunciaram a chegada da Era da Informação em grande escala. Uma dessas estratégias, que desenvolvia um conceito criado por Paulo Barand na Rand Corporation em 1960-4, foi criar um sistema de comunicação invulnerável a ataques nucleares. Com base na tecnologia de comunicação da troca de pacotes, o sistema tornava a rede independente de centros de comando e controle, para que a mensagem procurasse suas próprias rotas ao longo da rede, sendo remontada para voltar a ter sentido coerente em qualquer ponto da rede.

Nas décadas que se seguiram – especificamente no período compreendido entre 1960 e 1980 –, a *internet* extrapolou a sua função de mera ferramenta militar para se tornar também uma importante ferramenta acadêmica. Foi nesse período que se pode dizer que o DNA da *internet*, da forma que a conhecemos hoje, foi criado. O *e-mail* e o TCP-IP, por exemplo, têm os seus marcos iniciais datados nesses anos.

Ainda segundo Castells (2017), nesse período a principal evolução não foi tecnológica, mas sim cultural. Foi quando passaram a florescer, influenciados pela contracultura, os princípios *hippies* de liberdade de informação e de expressão entre estudantes e acadêmicos norte-americanos. Viu-se a rede como um meio de comunicação e expressão rico e livre, onde todos poderiam se manifestar da forma que quisessem.

Dando-se seguimento à linha do tempo, foi na década de 1990 que a *internet* passou a ser utilizada não mais apenas para fins militares e acadêmicos, mas também para fins comerciais, dado o seu enorme potencial de alcance e comunicação em tempo real de pessoas ao redor do mundo todo. Esse desenvolvimento foi possibilitado graças ao desenvolvimento dos protocolos HTTP e HTML e da *World Wide Web* (WWW), projeto desenvolvido e liderado por Tim Berners-Lee, físico e cientista da computação britânico, considerado um dos pais da *internet*.

Após o desenvolvimento de todas essas condições e em razão da supervalorização dessa nova rede, a *internet* passou por uma crise chamada de “bolha digital”, que explodiu na virada do milênio e derrubou o índice da Bolsa Nasdaq, obrigando o fechamento de várias empresas atuantes nesse ainda muito recente mundo *online* (VIEIRA, 2003).

Não demorou muito, contudo, para que essa crise fosse superada e fosse consolidado o ciberespaço, cujo conceito, segundo o filósofo, sociólogo e pesquisador em ciência da informação e da comunicação francês Pierre Lévy (2007, p. 2004), designa o “universo das redes digitais como lugar de encontros e de aventuras, terreno de conflitos mundiais, nova fronteira econômica e mundial”.

A partir de então, houve um crescimento exponencial da comunicação proporcionada pelo computador, o que acarretou uma maior interação social entre indivíduos por meio da rede, definida por Castells (2017, p. 566), como “estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação”.

Esse desenvolvimento da rede da *internet*, ou do ciberespaço, possibilitado pela massificação do uso dos *personal computers* – os famosos PC’s –, também deu causa ao surgimento, segundo o professor e sociólogo francês Benjamin Loveluck (2018), de uma nova sociabilidade, que passou de comunicação de computação para uma “sociedade em rede”.

É importante ressaltar, contudo, que no entender de Castells (2010), o desenvolvimento dessas novas tecnologias de rede não alterou e não altera as bases e o fundamentos de uma sociedade, mas apenas potencializa questões e processos já existentes. Ou seja, para ele, os avanços tecnológicos não são os maiores agentes de transformações sociais.

Nesse pretexto, pode-se concluir que o ímpeto social de comunicação entre os indivíduos sempre existiu – é da própria natureza humana; este foi apenas maximizado com o desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação.

Outra importante consequência do ciberespaço foi o seu impacto transformador no sistema de produção que vigorou até o final do século passado. Enquanto que na sociedade industrial a produtividade e a riqueza eram simbolizadas pelo volume de bens de consumo, na sociedade que se seguiu – a sociedade informacional – estas passaram a ser simbolizadas pela geração e pela troca de informações.

A prioridade de consumo deixou de ser pela compra e venda de bens e passou a ser pela comunicação e pelo compartilhamento de conhecimento. Diante desse contexto que Castells (2017) expõe que o

industrialismo era orientado para o desenvolvimento econômico com a maximização da produção, enquanto que o informacionismo é orientado para o desenvolvimento tecnológico com a maximização da informação, do conhecimento e do processamento de informações.

Todas essas mudanças tecnológicas e culturais serviram de base para uma completa nova indústria, que engloba programas de computador, serviços de informação, de mídia e de processamento de dados, e que é hoje absolutamente essencial a praticamente todas as outras indústrias e serviços (WACHOWICZ, 2004). E é nessa economia que Lévy (2001, p. 52) aduz que “as redes se assemelham às estradas e às ruas; os computadores e os programas de navegação são equivalentes ao automóvel individual; os *websites* são como as lojas, escritórios”.

Ou seja, a integração com o mundo *online* é, na sociedade contemporânea, praticamente como um pré-requisito indispensável para o florescimento de quase todo tipo de negócio que é hoje inserido no mercado. A ausência dessa integração no ciberespaço pode ser equiparada a um estabelecimento comercial (*website*) instalado em um espaço de pouco ou nenhum movimento, longe de onde os consumidores em potencial costumam circular com seus automóveis (provedores de *internet*) – ainda mais levando-se os dados que serão expostos mais à frente neste artigo.

Esse breve relato histórico do desenvolvimento da *internet*, alinhado a excertos sobre a revolução da sociedade industrial à sociedade informacional, possibilitam o melhor entendimento da economia do comércio eletrônico e das novas formas de concorrência que lhe são conexas, dentre elas a que faz parte do objeto deste estudo: a concorrência entre comerciantes que ofertam à venda seus produtos em seus estabelecimentos comerciais virtuais – seus *websites*.

Antes de avançar, contudo, é necessário também expor brevemente a evolução do Google para que se entenda adequadamente o funcionamento e a relevância do mercado dos *links* patrocinados no cenário concorrencial contemporâneo. Em que pese existam outros

grandes provedores de *internet* de *sites* de busca com serviços de *links* patrocinados semelhantes, como Bing e Yahoo, foca-se o estudo no caso Google porque é esse o grupo empresarial que detém, ao menos até 2018, uma fatia de cerca de três quartos de todo o mercado de anúncios em buscas de *internet* (MARTINEZ, 2017). A empresa de serviços de buscas de *internet* do grupo Alphabet, ao lado do Facebook, aliás, conforme revelado em relatório da multinacional de auditoria PwC datado de 2019, domina cerca de 60% de todos os tipos de anúncio *online* nos Estados Unidos².

O Google foi fundado em 1998, nos Estados Unidos, pelos então estudantes da Universidade de Stanford Larry Page e Sergey Brin. A companhia tem – e teve desde a sua fundação – a missão declarada de “organizar a informação mundial e torná-la universalmente acessível e útil”³.

Baseado em um algoritmo chamado *PageRank*, os motores de busca do Google utiliza as expressões fornecidas pelos usuários no *site* de busca para fornecer a eles uma lista com os resultados mais próximos àqueles desejados. Desde os seus primeiros anos o mecanismo de pesquisa funcionava satisfatoriamente bem. Entretanto, ainda não era um modelo de negócio rentável.

As grandes empresas, naquele momento, ainda estavam mais focadas em criar *homepages* organizadas e atrativas do que investir para que seus *sites* aparecessem em buscadores de *internet* (OREMUS, 2013). Inclusive os maiores investimentos em publicidade daquele período eram destinados a *banners* de anúncios nos portais mais frequentados pelos usuários. Page e Brin, contudo, não eram adeptos à ideia de utilização desses *banners* publicitários. Os achavam feios e

² Acusadas de monopólio, Google e Facebook dominam 60% dos anúncios online. Exame. 06 de jun. de 2019. Disponível em: <https://exame.com/marketing/acusadas-de-monopolio-google-e-facebook-dominam-60-dos-anuncios-online/>. Acesso em: 03 out. 2021.

³ Google Corporate Information. Google, Inc. Disponível em: <https://about.google/>. Acesso em: 03 out. 2021.

não atrativos, além de prejudicar o carregamento das páginas (OREMUS, 2013).

Já no ano seguinte ao de sua fundação o Google contava com cinquenta empregados. Alcançava cada vez mais usuários da *internet*, mas seguia sem um modelo de negócio lucrativo. Foi a partir daí que se aproximou da GoTo.com, empresa rival fundada pelo empresário Bill Gross também em 1998, sete meses antes da fundação do Google.

A GoTo.com, assim como o Google, não utilizava *banners* de anúncios como a maior parte dos portais da época. O seu faturamento advinha de uma outra forma de publicidade: as buscas patrocinadas. As empresas pagavam à GoTo.com para que seus *sites* aparecessem em destaque nos resultados das buscas dos usuários quando procurassem por determinadas palavras, como nas páginas amarelas dos classificados.

Dessa forma, podiam redirecionar seus investimentos publicitários àqueles usuários que realmente eram consumidores em potencial, o que aumentava exponencialmente a efetividade dos anúncios. Além do mais, a GoTo.com inaugurou o *pay-per-click*, em que a empresa contratante apenas pagaria pelos cliques em seus anúncios, e não pelas meras exibições dos seus *banners* aos usuários (modelo *pay-per-page-views* dominante na época).

Ou seja, Gross desenvolveu um modelo de negócio que era capaz de solucionar o problema enfrentado à época por Page e Brin. Sem embargo, embora essa sua ferramenta de *links* patrocinados fosse engenhosa, pioneira e rentável, a GoTo.com não tinha a quantidade de usuários que o Google tinha.

Nos anos 2000 a empresa de Page e Brin, então, fundou o Google AdWords, ferramenta muito semelhante à utilizada pela GoTo.com. Na época até houve negociações para uma eventual fusão entre essas duas empresas, mas não houve avanços por conta principalmente de divergências de valores de mercado dos negócios.

Dois anos depois, em 2002, o Google também lançou o seu próprio *pay-per-click*: o *AdWords Select*. O sucesso da ferramenta foi instantâneo. Somente a partir daquele ano a empresa de Page e Brin passou a ter lucro anual. Passados mais dois anos, o Google abriu o seu capital e estreou na bolsa de valores com um valor de mercado de cerca de vinte e sete bilhões de dólares (OREMUS, 2013). Atualmente, em 2021, o Google, segundo o relatório BrandZ, da consultoria Kantar, possui um valor de quatrocentos e cinquenta e sete milhões de dólares, sendo a terceira marca mais valiosa do mundo, atrás apenas da Amazon e da Apple⁴.

Muito do sucesso do Google advém de sua ferramenta publicitária de *links* patrocinados – o verdadeiro carro-chefe de seu faturamento. Segundo o jornalista Joseph Johnson, do *site* Statista, a empresa faturou em 2020, somente por meio de seus anúncios pagos, mais de cento e quarenta e seis bilhões de dólares – número que está no topo de um gráfico que está crescendo quase de forma exponencial, ano após ano⁵.

Até hoje o Google Ads mantém a essência de seu funcionamento inicial. As empresas veiculam seus anúncios como resultados de pesquisa a partir de palavras-chave buscadas por usuários. O algoritmo permite que esses anúncios apareçam, em destaque e em seção própria, como uma alternativa aos resultados da pesquisa orgânica do internauta.

São as próprias empresas que definem a escolha das palavras-chave, bem como o título e o conteúdo dos seus textos publicitários. Quanto maior for a demanda por determinadas palavras-chave, maior será o valor cobrado para que as empresas vinculem os seus anúncios a elas.

⁴ Disponível em: <https://www.kantar.com/campaigns/brandz-downloads/kantar-brandz-most-valuable-global-brands-2021>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁵ Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/>. Acesso em: 03 out. 2021.

A liberdade de escolha do que será inserido no texto dos anúncios, contudo, tem alguns limites. Segundo a política de uso do Google Ads⁶, fazem parte dos conteúdos proibidos: produtos falsificados; produtos ou serviços perigosos (como drogas, armas, munições e materiais explosivos); permissão de comportamento desonesto; conteúdo inadequado; dentre outros.

Ao menos pela política de uso do Google Ads, não há qualquer impedimento para que empresas utilizem nomes de marcas de concorrentes como palavras-chave para vincular os seus próprios anúncios, desde que não as exteriorizem nos textos publicitários de forma a causar confusão aos usuários. Inclusive, pelo que corriqueiramente costuma se verificar, diversas empresas se utilizam dessa importante artimanha publicitária, de modo que uma boa parcela do faturamento do Google advém dessa prática. Por exemplo, é como se a empresa locadora de veículos Localiza utilizasse como palavra-chave a marca de sua concorrente Unidas para disparar seus próprios anúncios, mas sem referi-la expressamente em seus textos publicitários.

Afinal de contas, rememorando-se a analogia de Lévy (2001) citada anteriormente, se as redes são as estradas, os programas de navegação são os automóveis e os *websites* são as lojas, então é como se a utilização de uma marca rival como palavra-chave para disparo de *links* patrocinados fosse a instalação de uma loja ao lado do comércio de uma empresa concorrente (utilizando-a como um ponto de referência para atração de clientela).

Sem embargo, adianta-se que, do que se verifica dos precedentes brasileiros, o entendimento que vêm se consolidando não é no sentido de que essa prática é uma nova modalidade de desvio fraudulento de clientela, o que é, portanto, considerado ilegal pelo ordenamento jurídico.

⁶ Disponível em: <https://support.google.com/adspolicy/answer/6008942?hl=pt-BR>. Acesso em: 03 out. 2021.

Posto isso, passa-se, na sequência deste artigo, a discorrer sobre as bases legislativas, conceituais e principiológicas que são aplicáveis a essa estratégia publicitária objeto deste estudo, principalmente no Brasil, mas também de forma breve nos Estados Unidos e na União Europeia, para, ao final, realizar-se um estudo comparado entre os principais julgados dos Tribunais brasileiros, americanos e da União Europeia acerca desta temática.

2 AS BASES CONCEITUAIS, PRINCIPIOLÓGICAS E LEGISLATIVAS APLICÁVEIS À PRÁTICA DE USO NÃO AUTORIZADO DE MARCAS DE CONCORRENTES PARA DISPARO DE ANÚNCIOS VIA *LINKS* PATROCINADOS

A utilização ‘natural’ do serviço de *links* patrocinados é aquela em que os anunciantes escolhem, como palavras-chave para disparo de seus anúncios, expressões comuns que sejam relacionadas aos produtos e/ou serviços que expõem à venda. Como exemplo, pode-se citar uma agência de turismo que utiliza a expressão ‘pacote de viagem’, ou uma concessionária de carros que utiliza a expressão ‘carros seminovos’. A legalidade dessa forma de utilização do serviço de *links* patrocinados não é questionada e também não é objeto deste artigo.

O que é causa de discussão doutrinária e jurisprudencial e foco deste estudo é o uso não autorizado de nome de marcas de concorrentes como palavras-chave para disparo desses anúncios, como o caso hipotético referido anteriormente, da Localiza e da Unidas. Debate-se se essa conduta seria configurada como um uso indevido de marca ou então como uma prática parasitária de concorrência desleal.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui regulamentação legal específica sobre os serviços de *links* patrocinados, em que pese essa forma de publicidade esteja cada vez mais presente no dia a dia das empresas (GONÇALVES e OLIVEIRA, 2011), tanto para as anunciantes quanto para as anunciadas (MONTEIRO, 2006). Sendo assim,

são aplicáveis a essa modalidade publicitária as normas gerais sobre propriedade industrial, em especial a Lei n. 9.279/96 – a chamada Lei de Propriedade Industrial (LPI), a Convenção de Paris, inserida no ordenamento pátrio pelo Decreto n. 75.572/75 e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), incorporado à normativa nacional pelo Decreto 1.355/94.

De igual forma, os Estados Unidos e a União Europeia também não possuem leis ou normativas específicas sobre os limites dos serviços de *links* patrocinados. A principal lei de base ao direito marcário norte-americano é a *Lanham Act*, promulgada em 1946, quando ainda sequer se cogitava uma tecnologia que possibilitasse uma sociedade em rede. Já a União Europeia possui a Diretiva n. 2008/95/EC, do Parlamento Europeu e do Conselho, que aproxima as legislações de seus Estados-Membros em matéria de marcas. Embora seja mais recente (2008), a referida Diretiva também não traz nada específico sobre os serviços de *links* patrocinados. Cumpre ressaltar que tanto os Estados Unidos quanto todos os Estados-Membros da União Europeia são signatários da Convenção de Paris e do Acordo TRIPS.

Diante desse contexto, Michele Copetti (2010, p. 24) assevera que

Qualquer análise do direito das marcas deve considerar a inevitável conexão existente entre os direitos nacional e internacional. Essa estreita interação entre as leis nacionais e internacionais é facilmente identificada ao arguir-se a prioridade de uma marca, ao pleitear-se a proteção de uma marca frente a sua notoriedade ou ao efetuar-se um depósito internacional. Observa-se que o Brasil é ou foi signatário e ratificou os principais instrumentos jurídicos do Direito Internacional relativos à proteção da propriedade intelectual.

Segundo essa mesma autora (2010), foi somente no século XIX que surgiram as primeiras normas que garantiam proteção de propriedade das marcas, tais quais conhecemos hoje. Foram inovações decorrentes da expansão do comércio internacional. Especificamente no cenário interno, Copetti (2010, p. 9) expõe:

No âmbito brasileiro, a primeira lei surgiu exatamente de um caso de reprodução indevida visando ao aproveitamento ilícito da notoriedade do sinal do concorrente e teve como referencial a Lei Francesa de 23 de julho de 1857. Não é por outra razão que a proteção das marcas, além, é claro, de resguardar os consumidores, objetiva, essencialmente, incentivar os titulares dos direitos de propriedade industrial garantindo-lhes proteção contra o aproveitamento de terceiros).

Segundo a Lei n. 9.279/96, a Lei de Propriedade Industrial (LPI), as marcas são definidas como sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais previstas no artigo 124 do mesmo diploma legal. O artigo 15.1 do TRIPS define as marcas como “qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento”. Definição semelhante à trazida pela *Lanham Act*, dos Estados Unidos, em seu § 45, ou pela Diretiva n. 2008/95/EC, em seu artigo 2º.

No que diz respeito às funções das marcas, conforme preceitua Beatriz Bugallo Montaña (2005, p. 116), estas não costumam estar “enunciadas expressamente na legislação, com a única exceção da função distintiva que se encontra invariavelmente incorporada à própria noção legal de marca”. Sem embargo, ainda que não estejam expressas em legislações, é evidente que possuem uma pluralidade de funções, podendo-se citar, por exemplo, uma função publicitária (atrair consumidores) e uma função econômica (agregar valor ao produto) (MONTAÑO, 2005).

Dessa forma, segundo Copetti (2010, p. 125), a defesa da marca – que é garantida tanto pelo ordenamento brasileiro, quanto pelo nor-

te americano e pelo dos países da União Europeia, sempre de forma bastante semelhante – visa,

Em primeiro lugar, proteger a boa vontade e a reputação comercial simbolizadas pela marca. Em segundo lugar, busca prevenir a confusão dos consumidores decorrente da existência de marcas similares, protegendo assim a expectativa do público em relação à qualidade e à garantia dos produtos e serviços associados à marca e a uma empresa que os proporciona.

Seguindo essa perspectiva, significa dizer, portanto, que não é a simples reprodução da marca que se configura como ato jurídico reprovável e punível. É necessário, para tanto, a “reprodução ou a imitação de objeto protegido (marca registrada) para distinguir os mesmos produtos (idênticos), semelhantes ou afins de forma que tal atitude acarrete a confusão ou a associação para o consumidor” (GOYANES, 2007, *apud* COPETTI, 2010, p. 144).

Denis Borges Barbosa também se filia à tese de que o fundamento da proteção da marca possui essa finalidade maior de evitar a concorrência desleal praticada por meio de atos que gerem confusão (BARBOSA, 2010), exatamente como visa coibir o artigo 195 da LPI, que consolida de forma mais concreta e específica o artigo 10 bis (2) da Convenção de Paris, o qual dispõe que o ato de concorrência desleal é qualquer ato contrário aos usos honestos em matéria industrial ou concorrencial.

Especificamente no que diz respeito aos serviços de *links* patrocinados, cumpre questionar inicialmente se a escolha de marcas de concorrentes como palavras-chave para disparo de anúncios pode ou não ser configurado propriamente como um “uso” da marca, considerando que as palavras-chave utilizadas não são necessariamente as que aparecerão no corpo do texto publicitário.

Sobre essa questão, segundo se extrai de julgado do Superior Tribunal de Justiça,

Usar, no sentido que o direito de propriedade industrial empresta a esse verbo, é projetar a marca para o mundo, para que ela, antes mera potencialidade, passe a exercer a função a que se destina. [...] É que, em função de sua categoria ôntica, as marcas só podem ser consideradas em uso quando ‘ionizem’ os bens ou serviços a que se destinem, carregando, simbolicamente, informações sobre eles e comunicando-as ao público. O fio condutor do exame de suficiência de uso é a atuação do titular no sentido de pôr a sua marca diante do público. STJ, REsp 1236218/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 11/06/2015

Seguindo essa definição, poder-se-ia dizer, então, que o mero uso de marca alheia como palavra-chave para disparo de *link* patrocinado não configuraria, então, um uso comercial. É o que também conclui Marianna Furtado Mendonça (2011), já que não há, na hipótese, violação à função distintiva da marca, ao passo que ela sequer é projetada para os consumidores.

De outra ponta, Maurício Custódio Dourado (2020) conclui que, embora a palavra-chave para disparo de um *link* patrocinado não seja exposta no texto do anúncio, isso, por si só, não significaria que não estaria sendo utilizada com finalidade publicitária e, conseqüentemente, comercial. Afinal, é fato que é o anunciante quem seleciona as palavras que deseja vincular os seus anúncios. Sem embargo, ainda assim o autor entende que não há qualquer ilegitimidade nesse “uso oculto” e não autorizado de marca alheia, uma vez que, pela ausência de externalização desse uso aos consumidores, não haveria falar-se em reprodução, imitação ou alteração da marca (DOURADO, 2020).

Por outro lado, há quem defenda que o uso de marca concorrente para vinculação de anúncio via *link* patrocinado é não apenas um uso comercial, mas também um uso parasitário e caracterizador de concorrência desleal. Nesse sentido, defende Edson Beas Rodrigues Júnior (2015):

O anunciante que seleciona, como palavras-chave, signo correspondente à marca de seu concorrente pratica um ato de parasitismo, pegando carona na reputação, no prestígio superior da marca do concorrente, a fim de desviar para si parte da clientela de terceiro. A prática gera confusão mercadológica, uma vez que anunciante e o titular da marca tendem a atuar no mesmo nicho de mercado. Assim, a prática configura crime de concorrência desleal (art. 195, III, da LPI) e confere ao prejudicado o direito de haver perdas e danos pelos prejuízos sofridos (art. 209, *caput*, da LPI).

Entende-se, contudo, não ser adequado concluir que o simples uso de marca alheia como palavra-chave para vinculação de anúncios via *links* patrocinados é por si só suficiente para gerar a confusão mercadológica referida por Rodrigues Júnior. É que, além dos *links* patrocinados já fazerem parte da rotina dos usuários de *internet* há mais de duas décadas, estão sempre em posições de destaque, não se misturando com os resultados da pesquisa orgânica dos consumidores, além de sempre serem devidamente identificados como conteúdo publicitário.

Não é crível, portanto, levando-se em consideração a capacidade de percepção e o comportamento dos usuários de *internet*, concluir pela automática confusão gerada pela prática publicitária objeto deste artigo. Afinal, como expoe Copetti (2010, pp. 182-183), o risco de confusão deve sempre ser avaliado sob o ponto de vista dos consumidores interessados na aquisição dos correspondentes produtos ou serviços, caracterizando-se esse consumidor como “médio, ou seja, aquele razoavelmente informado e atento, com um grau de percepção e conhecimento normal, nem excessivamente desatento nem excessivamente meticuloso”. E, nesse contexto, pesquisa conduzida por Charles Gielen (2009) demonstrou que os usuários médios de *internet* são suficientemente capazes de diferenciar *links* patrocinados dos *links* de suas buscas orgânicas.

De mais a mais, ressalta-se também que a deslealdade não está no intuito de busca de clientela da concorrência, mas sim na forma de se atingir essa finalidade. A conquista de clientela será quase sempre feita às custas de concorrentes mais fracos ou menos hábeis – o que é consequência de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e pautada pela livre concorrência, conforme artigo 170 da Constituição da República.

Segundo o professor de direito empresarial Marcus Elidius Michelli de Almeida (2004, pp. 125-126), “a concorrência desleal não diz respeito a qualquer ato com o objetivo de se apropriar de uma clientela, mas a utilização daqueles que superam a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos”.

Postas essas premissas, avança-se ao próximo tópico deste artigo, onde se analisa como os tribunais brasileiros, norte-americanos e da União Europeia decidem sobre essa temática.

3 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, NORTE AMERICANOS E DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE O USO NÃO AUTORIZADO DE MARCAS DE CONCORRENTES PARA DISPARO DE ANÚNCIOS VIA *LINKS* PATROCINADOS: HÁ RAZÃO LEGAL PARA A DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS?

Embora os serviços de *links* patrocinados já tenham completado duas décadas de existência, ainda não há nenhuma decisão colegiada de Tribunais Superiores brasileiros que tenha analisado de forma frontal o uso não autorizado de marca de concorrente para disparo de anúncios desta forma.

Com efeito, merece destaque o Recurso Especial n. 1606781/RJ, relatado pelo Ministro Moura Ribeiro e julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13 de setembro de 2016. Na ocasião, decidiu a corte que,

Ainda que a legislação atual não desça a minúcias, a ponto de regulamentar inteiramente o mercado de *links* patrocinados, incumbe ao aplicador da lei, mediante análise do caso concreto, verificar se tal prática, em determinadas situações, configura hipótese de concorrência desleal, por quaisquer das modalidades previstas no art. 195 da Lei nº 9.279/1996. (AgInt nos EDcl nos EAREsp 677.275/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/04/2020, DJe 16/04/2020)

No caso concreto, os ministros não asseveraram que o uso de-sautorizado de marca concorrente como palavra chave para disparo de *link* patrocinado já seria uma prática de concorrência desleal. A concorrência desleal, na hipótese, foi caracterizada não por essa conduta, mas sim pelo fato de que havia uma “enorme semelhança” entre as cores e o *layout* dos *sites* das empresas litigantes, que eram concorrentes diretas, inclusive com nomes semelhantes (Peixe Urbano e Hotel Urbano).

Já no âmbito do segundo grau de jurisdição, é no Tribunal de Justiça de São Paulo onde se encontra a maioria dos precedentes sobre esse controverso tema. Como paradigma, cita-se o Agravo de Instrumento n. 2099106-37.2019.8.26.0000, relatado pelo Desembargador Gilson Delgado Miranda e julgado em 21 de agosto de 2019. A ementa do referido julgado assim dispõe:

TUTELA PROVISÓRIA. Urgência. Google Ads. *Link* patrocinado. Uso de marca de concorrente como palavra-chave. Prática ilegal. Violação de direitos sobre a marca e concorrência desleal. Elementos coligidos nos autos indicam forte probabilidade do direito. (TJSP, Agravo de Instrumento 2099106-37.2019.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 28/08/2019)

Escolhe-se referido julgado como paradigma não só por sua atualidade, mas principalmente porque é um dos julgados nacionais em que o estudo mais foi aprofundando, em que há citação doutrina específica sobre o tema e também referência a uma lista de mais de trinta precedentes de casos análogos; todos no mesmo sentido do aqui escolhido como paradigma. Resta claro, portanto, ser esse o entendimento majoritário adotado no Brasil.

Do que se extrai da fundamentação de todos esses precedentes, em especial da fundamentação do julgado paradigma, a questão relacionada ao que pode ser considerado ou não como um uso comercial da marca não é aprofundada. Tampouco o debate sobre se o usuário médio da *internet* é capaz ou não de identificar e diferenciar os *links* que são patrocinados e os *links* que são verdadeiramente resultados orgânicos de sua pesquisa.

Na verdade, conclui-se nos julgados que o uso não autorizado de marcas de concorrentes como palavras-chave em serviços de *links* patrocinados, por si só, já se configura não apenas como ato violador dos direitos sobre a marca, mas também como ato de concorrência desleal por desvio fraudulento de clientela. Adota-se o entendimento de Rodrigues Júnior referido anteriormente, no sentido de que essa “carona” na reputação da marca alheia, além de prejudicá-la, tomando-lhe deslealmente a clientela, ainda é capaz de gerar confusão mercadológica.

Não se olvidam, contudo, os poucos julgados em sentido contrário, a exemplo da Apelação Cível n. 70071553747, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷ e julgada em 20 de julho de 2017 e

⁷ APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGADO USO INDEVIDO DA MARCA KINGHOST COMO PALAVRA-CHAVE PARA DIVULGAÇÃO DE MARCA DA RÉ NO SERVIÇO DENOMINADO “GOOGLE ADWORDS”. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. Apelo desprovido. [...] Pela plataforma GoogleAdwords o anunciante informa ao Google as palavras-chave que, uma vez pesquisadas pelos usuários no site, dariam ensejo à visualização do anúncio de sua página como resultado da pesquisa, exatamente

da Apelação Cível n. 0107747-11.2017.8.19.0001, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁸ e julgada em 19 de junho de 2018.

A mesma temática aqui debatida já foi objeto de diversos julgados nos tribunais de justiça dos Estados Unidos e da União Europeia e, do que se contata da jurisprudência desses mencionados tribunais, lá é realizada uma análise muito mais aprofundada de cada caso concreto para se decidir se há efetiva violação dos direitos sobre a marca, bem como se há prática de concorrência desleal. Ou seja, o entendimento já pacificado tanto pelos tribunais norte-americanos, quanto pelo da União Europeia é no sentido de que o simples uso de marca concorrente como palavra-chave para disparo de anúncio via *link* patrocinado não é, por si só, nem ato violador de direito marcário, nem conduta de concorrência desleal.

Especificamente quanto à jurisprudência norte-americana, Eric Goldman (2013) expõe que os tribunais daquele país sequer aceitam o argumento de que se consumidores pesquisam por marcas específicas é porque querem resultados somente relacionados a ela. Aduz, ainda, que os juízes norte americanos julgaram que dar o ‘poder legal’ às empresas para impedir o uso de suas marcas como palavras-chave

na forma como documentada à fl. 25. Nesse contexto, não vislumbro qualquer lesão a direito marcário ou honra objetiva da autora, porquanto a ré não se utiliza efetivamente de sua marca, apenas indica que ela sirva de gatilho para a aparição de seu anúncio, em se tratando de produtos similares. (TJRS, **Apelação Cível, Nº 70071553747**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpin Corrêa, Julgado em: 20-07-2017).

⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE VIOLAÇÃO DE MARCA E CONCORRÊNCIA DESLEAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ALEGADO USO INDEVIDO DA MARCA “DLE” COMO PALAVRA-CHAVE PARA DIVULGAÇÃO DA RÉ NA FERRAMENTA DE BUSCA DENOMINADA “GOOGLE ADWORDS”. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Conforme o texto apresentado no anúncio da ré, não há nenhuma menção à marca da Autora, que também aparece no resultado da busca, em posição de destaque, não sendo capaz de gerar qualquer tipo de confusão para o consumidor. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ, **Apelação Cível n. 0107747-11.2017.8.19.0001**, Tribunal de Justiça do RJ, 19/06/2018).

para disparo de *links* patrocinados de concorrentes não refletiria os interesses dos consumidores (GOLDMAN, 2013).

A exemplo, cita-se um dos paradigmas norte-americanos sobre esse temática: *1-800 Contacts, Inc. v Lens.com, Inc.* Nesse referido julgado, decidiu a Corte de Apelação do 10º Circuito que o uso de marca de terceiros como palavras-chaves em *links* patrocinados não é capaz, por si só, de causar confusão aos consumidores, não podendo ser considerada, por consequência, como uma conduta antijurídica. Do teor desse julgado, extrai-se, em tradução livre:

Talvez em abstrato alguém que pesquise por um negócio específico com uma marca forte e veja um *link* nos resultados de sua busca vá naturalmente inferir que esse *link* é para o negócio o qual estava procurando. Mas essa inferência é inatural quando o *link* é claramente identificado como um anúncio e quando indica a sua fonte, a qual tem um nome distinto se comparado ao negócio o qual o internauta procurou inicialmente.

Outro importante julgado paradigma dos Estados Unidos sobre essa discussão é o caso *Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc*, 2012 WL 1155143 (4th Cir. April 9, 2012). Nesse julgado, o Tribunal de Apelação do 4º Circuito dos Estados Unidos também entendeu que o uso de marca como palavra-chave para disparo de *link* patrocinado de empresa concorrente não cria confusão junto aos usuários. Levou-se em consideração três fatores de “probabilidade de confusão”: a intenção do provedor de *internet*, a confusão real e a sofisticação do consumidor. Sobre o primeiro, entendeu que o Google, como um *site* de buscas, não teria o objetivo de confundir os seus usuários. Sobre o segundo, o tribunal consignou que o anúncio patrocinado era suficientemente distinto da marca que foi utilizada como palavra-chave para sua vinculação. Por fim, sobre o terceiro, pontuou que a sociedade americana era plenamente capaz de avaliar as diferenças entre os *links* patrocinados e os *links* resultados das pesquisas orgânicas.

Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar o caso *Interflora Inc v Marks and Spencer Plc*, concluiu que o uso de marcas de terceiros como palavras-chaves para vinculação de anúncios em serviços de *links* patrocinados, muito embora seja caracterizado como um “uso comercial”, não é caracterizado como antijurídico se restar claro aos consumidores que não há qualquer tipo de conexão entre o anunciante e o legítimo titular da marca utilizada como palavra-chave de disparo do anúncio.

Observação importante a se fazer é também a de que, conforme os julgados *Google France SARL e Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA*, *Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL* e *Google France SARL v. Centre national de recherché em relations humaines (CNRRH) SARL*, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, considera-se que apenas o anunciante faz o “uso de comércio” da marca, e não o motor de busca (nos casos concretos, o Google), ainda que este lucre por possibilitar essa prática. Como fundamento, pontuou-se que o motor de busca não é concorrente do anunciante, tampouco do titular da marca utilizada.

Nesses três precedentes acima referidos, os quais foram precursores, no velho continente, da discussão objeto deste artigo, a conclusão foi a mesma: o titular de uma marca registrada pode proibir terceiros de utilizá-la como palavra-chave para disparo de *links* patrocinados apenas e tão somente se houver efetiva comprovação de prejuízo decorrente de confusão aos usuários da *internet*, de modo que o simples uso de marca, por concorrente, como palavra-chave para disparo de anúncio via *link* patrocinado não se presta a isso, vez que o resultado da pesquisa orgânica não é afetado.

Tendo em vista que a base de proteção do direito marcário e do direito concorrencial é a mesma tanto para o Brasil, quanto para os Estados Unidos e para os países membros da União Europeia - todos signatários da Convenção de Paris e do Acordo TRIPS-, acredita-se que é apenas questão de tempo até que a discussão sobre esse tema seja desenvolvida – assim como se desenvolveu nos Estados Unidos e na

Europa – e que os julgados brasileiros passem a adotar as mesmas conclusões dos referidos precedentes internacionais, os quais, por todas as razões lançadas especialmente na segunda parte deste artigo, entendem-se mais como mais adequadas, especialmente por analisarem as especificidades de cada caso concreto.

CONCLUSÃO

As novas tecnologias da comunicação possibilitaram o desenvolvimento da sociedade produtiva à sociedade informacional. Anexo a este desenvolvimento surgiu o ciberespaço, um mundo conectado em grande parte reflexo do mundo físico, porém sem fronteiras. Dentro desse ciberespaço e no contexto da sociedade informacional surgiram novas modalidades de concorrência, bem como novas modalidades publicitárias, como os *links* patrocinados.

É natural que, por se tratar de uma ferramenta nova e inovadora, inexistam legislações específicas que regulem esse tipo de serviço. Sendo assim, buscou-se, na primeira e na segunda parte desse estudo, discorrer sobre algumas das bases da sociedade informacional, sobre o histórico de desenvolvimento dos *links* patrocinados e sobre conceitos, normativas e princípios a estes relacionados, a fim de se reunir elementos necessários a uma análise crítica dos precedentes do Brasil, dos Estados Unidos e da União Europeia sobre o uso não autorizado de marcas de concorrentes para disparo de anúncios publicitários por meio de *links* patrocinados – objeto da terceira parte da pesquisa.

Percebeu-se, da pesquisa jurisprudencial comparada, que o entendimento sobre o tema que vigora no Brasil é divergente daquele que já é de certa forma pacificado tanto nos Estados Unidos quanto na União Europeia. Acredita-se que essa divergência é fruto da recenitidade do debate no cenário nacional, considerando que a mudança de posicionamento (do reconhecimento da ilegalidade da conduta à legalidade) também foi observada no exterior, a partir do amadurecimento das discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre a questão de monopólio e propriedade em face das marcas**. Disponível em: www.denisbarbosa.addr.com/. Acesso em: 15 mar 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.236.218/RJ**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília. Julgado em 05/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.606.781/RJ**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Brasília. Julgado em 13/09/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2099106-37.2019.8.26.0000**. Relator: Desembargador Gilson Delgado Miranda. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Julgado em 28/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0107747-11.2017.8.19.0001**. Julgado em 19/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70071553747**. Sexta Câmara Cível. Julgado em 20/07/2017.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz. **La protección jurídica del slogan publicitario em el derecho comparado**. Montevideo: universidad de Montevideo, 2005.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 18. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

COPETTI, Michele. **Afinidade Entre Marcas: uma questão de Direito**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010

DOURADO, Maurício Custódio. **O uso não autorizado de marcas de concorrentes em links patrocinados**. 2020. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23070/2/Maur%C3%ADcio%20Cust%C3%B3dio%20Dourado.pdf>. Acesso em: 03 de out. de 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.**, 722 F.3d 1229 (10th Cir. 2013).

ESTADOS UNIDOS DA MAÉERICA. Quarto Circuito de Apelação. **Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc**, 2012 WL 1155143 (April 9, 2012).

GIELEN, Charles. **On AdWords and metatags**: trademark law implications in the Benelux and the rest of the Europe. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1f6cc8d1-d20f-4022-9738-fe33b8cdf0e>. Acesso em: 03 out. 2021.

GOLDMAN, Eric. **Suing Over Keyword Advertising Is A Bad Business Decision for Trademark Owners**. Forbes, 2013. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/05/14/suing-over-keyword-advertising-is-a-bad-business-decision-for-trademark-owners/#70fd52f350a7>. Acesso em: 20 set. 2019.

GONÇALVES, Bruna Viana de Abreu; GONÇALVES, Douglas Baltazar; OLIVEIRA, Ivanete da Rosa Silva de. **Link patrocinado**: uma nova forma de publicidade na *internet*. In Cadernos UniFOA. Edição nº 16, Agosto de 2011.

GOYANES, Marcelo. **Tópicos em Propriedade Intelectual**: marcas, direitos autorais, designs e pirataria. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2007.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 3ª edição, 2014.

LOVELUCK, Benjamin. **Redes, Liberdades e Controle**: Uma genealogia política da *internet*. São Paulo: Vorazes, 2018.

MARTINEZ, Billy D. Aldea. **Google e Facebook respondem por 74% do crescimento de anúncios digitais em 2017**. Disponível em: <https://xn--monetizao-s2a7b.com/google-e-facebook-respondem-por-74-do-crescimento-de-an%C3%BAncios-digitais-em-2017-693427642515>. Acesso em: 16 maio 2018

MENDONÇA, Marianna Furtado. **Marcas e Serviços de Links Patrocinados**: Investigação da Ocorrência de Violação Marcária pelo Sítio de Busca. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação – Academia do INPI). Rio de Janeiro, 2011. p. 3. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/academia/arquivo/arquivos-biblioteca/MENDONAMariannaGomes-Furtado2011.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

MONTEIRO, Ricardo Vaz. 7. **Google adwords: a arte da guerra**. Rio de Janeiro: Brasport Editora, 2006.

OREMUS, Will. **Google's Big Break**: It was a great search engine but a money-losing business—until it borrowed an idea from its biggest rival. 13 de out. de 2013. Disponível em <https://slate.com/business/2013/10/googles-big-break-how-bill-gross-goto-com-inspired-the-adwords-business-model.html>. Acesso em: 3 out. 2021.

RODRIGUES JR., Edson Beas **Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca**, 'in' RT 961/35, novembro/2015.

UNIÃO EUROPEIA. ECJ, **Google France SARL v. Louis Vuitton Malletier SA** (2010) Joined Cases C-236/08 to C-238/08.

UNIÃO EUROPEIA. TJUE, **Interflora Inc. v. Marks&Spencer plc** (2011) Case C-323/09.

VIEIRA, Eduardo. **Bastidores da Internet no Brasil**. Barueri: Manole, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. **A revolução da tecnologia da informação e a Tutela jurídica do software**. Repositório de teses da UFPR, 2004.

CAPÍTULO 4

TUTELA MATERIAL E PROCESSUAL DOS DIREITOS INTELECTUAIS

OS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS *POST MORTEM*: UMA BREVE ANÁLISE DA SUCESSÃO NO AMBIENTE DIGITAL

Bibiana Biscaia Virtuoso¹
Heloisa Augusta Vieira Molitor²

RESUMO: O direito das sucessões visa a tutela dos bens de valor econômico do falecido, sendo sucedidos por seus herdeiros. Todavia, os direitos da personalidade também perduram mesmo após a morte, garantindo a dignidade daquele que faleceu. Com a internet, nasce uma nova forma de patrimônio, composto por ativos digitais. Alguns possuem valor econômico elevado, como os chamados NFT's, contudo, também possuem elementos relacionados aos direitos da personalidade, como conversas pessoais e fotos. O Direito passa a se preocupar com a tutela destes bens, visando os direitos dos herdeiros, mas também respeitando os direitos do falecido. Decisões judiciais recentes apontam para este sentido. O presente artigo busca analisar brevemente estas questões, apresentando o conceito destes bens digitais dentro do direito das sucessões e suas diversas formas. Apresenta-se o paralelo com o direito autoral, o qual também se divide entre direito patrimonial e extrapatrimonial, funcionando de maneira muito semelhante às questões trazidas pela sucessão digital. Por fim, anali-

¹ Mestre em Direitos Humanos e Democracia no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Pós-graduanda em Direito Digital e Proteção de Dados no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

² Advogada, especialista em direito e tecnologia pela Escola Politécnica da Usp, mestre em Direito pela Unimep, Doutoranda em Direito pela PUC SP, professora universitária na Faesb - Tatuí.

sa-se algumas soluções trazidas pelas próprias plataformas para garantir o mínimo de proteção à herança digital do usuário falecido, destacando-se a noção de contato herdeiro trazida pelo Facebook.

Palavras-chave: Sucessão; herança digital; plataformas.

1 INTRODUÇÃO

A internet é um terreno fértil para a construção de novas ideias e produção de conteúdo. Também acaba sendo um ambiente de alta produção de dados e informações a cada segundo. O número de usuários também cresce a cada dia, podendo-se afirmar que hoje, aqueles que não possuem acesso à rede, se encontram à margem da sociedade.

Nas últimas décadas, o mundo vivenciou uma verdadeira revolução tecnológica e econômica com a virtualização das relações. Diversas atividades migraram para o ambiente virtual. Hoje, bancos estão sendo gradualmente substituídos pelas chamadas *fintechs*, não possuindo sequer atendimento físico, utilizando majoritariamente de robôs. Artistas passaram a realizar shows pela internet. As *lives* se tornaram um fenômeno recorrente, principalmente durante o período da pandemia de COVID-19. Hoje é possível encontrar eventos em jogos de videogame e redes sociais, por exemplo.

Também houve uma mudança na forma que as relações são estruturadas. O principal ativo econômico e de poder passou a ser a informação. Dados pessoais passaram a ser importante moeda de troca.

É evidente que estas mudanças impactam não somente a sociedade, mas também a forma como o Direito regula estas novas relações. A migração para o ambiente digital, ao mesmo tempo que trouxe diversas facilidades, também acendeu alertas quanto a questões envolvendo a proteção da intimidade e privacidade, bem como a liberdade de expressão. Neste sentido, é necessário pensar o ambiente digital não somente para o usuário que está vivo, mas também para aqueles

que faleceram e deixaram diversas contas em redes sociais, jogos virtuais, além da produção intelectual na internet.

Considerando que muitas vezes estas informações constituem ativos econômicos, até que ponto os sucessores podem acessar estes dados? Qual seria o limite do direito patrimonial e dos direitos da personalidade?

Deste modo, o presente trabalho busca analisar brevemente o caráter patrimonial do instituto da sucessão, os direitos da personalidade *post mortem* e quais seriam estes novos bens digitais e a operação do direito sucessório no ambiente digital.

2 OS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS APÓS A MORTE

Tradicionalmente, entende-se que a sucessão somente se opera em relações jurídicas patrimoniais. O direito das sucessões trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte (VENOSA, 2017, n.p). Segundo Silvio Venosa, “o patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente. Os direitos e deveres meramente pessoais, como a tutela, a curatela, os cargos públicos, extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos” (VENOSA, 2017, n.p). Do mesmo modo, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald explicam:

Isso porque somente as relações jurídicas patrimoniais (de natureza econômica) admitem a substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular. Até mesmo porque, naturalmente, as relações jurídicas personalíssimas serão extintas quando do falecimento do seu titular, em face de seu caráter intuito personae. É o exemplo dos direitos da personalidade, afinal de contas a morte do titular põe fim, seguramente, ao exercício da titularidade do direito de imagem, da integridade física ou da vida privada. Igualmente, o estado familiar se extingue

com a morte do titular (...) Não há, via de consequência, qualquer transmissão de direitos quando se tratar de uma relação jurídica personalíssima. (FARIAS, 2019, p.33)

Este patrimônio compõe a herança, ou seja, “o conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus sucessores, por conta de sua morte” (FARIAS, 2019, p. 69).

Há um claro aspecto patrimonial envolvido no instituto da sucessão. São bens que possuem algum valor econômico e que podem ser transmitidos para os herdeiros.

Para além das relações patrimoniais, o Direito também busca tutelar os direitos de caráter extrapatrimonial. Tratam-se dos chamados direitos da personalidade, os quais zelam pela proteção do indivíduo em sua essência.

Acerca dos direitos da personalidade, Caio Mario da Silva Pereira leciona:

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil. (PEREIRA, 2019, p.204)

Alguns direitos da personalidade perduram mesmo após a morte. É o caso do respeito ao *de cuius*, à sua honra ou memória e o direito moral de autor (GONÇALVES, 2017, n.p). Conforme explica Anderson Schreiber, a repercussão dos direitos da personalidade após a morte se refletem não na pessoa falecida, mas em seus familiares e admiradores:

Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular. O atentado à honra do morto não repercute, por

óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no meio social. Deixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. O direito quer justamente o contrário: proteção máxima para os atributos essenciais à condição humana.

Daí a necessidade de se proteger post mortem a personalidade, como valor objetivo, reservando a outras pessoas uma extraordinária legitimidade para pleitear a adoção das medidas necessárias a inibir, interromper ou remediar a violação, como autoriza o art. 12 do Código Civil. (SCHREIBER, 2013, p.25)

É necessário distinguir os direitos da personalidade dos seus efeitos patrimoniais. Os direitos da personalidade não podem ser renunciados ou transferidos, diferentemente dos efeitos patrimoniais que deles emanam:

Intimamente vinculados à pessoa, não pode esta, de regra, abdicar deles, ainda que para subsistir; *intransmissíveis*, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso; *imprescritíveis*, porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de utilizá-los. Igualmente, não pode o indivíduo autolimitar os direitos inerentes à sua personalidade. Não há, entretanto, confundi-los com os efeitos patrimoniais que dele emanem, os quais podem, até onde não ofendam os direitos em si mesmos, ser objeto de renúncia, transação, transferência ou limitações. (PEREIRA, 2019, p.203)

Passa-se a pensar no sopesamento entre os direitos sucessórios, pertencentes aos herdeiros e o direito à intimidade e privacidade daquele que faleceu. Deste modo, faz-se necessário apresentar esses no-

vos bens e as situações que decorrem destas novas relações para o direito das sucessões.

3 O PATRIMONIO DIGITAL

Dentre as mudanças trazidas pela virtualização das relações, destaca-se a impossibilidade de se pensar o indivíduo sem considerar sua vida na internet. O uso de plataformas e redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter são absolutamente naturalizadas, estranhando-se quando uma pessoa vive totalmente offline.

Para além da necessidade de uso da internet como ferramenta de trabalho e acesso à informação, os indivíduos de fato se relacionam por intermédio da rede, produzindo conteúdos como fotos e textos, além de conversarem com amigos e familiares. Por vezes este conteúdo, por mais amador que seja, gera renda para estes usuários.

É o caso da rede social *TikTok*. Conhecida principalmente pela chamada geração Z, a plataforma de vídeos curtos possui um fundo de bilhões de reais cujo intuito é fomentar a produção de conteúdo da plataforma. O *TikTok Creator Fund* não se baseia em lucros advindos de anúncios. Os criadores de conteúdo recebem os valores conforme uma série de fatores em seus vídeos, incluindo o número de visualizações e a autenticidade dessas visualizações, o nível de envolvimento no conteúdo³.

Não diferente ocorre na plataforma Youtube. A partir da monetização dos vídeos na plataforma com a inserção de publicidade (o chamado modelo *flot*), os produtores de conteúdo geram milhões em receitas. É também o caso dos influenciadores digitais no Instagram, que utilizam da publicidade para gerar lucros.

³ Informação retirada do site da plataforma. Disponível em: <https://newsroom.tiktok.com/en-gb/tiktok-creatorfund-your-questions-answered>. Acesso em: 29 set. 2021

Outro exemplo recente advém do chamado NFT (*Non-fungible token*). Trata-se de tecnologia fundada a partir de *blockchain* e que está relacionada às criptomoedas. O NFT é uma espécie de selo de autenticidade e exclusividade, que torna o ativo em algo único. Recentemente o jogo *Axie Infinity* se tornou famoso na internet por utilizar da tecnologia NFT. Neste caso, os usuários investem valores no jogo, podendo comprar itens e vendê-los para outras pessoas. A tecnologia NFT está atrelada aos itens do jogo, como os personagens, o que os faz únicos perante o mundo, não podendo ser substituídos, destruídos ou copiados e estando todas estas informações registradas via *blockchain*⁴.

Os jogadores possuem moedas dentro do jogo, as quais possuem valores no mundo real, haja vista que são espécies de criptomoedas e podem ser transacionadas. O lucro advindo deste jogo é variável, mas estima-se que seja possível ganhar até R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) por mês.

Por constituírem bens com valor econômico, são passíveis de incorporarem a sucessão do usuário que vem a falecer. Atualmente se fala em herança digital, ou seja, um conjunto de bens digitais, um conteúdo intangível do falecido, podendo esses terem valor econômico como no caso das criptomoedas, músicas, jogos, software, etc. ou aqueles de valores sentimentais como e-mails, fotos, contas em redes sociais, etc.

Cabe esclarecer que, quando os bens digitais apresentam conteúdo patrimonial, transmitem-se aos herdeiros com a morte seja pela sucessão legítima, seja pela sucessão testamentária.

Sendo assim, aos bens digitais de conteúdo sentimental não haverá transmissão aos herdeiros, salvo se houver testamento ou codicilo em relação a sua destinação e quem será o representante legítimo.

Para Bruno Zampier bens digitais:

⁴ Informação disponível em: <https://www.theenemy.com.br/pc/axie-infinity-o-que-sao-jogos-nft-e-por-que-estao-em-alta>. Acesso em: 29 set. 2021

Na perspectiva da sociedade imersa em um grande paradigma virtual, como já apresentado, torna-se natural que diversas projeções da pessoa humana passem a ser incorporadas ao mundo digital. Mais e mais a vida real vai se atualizando e migrando para o ambiente digital. Este é um processo inexorável, e sem freios e com uma velocidade impressionante.

Naturalmente, esse passar dos anos fará com que sejam depositados na rede inúmeras informações, manifestações da personalidade e arquivos com conteúdo econômico, e todos esses ligados a um determinado sujeito. Cada internauta terá seu patrimônio digital que necessitará ser protegido, porque em algum momento ele irá falecer, manifestar alguma causa de incapacidade ou mesmo sofrer violações a este legado deixado em rede. (ZAMPIER, 2021).

Para Dodebei (2008), patrimônio digital é ligá-lo ao conceito de memória documentária, onde reúne os atributos informação/memória/documento, que ao sofrer atualização pela contemporaneidade, leva a compreensão do patrimônio digital como um composto de informações que transitam no ciberespaço.

Na Carta sobre a Preservação do Patrimônio Digital, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) (2003), afirma que o patrimônio cultural digital:

[...] consiste de recursos únicos do conhecimento e expressão humana. Abrange recursos culturais, educacionais, científicos e administrativo, assim como técnicos, legais, médicos e outros tipos de informação criada digitalmente, ou convertida para forma digital a partir de recursos analógicos já existentes. Onde recursos são de 'gênese digital', não há outro formato que não o objeto digital. Materiais digitais incluem textos, bancos de dados, imagens estáticas e em movimento, áudio, gráficos, software e páginas web, dentre uma ampla e crescente variedade de formatos. Eles são geralmente efêmeros e necessitam produção, manutenção e gerenciamento intencional para se-

rem preservados. Muitos desses recursos têm valor e significação duradouros, e, assim, constituem patrimônio que deve ser protegido e preservado para gerações atuais e futuras (UNESCO, 2003, p. 1-2).

No ciberespaço é possível identificar o patrimônio nas redes sociais, no que tange a disponibilização, divulgação e interconexão de pessoas a novos lugares, culturas e patrimônios. Em 2012 a empresa McAfee fez uma pesquisa com brasileiros sobre o Valor dos Ativos

Digitais no Brasil e descobriu-se, que o valor médio atribuído ao “patrimônio digital”, existente em vários de seus dispositivos digitais, é de R\$ 238.826,00, foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e-mail), passatempos e projetos de criação.

Os entrevistados indicaram que 38% dos seus arquivos são insubstituíveis e que, para esses arquivos, o valor total considerado por eles é de R\$ 90.754,00. “A maioria dos consumidores nem sonharia em deixar uma pilha de fotos de seus filhos, extratos bancários, senhas de Internet e outras informações pessoais disponíveis ou facilmente acessíveis para que estranhos pudessem se apossar desses dados”, afirma Sérgio Oliveira, diretor regional da área de Consumidores para a América Latina da McAfee⁵.

No judiciário brasileiro já chegam questões sobre a possibilidade ou não de transmissão do acesso às suas contas pessoais em redes sociais aos eventuais herdeiros. Sobre esse tema, Livia Teixeira Leal discorre sobre a distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais na rede:

⁵ Olhar digital. Disponível em: <https://www.ti.rio/info/24253/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-em-r-238-mil-diz-estudo>. Acesso em: 29 set. 2021.

Não se pode ignorar que alguns direitos são personalíssimos, e, portanto, intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do titular, não sendo objeto de sucessão, não integrando o acervo sucessório por ele deixado. Assim, como a herança refere-se ao acervo patrimonial do de cujus, as situações existenciais, ressaltadas as situações dúplices em alguns aspectos, não vão integrar o conceito de herança. (...)

Assim, não há transmissão post mortem dos direitos da personalidade no direito brasileiro, e sim a tutela de um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma violação perpetrada pelos familiares do de cujus. Vale dizer: os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do de cujus.

(...) em relação a páginas e contas protegidas por senha, deve-se verificar o caráter do conteúdo ali contido e a funcionalidade da aplicação. Tratando-se de aplicações com fundo estritamente patrimonial, como contas de instituições financeiras, ou ligadas a criptomoedas, por exemplo, a conta e a senha poderiam ser transferidas para os herdeiros. Contudo, em relação a aplicações de caráter pessoal e privado, como é o caso de perfis de redes sociais e dos aplicativos de conversas privadas, não se deve permitir, a princípio, o acesso dos familiares. (LEAL, 2018)

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou o recurso de Apelação sob o n. 1119688.66.2019.8.26.0100 assegurando o direito de personalidade e a autonomia de vontade do usuário, ora falecido:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDESOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALI-

DADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTARPELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM “MEMORIAL”, TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

No caso em tela houve o entendimento que, uma vez aceito os termos de uso do Facebook pelo usuário com relação a extinção da sua conta após a morte, não há que se falar em transferir sua conta a outro familiar, além de ressaltar que os termos de uso também disciplinam sobre a impossibilidade de transferir a senha de uso pessoal há um terceiro. Por tais razões o recurso foi improvido, aguardando-se julgamento de Recurso Especial.

Diante do tema é possível identificar a falta de legislação específica no nosso ordenamento jurídico, sendo necessário valer das leis constitucionais e civis para aplicar aos casos que versam sobre herança digital. Deste modo, é importante apresentar alguns dos projetos de lei recentemente apresentados acerca da temática.

4 PROJETOS DE LEI

Em 2019, dois Projetos de leis que tratavam do tema “herança digital” tramitavam no Congresso. Um deles era o PL 4.847, de 2012, que visava estabelecer normas de herança digital. O referido projeto definia que:

A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Não obstante, o PL 4.099, de 2012 visava garantir aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais. Assim previa:

Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Ainda, foi escrito que caberia ao herdeiro: I – definir o destino das contas do falecido; a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) apagar todos os dados do usuário ou; c) remover a conta do antigo usuário.

Os dois projetos de lei foram arquivados.

Em 2017 foi proposto o PL 7.742/17, que aguarda parecer do relator na Câmara dos Deputados. O texto visa incluir um artigo 10-A no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), que estabelece que os provedores de aplicações de internet devam excluir as respectivas contas de usuários mortos logo após a comprovação da morte, desde que se tenha um requerimento do cônjuge, companheiro ou parente maior de idade.

Além disso, determina que, mesmo após a exclusão das contas, os provedores mantenham os dados e registros armazenados pelo prazo de um ano, a partir da data da morte, ressalvado requerimento cautelar de prorrogação da autoridade policial ou do Ministério Público.

A Lei do Marco Civil da internet estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Ela assegura entre os direitos dos usuários da internet a: (i) inviolabilidade da intimidade e da vida privada (Artigo 7º, I), (ii) a preservação do sigilo das comunicações

privadas transmitidas ou armazenadas (Artigo 7º, II, III); (iii) a proteção contra o fornecimento de dados pessoais coletados pela internet a terceiros sem prévio consentimento do titular (Artigo 7º, VII); (iv) o direito a informações claras e completas sobre o tratamento de dados pessoais (Artigo 7º, VIII) e (v) a prerrogativa do consentimento expresso e destacado sobre o tratamento destes (Artigo 7º, XI).

Tais projetos têm como objetivo garantir ao morto sua privacidade e intimidade. E, quando a herança digital tiver valor econômico garantirá, também, que faça parte do inventário/partilha. Afinal, se há valor patrimonial, cabe sucessão.

O Projeto de Lei 1.689/2021, em tramitação na Câmara dos Deputados, fixa regras para provedores de aplicações de internet tratem perfis, páginas, contas, publicações e dados pessoais de pessoas mortas. O texto inclui disposições sobre o tema no Código Civil e na Lei de Direitos Autorais (9.610/1998).

A autora do projeto Alê Silva busca preencher a lacuna da legislação brasileira no que tange a sucessão e a gestão de perfis em redes sociais e outras espécies de publicações na internet de pessoas falecidas.

O projeto visa dar aos sucessores hereditários tranquilidade e conforto em um momento difícil da vida, permitindo que o herdeiro digital possa manter ou editar as informações ou transformar o perfil ou página da internet em memorial, em honra da pessoa que morreu.

5 O DIREITO AUTORAL

Enquanto não há uma legislação acerca do tema, o Direito deve buscar alternativas para resolver a questão.

Neste sentido, é interessante pensar no paralelo com o direito autoral. De um lado, há o direito patrimonial de autor, oriundos da exploração econômica da obra, abrangendo elementos como os direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição (PEREIRA, 2003, p.435).

Este direito é, inclusive, passível de transmissão tanto em vida quanto em sucessão.

Conforme aponta Carlos Alberto Bittar:

Consubstancia-se, pois, o aspecto patrimonial fundamentalmente na faculdade de o autor usar, ou autorizar, a utilização da obra, no todo ou em parte; dispor desse direito a qualquer título; transmitir os direitos a outrem, total ou parcialmente, entre vivos ou por sucessão. (BITTAR, 2015, p. 71).

Todavia, os direitos de autor também possuem o caráter moral, relacionados diretamente aos direitos da personalidade do criador da obra. Tratam-se dos direitos de ordem personalíssima, perpétuos, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, abrangendo a paternidade e integridade da obra (BITTAR, 2015, p.69).

Os direitos morais de autor são direitos que ultrapassam o tempo de vida do seu criador, surtindo efeitos mesmo após a sua morte, sendo possível sua defesa pelos herdeiros do autor da obra.

Esta distinção, entre efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, acaba sendo de suma importância para entender os efeitos da virtualização das relações e o direito sucessório. É pacificado que a sucessão se opera nos bens de valores econômicos. Todavia, no ambiente digital, muitas vezes estes bens acabam também sendo bens de natureza personalíssima. São casos que envolvem senhas, perfis pessoais em redes sociais e acesso à conversas com terceiros. O Direito deve se atentar a estas questões ao tratar da sucessão de bens digitais. Da mesma forma que o direito autoral opera, é interessante se pensar nos limites aos herdeiros. É necessário compreender até que ponto é de fato interesse da família e o que seria a proteção dos direitos do falecido.

Um exemplo recente é a chamada Operação Tempo Perdido. Em 2020, foram apreendidas cerca de 91 fitas com gravações inéditas do cantor Renato Russo, membro do Legião Urbana, falecido na década de 90. Em outubro de 2020, o herdeiro do cantor, Giuliano Manfredini,

teria denunciado a existência de trabalhos inéditos de seu pai, o que desencadeou a operação⁶.

A discussão ganha ainda mais força porque o trabalho apreendido pertenceria também ao grupo Legião Urbana. O guitarrista da banda, Dado Villa-Lobo, inclusive teria se manifestado contra a operação⁷.

Considerando que este material sequer constava no inventário das obras de Renato Russo, não é possível saber por qual razão este material jamais foi publicado. Em que pese os poderes do herdeiro para zelar pelo patrimônio, também não há qualquer prova no sentido de que Renato Russo de fato gostaria de publicar estes trabalhos. Entra-se numa seara muito delicada: o que seria o desejo do autor e o que é desejo dos herdeiros de suas obras. Também há que se considerar que o artista fazia parte de uma banda, então não seria necessário também zelar pelos interesses dos demais participantes?

Casos assim demonstram com clareza os problemas que podem surgir da sucessão. O caso de Renato Russo sequer engloba bens digitais e já é complexo. Ao se tratar de bens existentes apenas no ambiente virtual, este problema se agrava, pois muitas vezes o usuário sequer possui ciência de que suas atividades online compreendem um verdadeiro ativo econômico, de maneira que não toma quaisquer cuidados para garantir o zelo deste patrimônio ainda em vida.

6 PAPEL DAS PLATAFORMAS

No que tange a herança digital, Flavio Tartuce defende a necessidade de testamento ou codicilo no sentido de especificar os bens digitais que serão destinados aos seus herdeiros. (TARTUCE, 2020).

⁶ CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/diversao-e-arte/2020/12/4895721-operacao-tempoperdido-diretor-de-gravadora-depoe-sobre-fitas-de-renato-russo.html>. Acesso em: 01 out. 2021.

⁷ Disponível em: <http://mct.mus.br/tag/operacao-tempo-perdido/>. Acesso em: 01 out. 2021

Todavia, a prática de testar é pouco utilizada no Brasil, haja vista tanto o desconhecimento da população acerca do instituto bem como os altos valores do planejamento sucessório. Este cenário está mudando aos poucos, mas ainda está muito longe do esperado para ser a única via de proteção da herança digital.

Há também a observação a ser feita quanto aos termos de uso das plataformas digitais, os quais incluem a possibilidade de seus usuários muitas vezes escolherem o que ocorrerá com a conta após a morte e como será a destinação de seus bens digitais, muitas vezes assumindo o papel que caberia à legislação cumprir. Conforme os exemplos abaixo:

AMAZON: Uso do Conteúdo Kindle. Mediante o download de Conteúdo Kindle e o pagamento de todas os valores aplicáveis (incluindo impostos), visualizar, utilizar e exibir tal Conteúdo Kindle de forma ilimitada, unicamente por meio de um Aplicativo de Leitura ou conforme permitido como parte do Serviço, unicamente no número de Dispositivos e não comercial. Todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido. O Provedor de Conteúdo poderá incluir termos adicionais para utilização de seu conteúdo Kindle. Você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo Kindle ou qualquer parte dele a terceiros quaisquer avisos ou rótulos de propriedade no Conteúdo Kindle.⁸

APPLE: A Apple é fornecedora do Serviço do iTunes, que permite que você acesse, compre ou alugue conteúdo digital (“Produtos iTunes”) para neste Contrato [...] USO DE CONTEÚDO tecnologia de segurança que limita seu uso dos

Produtos iTunes e que, sejam ou não os Produtos iTunes limitados por tecnologia com as regras de utilização aplicáveis estabe-

⁸ AMAZON. Disponível em: Amazon <http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em: 30 set. 2021.

lecidas pela Apple e seus licenciados (“Regras de Utilização”), e que qualquer outro uso dos Produtos iTunes pode constituir violação de direitos autorais. Qualquer tecnologia de segurança é parte indissociável dos Produtos iTunes. Sem prejuízo de qualquer disposição deste Contrato, a Apple e seus representantes se reservam o direito de alterar, suspender, remover ou desabilitar o acesso a quaisquer Produtos iTunes, conteúdos ou outros materiais, constituindo uma parte do Serviço iTunes, a qualquer momento, sem aviso. Em hipótese alguma, a Apple será responsabilizada por ter realizado tais alterações.⁹ Não Existência de Direito de Sucessão a menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos à seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado. Contate o Suporte iCloud.¹⁰

GOOGLE: Venda, distribuição ou transferência a terceiros. O usuário não poderá vender, fazer empréstimo, fazer leasing, redistribuir, transmitir, ou seus direitos ao Conteúdo a terceiros sem autorização, inclusive com relação aos downloads de Conteúdo que possam ser feitos por meio do Google Play. O uso de qualquer ferramenta ou recurso fornecido como parte autorizada do Google Play (por exemplo, “Recomendações Sociais”) não violará o presentemente disposto, contanto que o usuário Capture de *streaming*. É vetado ao usuário a utilização do Google Play ou de qualquer Conteúdo em conjunto com programas de software de cópia de *streaming*, captura de *streaming* ou similares para gravar uma cópia do Conteúdo apresentado em formato de *streaming*. Compartilhamento. É vetado ao usuário a utilização do Conteúdo como parte de serviços de compartilhamento, empréstimo, utilização por mais de uma pessoa ou para fins de qualquer outro tipo de instituição, exceto conforme especi-

⁹ APPLE. Disponível em: <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁰ APPLE. Disponível em: <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

camente permitido e somente da maneira exata especificada e permitida pela google.¹¹ O gerenciador de contas inativas fornecido pelo Google possibilita aos herdeiros acessar o conteúdo armazenado pelo de cujus em serviços associados ao gmail, google drive, perfis G+, blogger, álbuns do Picasa, YouTube, entre outros, sendo possível legar parte do acervo digital ou apagá-lo completamente.¹²

MICROSOFT: A Microsoft, em termos de serviço referentes a contas de email e armazenamento de arquivos como Outlook e OneDrive, respectivamente, não permite que os usuários transfiram suas contas, e caso não seja feito login durante o período de um ano, estabelece a perda do conteúdo armazenado.¹³

Já há um movimento das plataformas para resolver estas questões. Contudo, abre-se uma discussão acerca destas empresas privadas realizarem, sozinhas, a tomada de decisão acerca do material de seus usuários após a morte.

Uma solução interessante é a possibilidade de criação de contato herdeiro no Facebook. Segundo os termos da plataforma, trata-se da pessoa que você escolhe para cuidar de sua conta se ela for transformada em memorial. Se você adicionar um contato herdeiro à sua conta, essa pessoa poderá cuidar da sua conta quando ela for transformada em memorial.

O contato herdeiro poderá:

Escrever uma publicação fixada no seu perfil (por exemplo, para compartilhar uma mensagem final em seu nome ou fornecer informações sobre o funeral).

¹¹ GOOGLE PLAY. Disponível em: https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html. Acesso em: 30 set. 2021.

¹² GOOGLE. Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹³ MICROSOFT. Disponível em: <https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em: 30 set. 2021.

Atualizar a foto do perfil e a foto da capa.

Solicitar a remoção da conta.

Baixar uma cópia daquilo que você compartilhou no Facebook, caso esse recurso esteja ativado.

Poderemos adicionar mais recursos para os contatos herdeiros no futuro.

O contato herdeiro não poderá:

Entrar em sua conta.

Ler suas mensagens.

Remover amigos ou fazer novas solicitações de amizade¹⁴.

Ou seja, permite-se a ingerência na conta da rede social até determinado ponto, não podendo o contato herdeiro adentrar na seara da intimidade do falecido, apenas realizando o gerenciamento da conta de forma mais ampla.

Observa-se, portanto, que os próprios participantes da internet estão procurando soluções enquanto não há uma solução judicial. Contudo, ainda são questões que precisam de maior reflexão para que sejam de fato implementadas como respostas Às questões trazidas pelo direito das sucessões.

7 CONCLUSÃO

O Direito já possui o direito das sucessões consolidado. Trata-se da proteção patrimonial do falecido. Do mesmo modo, também há o zelo pelos direitos da personalidade mesmo após a morte.

Com a internet, surge uma nova forma de patrimônio, advindo dos chamados bens digitais. Composta por criptomoedas, músicas, jogos, software, etc. ou aqueles bens de valores sentimentais como

¹⁴ Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 01 out. 2021

e-mails, fotos e contas em redes sociais, a herança digital se mostra um desafio ao Direito. Isto porque não envolve apenas direitos patrimoniais, mas também questões diretamente relacionadas aos direitos da personalidade.

O Poder Judiciário já vem se deparando com ações que visam justamente o acesso a redes sociais do falecido. Todavia, observa-se um movimento no sentido de prevalecer os direitos de personalidade, o princípio da autonomia de vontade, privacidade e intimidade.

A preocupação com o tema já trouxe a discussão para projetos de lei que visam justamente permitir o gerenciamento de perfis e senhas por parte dos herdeiros do falecido. Do mesmo modo, os bens digitais de valor econômico também passariam a compor o inventário, garantindo que estes ativos não se percam após o falecimento do usuário.

Neste sentido, enquanto não há uma resposta específica sobre o tema, é interessante pensar em soluções já existentes. A primeira delas é pensar na temática pela ótica semelhante a do direito autoral, o qual já dispõe acerca do direito patrimonial e do direito moral. Assemelha-se muito a questão dos limites de intervenção dos herdeiros e até que ponto estar-se-ia respeitando os desejos do falecido.

Outras alternativas também são interessantes. A primeira e mais clássica seria a do testamento. O usuário poderia deixar disposto como deseja que seus bens virtuais sejam zelados após sua morte. Contudo, ainda não há uma adesão forte ao testamento no Brasil, de maneira que talvez a prática não surta tanto efeito.

Atualmente, o que mais se observa é a regulação pelas próprias plataformas, a partir dos termos de uso. Plataformas como o Facebook já trazem a possibilidade da indicação de contato herdeiro para gerenciar a conta no caso de falecimento. Todavia, discute-se se empresas privadas de fato podem dispor livremente sobre estas situações envolvendo a sucessão.

O presente artigo busca, de forma breve, explicar algumas questões envolvendo o direito das sucessões e o ambiente virtual. Ainda não há respostas sobre qual seria a melhor solução para o tema. Contudo, apenas se pode afirmar que apesar das questões patrimoniais, extremamente relevantes, não se pode olvidar dos direitos da personalidade do falecido. Se não há disposição de seus desejos em vida, o Direito deve preencher esta lacuna, considerando princípios da intimidade e privacidade e garantindo a melhor proteção à memória do usuário após sua morte.

REFERÊNCIAS

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Gestão Colectiva do Direito de Autor e os Direitos Conexos na Sociedade da Informação. **Direito da Sociedade da Informação**, Coimbra, v. , n. , p.433-453, jan. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Volume I**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das sucessões. V. 6. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais**. 1 ed. São Paulo: Foco, 2017.

Sites consultados:

AMAZON. Disponível em: Amazon <http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em: 30 set. 2021.

APPLE. Disponível em: <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

APPLE. Disponível em: <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>. Acesso em: 30 set. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/diversao-e-arte/2020/12/4895721-operacao-tempoperdido-diretor-de-gravadora-depoe-sobre-fitas-de-renato-russo.html>. Acesso em: 01 out. 2021.

GOOGLE. Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em: 30 set. 2021.

GOOGLE PLAY. Disponível em: https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html. Acesso em: 30 set. 2021.

<https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 01 out. 2021.

<http://mct.mus.br/tag/operacao-tempo-perdido/>. Acesso em: 01 out. 2021.

<https://www.theenemy.com.br/pc/axie-infinity-o-que-sao-jogos-nft-e-por-que-estaoem-alta>. Acesso em: 29 set. 2021.

<https://newsroom.tiktok.com/en-gb/tiktok-creatorfund-your-questions-answered>. Acesso em: 29 set. 2021

MICROSOFT. <https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em: 30 set. 2021.

OLHAR DIGITAL. Disponível em: <https://www.ti.rio/info/24253/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-em-r-238-mil-diz-estudo>. Acesso em: 29 set. 2021.

O EXCLUSIVO DOS HERDEIROS FRENTE AO INTERESSE PÚBLICO: A TRANSMISSÃO POST MORTEM DE DIREITOS AUTORAIS COMO VETOR DE PROLIFERAÇÃO DE ABUSOS

Thalia Ferreira Cirilo¹
Matheus Víctor Sousa Soares²

RESUMO: O exclusivo autoral, parte da configuração histórica dos regimes que visam proteger o autor e blindar a obra contra violações de diversas ordens, traz consigo riscos ao próprio processo criativo e à coletividade. Diante disso, buscar-se-á responder à pergunta de pesquisa: de que forma o atual regime de transmissão *post mortem* de direitos autorais contribui para a proliferação de abusos das prerrogativas intrínsecas à exclusividade autoral frente aos interesses e necessidades da coletividade e como é possível combatê-la? Tendo em vista que os abusos passam despercebidos por serem revestidos de legitimidade suficiente para ocultar eventuais prejuízos à sociedade, parte-se da hipótese que o exercício de algumas prerrogativas conferidas pela Lei nº 9.610/1998 aos herdeiros tende a ser por eles considerado como ilimitado e incondicionado, sendo necessário o desenvolvimento de uma estrutura apta a prestar assistência na tomada decisória sobre os destinos da obra após o falecimento do titular originário. Dessa forma, objetiva-se propor a criação de uma estrutura de

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD-UFERSA); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); Bolsista da CAPES; E-mail: thalia.cirilo@alunos.ufersa.edu.br

² Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ-UFPB); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); E-mail: matheus.sousa@academico.ufpb.br

gestão solidária que integre herdeiros e Poder Público de forma colaborativa, equânime e que encaminhe a obra em transição à sua condição de Domínio Público. Para tanto, empregam-se o método de abordagem dedutivo e as técnicas documental e revisão bibliográfica. Conclui-se que a Lei, ao conferir poderes em demasia aos herdeiros e contribuir para sua interpretação como direitos de propriedade absolutos, reforça o teor privatístico do regime jurídico autoral, sendo necessário criar, ou recriar, um núcleo de gestão solidária para dividir com os herdeiros a responsabilidade pela obra.

Palavras-chave: abusos; herdeiros; gestão solidária.

1 INTRODUÇÃO

A exclusividade foi eleita como matriz dos regimes de proteção autoral e constitui verdadeiro sustentáculo das estruturas de gestão das relações advindas de exercícios intelectuais. Tal elemento foi incorporado através de uma retórica enérgica proveniente de setores econômica e intelectualmente privilegiados que, preocupados em assegurar a maximização dos lucros e formas mais eficientes de domínio social — o que envolvia o controle do que se criava e era posto em circulação — adotou a ideia de comunhão entre criações intelectuais e propriedade privada.

Com o afunilamento deste discurso através da distinção entre uma propriedade material e outra imaterial, esta última recaindo sobre bens ditos incorpóreos sobre os quais pairava uma aura espiritual e sagrada, e através da garantia de um direito absoluto a um criador que poderia dele dispor livremente, foi instituído um paradigma asentado em uma lógica de exclusão.

Tal paradigma, paradoxalmente, trazia consigo uma supressão do aspecto público que até então caracterizava as criações intelectuais em um embrionário sistema de estímulo à criatividade e repúdio de comportamentos imorais em relação às obras intelectuais, como o plágio. No entanto, apesar do pouco prestígio na formulação de uma nascente teoria da propriedade intelectual, ao interesse público, con-

substanciado na faceta coletiva do processo criativo e do acesso da população ao conteúdo das obras, atribuiu-se relevância.

Em outras palavras, não obstante convolado em bem privado com a finalidade de manejo mais eficiente das relações de consumo orientadas à conservação das instâncias de poder econômico e político, à obra autoral ainda era creditado o potencial de bem público. Sendo assim, para minimizar eventuais conflitos, a exclusividade precisou ser adaptada para conviver com o senso de inclusividade emanado pela criação intelectual — especialmente pela obra artística em suas diversas manifestações —, parte intrínseca desses bens, meio privados e meio públicos; isso se fez mediante a temporalização dos direitos relativos às criações.

A introdução de um lapso temporal máximo para gozo dos direitos sobre qualquer produto do engenho humano, em um primeiro momento, minou a natureza absoluta conferida à propriedade privada aplicada aos bens imateriais, de forma que a perspectiva de integração das criações intelectuais ao Domínio Público representou um avanço no reconhecimento da primazia do interesse público. No entanto, a vinculação à propriedade privada e as tentativas de se estabelecer uma identidade entre os regimes aplicados aos bens materiais e aos imateriais, fizeram com que o momento do Domínio Público fosse cada vez mais adiado.

Dentre os expedientes utilizados para o arrefecimento do Domínio Público e fortalecimento do paradigma excludente da propriedade privada, o instituto da Sucessão Autoral, isto é, da transmissão *mortis causa* dos direitos autorais, foi essencial para que se legitimasse, por exemplo, o fenômeno da extensão irrefreável dos prazos protetivos. Considerando este quadro, buscar-se-á, neste trabalho, responder à seguinte pergunta de pesquisa: de que forma o atual regime de transmissão *post mortem* de direitos autorais contribui para a proliferação de abusos das prerrogativas intrínsecas à exclusividade autoral frente aos interesses e necessidades da coletividade e como é possível combatê-la?

Objetiva-se, com esta investigação, analisar algumas situações que denunciam o cometimento de abusos por parte dos herdeiros, especialmente no que tange à inobservância da função social desempenhada pelos direitos autorais e, de forma ainda mais específica, considerando que a Lei nº 9.610/1998, atual Lei de Direitos Autorais (LDA), ao conferir poderes em demasia aos herdeiros e contribuir para sua interpretação como direitos de propriedade absolutos, reforça o teor privatístico do regime jurídico autoral, busca-se propor o desenvolvimento de uma estrutura institucional anexa apta a prestar assistência na tomada de decisões sobre os destinos da obra em estado de migração da qualidade de bem privado para bem público.

Em outras palavras, almeja-se demonstrar a necessidade de criação, ou recriação, de uma estrutura de gestão solidária que integre herdeiros e Poder Público, de forma colaborativa, equânime e que encaminhe a obra em transição à sua condição de Domínio Público pleno. A revitalização do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), extinto na década de 1990, e a atualização de suas incumbências em prol de uma sadia interferência estatal na gestão dos direitos autorais, faz parte do plano de ação proposto para minimizar a ocorrência de abusos por parte dos titulares, especialmente dos herdeiros, em prejuízo da coletividade, sendo nessa seara de preocupação com a harmonização de interesses privados e públicos que reside a relevância do estudo.

Para o alcance do objetivo proposto, são utilizadas as técnicas documental e bibliográfica, destacando-se alguns dos principais instrumentos normativos relativos ao tema, bem como algumas contribuições de teóricos da área, como Carlos Affonso Pereira de Souza, José de Oliveira Ascensão e Carlos Alberto Bittar.

Além disso, emprega-se o método de abordagem dedutivo, que pode ser visualizado através da estruturação das seções do trabalho: primeiramente, delinea-se o abuso de direito autoral tratando-o como contraparte do exclusivo autoral — uma espécie de exclusivo corrompido pelo cometimento de abusos pelos titulares; posteriormente, observa-se como a Sucessão Autoral e a atuação dos herdeiros — se

tomada como ilimitada — pode constituir novas formas de abuso dos direitos patrimoniais e morais ligados ao exclusivo; por último, analisa-se a possibilidade de construção de um núcleo de gestão solidária para dividir com os herdeiros a responsabilidade pela obra.

2 O ABUSO DE DIREITOS AUTORAIS COMO CONTRAPARTE DO EXCLUSIVO CONFERIDO AOS TITULARES

Ao exteriorizar uma ideia, lapidando-a através de diversas ferramentas, um sujeito, transformado em autor, materializa-se em uma obra intelectual. Com este ato, o autor, embora crie um bem externo a si (material), nele ele acaba por se inserir imaterialmente/espiritualmente. Diz-se que personalidade do autor é fragmentada e inserida em um objeto que mais que representar seu criador, constitui um prolongamento de sua essência (CHAVES, 1987). Não por outro motivo, refere-se também ao produto da criatividade e sensibilidade humana como “obra do espírito” (BITTAR, 2019).

Tão logo concebida, a obra reclama que sejam tomadas certas decisões. Ela deveria permanecer oculta do público como se nunca houvesse sido criada ou, por outro lado, deveria ser por todos conhecida e amplamente divulgada? Se literária, lida ou não lida; se musical, ouvida ou não ouvida; se audiovisual, vista ou não vista. E caso se decida pela apresentação da obra ao público, como deveria ocorrer? Seria uma disponibilização gratuita ou uma atividade remunerada? Qual seria o regime que garantiria a proteção simultânea à forma e ao conteúdo da obra? Especialmente, indaga-se: a quem caberia decidir e por quê?

Hoje, parece natural que o ônus e bônus da decisão sobre futuro de uma criação intelectual recaiam sobre o criador. Entretanto, nem sempre se encarou a situação desta forma.

A ideia de que toda criação intelectual possui um “dono”, sendo uma espécie de propriedade especial pertencente a alguém que

laborou criativamente, é decorrente de uma construção que possui como alicerces a figura do autor romântico (CARBONI, 2010; KRETSCHMANN; ROCHA FILHO, 2019) e a necessidade de se aquecer um mercado consumidor (ESTEVES, 2019). Anteriormente, a postura que se tinha diante dessa necessária tomada de decisões era diferente: já coube à autoridade religiosa, à monárquica, às instituições de poder vinculadas a um Estado Liberal emergente (ZANINI, 2015).

Cada período possui seu próprio desequilíbrio de forças (FRAGOSO, 2012), porém, algo que se mantém é a justificativa de que aquele que toma tais decisões possui um direito de exclusividade sobre a obra, transformada em bem, tornada apropriável, seja em razão do processo de criação individual, seja em decorrência da celebração de contratos. É com base nesta exclusividade que surgem os primeiros sistemas de proteção autoral e é também essa construção teórica de um direito exclusivo titulado pelo criador e transmissível por contratos e por via sucessória que foi transportada ao cenário internacional e se tornou pedra angular de regimes de proteção autoral, como o brasileiro (ABRÃO, 2002).

Trata-se de um direito de exclusivo que, se em um primeiro momento parece dizer respeito apenas aos interesses comerciais de uma criação intelectual, também sedimenta os chamados direitos morais ou direitos da personalidade do autor (SOUZA, 2009), estando, por isso, presente no centro dos grandes sistemas do *Copyright* e do *Droit d'Auteur*, apesar de suas diferenças de grande relevo (TRIDENTE, 2009). Em busca de um conceito para a exclusividade, considera-se adequada a tentativa de Leite (2004, p. 164) de construí-lo:

A propriedade privada, adquirida pela proteção autoral, exclui uns (não proprietários) do gozo das coisas (obras intelectuais), para só dá-las a outros (autores/titulares), em face do altruísmo humano limitado, que nos obriga a criação de um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível, haja vista que as tendências para as violações, se não forem controladas, são suficientemente frequentes para serem fatais para a vida social.

Nesse sentido, tem-se, a partir de uma visão funcional do Direito Autoral, que exclusividade pode ser, ao mesmo tempo, veneno e antídoto; ela permite que haja estímulo à criação de novas obras para que se acresça o patrimônio cultural da humanidade. No entanto, com base na mesma análise funcional, é possível constatar que não raro o criador extrapola suas prerrogativas e faz um mau uso da obra, ocasionalmente turbando a harmonia do sistema de proteção autoral vigente, abalizado pelo amálgama de interesses privado e público em um delicado equilíbrio de forças (ADOLFO, 2008). Neste contexto, comete abuso.

No presente estudo, adotam-se as premissas de Souza (2009) sobre uma teoria do abuso de direitos autorais no Brasil, de maneira que se considerada abuso todo ato que, praticado pelo autor ou por algum titular, atenta contra a função ambicionada pela estruturação das normas autorais. Nesse diapasão, deve-se respeito, por exemplo, às limitações e exceções aos direitos autorais previstas em rol enumerativo, reconhecidas como exigências que precisam ser observadas em razão do manifesto interesse público que deve servir de embasamento para as decisões sobre os destinos das criações intelectuais (MAGRANI, 2007). Refere-se às limitações e exceções previstas da legislação autoral como forma de realização da função social.

No entanto, tais exceções e limitações são incompletas, pois não conseguem contemplar todas as situações em que o uso da obra independe da outorga de autorização. Como paliativas, apenas adiam a adoção de uma solução definitiva para o problema do equilíbrio entre os interesses público e privado em matéria autoral. A situação tem ganhado novos contornos, como observam Fairbanks e Souza (2017, p. 390), otimistas quanto à correção das incompletudes das limitações e exceções legais através da consolidação dos precedentes judiciais, especialmente do Recurso Especial (REsp) n 964.404, decidido em 15 de março de 2011, que “aduziu que as limitações são representações da importância e da valorização de direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário em face dos direitos autorais”, de maneira

que o rol previsto no artigo 46 da LDA tem caráter exemplificativo, dando margem à aceitação de uma cláusula geral de uso livre.

Sendo o Direito Autoral entrecortado pela função social, o exclusivo precisa, também, respeitar as necessidades coletivas de participação na vida cultural e acesso a bens de natureza pública (ainda que temporariamente privados), como é o caso das obras literárias, artísticas e científicas. Nesse sentido, o titular de direitos autorais não pode ignorar esses elementos, devendo, em verdade, estar sempre atento ao cumprimento desta função social ao tempo em que explora economicamente sua obra. O exclusivo, neste sentido, não constitui um malefício, pois, se relativizada a carga axiológica trazida pela propriedade privada (ASCENSÃO, 2014), obtêm-se bons resultados para o titular e para a coletividade. Somente assim será atingido o máximo benefício social do processo criativo e da obra que dele resulta (ADOLFO, 2008).

Ausente esta diretriz social da tomada de decisões pelo titulares, há propensão para o abuso. Nesse sentido, o abuso pode ser entendido como uma contraparte do exclusivo: seu corrompimento. Souza (2009), a fim de auxiliar na determinação de quando ocorre ou não uma extrapolação do exclusivo, seja na seara patrimonial — o que ocorre mais frequentemente — seja em relação à personalidade do autor, sintetiza três hipóteses do abuso: o abuso em relações contratuais; o abuso na responsabilidade civil; e o abuso através das medidas tecnológicas de proteção. Destaca-se, neste trabalho, a primeira hipótese, vez que acontece mais corriqueiramente e que se relaciona diretamente ao exclusivo autoral em comento, passado aos herdeiros, como se verá na seção seguinte.

O abuso nas relações contratuais, ainda segundo Souza (2009), refere-se à recusa de contratar, isto é, quando os titulares de direitos autorais resistem a celebrar negócios jurídicos de cessão e licenciamento. Leva-se em conta a perturbação em termos das relações comerciais em função da resistência a celebrar tais negócios, uma vez que “no encontro entre direito autoral e o seu uso abusivo através de

recusas de contratar [...] o direito da concorrência se torna um verdadeiro limite externo à autonomia privada” (SOUZA, 2009, p. 231).

Dito isto, em conformidade com a observação feita por Abrão de que “os herdeiros que impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural” (ABRÃO, 2002, p. 218) cometem abuso, cumpre examinar a situação e propor uma forma de solucionar o impasse, minimizando a ocorrência de abuso, especialmente a contratação, por parte dos herdeiros.

3 A CONTINUIDADE DOS ABUSOS DE DIREITOS AUTORAIS APÓS A MORTE DO AUTOR: A ATUAÇÃO DOS HERDEIROS

Em contraste ao caráter público do qual se revestem as obras intelectuais, que ganha cada vez mais atenção — especialmente em função da relação vinculativa entre direitos autorais e direito à informação e ao conhecimento, típica do momento tecnológico que se vive com o avanço do ciberespaço (KRETSCHMAN, 2021) — o hiato protetivo, se prolongado em benefício dos herdeiros, pode obstar os efeitos da reintegração da obra à coletividade e, não apenas isto, mas também dar margem para o cometimento de abusos de direitos autorais através de ações e omissões prejudiciais à realização da função social.

Não bastando a manutenção no sistema jurídico brasileiro de prerrogativas que asseguram uma situação de domínio absoluto e vitalício sobre um bem³ — flagrantemente incompatível com os alicerces do Estado Democrático Solidário de Direito (ARAÚJO, 2018), no que pesem os estratagemas limitantes adotados paliativamente —, a legislação ainda comporta uma prorrogação por setenta anos em benefício

³ A legislação autoral vigente no Brasil, em seu artigo 3º, determina que os direitos autorais se reputam bens móveis.

dos herdeiros para que possam explorar, com idêntica exclusividade de outrora, a rentabilidade de obras artísticas.

Tal prorrogação possui lastro constitucional, o que confere sobrelevada força normativa dentro do sistema jurídico brasileiro ao exclusivo autoral, considerado como garantia fundamental constante no artigo 5º, XXVII da Constituição Federal de 1988. Anote-se que prazo estabelecido no artigo 41 da LDA vigente, em complemento à disposição constitucional, ultrapassa o padrão internacional de cinquenta anos indicado na Convenção de Berna de 1886 e suas atualizações posteriores.

Os motivos para a fixação de setenta anos apontam para o fato de que talvez não apenas se almeje evitar que os herdeiros, com o falecimento do autor, fiquem desassistidos financeiramente, mas que possam tirar máximo proveito da exploração da obra, ainda que a custo do acesso da coletividade. Consigne-se que este longo lapso temporal gera dois riscos manifestos: o esgotamento da relevância cultural da obra em razão do abandono e da inabilidade dos herdeiros para geri-la; e possível mácula da personalidade remanescente do autor nas obras por ele criadas em vida em decorrência de alguns comportamentos adotados pelos herdeiros. Isto leva a questionar qual o porquê de direitos autorais serem herdáveis quando maior benefício social seria probabilisticamente atingido se, com o falecimento do autor, a obra fosse dissolvida no Domínio Público, acrescendo a coletividade imediatamente e fazendo parte do acervo cultural comum.

Neste contexto, fala-se em Sucessão, instituto que fecha o ciclo da propriedade privada ao garantir sua continuidade indefinida: enquanto herdeiros existirem, patrimônio haverá. Qualifica-se como Sucessão Autoral quando, para além de bens materiais, há a concorrência de bens incorpóreos/imateriais, decorrentes de estímulos criativos que revestem uma pessoa da condição de autor.

Nos típicos procedimentos de Inventário e Partilha, deve-se lidar, com máxima cautela, com direitos autorais. Embora a legislação

não faça diferença entre os procedimentos adotados quando da transferência de direitos de características tão singulares, é essencial que os herdeiros tenham ciência de que, diferentemente do que ocorre com os demais bens, apenas uma parcela dos direitos autorais são conservados após a morte do autor e podem ser transferidos, bem como que mesmo esta parcela só pode ser explorada por um período fixado pela legislação.

É importante esclarecer que somente os direitos patrimoniais do autor são transferidos para os herdeiros em sua totalidade (BITTAR, 2019). Os direitos morais, por outro lado, por serem comumente correlacionados aos direitos da personalidade e com eles compartilharem características, como a intransmissibilidade, não dão margem para se falar em transmissão, mesmo em função do falecimento do autor, ainda que esta seja a nomenclatura adotada pelo artigo 24, §1º, da legislação autoral vigente (BRANCO, 2014).

Anote-se que, embora não aconteça a transmissão propriamente dita, os herdeiros passam a poder exercer legitimamente certas prerrogativas relacionadas aos direitos morais, porém que, em essência, não são direitos morais como titulados pelo autor em vida, mas mais se assemelham a um ônus de defesa da autoria, da integridade da obra e da vontade do autor (BRANCO, 2014). Portanto, pertencem a outra ordem e se perpetuam por outros fundamentos que escapam ao instituto da Sucessão que, como se disse linhas acima, guarda relação com o processo cíclico de aquisição e continuidade da propriedade e não com a defesa da personalidade, sendo esta última irrepetível, como também o é a criação por ela emanada, motivo que justifica, inclusive, que os direitos morais do autor gradualmente sejam reconhecidos em sua dimensão pública, passando a fazer parte das preocupações do Estado, que é incumbido de zelar pela integridade e autoria da obra, conforme o artigo 24, § 2º da LDA.

A redação atual, porém, abre mão da clareza da anterior (Lei nº 5.988 de 1973) ao não indicar uma estrutura que estaria responsá-

vel por guarnecer estes aspectos da obra em Domínio Público⁴. Conforme assevera Fragoso (2009, p. 205), “considerando que ao Estado cabe o dever da defesa da integridade e da autoria da obra caída em Domínio Público, tais direitos (integridade e paternidade) serão perpétuos, pelo menos enquanto existir Estado”.

Todavia, antes de destacar os frequentes abusos que se originam dos direitos patrimoniais, cabe fazer certas considerações sobre o exercício pelos herdeiros de um dos direitos morais mencionados no § 2º do artigo 24 da LDA, mais especificamente no inciso III: “direito de inédito”. O direito de conservar a obra inédita, embora seja uma prerrogativa do autor, justificada, em parte, pela proteção à intimidade e pela liberdade de expressão, choca-se com o interesse da coletividade em ver uma determinada obra comunicada ao público.

Não é incomum que se questione se seria adequado que o autor mantivesse para si obra por ele criada se dela se pudesse extrair relevante valor social e cultural. Veja-se, por exemplo, o caso de recordações escritas e jamais publicadas por um determinado autor, mas que, se viessem a público, em muito contribuiriam para o esclarecimento de questões ainda ignoradas da história política, dando sentido à memória coletiva, tendo, assim, não apenas valor artístico, mas documental.

Dessa forma, quando se considera a “transmissão” deste direito, é inevitável questionar em que medida o direito de inédito pode ser exercido pelos herdeiros sem que o fundamento da proteção à personalidade do de cujus dê lugar a motivações de ordem meramente econômica, como retardar ao máximo a publicação para garantir maiores e mais prolongados rendimentos. De igual modo, seria um abuso de direito de autor se os herdeiros fossem contra a vontade manifesta

⁴ O artigo 25, § 2º a Lei de 1973 menciona que o Estado exercerá, através do Conselho Nacional de Direito Autoral, a defesa da integridade e genuinidade da obra caída em domínio público. Já o artigo 24, § 2º, equivalente na atual legislação, suprime o a menção ao Conselho.

do *de cuius* pela não publicação, ainda que a obra tivesse, como dito acima, relevante valor documental?

Desatender a vontade do *de cuius* pela não publicação é algo mais complexo e que exige uma reflexão à luz do caso concreto para que se perceba se a intimidade pode e deve ser resguardada. Branco (2014, p. 87) aclara a questão afirmando que “o tempo transcorrido desde a morte do autor, o benefício social do acesso à obras inéditas, o grau de certeza quanto a vontade de sua publicação, todos esses elementos deverão ser levados em consideração”.

Quando a este último quesito, existindo testamento e, neste instrumento, uma justificativa e contextualização da opção pela não publicação, poderia se considerar um elemento vinculativo do exercício do direito de inédito por herdeiro, de modo que publicar obra contrariando, nesta situação, o desejo do *de cuius* configuraria um abuso.

Na falta deste instrumento, estaria livre o herdeiro para conservar ou não a obra inédita, considerando-se abuso, nesta situação, apenas em caso de tentativa de se valer do direito de inédito para flagrantemente privar a coletividade por tempo demasiadamente longo do acesso a certas obras cujo valor cultural supera a privacidade do *de cuius* (BRANCO, 2014). Nesse sentido, é necessário que o direito de inédito, no contexto da Sucessão Autoral, seja fiscalizado, pois pode facilmente ser convertido em instrumento prejudicial ao interesse público.

Na perspectiva adotada neste estudo, como já esclarecido na seção anterior, considera-se abuso tudo que se desvia da função social do direito autoral, portanto, todos os atos que obstaculizam em demasia o acesso do público às obras autorais devem ser repudiados, ainda que tenham fundamento na personalidade do autor. Desse modo, transformar o direito de inédito em uma ferramenta de adiamento para maximização dos lucros traduz um inaceitável atentado a esta função social.

Outro aspecto que merece destaque, ainda em relação ao exercício do direito de inédito e sua transmissibilidade, é se existiria ou não

para os herdeiros uma obrigação de declarar todas as obras, publicadas e inéditas, deixadas pelo *de cujus*, quando findo o prazo de setenta anos e ingresso da obra no Domínio Público. É uma questão colateral ao tema do abuso do direito de inédito. Seria benquisto impor aos herdeiros a realização de uma espécie de “inventário final”, a título de “prestação de contas”, para que o Estado pudesse formular políticas culturais envolvendo obras de livre disposição tendo ciência da totalidade do acervo inédito?

Apesar de admitir a precocidade de se afirmar categoricamente a necessidade deste mecanismo exato de prestação de contas, não se titubeia diante do fato de que não se pode dar margem para que os herdeiros subtraíam obras que, por decurso do prazo temporal, considerando a função social de seu estabelecimento na legislação, pertencem ao Domínio Público.

Embora a discussão sob a perspectiva de outros direitos morais seja igualmente relevante, é sobre o aspecto patrimonial que repousa a maior probabilidade de ocorrência de abuso por parte dos herdeiros. A instituição de um sistema de autorizações prévias — e quase sempre remuneradas — originado no exclusivo pode ser considerado um catalisador. Para cada uso de obra protegida, isto é, obra que preenche os requisitos de originalidade, criatividade e exteriorização, previstos no artigo 7º, e não esteja no rol das exceções do artigo 8º da LDA, é necessária autorização específica, prévia e expressa — esse é teor dos artigos 29 e 31 da LDA — que, no caso de falecido o autor, deverá ser buscada com seus sucessores (ABRÃO, 2002).

A celebração de contratos de cessão, concessão e licenciamento, conforme o artigo 49 da LDA, é instrumento apto, portanto, a operacionalizar os direitos autorais. Isso significa que cabe aos herdeiros decidir quem, quando e de que forma a obra será explorada. Também decidem “se” ela será explorada ou não, como sublinhado acima. Os critérios obedecem apenas às respectivas vontades do herdeiro ou dos herdeiros sem qualquer interferência, hoje, do Estado na tomada de decisões. A sua atuação na seara dos direitos patrimoniais fica apenas

limitada pelos usos previstos no artigo 46, 47 e 48 da LDA, que independem de autorização prévia.

Entretanto, vale destacar que os herdeiros podem “tumultuar” este uso justo através do exercício que lhes cabe dos direitos morais transmissíveis, basta que se queixem, por exemplo, que uma determinada paródia atenta contra a integridade da obra e, por conseguinte, à personalidade do autor⁵, ou que uma citação feita atenta contra o direito de paternidade previsto no artigo 24, II da LDA pelo fato de a indicação de autoria não ser completa ou suficientemente clara.

Fato é, que podem ser distinguidos dois tipos de herdeiros a partir de sua relação com o *de cuius*, classificação que pode auxiliar também na distinção entre os herdeiros que atuam orientados à proteção da obra e à personalidade do criador e herdeiros mais propensos ao cometimento de abusos.

O primeiro tipo pode ser chamado de “herdeiro participante”. Trata-se daquele herdeiro que, de algum modo, já lidava com os direitos autorais do *de cuius*, seja por auxiliá-lo em seu trabalho criativo diretamente (compartilhando, pois, a condição de criador, de artista), seja por gerir seus interesses na função de agente, por exemplo. Isso proporciona um conhecimento mais amplo tanto da legislação autoral quanto da imprescindibilidade de que em cada decisão sobre a obra se busque a equalização do interesse público e privado. Além disso, este herdeiro possui maior conhecimento da vontade *de cuius*, dada

⁵ A previsão do artigo 47 da LDA sobre as paráfrases e as paródias precisa de melhoramentos uma vez que ambos os conceitos ainda não são claros. Faz-se, no momento, estudo específico sobre como esta indefinição prejudica, por exemplo, o ofício dos humoristas, que se valem deste recurso de modo constante para composição de sua forma de expressão. Em diálogo com o professor Luiz Gonzaga Silva Adolfo, Mário Pragmácio suscita uma interessante questão: seriam as paráfrases e paródias mais que meras limitações de direitos autorais se coadunando de modo diferenciado à realização da função social? Tal inquietação é extraída da obra “Diálogos Culturais em Rede”, coordenada em 2017 pelo professor Humberto Cunha Filho, e que possui contribuições de diversos autores (CUNHA FILHO, 2018).

sua proximidade, podendo, assim, tomar decisões mais benéficas à sua personalidade.

O segundo tipo de herdeiro pode ser chamado de “herdeiro não-participante”. Trata-se daquele não possui grande conhecimento da obra do *de cuius* — e muitas vezes do próprio *de cuius* — não tendo tido qualquer participação na criação ou gestão dos direitos enquanto vivo o criador. Ele, em geral, ignora limites à sua atuação e enxerga na obra apenas uma forma de lucrar ao longo do período em que remanesce o exclusivo. Para ele, tanto a função social quanto a personalidade da obra a ser defendida são preocupações subjacentes, legadas a segundo plano. Este herdeiro é mais propenso ao cometimento de abusos exatamente por orientar-se exclusivamente por interesses individualistas. São abusos que comete, especialmente, no que concerne à celebração de contratos (negando ou fornecendo autorizações para uso e/ou cedendo direitos) e à responsabilização civil. Por desconhecer as funções dos direitos autorais, de estímulo e de aproveitamento coletivo da obra, comete desvios que caracterizam o abuso.

É pertinente, por fim, que se apresente uma última questão sobre a Sucessão Autoral, ainda que não ligada a abusos cometidos pela atuação dos herdeiros diretamente, mas por sua omissão. Embora a legislação autoral estabeleça, no artigo 17, a proteção de participações individuais em obras coletivas e determine regras para a situação de coautoria no artigo 32, é fato que, havendo divergência sobre a obra que tem mais de um autor, há dificuldades quanto ao manejo dos direitos exclusivos.

Por mais incongruente que pareça, há um regime de exclusividade partilhada entre autor e coautor que, como se pode inferir, pode ser bastante traumático para estes sujeitos e prejudicial à coletividade. A discordância de um autor sobre, por exemplo, o valor a ser percebido com a publicação pode levar a obra a jamais ser publicada. Neste panorama, situação semelhante de “travamento” da obra pode ser observada na seara da Sucessão Autoral quando há diversos herdeiros de um único autor cujos interesses conflitam na tomada de alguma decisão.

Regatando-se o conceito de “obra órfã”, sendo aquela que, embora dentro do prazo protetivo, os titulares dos direitos que recaem sobre elas são desconhecidos e/ou de difícil acesso para busca da autorização respectiva o que impede o uso, “travando-a”, adota-se o conceito de “orfandade ficta” para designar a situação acima relatada: quando, embora existentes vários herdeiros, eles discordam indefinidamente sobre se se deve ou não autorizar o uso de determinada obra. Isso faz com que haja gradual perda de interesse dada a dificuldade de se chegar a um consenso para proporcionar a negociação.

Não é incomum que isso ocorra, considerando que o Direito Sucessório, de modo geral, é marcado pela discordância entre os herdeiros, elemento que caracteriza a morosidade para que sejam resolvidas pendências sobre os bens do *de cuius*, de forma que a Sucessão Autoral padece do mesmo mal, porém que gera prejuízos não apenas aos herdeiros, mas à coletividade, que pode permanecer privada dos benefícios do acréscimo ao patrimônio cultural.

Evidentemente, a “tipologia” dos herdeiros não reflete uma regra; não é impossível que um herdeiro pouco próximo da atividade criativa do *de cuius* faça uma adequada gestão dos direitos autorais a ele transmitidos, como também se admite que um herdeiro outrora bastante atuante pode cometer abusos significativos. Também o conceito de “orfandade ficta”, conforme apresentado acima, traduz uma realidade que pode não acontecer com frequência.

Deste modo, ainda que se insista que o instituto da Sucessão aplicado aos Direitos Autorais deva ser revisto, há casos em que a atuação dos herdeiros proporciona benefícios coletivos, evitando, por exemplo, o plágio ou lesões à personalidade do *de cuius*, estas últimas tendo repercussões de interesse público.

O problema maior, como destacado, diz respeito à tomada de decisões ser feita exclusivamente pelos herdeiros sobre um bem que transita entre o privado e o público. Faz-se necessária a modulação através da criação — ou recriação — de uma estrutura de fiscalização,

consulta e assistência de direitos autorais, que possa gerir de modo solidário as referidas obras em transição. Tecem-se alguns comentários sobre isto na seção seguinte.

4 POR UMA ESTRUTURA DE GESTÃO COMPARTILHADA E SOLIDÁRIA DAS OBRAS AUTORAIS EM TRANSIÇÃO: A HARMONIZAÇÃO ENTRE O INTERESSE PRIVADO DOS HERDEIROS E O INTERESSE COLETIVO

Considerando o arcabouço constitucional, legal e teórico existente sobre o Direito Autoral, é difícil, quiçá impossível, enxergá-lo sem ter como eixo central o exclusivo (FRAGOSO, 2012). A sinonímia entre direitos exclusivos e direitos patrimoniais — e até a coligação com a determinação dos direitos morais — deixa nítidos os contornos do sistema; redesenhá-lo, porém, ainda que seja um imperativo do Direito Contemporâneo, ora escorçado em parâmetros inclusivos e publicistas, demanda um exercício de criatividade e paciência (BARBUDA, 2015).

Isso porque a alteração em uma única estrutura do Direito Autoral repercute no patrimônio cultural e não apenas localmente, a nível territorial, mas no plano internacional: reverbera, portanto, na construção do patrimônio cultural da humanidade, uma vez que, como indica Basso (2008, p. 23) “a vocação dos direitos do autor e do inventor é internacional”.

Desse modo, uma decisão no sentido de alterar o sistema precisa levar em conta a urgência por harmonizá-lo; tal decisão, portanto, tem o condão de, ao mesmo tempo, reforçar o estímulo à criação ou refreá-lo, seja reduzindo o grau de originalidade das obras protegidas, seja gerando aproveitamento pecuniário de quem pouco participa do circuito criativo. Ao mesmo tempo, sob outra perspectiva, pode facilitar o acesso da coletividade à obra ou dificultá-lo. Observa-se que, na essência, o conflito entre privado e público é um componente indissociável

do sistema autoral, o qual demanda cuidados, a começar pela decisão sobre o que deve ser priorizado.

Por tudo que já foi comentado, sustenta-se que não há margem para abalizamentos; a retórica do equilíbrio entre público e privado encontra-se bastante desgastada. Desse modo, gradualmente se torna necessário que o debate, seja no seio da academia, seja entre atuantes em propriedade intelectual, polarize-se entre defensores da primazia do interesse público sobre o privado no aproveitamento das obras autorais — propugnando uma derrocada do exclusivo autoral e suas variâncias — e um grupo que advoga o erguimento de barreiras protetivas aos titulares de direitos autorais — teorizando a exclusividade como catalisadora do progresso do processo criativo, quase sempre mensurado nas altas cifras dos negócios jurídicos (SMIERS; VAN SCHIJNDEL, 2009).

Para tentar coibir os abusos cometidos pelos herdeiros valendo-se do exclusivo ou em função da exclusividade, norteia-se pela valorização da função social, da garantia do acesso, em detrimento daquilo que se enxerga como excedente privatístico (CARBONI, 2008). No tocante à Sucessão Autoral, almeja-se que a atuação dos herdeiros seja condizente com a situação especial em que se encontra a obra, isto é, entre o exclusivo e o Domínio Público, não sendo nem totalmente um bem privado e também não integralmente um bem público (BRANCO, 2011). Esta situação intermediária, portanto, deve ser administrada por estruturas extraordinárias.

Extraordinárias no sentido de criadas para um fim bastante específico, qual seja, a intervenção estatal na propriedade intelectual. Esta intervenção, como se pode deduzir com facilidade, vem acompanhada de críticas substanciais. A celeuma não é recente, sempre houve acalorada discussão se o Estado deveria se manter à margem de questões ligadas à propriedade ou se deveria se fazer presente atuando como garantidor da ordem. Seja feita opção por esta ou aquela alternativa, permanece a questão sobre *como* o Estado poderia se distanciar sem

gerar prejuízos ou como poderia se aproximar (leia-se: intervir diretamente), sem atentar contra liberdades que o fundamentam.

No âmbito do Direito Autoral, com o reconhecimento da existência de uma função social ligada sobremaneira à realização dos Direitos Culturais (CUNHA FILHO, 2018), tem sido cada vez mais bem aceita a intervenção do Estado. É evidente que se impõem cautelas para que esta intervenção estatal não traduza na prática uma espécie de censura ou filtragem estética por meio da imposição de certo perfil ideológico com estabelecimento do belo e do feio, do bom e do mal, dualidades incompatíveis com o processo criativo.

Por parâmetro de segurança, elege-se o binômio acesso/não acesso para verificar se é justa a criação de medidas interventivas pelo Estado e seus respectivos limites. Cunha Filho (2018, p. 129) sintetiza: “racionalidade, adequação e respeito aos múltiplos e legítimos interesses no aproveitamento das matrizes culturais, bem como responsabilidade por seus efeitos, são valores que [...] configuram um norte também para a propriedade intelectual”.

Diante do problema examinado ao longo deste artigo referente ao abuso de direitos autorais, a questão é o que o Estado pode fazer para minimizar a ocorrência deste comportamento. Especificamente, em que situações e quais instrumentos podem ser utilizados pelo Estado para remediar obstáculos de acesso às obras intelectuais impostos pelos herdeiros dos criadores, especialmente no tocante à outorga de autorizações para uso? Algumas ferramentas já foram avaliadas, porém todas elas, parecem, como dito linhas acima, meros paliativos.

O Estado necessariamente precisa de uma estrutura macro pois nem todos os problemas relacionados aos Direitos Autorais — incluídos os apontados neste estudo — repercutem em várias esferas de preocupação do Direito. As relações entre Direito Autoral e outros segmentos jurídicos respaldam esta afirmação, a exemplo das conexões com o Direito do Consumidor, com o Direito Concorrencial, com a Responsabilidade Civil e, claro, com o Direito Sucessório.

Uma das ferramentas já sugeridas e já incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro em algum período à legislação autoral para resolver problemas relacionados ao não cumprimento da função social é a licença compulsória. Trata-se de instrumento que possibilita que terceiros possam explorar uma obra independentemente de autorização específica ter sido concedida, embora preservada a justa remuneração (LEITE, 2004).

Ela é notadamente útil à superação da condição de “travamento” das obras órfãs (LEONARDI, 2014) e certamente poderia ser também utilizada para o caso da “orfandade ficta” criada pelo dissenso entre os herdeiros, para suplantar a autorização de uso embargada. Entretanto, embora se reconheça que a licença compulsória possa lidar com a resistência à autorização dos herdeiros, ela não coíbe, sozinha, outras modalidades de abuso. Uma ferramenta, ainda que sofisticada, necessita de uma estrutura sólida que a utilize adequadamente e, para os fins deste trabalho, argumenta-se que esta macroestrutura seria o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), hoje não mais previsto pela legislação autoral. Tratava-se de Conselho, similar ao de outros países, fruto do dirigismo econômico que, segundo Bittar (2019, p. 145) “veio inaugurar nova fase na política de direitos autorais do país”.

Abra-se o parêntese de que poderia se sustentar que as associações de gestão coletiva, por exemplo, poderiam desempenhar um trabalho de orientação dos herdeiros — sobretudo dos então chamados “herdeiros não-participantes” — e de assistência direta quanto às negociações de direitos autorais. Entretanto, seria custoso e insuficiente, pois, diante do número de associações e das diversas atribuições que possuem — registre-se, atribuições praticamente voltadas mais ao direito de exclusivo do que à realização da função social —, não seria, a longo prazo, uma opção viável. Por outro lado, o CNDA poderia, enquanto estrutura institucional voltada, como outrora estabelecido no art. 116 da legislação de 1973, à fiscalização, consulta e assistência, ser mais consistente para não só prestar aconselhamento, mas dividir a gestão com os herdeiros.

O CNDA, na legislação anterior de 1973, já era estruturado com a finalidade de coibir abusos e resolver dissensos entre autores, coautores, eventuais intermediários, a coletividade e, também, os herdeiros. O artigo 23, por exemplo, colocava o CNDA na posição de árbitro, decidindo os rumos da obra criada em coautoria em caso de divergência. O CNDA também resolvia impasses em relação ao preço, fundamental nas negociações dos contratos de edição, sendo estabelecido, no artigo 60, que “se, no contrato, ou ao tempo do contrato, o autor não tiver pelo seu trabalho, estipulado retribuição, será esta arbitrada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral”.

A extinção do CNDA, além de unicamente política, foi precoce, como aponta Valente (2019); talvez, uma estrutura de tal envergadura, se mantida na legislação vigente, poderia lidar bem com a transição do mundo analógico ao digital, uma vez que fazia parte de suas atribuições, conforme o artigo 116, VII da legislação de 1973 “manifestar-se sobre a conveniência de alteração de normas de direito autoral, na ordem interna internacional, bem como sobre problemas a ele concernentes”. A atuação melhor desta estrutura, se atenta, poderia trazer enormes benefícios e minimizar os abusos.

Podendo se auto-organizar (BITTAR, 2019), o CNDA, uma vez revitalizado através, por exemplo, de modificações quanto à forma de composição dos Membros do Conselho, às suas funções, ao grau de intervenção, bem como aos parâmetros de transparência — poderia comportar um núcleo de gestão solidária e compartilhada das obras em situação de “pré-Domínio Público”. Veja-se, ao invés de falar em exclusivo autoral transferido aos herdeiros, seria adotado um discurso no qual o aspecto privatístico remanescente não é excedente, mas uma exceção à condição transicional da obra, que após o falecimento do seu criador margeia o domínio público, preparando-se para nele se integrar.

Este núcleo, além dos herdeiros, seria composto de membros da sociedade civil interessados no patrimônio cultural, como representantes de instâncias da educação básica, movimentos sociais ligados

a minorias étnicas, linguísticas e culturais e especialistas em direito autoral e patrimônio imaterial.

Evidentemente, neste artigo não cabe detalhar o funcionamento deste núcleo, mas tão somente lançar bases para sua edificação a partir do reestabelecimento do CNDA. Não se negam os defeitos que circundam esta estrutura, devendo ser feito um estudo prévio mais amplo de viabilidade política, orçamentária e logística. Os movimentos administrativos, para tanto, ainda não são completamente nítidos, entretanto, revela-se claro, na perspectiva aqui defendida, que os herdeiros não podem exercer as prerrogativas que lhes cabem por via da Sucessão Autoral de maneira ilimitada, sem qualquer fiscalização e assistência. Todas as decisões sobre a obra em situação de transição para o Domínio Público devem ser abalizadas pelo Estado, responsável por zelar pelo patrimônio cultural comum.

5 CONCLUSÃO

O exclusivo autoral é sustentáculo do regime jurídico construído em torno da obra e do autor. Por mais que alguns setores aspirem sua expurgação do sistema, sabe-se que o resultado de uma abrupta modificação do exclusivo poderia danificar gravemente a produção artística e, por consequência, estagnar a vida cultural do país. Portanto, não há outra opção senão atuar no sentido de mitigar o exclusivo quando o interesse público se mostrar superior às ambições dos titulares.

Dessa forma, deve-se lidar com a figura do abuso do direito autoral a partir da perspectiva funcional voltada à obtenção, a partir da circulação da obra, da garantia de acesso amplo e irrestrito — quando oportuno — às criações intelectuais. Deve-se repudiar preços elevados repassados ao consumidor/cidadão em decorrência da manutenção de cláusulas leoninas em contratos de cessão e licenciamento.

Deve-se rechaçar qualquer impeditivo para que a obra realize todo seu potencial cultural. Evidentemente, não se alimenta um des-

colamento da realidade: a remuneração ao autor e/ou aos titulares é justa e precisa existir como estímulo, especialmente em se tratando de uma sociedade construída em torno do capital e do trabalho. Contudo, são necessárias ferramentas institucionais para combater o esvaziamento funcional que pode acometer os direitos autorais em decorrência do excedente privatístico. Essas ferramentas devem ser colocadas à disposição ao mesmo tempo em que emergem macroestruturas voltadas à intervenção do Estado na Propriedade Intelectual a fim de garantir o programa constitucional.

O CNDA, conforme delimitado acima, pode ser uma alternativa para lidar com o problema do abuso de direitos autorais, tanto pelos titulares originários quanto pelos derivados, como é o caso dos herdeiros. Mediante a criação de uma estrutura anexa ao CNDA, pode ser que seja possível remediar o despreparo dos herdeiros, sejam eles participantes ou não- participantes, de acordo com os conceitos expostos neste artigo, e contribuir para uma gestão solidária na fase anterior à integração das obras ao domínio público, condizente com o status de sua transição de bem privado para bem público, e sua importância para o patrimônio comum da humanidade.

Assim, considera-se que o objetivo almejado por este trabalho, o qual se desdobrava em demonstrar a necessidade de criação, ou recriação, de uma estrutura de gestão solidária que integre herdeiros e Poder Público, de forma colaborativa, equânime e que encaminhe a obra em transição à sua condição de Domínio Público pleno, foi, com base na discussão intermediada pelas contribuições teóricas e pela análise de dispositivos normativos pertinentes, alcançado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão privada do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

AFONSO, Otávio. **Direito autoral: conceitos essenciais**. Barueri: Manole, 2009.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor sem autor e sem obra. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora. Studia Jurídica, v. 91, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBUDA, Ciro de Lopes. **Princípios do direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANCO, Sérgio. A Sucessão dos direitos morais do autor. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 82.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2021.

CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CHAVES, Antônio. **Direito de autor: princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CUNH A FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

ESTEVES, Maurício Brum. As contribuições da hermenêutica para uma justificação do direito de autor. *In: Anais do XIII CODAIP: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Curitiba: 2019, p. 837-854. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Anais-XIII-CODAIP_Marcos-Wachowicz_eletr%C3%B4nico.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Painho; SOUZA, Allan Rocha de. Precedentes judiciais e o paradigma das limitações dos direitos autorais. *In: Anais do XI CODAIP: Curitiba*. 2017, p. 373-398. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

KRETSCHMAN, Ângela. Questões sensíveis ao direito autoral: antigos fundamentos e novos conceitos. **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 341-360, 2021.

KRETSCHMANN, Ângela; DA ROCHA FILHO, Joao Bernardes. Universos paralelos para um paradigma cansado: a criação intelectual. *In: Anais do XII CODAIP: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Curitiba, 2019, p. 639-698. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/15009/2/Universos_paralelos_para_um_paradigma_cansado_a_criacao_intelectual.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

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

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. **Licenças compulsórias e direitos autorais**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) — Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2014.

MAGRANI, Bruno. **Função social do direito de autor**: análise crítica e alternativas conciliatórias. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.

SMIERS, Joost; VAN SCHIJNDEL, Marieke. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates too**: na essay. Amsterdam: Institute of Network Cultures, 2009.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral**. 321 f. 2009. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autorral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **A construção do direito autorral no Brasil**: cultura e indústria em debate legislativo. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

A TUTELA INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO NA SALVAGUARDA DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

João Paulo Borean Pelissari¹

RESUMO: A violação aos direitos autorais na internet inaugura uma nova frente de litígio em virtude das especificidades atraídas à causa, dentre elas, as dificuldades em assinalar o local do ilícito, de identificação do usuário que violou o direito do criador da obra e da eleição das ferramentas processuais mais adequadas à especificidade instrumental da lide. As tutelas contra o ilícito são ferramentas que auxiliam o operador do direito quando estão frente à essa realidade, em especial, a tutela inibitória e a tutela de remoção de ilícito que, se usadas corretamente, auxiliam na remoção da violação aos direitos autorais que já ocorreram na internet, bem como, inibem que novos atentados ocorram, ou que sejam repetidos. Quando acompanhadas de pedido de tutela de urgência, o resultado, além de satisfatório, ocorre de forma menos morosa, evitando assim que os efeitos de violação se perpetuem no tempo e no espaço, tanto físico quanto cibernético.

Palavras-chave: Tutela inibitória; Tutela de remoção do ilícito; Direitos Autorais e Internet.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo principal analisar a utilização das tutelas contra o ilícito, em especial a tutela inibitória e a tu-

¹ Advogado, Bacharel em Cinema e Vídeo pela Faculdade de Artes do Paraná, Especialista em Direito do Uso e Proteção de Dados pela PUC Minas e Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI (UFPR).

tela de remoção do ilícito, na defesa de direitos autorais, quando esses são violados na internet.

A utilização dessas ferramentas é essencial para advogados e demais operadores do direito na adequação do pedido ao fim buscado: Conforme será melhor analisado, enquanto uma, a inibitória, tem condão de impedir a prática do ato ilícito, ou interromper prática continuada, a outra, a de remoção do ilícito, se preocupa em remover a violação já ocorrida.

No geral, a tutela dos bens jurídicos não tem como objetivo único a reparação do dano quando esse já ocorrido, mas também, a prevenção para evitar que o ato ilícito venha a ocorrer. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê no art. 5º, inc. XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa postura do constituinte originário demonstra que a existência da tutela inibitória é anterior ao CPC de 2015, sendo instrumento essencial para garantia e melhor utilização do direito de ação.

Sobre a previsão das referidas tutelas contra o ilícito, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “A mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil está prevista no seu art. 497, parágrafo único” (MARINONI, 2015). Soma-se ao disposto no CPC e na CRFB/1988, a Lei de Direitos Autorais (LDA), que também dispõe sobre as tutelas de remoção do ilícito e inibitória na salvaguarda dos direitos autorais.

Assim, nessa esteira, há fundamento normativo tanto em legislação geral e específica, atendendo ao comando constitucional, para que o operador do direito utilize as tutelas contra o ilícito, tanto de forma repressiva, quanto preventiva. Por haver comando em legislação específica, o estudo pragmático da utilização dessas tutelas na prevenção e remoção de danos contra os direitos autorais se torna inevitável para quem opera na área.

Fato inegável é a internet ser atualmente uma das principais formas de comunicação, troca de informação e produção de conteúdo.

Dentro destes conteúdos e mensagens, há casos em que há direito autoral sendo violado, seja pelo não reconhecimento de autoria, seja pela não permissão de utilização do material, para citar alguns exemplos.

E é, justamente, essa seara que o presente estudo se debruça: A utilização dessas ferramentas processuais na tutela dos direitos autorais, especificamente quando o ilícito ocorre na internet. A escolha do estudo em se debruçar sobre a violação na internet se justifica pelas especificidades do caso, que serão exploradas ao longo do artigo, e pela incidência reiterada dessa forma de lesão na rede mundial de computadores.

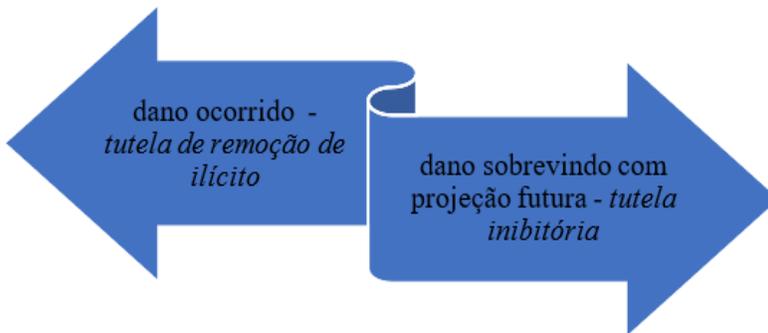
2 A TUTELA INIBITÓRIA E A TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

A tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito são duas ferramentas processuais/procedimentais distintas, ainda que se voltem contra ilícitos cíveis. A diferença maior está no fim buscados pelas tutelas: enquanto uma se funda para evitar o dano – tutela inibitória, e a outra é utilizada para sua remoção – tutela de remoção do ilícito. Frisa-se de início, pare melhor ponto referencial que, apesar de possuírem objetivos diferentes, nada obsta a utilização das duas tutelas em conjunto, a depender do fato exposto ao judiciário e ao pedido formulado, como será mais bem exposto no decorrer do artigo. Dito isso, importante conceituar a tutela inibitória:

(...) um provimento jurisdicional que visa impedir a prática, a continuação, ou a repetição de um ato ilícito (ou antijurídico), possibilitando de forma definitiva, por meio de cognição exauriente, a fruição in natura do direito pelo autor da ação - de acordo com o direito substancial previsto no ordenamento jurídico. (PINTO, 2016).

O art. 497, parágrafo único, do CPC², dispões sobre as duas tutelas jurisdicionais “contra o ilícito: (a) a tutela inibitória, que pode ser voltada contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e (b) a tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita.” (MARIONI, 2015).

A tutela inibitória tem natureza preventiva (MARINONI, 2004) cujo ilícito está preste a ocorrer, o dano nesse caso é projetado, enquanto na tutela de remoção do ilícito, esse já dano se concretizou e o que se busca é sua remoção, conforme fluxograma abaixo:



O professor Luiz Guilherme Marinoni afirma que o ilícito pode ocorrer sem que ocorra o resultado danoso, “pensar-se o contrário significa confundir o ilícito com sua habitual consequência, que é o dano” (MARINONI 2015). Nessa esteira, a tutela inibitória surge justamente como a ferramenta hábil para evitar que o dano venha a ocorrer, resguardando o bem jurídico ameaçado.

² art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Ponto chave do art. 497, parágrafo único, do CPC supracitado, é sua localização no código, onde esse trata especificamente de obrigações de fazer/não fazer/entregar coisa.

A implicação primária dessa colocação legislativa é que, para fins de uso *strictu* das referidas tutelas, elas, por si só, não podem ser utilizadas com finalidade ressarcitória, a “tutela inibitória terá conteúdo positivo quando visar uma obrigação de fazer, e negativo quando tiver por objeto uma obrigação de não fazer” (PINTO, 2016). Nada impede que sejam acompanhadas de um pedido condenatório com fins de ressarcimento do direito violado, porém, sozinhas, não possuem esse condão (MARINONI, 2004).

Quando se fala na utilização dessas tutelas na resguarda contra o ilícito, é pertinente apontar do que se trata o ilícito cível. Sobre essa modalidade, ensina a advogada e ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet:

Segundo doutrina tradicional, o conceito de ato ilícito utilizado pelo Código Civil brasileiro, como fundamento da responsabilidade contratual e extracontratual, corresponde à debatida *faute* do artigo 1.382 do Código Civil francês, devendo ser compreendida essa expressão em sua acepção de erro, ou, em uma tradução literal, de “falta”, e não no sentido de culpa, que é o estado moral de quem pratica o ato ilícito (Northfleet, 2020)

O Código Civil dispõe em seus arts. 186 e 187 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ainda “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”. Destarte, a lei geral civilista prevê o ato ilícito em sua esfera de incidência de forma positivada, permitindo ao operador se valer da norma para fins de subsunção.

Ainda na seara do dano ilícito e sobre a aplicação da lei geral para os pedidos de tutela contra o ilícito, merece destaque no trato da tutela inibitória a previsão trazida no parágrafo único do art. 497 a respeito da desnecessidade de existência de culpa ou dolo para a concessão da tutela inibitória. Como bem pontua Marinoni (2015) “De lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposo ou doloso. Esses elementos constituem critérios para a imputação da sanção ressarcitória” e, como já levantado nesse artigo, as tutelas contra o ilícito aqui estudadas têm condão de fazer/não fazer, não se confundindo com pedidos ressarcitórios.

Não obstante o procedimento das tutelas contra o ilícito serem regrados pela lei processual, a análise da lei matéria se justifica pelo fundamento da tutela inibitória ser justamente o direito material, que, diante de sua natureza, quando especialmente se trata de direitos fundamentais – como os direitos do autor de uma obra (art. 5º, inc. XXVII, da CRFB/88) – “poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano” (MARINONI, 2004). Neste sentido:

A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumadamente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano (MARINONI, 2015)

Há, portanto, uma lógica de existência na tutela inibitória justamente quando se analisa que o direito processual serve, ainda que não somente, à aplicação e guarda do direito material ofendido, mas também pelo fato de que o “fundamento material da tutela inibitória repousa na ideia de inviolabilidade dos novos direitos” (PINTO, 2016). Neste sentido, se busca evitar o evento danoso, tornando-se mais efetivo que esperar a busca por sua reparação, somente.

O Código de Processo Civil inovou ao trazer em seu corpo a referida tutela, mas, verdade seja dita, o fundamento de existência não surge na lei processual. Como dito, a CRFB/1988, em seu art. 5.º, inc. XXXV, dispõe que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, quando falamos de tutela inibitória, estamos falando de ameaça, que enquanto lesão, atrai a tutela de remoção do ilícito.

A tutela preventiva então se mostra uma questão de interesse estatal e social, pois, no momento em que nascem novos valores (como a defesa do meio ambiente e do consumidor, por exemplo), ao Estado surge o dever de disponibilizar meios efetivos a protegê-los, permitindo a realização do direito processual (instrumento) de acordo com as necessidades desses novos direitos materiais (PINTO, 2016).

A tutela inibitória não se prende somente à ameaça de direito, sendo essa apenas uma das três maneiras distintas de utilização do procedimento – trazidas no art. 497 do CPC. As outras duas tem condão de inibir a continuação do ilícito e de inibir a repetição (MARINONI, 2004).

Tem-se, assim, que a tutela inibitória não se presta somente a inibir que o dano ocorra objetivamente pela primeira vez, mas também cessar o ilícito, ou sua repetição, se tornando ferramenta hábil para interromper o ato danoso enquanto se perpetua no tempo, ou preste a se repetir.

Importante resgatar que o pedido de tutela inibitória é utilizado quando há probabilidade de ocorrência de futuro delito, não para casos em que já ocorreu o ilícito e não há mais probabilidade de acontecer novamente. Para estes casos, deve ser utilizada a tutela de remoção do ilícito.

Sobre a tutela de remoção do ilícito, pontua Marinoni que ela “pressupõe um ilícito que já ocorreu, tendo por objetivo a sua remo-

ção, que, por mera consequência da realização do desejo do próprio direito material, impede a produção de eventuais danos” (MARINONI, 2004).

Nas palavras do professor Marinoni (2015), a “tutela de remoção do ilícito objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano”. Não importa, para fins de concessão dessa tutela, se houve interesse privado lesado ou ocorrência de dano, sendo necessária apenas “a transgressão de um comando jurídico” (MARINONI, 2015).

Quando se trata de dano que ocorre na internet, fica mais fácil visualizar a utilização das tutelas contra o ilícito justamente por se estar frente a um ato danoso que se perpetua no tempo, como por exemplo, em perfis de redes sociais que lesam habitualmente direitos autorais e cujo conteúdo, ao ser permanecer no perfil do usuário, acaba sendo acessada continuamente por terceiros, reiterando seus efeitos nocivos. Nesse exemplo, se anuncia claramente a necessidade do uso da tutela inibitória e da remoção de ilícito: A primeira para que se evite a repetição, a segunda, para que se remova a postagem.

Ponto relevante sobre o pedido de tutela inibitória é que dificilmente há comprovação do dano, visto que ele, via de regra, ainda não ocorreu. Entretanto, isso não afasta o ônus de demonstração da ameaça, principalmente quando o pedido é acompanhado de uma tutela de urgência. O próprio parágrafo único do art. 497 do CPC dispõe ser irrelevante a demonstração da ocorrência de dano, porém como de praxe, se espera que o pedido feito ao judiciário seja acompanhado das provas com que o requerente pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 319, inc. VI, do CPC), ainda que seja para comprovar a ameaça, no caso da tutela inibitória, somente.

Importante ressaltar que também não é necessária haver a demonstração probabilidade de dano para se realizar o pedido, somente a probabilidade do ilícito (MARINONI, 2004). Marinoni (2015) dita que “para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado até mesmo

para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito”.

Dessa forma, as tutelas contra o ilícito são de grande amparo para a prestação judicial adequada, seja em virtude da especificidade buscada a partir delas, o que é de grande valia na delimitação do pedido, seja pela forma disposta em lei que facilita o trânsito jurídico, seja por haver mecanismos facilitado, como a desnecessidade de comprovação de existência de culpa e dolo e da comprovação do dano, quando diante de ameaça de lesão.

2.1 UTILIZAÇÃO PARA INIBIÇÃO E REMOÇÃO DE CONTEÚDO QUE VIOLA DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

Não faltam exemplos de violação aos direitos autorais na internet, desde *blogs* que disponibilizam downloads ilegais de obras artísticas, como filmes e séries televisivas, até perfis em redes sociais de usuários que se apropriam de conteúdos autorais criados por terceiros, sem anuências e identificação do real criador. Obviamente, o afronte aos direitos autorais não é novidade, o que se amplificou com a chegada da internet foi a facilidade do acesso as obras intelectuais e sua dispersão entre a sociedade. Prova dessa historicidade, é que, ao mesmo, desde 1997, o STJ já produz súmulas sobre defesa dos direitos autorais.

No julgamento do Recurso Especial de nº 67.478-MG³, que antecipou a Súmula 228 do STJ⁴, o Ministro Carlos Alberto Menezes, acompanhando o voto do Relator quando discutiam a utilização do interdito proibitório para defesa de posse de direitos autorais, proferiu a frase: “Não há nenhum sentido, não tem apoio nenhum, já a essa

³ STJ. **Recurso Especial n. 67.478-MG**. Relator: Ministro Nilson Naves. Data de Julgamento: 06/05/1997.

⁴ **Súmula 228/STJ**: É inadmissível a interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

altura da vida processual brasileira, com a disponibilidade de outros meios próprios, em usar a ação possessória para a defesa dos direitos autorais”. E o Ministro estava com razão, visto haver na Lei de Direitos Autorais (LDA) uma tutela específica para coibir o risco iminente de dano aos direitos autorais.

A LDA traz em seu art.105⁵ a tutela inibitória para cessar o perigo de dano, ou a repetição, ou a continuação do ilícito – previsão essa que veio antes do CPC de 2015. O STJ tem entendimento firmado de que a pretensão inibitória do art. 105 é o instrumento processual adequado para impedir a violação de direitos autorais⁶.

Um dos casos mais emblemáticos da aplicação da tutela inibitória específica, presente no art. 105 da Lei de Direitos Autorais, ocorreu em maio de 2019, objetivando a inibição da repetição do ilícito. A ação foi apresentada pelo ECAD face à Prefeitura de São Paulo, motivada pelo não pagamento dos direitos autorais devidos durante a Virada Cultural, evento anual que acontece na cidade – com exceção, é claro, do período pandêmico.

No caso, a Prefeitura reiteradamente deixava de pagar pela utilização dos direitos autorais e o ECAD utilizou da referida tutela para requerer a inibição e a reiteração da prática, cumulada com o pedido de indenização dos danos já ocorridos. O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu o pedido nos seguintes termos:

⁵ Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

⁶ STJ - **Recurso Especial Nº 1.637.403** – SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 13/03/2018. Data de publicação: 20/03/2018.

DIREITO DE AUTOR – ECAD – Virada Cultural - Indenização - Legitimidade ativa “ad causam” do ECAD, ainda que não haja prova da filiação do titular da obra, para cobrança de direitos autorais, de autores nacionais e estrangeiros, independentemente da prova de filiação - Competência para fixar preços, efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais, não comportando a limitação aos cachês pagos - Ação dirigida contra o Município - Prazo prescricional quinquenal previsto do Decreto 20.910/32 - São devidas as remunerações pelos direitos autorais ainda que o titular de direito conexo tenha recebido o cachê e seja ele próprio o autor da obra - Possibilidade da inclusão no pedido das parcelas vincendas no curso da ação de cobrança - A liberdade de expressão e manifestação de natureza artística e cultural, não desonera do dever de recolher previamente o direito autoral - Inexistência de relação contratual entre as partes - Juros de mora devidos das exposições públicas - Não cabe porém a pretendida multa “moratória”, cuja previsão está no Regulamento de Arrecadação do ECAD, na Parte II da Aplicação das Normas de Cobrança, item II, alínea a, havendo sido instituída pelas entidades interessadas e não tem suporte em lei - Foi correto o estabelecimento da tutela inibitória, de forma a inibir a prática ilícita, que vem se reiterando ano a ano, e foi adequado o valor e a forma estabelecidos, considerando-se a multiplicidade de exposições públicas durante os dias do evento - Recursos providos em parte (TJ-SP - APL: 00196147520138260053 SP 0019614-75.2013.8.26.0053, Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 09/05/2019, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/05/2019)

A jurisprudência acima desenha o que vem sendo estudado nesse artigo: Foi reconhecido a reiteração de prática ilícita, o que demonstra ameaça de repetição, e a adequação do uso da tutela inibitória para evitar que o dano ocorra novamente.

Há, portanto, fundamento para a utilização das tutelas contra o ilícito aqui objetificadas não somente na lei processual, mas também

na lei material específica de direitos autorais, sendo ferramenta hábil e adequada para quando o ilícito tem como objeto direitos autorais, podendo perfeitamente ser utilizadas para quando ocorre na internet.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS

3.1 INTERESSE E LEGITIMIDADE

O art. 17 do CPC enuncia que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. A partir de então, serão analisados esses pressupostos processuais, para as ações calcadas em violação ao direito autoral na internet, inclusive para a utilização das tutelas que se voltam contra o ilícito.

3.1.1 Interesse

Objetivamente, o conceito de interesse processual é pontuado como “a necessidade que a parte tem de usar o processo para sanar o prejuízo já ocorrido ou para afastar o perigo da ameaça de lesão” e acrescenta que “compreende também a adequação do remédio processual escolhido à pretensão da parte” (THEODORO JUNIOR, 2018).

Ponto de relevância para o estudo do interesse em ações que versam sobre os direitos autorais é que, indiferente se houve ou não cessão de parte disponível dos direitos autorais, no caso a parcela patrimonial, o autor/criador continua tendo interesse de agir em virtude da vedação legal da cessão da vertente moral dos direitos autorais (art. 27 da LDA).

Já em relação às obras criadas em regime de coautoria, alguns pontos merecem destaque. A LDA dispõe que qualquer dos coautores pode defender os próprios interesses, mesmo sem anuência dos demais coautores (art. 32 da LDA), expandindo o espectro de interesse processual.

A partir dessa leitura, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alinhado ao art. 23 da LDA, extinguiu em 2015 uma ação⁷, *ex officio*, porque um outro coautor já havia acionado a justiça pela mesma violação. Para a corte, não podem ser desdobrados direitos de coautores que fazem parte da mesma relação contratual, ou seja, se houve uma violação de direitos autorais na internet, somente uma ação poderá discutir a lide. Por fim, o relator pontua que “a condenação estabelecida no primeiro processo deveria reparar o abalo sofrido pela violação de direito de autoria da obra, pouco importando o número de autores”.

Há também interesse processual dos sucessores em caso de morte do autor, visto que a LDA (art. 24, § 1º) prevê transmissão aos herdeiros de determinados direitos morais do autor, entre eles, os de defesa da obra.

3.1.2 Legitimidade

Em poucas palavras, a Legitimidade processual “*é a qualidade para agir juridicamente, como autor, ou réu, por ser a parte o sujeito ativo ou passivo do direito material controvertido ou declaração que se pleiteia*” (THEODORO JUNIOR, 2018).

Quando se discute a legitimidade do demandante, fala-se em legitimidade ativa, e quando do demandado, legitimidade passiva. A legitimidade para pleitear as tutelas contra o ilícito é, na maioria esmagadora das vezes, a ativa.

A legitimidade ativa diz respeito à qualidade de agir juridicamente do demandante. A regra geral, em se tratando de direitos autorais, é que o autor da obra é a parte legítima para pleitear o direito. Existem casos, porém, onde houve cessão de direito autoral, seja por

⁷ TJRS - **Apelação Cível Nº 70041145616**. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 26/02/2015, publicado em 09/03/2015

sucessão, seja por cessão contratual e, nesses casos, não será, ou não será somente, o autor o legítimo para demandar.

No mesmo caminho do interesse, o criador da obra continua legítimo para demandar em juízo, mesmo diante da cessão dos direitos patrimoniais da obra, visto serem a ele resguardados aqueles de ordem moral. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça da Bahia confirmou o disposto, em decisão de 2019⁸, ao analisar a preliminar de ilegitimidade ativa levantada pela demandada.

No caso, o Tribunal entendeu que, por ser expresso no art. 27 da LDA a inabilidade e irrenunciabilidade dos direitos morais do autor sobre sua obra, o criador contia legítimo para postular em juízo. A decisão ainda destaca que “o contrato de cessão de direitos firmado entre a Editora Bichinho Edições Musicais LTDA o Autor não retira deste a legitimidade para postular indenização por danos morais”.

Há também legitimidade dos herdeiros, em caso de falecimento do criador, para defenderem os interesses da obra. Em 2018, o STJ⁹ assinalou o texto legal e anotou que “Os herdeiros têm legitimidade para a defesa, em prol do artista, de sua memória, imagem pública e obra, seu maior patrimônio”. Nesta seara, já houve decisão favorável do Tribunal de Justiça da Paraíba para estender também ao espólio a legitimidade ativa pleitear judicialmente¹⁰, ante a ausência da homologação do plano de partilha.

Por fim, cabe ressaltar que o ECAD tem legitimidade para demandar, quando a natureza da obra permite, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, inclusive quando os criadores são estrangeiros: “Conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal a legitimidade ativa

⁸ TJ-BA - APL: 00146365020078050150, Relator: Telma Laura Silva Britto, Terceira Câmara Cível, Data de publicação: 19/03/2019.

⁹ STJ - REsp: 1740265 SP 2018/0055391-7, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data De Julgamento: 14/08/2018, T3 - Terceira Turma, Data de publicação: DJe 24/08/2018

¹⁰ TJPB - Acórdão/Decisão do Processo N° 00051726220088152001, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. José Ricardo Porto, j. em 11-12-2018

do ECAD para propositura de ação de cobrança independe de prova de filiação ou autorização dos autores nacionais ou estrangeiros. Precedentes”¹¹.

3.1.3 Identificação do usuário

Por vezes é dificultoso ao operador do direito, especialmente quem trabalha na seara digital e está diante de ilícito que ocorreu nas redes sociais, identificar quem é o usuário que realizou ou está prestes a realizar o evento danoso, seja por possuir perfil anônimo/pseudônimo, seja pelo auto sigilo realizado pelo usuário (trancamento do perfil). Surge então um problema para apontar e qualificar a parte demandada e integralizar a lide, o que pode obstar a propositura da ação e o pedido de provimento judicial.

Soma-se o fato de determinadas informações serem resguarda, em maior ou menor grau, pelo direito fundamental à privacidade (art. 5º, incs. X e XII da CRFB/88) e de liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX da CRFB/88). O Marco Civil da Internet também garante em seu art. 5º a proteção da privacidade, dos dados pessoais e da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento. Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados reitera os direitos acima elencados (art. 2º).

Além das garantias citadas no Marco Civil da Internet, a lei coloca como regra que a quebra da privacidade se dê pela via judicial (art. 10, §2º e art. 13, §5º) – conhecida como *judicial notice and take down*, respeitada a exceção do art. 21, que trata sobre violação à dignidade sexual (que no caso se opera o *notice and take down*).

Diante desse dilema, uma opção é a utilização da produção antecipada de provas movida face ao servidor onde ocorreu ou está prestes a ocorrer o ilícito para que esse passe as informações de identificação.

¹¹ STJ - AgInt no REsp: 1225752 MT 2010/0203955-5, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/03/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de publicação: DJe 14/03/2017.

Sobre a ação, a doutrina explica que “dá-se a antecipação de prova propriamente quando a parte não tem condições de aguardar o momento processual reservado à coleta dos elementos necessários à instrução da causa pendente ou por ajuizar” (THEODORO JÚNIOR, 2016).

A produção antecipada de provas está prevista nos arts. 381, 382 e 383 do Código de Processo Civil. O art. 381 traz seu cabimento, sendo admitida em casos em que haja fundado receio que seja difícil verificar os fatos na pendência da ação. Também quando há possibilidade de a prova levar à autocomposição e nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar uma ação.

Para a violação de direitos autorais na internet, é importante lembrar que o Marco Civil da Internet ordena o armazenamento de informação sigilosa dos usuários pelo período de 6 meses, na maioria dos casos (art.15) e, em outros, por 1 ano (art. 13). É um período muito curto, motivo pelo qual há subsunção ao inc. I do art. 381, visto que, após o período estipulado pela lei, será mais dificultoso, ou até impossível, ter acesso aos dados sigilosos. O período destacado também sustenta a necessidade de, muitas vezes, o pedido de produção antecipado de provas ser acompanhado de pedido de tutela de emergência, principalmente nos casos em que houve remoção do conteúdo postado ou exclusão por perfil.

A título de exemplificação, em 2018 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve decisão liminar, obtida em uma ação de produção antecipada de provas, que obrigou o Facebook a revelar os dados de um dos seus usuários, que se utilizava de um perfil falso para fazer suas postagens, conforme ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM QUE FOI DEFERIDO O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR À DEMANDADA “FACEBOOK” QUE FORNEÇA OS DADOS NECESSÁRIOS À IDENTIFICAÇÃO DO CRIADOR DE PERFIL FALSO EM NOME DA PARTE AUTORA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ.

alegada impossibilidade de cumprir a obrigação ante a ausência de indicação de url que permita reconhecimento inequívoco do perfil indicado pelo autor. inacolhimento. inexistência de demonstração de impossibilidade técnica de cumprimento da decisão (art. 373, ii, cpc/2015). pressupostos do art. 22, i, ii, e iii do marco civil da internet preenchidos. dever de fornecimento de informações quanto a registros de conexão e acesso a aplicações da internet. pedido de reconhecimento de extrapolação do prazo previsto para guarda das informações e, por consequência, de resolução da obrigação nos termos do art. 248 do código civil. afastamento. decisão objurgada proferida anteriormente ao término do prazo previsto no art. 15 do marco civil da internet. provedor que, sabendo da existência de demanda que discute justamente o dever de fornecimento de determinadas informações, deveria mantê-las na sua guarda ao menos até o deslinde final da quaestio. recurso conhecido e desprovido. (TJ-SC - Agravo de Instrumento: AI 4004313-63.2018.8.24.0000 Joinville. Relator: André Carvalho, data de julgamento: 17/05/2018).

Desta maneira, tem-se que essa ferramenta processual pode ser usada quando se busca a tutela dos direitos autorais na internet e não é possível identificar o usuário que causou o ilícito, ou esteja em via de fazer. Ela permite o acesso às informações sigilosas que serão utilizadas não só para instruir a lide, mas também para compor o polo passivo da relação processual almejada.

3.2 COMPETÊNCIA

Quando estuda a teoria geral do processo civil, se aprende que “como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una” (THEODORO JUNIOR, 2016), porém, existe o “concurso de vários órgãos do poder público” na prática do seu exercício. A competência vem exatamente para balizar esse concurso e distribuir entre os órgãos da justiça “as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição” (THEODORO JUNIOR, 2016).

A distribuição da competência encontra-se no sistema normativo de cada país. No Brasil, seu regramento está concentrado, não exclusivamente, na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Enquanto a CRFB/1988 dispõe de forma mais geral sobre a competência, o CPC se volta às especificidades necessárias.

O código processual aponta para duas modalidades de competência, em seus arts. 62 e 63: A competência absoluta e a competência relativa.

A competência absoluta, como explica Humberto Theodoro Júnior (2016), não pode ser modificada, ela é uma “regra fixada em atenção ao interesse público”. Já a relativa é passível de modificação. São absolutas as competências em razão da matéria e da pessoa e relativa às competências em razão do território e do valor da causa (THEODORO JUNIOR, 2016).

Ao analisar a violação de direitos autorais na internet, a dúvida mais frequente é em relação à competência territorial, uma competência relativa. A internet não é exatamente um território, é uma rede de conexão, não estando vinculada diretamente a um local.

A competência em razão do território é também conhecida como competência de foro. A regra geral desta competência está normatizada no art. 46 do CPC, que dita ser competente o foro de domicílio do réu. Isto significa que, se “X” viola direito autoral de “Y”, “Y” deve, por esta regra, ajuizar a ação no foro onde “X” reside. A norma é bastante pertinente para a maioria dos casos, onde requerido e requerente estão próximos e, fixando a competência no foro de domicílio do requerido, se facilita o direito de defesa.

Na internet, porém, essa regra dificulta a busca da tutela jurisdicional, visto que o requerido pode estar em qualquer lugar do Brasil.

Diante de casos como este, onde houve uma violação de direito que deve ser reparada, o art. 53, IV, “a”, do CPC determina que é competente o juízo do lugar onde ocorreu o fato. Entretanto, quando a

violação de direito ocorre na internet, como já dito, é difícil delimitar qual o local em que ocorreu o fato, podendo haver multiplicidade de resultados. Diante dessa realidade, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.685.558-SP, entendeu que a violação de direitos autorais na internet é delito cível de abrangência nacional e o demandante pode optar por distribuir a ação tanto no local do fato, quanto no local onde reside, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO DE DANOS FUNDAMENTADA EM VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL OCORRIDA PELA INTERNET. COMPETÊNCIA. DOMICÍLIO DO AUTOR OU LOCAL DO FATO. DANO DE ABRANGÊNCIA NACIONAL. OPÇÃO DO AUTOR. ART. 100, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/1973. 1 - Ação distribuída em 17/12/2014. Recurso especial interposto em 12/11/2015 e atribuído à Relatora em 25/8/2016. 2- O propósito recursal é definir o juízo competente para processar e julgar ação cominatória e de reparação por danos materiais fundamentada em violação de direitos autorais. 3- Hipótese concreta em que a pretensão deduzida em juízo se fundamenta na ocorrência de violação de direito autoral causada em razão do envio, por meio da internet, de material didático voltado à preparação de candidatos para obtenção da certificação de planejador financeiro (CFP - Certified Financial Planner). 4- O autor da ação que objetiva a reparação dos danos sofridos em virtude de violação a direito autoral possui a faculdade de escolher o foro de seu domicílio ou o do local do fato. 5- Recurso especial não provido. (STJ) - REsp: 1685558 SP 2016/0221981-0, Relator: Ministra Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 03/10/2017, T3 - Terceira Turma, Data de publicação: DJe 09/10/2017).

Em seu voto, a Relatora Ministra Nancy Andrichi pontua as especificidades da situação nos seguintes termos:

Todavia, para solução da presente controvérsia, é necessário considerar duas especificidades: (i) trata-se de ação em que se busca a reparação dos danos causados por infringência a direito autoral titulado pela recorrida; e (ii) as premissas fáticas assentadas pelos juízos de origem (imutáveis na via especial) denotam que a violação ocorreu por meio de propagação pela internet, de modo que os danos eventualmente causados possuem abrangência nacional.

Ao julgar pelo ajuizamento da ação no domicílio do autor ou do local do fato, a Ministra utilizou precedentes do STJ e o art. 100, parágrafo único, do CPC de 1973, mantido o texto no art. 53, inc. V do CPC vigente, para enquadrar a violação de direitos autorais como delito. Segundo a Ministra, o STJ firmou entendimento no sentido que a palavra delito na lei processual possui sentido abrangente, alcançando tanto ilícitos cíveis como penais. Ao reconhecer que o uso não autorizado de conteúdo protegido pela lei de direitos autorais na internet configura delito, a ação motivada por esse ato atrai a aplicação da norma que concede ao autor da ação a escolha do foro.

Apesar das dificuldades de aplicação das regras delimitadas pelo CPC para a competência de ação baseadas em violação a direito autoral na internet, o entendimento firmado pelo STJ e seguido pelos demais tribunais¹² apazigua as dúvidas em relação a competência, permitindo que o demandante ajuíze a ação no local onde reside.

Quando há relação de consumo, como, via de regra, no caso de apresentação da ação face aos servidores de internet¹³, é atraída a regra contida na legislação especial, qual seja, pode ser proposta no

¹² TJ-SC - AI: 40069920220198240000 São José 4006992-02.2019.8.24.0000, Relator: Denise Volpato, Data de julgamento: 25/06/2019, Sexta Câmara de Direito Civil

¹³ Nos termos do acórdão: STJ - REsp: 1338214 MT 2012/0039646-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de julgamento: 21/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: **DJe** 02/12/2013

domicílio do consumidor, conforme determina o art. 101, inc. I, da lei 8078/90. Na prática não há muita diferença, pois, como visto, a ação poderá ser proposta no local da residência do autor da ação, seguindo a orientação do STJ.

3.3 TUTELA DE URGÊNCIA

Não obstante, e como já ventilado no presente artigo, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito podem, devem em determinadas situações, serem acompanhadas de pedido de tutela antecipada de urgência. Marinoni (2004), por exemplo, defende justamente essa necessidade de associação: “As ações inibitória e de remoção do ilícito, diante de sua natureza, não podem dispensar a tutela antecipatória”. Em outras palavras, essas tutelas “pedem” a companhia de uma tutela antecipada pela sua própria natureza.

Para sua concessão, é mantida a necessidade da probabilidade do direito e o perigo de dano conforme estabelece o art. 300 do CPC, porém, esse último já faz parte do objeto da tutela inibitória e de remoção do ilícito, como bem leciona Marinoni:

A tutela antecipatória não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. A ideia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, também não deve se preocupar com o dano. No caso de inibição, basta a probabilidade de que venha a ser praticado ato ilícito, enquanto, na remoção, é suficiente a probabilidade de que tenha sido praticado ato ilícito. Porém, tratando-se de ação inibitória nada impede que o autor invoque a probabilidade do dano nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, até porque esse

último, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma concreto do ilícito. (MARINONI, 2004)

O trecho acima denota que a probabilidade do ilícito ou da prática do ilícito seja suficiente para evocar a tutela antecipada, não havendo necessidade de “preocupação” com o dano.

Assim sendo, o requerimento de tutela antecipada, quando almejado um resultado inibitório ou removedor de ilícito, é esperada diante das circunstâncias que fundamentam a propositura desta medida.

4 CONCLUSÃO

Com o fim do presente estudo um ponto fica claro. Ainda que a violação aos direitos autorais na internet é algo constante, rotineiro, o judiciário brasileiro está atento a essa realidade e adequando as ferramentas processuais para essa frente.

Há, diante dessa realidade, a necessidade de utilização de ferramentas hábeis para lidar com essas modalidades de violações, como as tutelas contra o ilícito apresentadas nesse artigo. A tutela inibitória é de suma importância para evitar que a obra venha a ser violada, ou que seja repetida a violação. Nessa segunda frente, quando acompanhada da tutela de remoção de ilícito, o operador do direito não só retira o conteúdo ilícito da internet, quanto obsta a renovação da prática.

A Lei de Direitos Autorais, composta majoritariamente por leis materiais, prevê tutela inibitória específica para a violação de direitos autorais, uma ferramenta que deve ser usada pelos profissionais do direito que se deparam com essa violação de direito. Não obstante, a tutela de remoção do ilícito também se presta para que a obra violada seja resguardada, evitando prolongamento dos efeitos danosos.

A especificidade da relação também espelha o Processo Civil: Os direitos autorais possuem especificidades ímpar, como os efeitos da

divisão entre direitos morais e patrimoniais do autor, que influenciam diretamente os interessados e legitimados a pleitear na via judicial a tutela do bem jurídico elencando.

Quando verticalizados para as violações na internet, alguns questionamentos surgem, em especial quanto a competência, em virtude da dificuldade em assinalar o local do dano, e da identificação do violador, especialmente quando o delito cível ocorreu em rede social de usuário que se vale de anonimia/pseudonímia.

A construção jurisprudencial feita pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial ao definir a violação de direitos autorais na internet como delito, deslocando a competência para o local de residência do autor, é de um ganho gigantesco para aqueles que tiveram seu direito autoral violado, por facilitar a propositura da ação. A produção antecipada de provas também se torna uma importante ferramenta para identificação do usuário que violou direito autoral na internet, servindo como base para formalizar a lide principal.

Há, assim, uma construção processual se valendo das leis materiais – em especial da Lei de Direitos Autorais –, das leis processuais e da jurisprudência que consolidam um meio de atuação para a defesa judicial dos direitos autorais violadas na internet, que contornam obstáculos fáticos, para adequação e prosseguimento dos pedidos de tutela contra o ilícito na internet.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil** – Vol. 2. 10ª edição, Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Tutela Inibitória: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 85-94, set./dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Contra o Ilícito (Art. 497, Parágrafo Único, do CPC/2015). **Revista de Processo**. 2015. RePro vol. 245).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória e Tutela De Remoção do Ilícito**, disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%282%29%20-%20formatado.pdf>. 2004. Acesso em: 01 maio 2021.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **O Marco Civil da Internet sob o prisma da constitucionalidade – parte 1**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet#author>. Publicado em 19 de fevereiro de 2020, acesso em: 05 ago. 2021.

PINTO, Edson Antônio Sousa Pinto. A Tutela Inibitória e os Seus Fundamentos no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 252/2016, p. 303 - 318, Fev./2016 DTR\2016\217.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 1. 57ª edição. Rio de Janeiro/RJ. Forense. 2016.

ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 110. ano 26. p. 389-422. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2017.

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Letícia Bentz Colling¹

Maria Eduarda Piccinini²

Resumo: A arbitragem e a propriedade intelectual são institutos que, embora já desenvolvidos em grande medida no Brasil, inclusive por meio de leis próprias que os regulam, estão em constante expansão. Diante desse cenário, alguns questionamentos surgem quando tais assuntos se aproximam: de um lado, há a autonomia das partes em pactuarem uma convenção de arbitragem, com o objetivo de afastar a jurisdição estatal, e, de outro lado, há a regra de competência absoluta da Justiça Federal prevista na Lei 9.279/96 para julgar os casos em que se questiona a validade de um título outorgado pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Assim, o presente trabalho analisa a possibilidade (ou não) de submeter à arbitragem disputas no campo da propriedade intelectual. Para tanto, aborda, em um primeiro momento, noções básicas sobre a propriedade intelectual e a arbitragem, a fim de que, em um segundo momento, seja possível analisar os eventuais conflitos entre os institutos. Após, examina, por meio do direito comparado, quais soluções têm sido adotadas no âmbito internacional sobre o tema. A relevância do estudo reside no fato de que, diante do espaço e notoriedade que a propriedade intelectual vem ganhando no Poder Judiciário, a arbitragem apresenta-se como método eficaz para solução dos litígios envolvendo a matéria, o que, contudo, só poderá ser feito mediante a observância de certos limites.

Palavras-chave: Propriedade intelectual; arbitragem; arbitrabilidade.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem e a propriedade intelectual são campos do Direito que desempenham papel fundamental na atualidade. Por meio da arbitragem, prestigia-se a autonomia das partes e a possibilidade de um procedimento, via de regra, célere; já por meio da propriedade intelectual, valoriza-se a criatividade humana que promove o crescimento econômico por meio da outorga de proteção às invenções e criações, que surgem de forma cada vez mais rápida na sociedade informacional.

A arbitragem pode ser conceituada como um processo no qual as partes, por meio de pacto privado, delegam a um árbitro o poder de decidir a lide, que deve versar sobre direitos disponíveis e respeitar os limites estabelecidos previamente por uma convenção. Não haverá a intervenção do Poder Judiciário, muito embora produza a sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial.³

Esse método alternativo de resolução de conflitos se rege por alguns princípios norteadores, dentre os quais, para os fins deste trabalho, destaca-se a autonomia da vontade. A escolha pela via arbitral para solução do litígio é feita de forma voluntária pelas partes, cabendo a elas, inclusive, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem⁴, a escolha do direito – material e processual – aplicável ao caso. Podem, nesse sentido, optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir a controvérsia com base nos princípios gerais de direi-

³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei Nº 9.307/96. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2014. p. 2.

⁴ Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96): “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

to, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.⁵ Os efeitos da autonomia da vontade se estendem também à convenção de arbitragem – constituída pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral – na medida em que as partes afastam, desde logo, a competência do juiz estatal.⁶

Ao entrar em vigor, a Lei de Arbitragem (LA) teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal em virtude de possível violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O plenário do STF, contudo, em uma votação por sete a quatro, decidiu por homologar a sentença arbitral estrangeira posta *sub judice*, sem declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo da LA.

A propriedade intelectual, por sua vez, tutela os direitos sobre bens incorpóreos ou imateriais frutos da criação humana⁷. Os bens objeto da propriedade intelectual podem ser divididos em três categorias: (i) a propriedade industrial (marcas, patentes, desenhos industriais e indicações geográficas utilizadas no meio empresarial)⁸; (ii) o direito autoral (trabalhos artísticos, como livros, pinturas, músicas, filmes, poesias etc.)⁹ e (iii) a proteção *sui generis* (como a topografia de circuito integrado, o cultivar e o conhecimento tradicional)¹⁰.

⁵ ALBERTO, CARMONA, C. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2012. p. 15.

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) define propriedade intelectual como “criações da mente, como invenções; obras literárias e artísticas; designs; símbolos, nomes e imagens com uso comercial”. Tradução livre das autoras: “*Intellectual property (IP) refers to creations of the mind, such as inventions; literary and artistic works; designs; and symbols, names and images used in commerce*”. What is Intellectual Property? **World Intellectual Property Organization**, 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-ip/en/>. Acesso em: 25 set. 2021.

⁸ Vide art. 2º da Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96).

⁹ Vide art. 7º da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998).

¹⁰ Lei 11.484/2007, Lei 9.456/97, Lei 13.123/15, respectivamente.

No ordenamento jurídico brasileiro, essas categorias são reguladas principalmente por quatro leis: a Lei de Propriedade Industrial (LPI), a Lei de Direitos Autorais, a Lei de Cultivares e a Lei do Software. Ainda, registra-se que a LPI incorporou as normas do acordo *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), do qual o Brasil é signatário.

O sistema de propriedade intelectual confere ao detentor dos direitos a prerrogativa de fazer uso exclusivo da invenção, por um determinado período de tempo. Assim, o instituto tem por objetivo proteger não somente a atividade inventiva em si, mas todo o investimento realizado para levar as criações ao mercado, coibindo o uso não autorizado de trabalhos, produtos, processos, marcas e serviços.

Os direitos de propriedade intelectual constituem, *a priori*, direitos reais, visto que têm por objeto bens externos ao sujeito. Todavia, a propriedade intelectual não pode ser vista apenas sob o prisma do direito real. Isso porque os bens imateriais protegidos por este instituto também são objeto de negócios jurídicos de alienação ou licença de exploração, os quais se inserem no campo obrigacional. Ainda, a propriedade intelectual abarca obrigações oriundas de atos ilícitos, como a violação de segredo industrial ou a concorrência desleal.¹¹

Nesse contexto, para que sejam efetivamente protegidas, as criações abrangidas pela propriedade industrial deverão ser registradas junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), a partir do cumprimento de determinados requisitos. Diferentemente é o tratamento dado ao direito autoral, que prescinde de qualquer registro para a sua proteção.¹²

No ponto, destaca-se que as proteções de propriedade industrial são objeto de acordos internacionais. Além do acordo TRIPS, o Brasil

¹¹ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2018. p. 83.

¹² **Lei de Direitos Autorais** (Lei 9.610/1998): “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.”

também é signatário da Convenção da União de Paris, cujo princípio básico é a assimilação dos cidadãos dos países pertencentes à União, de modo que todos possam obter direitos de propriedade industrial, exercendo-os em igualdade de condições com os nacionais de todos os países participantes. Mantém-se a plena vigência das legislações nacionais e a territorialidade da proteção, que deve ser obtida em cada país pela repetição de pedidos de registros e de patentes.¹³

Atualmente, a propriedade intelectual vem ganhando espaço e notoriedade no Brasil: ações visando à proteção da identidade visual das marcas (“*trade dress*”), por exemplo, aumentaram 25% em um ano no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹⁴ As diversas Câmaras de Arbitragem no Brasil, da mesma forma, deparam-se com um crescimento anual de casos.¹⁵

A aproximação de tais institutos pode ser ferramenta importante para o jurista, na medida em que a submissão de litígios em matéria de propriedade intelectual a um juízo arbitral pode ser a melhor estratégia a ser adotada em determinados casos. Com efeito, a arbitragem pode oferecer atrativos, tais como a flexibilidade e a confidencialidade, para aqueles que buscam a proteção dos ativos intangíveis abarcados pela propriedade intelectual.

É partindo dessas noções que a presente pesquisa analisa a arbitrabilidade, ou não, de litígios em matéria de propriedade intelectual. Mais especificamente, por meio de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, oferece reflexões sobre possíveis obstáculos ao uso

¹³ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2018. p. 16.

¹⁴ SANTOS, Gilmara. Empresas recorrem à Justiça para proteger identidade visual de marca. **Valor Econômico**, 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/09/13/empresas-recorrem-a-justica-para-proteger-identidade-visual-da-marca.ghtml>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵ LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**. Selma Lemes Advogados, 2020. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragemNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

da arbitragem para dirimir controvérsias no campo da propriedade intelectual, que muitas vezes ultrapassa o interesse das partes contratantes e envolve atos da autoridade estatal, atraindo questões de interesse público.

2 POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE A ARBITRAGEM E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

O Brasil vem acompanhando a tendência internacional de valorização da escolha pela arbitragem como meio alternativo para solução de disputas. Ao lado de todos os métodos alternativos de resolução de conflitos, a arbitragem não representa nenhuma concorrência ou desprestígio em relação à tarefa desempenhada pelo Poder Judiciário. Ao revés, constitui força convergente ao mesmo objetivo fundamental: atuação da vontade concreta do Direito e, por conseguinte, resolução de conflitos e pacificação com justiça.¹⁶

Contudo, apesar do crescente número de casos que vêm sendo submetidos à arbitragem, alguns questionamentos surgem quando há interesse em submeter à arbitragem litígios no campo da propriedade intelectual. Vale dizer, embora a arbitragem seja regida pelo princípio da autonomia da vontade, o que permite, em tese, que as partes pactuem uma convenção arbitral com o objetivo de afastar a jurisdição estatal, há, por outro lado, a regra de competência absoluta da Justiça Federal, prevista na Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), para julgar demandas que questionem a validade de títulos outorgados pelo INPI, uma vez que a matéria atrai interesse público.

Assim, questiona-se (i) a possibilidade de litígios no campo da propriedade intelectual serem submetidos à arbitragem, considerando alguns óbices impostos pela legislação brasileira; e (ii) se um tribunal

¹⁶ ANTONIO, F. J.; NELSON, M. S.; LUÍS, M. A. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense, 2018. p. 13.

arbitral tem jurisdição para decidir sobre matéria que afete registros públicos outorgados pelo INPI no campo da propriedade industrial.

2.1 POSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DE LITÍGIOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL À ARBITRAGEM

De início, cumpre registrar que a arbitrabilidade é um conceito fundamental na arbitragem, podendo ser definida como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa. Procura-se, por meio da arbitrabilidade, estabelecer, basicamente, quem pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*) e o que pode ser submetido ao processo arbitral (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*).¹⁷

A esse respeito, observa-se que o tema é abordado pela LA já no seu art. 1º, *caput*, ao dispor que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Vale dizer, a arbitrabilidade subjetiva ampara-se na capacidade de contratar, referindo-se à capacidade de fato prevista no Código Civil; enquanto a arbitrabilidade objetiva atenta à necessidade de que o objeto do litígio atenda aos critérios de disponibilidade e patrimonialidade.¹⁸

Conforme a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO),¹⁹ há uma série de características intrínsecas à matéria que fazem com que os litígios sejam frequentemente submetidos à arbitra-

¹⁷ ANTONIO, F. J.; NELSON, M. S.; LUÍS, M. A. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense, 2018. p. 219.

¹⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas**. 7. ed. São Paulo/SP. Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 143.

¹⁹ Why Arbitration Intellectual Property? **World Intellectual Property Organization**, 2021. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

gem²⁰, isto é, há pelo menos três pontos oferecidos pelo procedimento arbitral, que não podem ser atendidos plenamente pelos tribunais estatais, e que são de grande valia para as partes que disputam direitos envolvendo propriedade intelectual: internacionalização do conflito, celeridade do procedimento e tecnicidade da decisão.

Em relação à internacionalização do conflito, a arbitragem permite um único procedimento envolvendo partes de países distintos, as quais têm a prerrogativa de escolher o direito material e processual que norteará o procedimento. Isso tem implicações, inclusive, na imparcialidade do árbitro, que será neutro ao direito e à linguagem aplicados, bem como às culturas institucionais dos países de origem dos litigantes.

No tocante à celeridade do procedimento, além do fato de que as partes podem estabelecer o seu prazo de duração, o árbitro pode proferir decisões provisórias de maneira mais rápida do que um juiz estatal. Isso, contudo, não cerceia o direito do litigante de recorrer ao tribunal estatal para pleitear a concessão de uma liminar. Tais aspectos mostram-se especialmente relevantes quando se considera o caráter de urgência que permeia alguns conflitos de propriedade intelectual – a mora na obtenção de medidas de proibição de uso indevido de uma marca, por exemplo, pode ser extremamente prejudicial à atuação comercial da parte que entende ter tido seu direito violado.

Ainda, relativamente à tecnicidade da decisão, frisa-se a prerrogativa das partes de escolherem o árbitro que conduzirá o procedimento. Nesse sentido, confere-se um maior grau de certeza quanto à expertise do profissional que julgará o conflito e, conseqüentemente, da decisão que será proferida.²¹

²⁰ O instituto é regulado pela Lei nº 9.307/96, fortemente inspirada na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law.

²¹ Why Arbitration Intellectual Property? **World Intellectual Property Organization**, 2021. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

Nesse contexto, se um conflito em matéria de propriedade intelectual que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis é submetido à arbitragem por pessoas capazes, não parece haver qualquer óbice à resolução do caso pelo tribunal arbitral. Assim, toda controvérsia meramente obrigacional decorrente de contratos em geral, tais como de licença de patente, cessão de uso de marca, contrato de edição, contrato de *franchising* e suas consequências, entre elas pretensões relativas ao pagamento de quantias adequadas pelo licenciado/cessionário ou a indenização devida pelo inadimplemento de obrigações assumidas, podem ser resolvidas por arbitragem. Este é o campo de livre disposição das partes, em que não existem aspectos de interesses que impeçam o recurso à arbitragem.²²

2.2 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR SOBRE MATÉRIA QUE AFETE REGISTROS PÚBLICOS OUTORGADOS PELO INPI

Embora a propriedade intelectual, como toda propriedade, envolva direitos patrimoniais, a questão mais complexa envolvendo a arbitrabilidade de conflitos surge em relação a alguns casos específicos, nomeadamente no campo da propriedade industrial, em que se discute a validade de um direito, a caducidade de uma patente ou a concessão de licença obrigatória, por exemplo. Isso porque, no Brasil, tais direitos são outorgados exclusivamente pelo Estado – por meio do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) – e há regra de competência absoluta da Justiça Federal para dirimir tais litígios, conforme previsão da Lei de Propriedade Industrial.

Diante disso, Selma Lemes destaca três razões fundamentais pelas quais essas questões estariam impedidas de serem submetidas à arbitra-

²² LEMES, Selma. **A arbitragem em propriedade intelectual**: O papel do agente da propriedade industrial na América Latina e Caribe (*lecture*) - Associação Interamericana de Propriedade Intelectual (ASIPI) e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Santiago do Chile, 1997. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20em%20Propriedade%20Intelectual.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

gem: a) a decisão que declara a validade ou não de um direito tem efeito *erga omnes*; b) os direitos da propriedade industrial são exclusivamente outorgados pelo Estado; c) a presença na matéria de interesse público.²³ Assim, a jurista considera que, por qualquer desses motivos, o tribunal arbitral não possuiria jurisdição para julgar o caso, sob pena de a sentença arbitral ser objeto de ação de nulidade perante ao Poder Judiciário.

Dentre os argumentos que estão no centro da defesa da inarbitrabilidade dos litígios de propriedade industrial, apresenta-se a questão de serem tais direitos constituídos pelo Estado e conferidos como prerrogativa a um particular, do que decorreria que um tribunal privado não possuiria autoridade para invalidar tais direitos atributivos. Da mesma forma, o particular não poderia dispor de tal outorga, ato administrativo do Estado.²⁴

Nessa esteira, o legislador brasileiro previu expressamente a competência absoluta da Justiça Federal para julgar as demandas cujo objeto seja a validade dos registros públicos, conforme dispõe o art. 175 da LPI: “a ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.” Embora não haja reserva expressa de jurisdição para os casos em que a autarquia federal não integre a lide como parte, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm entendido no mesmo sentido, ou seja, a necessidade de bifurcação quando é ventilada desconstituição/declaração de nulidade de direitos de propriedade industrial no contexto de discussão de violação de direitos/reparação por perdas e danos²⁵, devendo a primeira ser resolvida obrigatoriamente no tribunal estatal.

²³ LEMES, Selma. **A arbitragem em propriedade intelectual**: O papel do agente da propriedade industrial na América Latina e Caribe (*lecture*) - Associação Interamericana de Propriedade Intelectual (ASIPI) e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Santiago do Chile, 1997. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20em%20Propriedade%20Intelectual.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

²⁴ MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e Propriedade Intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2017. 9788547219437. p. 124.

²⁵ *Ibidem*, p. 126.

A regra de competência, somada ao fato de que se trata de direitos outorgados pelo Estado, pode encontrar na arbitragem um obstáculo na medida em que são arbitráveis somente “*as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.*”²⁶ Assim, seria possível argumentar que o Estado brasileiro criou uma reserva específica quanto à competência para dirimir certas controvérsias no campo da propriedade intelectual, matéria que a Constituição Federal brasileira de 1988 consagra, nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º, entre o rol das garantias fundamentais do homem.²⁷

A ordem pública²⁸ seria, assim, um freio estabelecido pelo legislador à vontade das partes, o que vai de encontro ao art. 2º, §1º, da LA²⁹. E, na medida em que a propriedade intelectual envolve o resguardo dos interesses fundamentais e que a competência absoluta é matéria de ordem pública que não se submete à preclusão, seria possível argumentar no sentido da inarbitrabilidade de tais conflitos.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a particularidade das demandas que afetem o registro público no julgamento do paradigma 950 da sistemática de recursos repetitivos, segundo o qual

²⁶ ALBERTO, CARMONA, C. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2012. p. 39.

²⁷ BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988. **Revista de Informação Legislativa Brasília** a. 45 n. 179 jul./set. 2008. p. 40.

²⁸ Adota-se para a presente pesquisa a noção de ordem pública preceituada por Clóvis Beviláqua, para quem as normas de ordem pública “[...] são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito” BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Freitas Bastos, 1929. p.14-15.

²⁹ Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96): “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

As questões acerca do trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal, e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

Já no que diz respeito aos efeitos *erga omnes* - oponível a todos - produzidos pela sentença arbitral, a conclusão imediata é de que não pode um tribunal privado desconstituir um registro público outorgado pelo Estado, eis que afetaria a ordem pública. Contudo, há quem defenda que a decisão arbitral produz efeitos apenas *inter partes* - entre as partes - de modo que eventual decisão de nulidade do registro não seria um ataque ao ato administrativo do Estado, tampouco entraria no campo da ordem pública, visto que atestaria a invalidade do título apenas entre as partes litigantes, sem qualquer efeito no registro em si.³⁰

Ao que parece, a questão que impulsiona a discussão é se a invalidade de direitos, pela via arbitral, seria um ataque ao ato constitutivo do INPI e à ordem pública ou não, considerando que apenas suspenderia a eficácia do ato. No ponto, importa distinguir também se a decretação de nulidade é o objeto central da demanda ou se é arguida em defesa, por exemplo, em ações que versem sobre questões contratuais ou violação de direitos que ampare pleito indenizatório.

No caso da primeira hipótese, em que a decretação de nulidade é o objeto central da demanda, a LPI prevê, como já mencionado, a competência absoluta da Justiça Federal, tendo sido o legislador ainda mais

³⁰ MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e Propriedade Intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2017. 9788547219437. p. 326.

cauteloso no caso das patentes, nos termos do art. 57³¹ da Lei. Nesses casos, o poder estatal não poderá ser afastado, sob pena de afronta à norma constitucional do art. 109, inciso I³². No caso do registro de marca, a compreensão é a mesma, pois embora não haja a reserva expressa da jurisdição, tal como ocorre com as patentes, fato é que a disposição geral do art. 175 da LPI, conjugada com a norma constitucional citada, desde logo afasta a competência do tribunal arbitral.

Não obstante, algumas ressalvas devem ser feitas quando se postula a nulidade de um registro em caráter incidental, como em defesa ou para discutir um pedido de indenização. Nesses casos, não há óbice ao conhecimento e julgamento da questão pelo árbitro, inclusive com eficácia *erga omnes*, o que se operará com o registro da sentença junto ao INPI, procedendo-se à desconstituição indireta do seu ato.³³ Mesmo porque, caso seja acolhida a impugnação do ato constitutivo de um direito, não há como o efeito extintivo da sentença ser parcial, considerando a natureza e a estrutura indivisível do ato impugnado, é dizer, as patentes e as marcas ou existem ou não.

Há quem entenda, contudo, que a declaração incidental de nulidade não tem o condão de desconstituir o título, haja vista que, para tanto, é preciso a participação do INPI, o que impõe seja a lide dirimida no foro federal.³⁴ Nessa esteira, considera-se que a declaração incidental de nulidade prevista no art. 56, § 1º, da LPI, faz coisa julgada ape-

³¹ Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96): “Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”

³² “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

³³ MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e Propriedade Intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2017. p. 312.

³⁴ GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. PHILIPP, Fernando eid. A declaração incidental de nulidade de patente: interpretação do art. 56, § 1º da lei n. 9.279/1996. Rio de Janeiro: **Revista da ABPI**, nº. 134, 2016. p. 52.

nas em relação às partes da ação (efeitos *inter partes*), ao passo que a declaração de nulidade proferida pela Justiça Federal, justamente pela presença do INPI no polo passivo, tem por consequência a desconstituição do título e gera efeitos *erga omnes*. Assim, com a declaração de nulidade da patente pela via incidental (com efeitos *inter partes*), as patentes apenas não serão mais oponíveis ao réu da ação, mas continuarão produzindo seus efeitos no mundo jurídico e em relação a terceiros que não fizeram parte da relação processual.

Sobre o ponto, registra-se a decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1.132.449/PR³⁵, em que adotou o entendimento pela impossibilidade de análise incidental de um registro – de maneira que, em tese, um tribunal arbitral, analogamente ao tribunal estadual no caso em questão, não poderia proceder à análise de maneira incidental. Nesse sentido, a Magistrada destacou que analisar a questão em caráter incidental seria não tratá-la com o devido cuidado, pois a ação judicial perante à Justiça Federal conta também com a participação do INPI.³⁶

Do exposto, verifica-se que, no Brasil, em princípio a arbitrabilidade de disputas cujo objeto sejam direitos de propriedade industrial outorgados por um ato administrativo do Estado esbarra em matéria de competência absoluta do foro da Justiça Federal que interessa à ordem e ao interesse públicos. Contudo, apesar do entendimento adotado no julgado supracitado, vislumbra-se e é defensável a possibilidade de que tais direitos sejam debatidos perante a jurisdição arbitral quando suscitados incidentalmente, produzindo efeitos somente en-

³⁵ STJ, REsp: 1132449 PR 2009/0062354-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 13/03/2012, Data de Publicação: **DJe** 23/03/2012.

³⁶ Veja-se trecho do acórdão: “A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito. Destarte, ao reconhecer a invalidade de um registro incidentalmente, o TJ/PR violou a regra do art. 57 da LPI.”

tre as partes no litígio – ainda assim, nesse caso, a doutrina não é unânime sobre como se daria a desconstituição do título eventualmente declarado nulo pelo juízo arbitral perante o INPI e se a decisão teria eficácia *erga omnes*.

3 O TEMA SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO

Os possíveis conflitos entre a arbitragem e a propriedade intelectual expostos não são percebidos somente no Brasil. Dessa forma, cabe verificar como o tema arbitrabilidade de litígios em propriedade intelectual vem sendo analisado internacionalmente, sob diferentes perspectivas, a fim de que sejam investigados possíveis critérios a serem considerados no ordenamento jurídico brasileiro. O olhar para o estrangeiro se justifica na medida em que, a depender do entendimento que venha a ser adotado no Brasil, a homologação de sentenças estrangeiras pode esbarrar na compreensão de ser a propriedade industrial matéria inarbitrável e, portanto, no fato de que a sentença eventualmente não possa ser aqui reconhecida ou executada³⁷.

O conflito entre o caráter eminentemente contratual das disputas e a atuação jurisdicional do Estado já foi analisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Não há lei federal no país que preveja arbitragem de disputas de marcas registradas³⁸, mas os estatutos federais estabelecem explicitamente que as partes podem concordar em arbitrar disputas relativas a patentes:

A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating

³⁷ MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e propriedade intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017. p. 184.

³⁸ R. REED, Matthew; MILLER, Ava; TEZUKA, Hiroyuki; DOERNENBURG, Anne-Marie. **Arbitrability of IP Disputes**. Global Arbitration Review: The Guide to IP Arbitration, 2021. p. 29. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/arbitrability-of-ip-disputes>. Acesso em: 28 set. 2021.

*to the patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement dispute may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract.*³⁹

Além disso, as alíneas “c”, “d” e “e” do parágrafo 294 do 35 *U.S. Code* preveem que a decisão arbitral é vinculante somente *inter partes*, de modo que é necessário que alguma das partes da arbitragem ou o próprio Tribunal Arbitral notifique o órgão competente pelos registros acerca do teor da decisão para que essa possa ser executada. As partes podem acordar, ademais, que no caso de invalidação posterior da patente por decisão judicial transitada em julgado, qualquer parte da arbitragem poderá requerer judicialmente a revisão do laudo arbitral.⁴⁰

O Reino Unido, por sua vez, não contou com o reconhecimento legal da arbitrabilidade de disputas de PI nas Leis de Arbitragem de 1950, 1979 ou 1996⁴¹. Contudo, o *UK Patents Act* (Lei de Patentes do Reino Unido datada de 1977) permite a arbitragem em algumas circunstâncias específicas⁴²: por exemplo, se um pedido de licença de patente obrigatória é contestado, o Controlador Geral de Patentes pode ordenar que um processo venha a ser encaminhado a um árbitro se as partes consentirem com a arbitragem, ou se o processo exigir um exame prolongado de documentos ou qualquer investiga-

³⁹ 35 U.S.Code. § 294(a).

⁴⁰ MERKL, Márcio. **Arbitrabilidade de Disputas de Propriedade Intelectual**: a arbitragem como uma ferramenta útil para os negócios internacionais. Editora ESTG - Ipleiria, 2014. IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS. p. 91. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/1451>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴¹ CCI. Final report on intellectual property disputes and arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, volume 9, n. 1, may. 1998. p. 42-43.

⁴² UK Patents Act 1977, Section 52-(5).

ção científica ou local que não possa, na opinião do Controlador, ser feita perante esse.⁴³

Para além dos direitos patentários, a arbitrabilidade de disputas de propriedade intelectual no Reino Unido também foi reconhecida judicialmente, inclusive desde os anos 1800⁴⁴, e, de modo geral, os tribunais ingleses têm interpretado as convenções de arbitragem de forma ampla. As disputas sobre marcas registradas e direitos autorais são arbitráveis - contudo, ressalta-se que uma determinação de validade só tem efeito *inter partes* sob a lei inglesa.⁴⁵

Ademais, nenhum estatuto aborda o tema da arbitrabilidade das disputas de propriedade intelectual na Austrália, mas os tribunais australianos historicamente partem da premissa de que as disputas são arbitráveis. O entendimento pode ser extraído, por exemplo, do caso *Larkden Pty Limited v. Lloyd Energy Systems Pty Limited*, analisado pela Suprema Corte de Nova Gales do Sul, que abordou a noção de que, embora os árbitros na Austrália não possam resolver disputas de propriedade intelectual de forma a vincular terceiros ou o público em geral, os árbitros podem emitir determinações declarando os direitos das partes.⁴⁶

Contudo, é relevante ter em mente que tanto os Estados Unidos como a Inglaterra e a Austrália guardam profundas diferenças com o ordenamento brasileiro, uma vez que pertencem à família da *Common*

⁴³ UK Patents Act 1977 § 52-(5).

⁴⁴ Nesse sentido, ver *Cooke v. Wheatstone* sobre a autoria da invenção do telégrafo.

⁴⁵ R. REED, Matthew; MILLER, Ava; TEZUKA, Hiroyuki; DOERNENBURG, Anne-Marie. Arbitrability of IP Disputes. **Global Arbitration Review**: The Guide to IP Arbitration, 2021. p. 25 – 30. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/arbitrability-of-ip-disputes>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴⁶ Conforme trecho da decisão, “*the arbitral award would not, nor could it, bind the Commissioner of Patents or the Federal Court to declare who, as between [the parties], is or is not an eligible person under the Patents Act or who, as between them, should or should not be granted any patent.*” (*Larkden Pty Limited v. Lloyd Energy Systems Pty Limited* 2011 NSWSC 268).

Law, cujo sistema jurídico possui contornos particulares e teve menor grau de influência do Direito Romano do que os países da família Romano-germânica, como o Brasil. Ainda assim, são relevantes para a melhor compreensão do panorama global acerca da arbitrabilidade de disputas em propriedade intelectual e, no mesmo sentido, são países nos quais a arbitragem se desenvolve há mais tempo do que no Brasil.

Outro importante caso acerca da arbitrabilidade de direitos de propriedade intelectual foi analisado pela Câmara Internacional do Comércio — CCI (caso nº 6097, de 1989). A discussão central se cingiu à violação de um contrato de licença cumulada com a violação de direitos patentários.⁴⁷ Em síntese, as partes acordaram que a lei aplicável ao contrato seria a japonesa, mas que a legislação alemã seria utilizada para fins de violação de direitos de propriedade industrial, tendo sido Zurique eleita como sede da arbitragem – portanto, as normas procedimentais seriam a do último país. Em sede de defesa perante a jurisdição arbitral, a parte requerida alegou que as patentes em questão eram inválidas e que, portanto, nada havia infringido.

No caso em questão, a lei japonesa permitia que o instituto da arbitragem fosse utilizado para dirimir conflitos relativos à propriedade industrial. Por outro lado, a lei alemã não admitia que o juízo arbitral pudesse declarar a invalidade de títulos de propriedade industrial.

O que tornou tal caso paradigmático foi a decisão parcial do tribunal arbitral, que decidiu pelo reconhecimento da própria jurisdição para decidir quanto à validade da patente para que, em seguida, pudesse decidir em relação à violação de direitos ou não. Todavia, o tribunal também resguardou a eficácia da decisão que se daria apenas *inter partes*, afastando qualquer efeito *erga omnes* em prol da conservação da soberania do Estado Alemão.

Além dos casos e entendimentos mencionados, evidente que existem inúmeros outros ao redor do mundo, até mesmo diante do

⁴⁷ MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e propriedade intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017. p. 190.

constante desenvolvimento dos institutos da arbitragem e da propriedade intelectual. Independentemente disso, ressalta-se que a análise ora realizada não pretendeu ser exaustiva, mas sim trazer importantes precedentes sobre a matéria para melhor compreensão da questão.

4 CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível concluir, inicialmente, que as matérias atinentes à propriedade intelectual que versem sobre campo de livre disposição das partes, e não sobre a validade de direitos, são arbitráveis. Isto é, estando diante do campo de controvérsia eminentemente obrigacional e contratual, afeita às partes contratantes, não há óbice para a submissão do conflito à jurisdição arbitral.

Contudo, a questão fica menos clara quando se trata de litígio em que questionada a validade do direito de propriedade intelectual, ou seja, o registro público que garante ao titular o direito (outorgado pelo Estado através da autarquia competente). A problemática pode ser verificada em dois principais aspectos: em primeiro lugar, o fato de que a decisão que declare ou não a validade de um direito terá, em princípio, efeitos perante terceiros *per se*, o que entraria em conflito com um laudo arbitral com eficácia apenas entre as partes que submeteram o litígio à arbitragem; em segundo lugar, o fato de que se estaria diante do questionamento da própria higidez do título, havendo, para tanto, regra de competência do foro da Justiça Federal, garantindo ao INPI a possibilidade de participação no feito.

Como resposta a tais pontos, a solução, embora não unânime, que parece ter sido encontrada é a possibilidade de que a questão seja analisada pelo juízo arbitral desde que o seja de maneira incidental. Assim sendo, ainda que se questione a validade de um direito de propriedade intelectual outorgado pelo Estado, eventual decisão arbitral produziria efeitos apenas entre as partes – e, nesse caso, o título questionado continuaria produzindo seus efeitos no mundo jurídico e em

relação a terceiros que não fizeram parte da relação processual até que posteriormente anotada a sentença arbitral perante o INPI.

Dessa forma, restaria mantida a arbitrabilidade de disputas no campo da propriedade intelectual mesmo quando essas forem de encontro à ordem pública, ao interesse público atrelado à higidez dos títulos perante o Estado, ou até mesmo quando se tratar de direitos com efeitos *erga omnes* tais como a concessão, pelo INPI, de patente ou de registros marcários. Porém, uma vez se tratando de afetação da esfera jurídica de terceiros e de matéria dotada de diversas particularidades, as partes e seus representantes legais devem analisar, a depender do caso, as vantagens e desvantagens da inclusão de convenção de arbitragem em contrato no âmbito da propriedade intelectual, bem como a conveniência estratégica da formulação de pedido em caráter incidental.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, CARMONA, C. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição. Editora Atlas, 2012. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/>. Acesso em: 29 set. 2021.

ANTONIO, F. J.; NELSON, M. S.; LUÍS, M. A. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense, 2018. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982881/>. Acesso em: 29 set. 2021.

AUSTRÁLIA, *Supreme Court of New South Wales. Larkden Pty Limited -v- Lloyd Energy Systems Pty Limited* [2011] NSWSC 268. Julgado em 05 out. 2011.

BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988. **Revista de Informação Legislativa Brasília** a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei Nº 9.307/96**. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2014.

BEVILÁQUA, C. **Teoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929.

BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Lei de Propriedade Industrial, Brasília, DF.

BRASIL, **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem, Brasília, DF.

BRASIL, **Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Lei de Direitos Autorais, Brasília, DF.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1132449/PR**, Relator: Ministra Nancy Andrihi, 13 de março de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21435113/recurso-especial-resp-1132449-pr-2009-0062354-4-stj/inteiro-teor-21435114> Acesso em: 27 set. 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: Mediação. Conciliação. Tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo/SP. Thomson Reuters Brasil, 2020.

CCI. Final report on intellectual property disputes and arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, volume 9, n. 1, may. 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Code Title 35, 1952.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. PHILIPP, Fernando eid. **A declaração incidental de nulidade de patente**: interpretação do art. 56, § 1º da lei n. 9.279/1996. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, nº. 134, 2016.

LEMES, Selma. **A arbitragem em propriedade intelectual**: O papel do agente da propriedade industrial na América Latina e Caribe (*lecture*) - Associação Interamericana de Propriedade Intelectual (ASIPI) e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Santiago do Chile, 1997. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20em%20Propriedade%20Intelectual.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**. Selma Lemes Advogados, 2020. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e Propriedade Intelectual**. 1ª ed. São Paulo/SP. Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219437/>. Acesso em: 25 set. 2021.

MERKL, Márcio. **Arbitrabilidade de Disputas de Propriedade Intelectual**: a arbitragem como uma ferramenta útil para os negócios internacionais. Editora

ESTG, 2014. *In*: IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/1451>. Acesso em: 28 set. 2021.

R. REED, Matthew; MILLER, Ava; TEZUKA, Hiroyuki; DOERNENBURG, Anne-Marie. Arbitrability of IP Disputes. **Global Arbitration Review: The Guide to IP Arbitration**, 2021. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/firstedition/article/arbitrability-of-ip-disputes>. Acesso em: 28 set. 2021.

REINO UNIDO, Intellectual Property Office: UK Patents Act, 1977.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6^a ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2018. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520457535/>. Acesso em: 29 set. 2021.

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS ATINENTES À NULIDADE DE REGISTRO MARCÁRIO

Isabela Kasper Kopittke¹

Laís Carrer Bortolini²

RESUMO: A propriedade intelectual é uma área do direito que regulamenta questões atinentes aos ativos intangíveis produzidos pelo intelecto. Sua crescente importância na sociedade vem dando espaço a discussões bastante relevantes, dentre as quais se encontra a possibilidade de se recorrer a um juiz arbitral para resolver conflitos atinentes às matérias de propriedade intelectual. Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de declaração de nulidade de registro de marca por um Tribunal Arbitral, bem como todas as condições e cenários em que tal declaração seria possível ou não. Para tanto, utiliza-se de revisão bibliográfica acerca do tema, aliada à análise de decisões de tribunais estaduais e federais que já expuseram seu entendimento a respeito da matéria estudada. A exposição dos argumentos é realizada por meio do plano francês de exposição de ideias, expondo-se inicialmente as razões pelas quais a declaração de nulidade de registro marcário não seria possível de ser realizada por um Tribunal Arbitral, seguido dos fundamentos e cenários nos quais tal declaração poderia ser realizada por árbitros privados. Verificou-se que o único cenário em que a nulidade de registro marcário pode ser decretada por um Tribunal Arbitral é quando a invalidade é arguida de forma incidental, como matéria

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Oradora da equipe vice-campeã do 1º CSD-ABPI Moot, competição de arbitragem simulada promovida pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Participante da equipe vice-campeã do 1º CSD-ABPI Moot, competição de arbitragem simulada promovida pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.

de defesa, cenário em que os efeitos da decisão arbitral ficam adstritos às partes litigantes e o registro junto ao INPI permanece válido.

Palavras-chave: Propriedade intelectual; Nulidade de registro de marca; Arbitragem.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos em expansão considerável no Brasil, configurando uma importante alternativa ao Poder Judiciário, atualmente comprometido pela morosidade. Além disso, a especialização dos árbitros, experts escolhidos pelas partes, que também decidem as normas procedimentais, assegura a qualidade e a celeridade da decisão arbitral

Concomitantemente, a propriedade intelectual - área do direito que regulamenta questões atinentes aos ativos intangíveis produzidos pelo intelecto³ - também cresce em importância na sociedade brasileira, firmando-se como uma das áreas de maior relevância para grandes empresas. Este crescimento vem dando espaço a discussões bastante relevantes, dentre as quais se encontra a possibilidade de se levar à arbitragem os conflitos em matéria de propriedade intelectual.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) estabelece que são arbitráveis os litígios relativos a direitos disponíveis, que podem ser exercidos livremente pelo titular, inclusive alienados ou negociados, sem se submeter à cogência legal⁴. Desse modo, os efeitos pro-

³ A Associação Paulista de Propriedade Intelectual conceitua que a “propriedade Intelectual é a área do Direito que, por meio de leis, garante a inventores ou responsáveis por qualquer produção do intelecto - seja nos domínios industrial, científico, literário ou artístico - o direito de obter, por um determinado período de tempo, recompensa pela própria criação”.

⁴ Segundo Carlos Alberto Carmona, “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, por em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou

duzidos por uma decisão arbitral se restringem unicamente às partes litigantes (*inter partes*). Já o artigo 175 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) estabelece que: “a ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI⁵, quando não for autor, intervirá no feito”. Ou seja, há uma competência exclusiva atribuída à Justiça Federal para julgar causas de nulidade de registro marcário, o que, a princípio, não possibilitaria que esse litígio fosse submetido a um Tribunal que não o Federal. A decisão que determina a nulidade de um registro de marca, por sua natureza, produz efeitos *erga omnes*.

Nesse ponto, questiona-se acerca da possibilidade de um Tribunal Arbitral realizar uma análise incidental acerca da nulidade de um registro marcário, com efeitos adstritos às partes litigantes. Superada essa questão, caso se admita a jurisdição do Tribunal Arbitral para apreciação da demanda, surge a dúvida acerca da necessidade de intervenção do INPI no feito.

O presente artigo tem por objetivo, portanto, analisar a possibilidade de declaração de nulidade de registro marcário por parte de um Tribunal Arbitral, bem como todas as condições e cenários em que tal declaração seria possível ou não. Por meio de revisão bibliográfica e análise de casos já julgados tanto por tribunais arbitrais quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, o trabalho inicia com a exposição das razões pelas quais se entende que não seria possível tal decretação e finaliza trazendo hipóteses em que tal declaração de nulidade de registro marcário poderia ser realizada. Importante esclarecer, ainda, que a análise é limitada a questões atinentes à validade do registro de marcas, não englobando a mesma análise em relação ao registro de patentes.

negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.” (CARMONA, 2009, p. 38)

⁵ INPI é a sigla de Instituto Nacional da Propriedade Industrial, uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia. É o órgão do governo responsável pelos registros de marcas e patentes no Brasil.

2 IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA POR PARTE DE UM TRIBUNAL ARBITRAL

Em caso de instauração de um litígio relativo a direitos de propriedade industrial em um cenário em que as partes estejam vinculadas por um cláusula arbitral (ou em caso de as partes firmarem um compromisso arbitral)⁶, eventual discussão acerca da validade de registro marcário não poderia ser analisada e resolvida pelo Tribunal Arbitral caso se entenda (1) que há competência exclusiva da Justiça Federal para declaração de nulidade de marca e (2) que é necessária - e impossível - participação do INPI no feito, conforme se passa a demonstrar.

2.1 DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE MARCA

O art. 175 da Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial, ou LPI) estabelece que “a ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”. Disso se depreende, *prima facie*, a existência da competência específica da Justiça Federal para julgar processos atinentes à nulidade de registros marcários.

Não obstante, há discussão doutrinária e jurisprudencial⁷ acerca da possibilidade da nulidade do registro marcário ser decretada por

⁶ A cláusula arbitral é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados do contrato. O compromisso arbitral é a segunda maneira de manifestar a convenção arbitral. Na cláusula arbitral as partes submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, já no caso do compromisso arbitral, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual.

⁷ Nesse sentido: REsp 1.132.449, REsp 1.322.718, AgRg no REsp 254.141, REsp 1.281.448, e REsp 1.738.014.

um tribunal que não o federal (GRINOVER, 2016). Nos procedimentos arbitrais, essa discussão pode ser instaurada, via de regra, em função de procedimentos indenizatórios atrelados a direitos de propriedade intelectual que envolvem a discussão a respeito da validade ou não de determinado registro marcário. Assim, para a formação de seu conhecimento a respeito da procedência de eventual pedido indenizatório, seria necessário que o tribunal analisasse previamente a nulidade ou não do registro - cuja conclusão modificaria, necessariamente, a sentença arbitral em relação aos demais pontos.

Todavia, nos casos em que a legislação aplicável ao procedimento arbitral é a brasileira, em função da competência atribuída à Justiça Federal por meio do art. 175 da LPI, já referido, entende-se que deve ocorrer a suspensão do procedimento arbitral e o encaminhamento da lide à Justiça Federal para julgamento de processo com a participação do INPI. Dessa forma, após ser proferida a decisão por parte da Justiça Federal, o juízo arbitral poderia formar seu convencimento em relação às demais questões que envolvem a lide. Ou seja, para que o juízo arbitral negue a proteção conferida pelo registro da marca ou declare procedente o pedido indenizatório, seria necessário, consoante a legislação brasileira, que a (in)validade deste registro tivesse sido antes reconhecida pelo Juízo Federal competente, em processo com a participação do INPI.

Para além da competência legal atribuída à Justiça Federal para análise de nulidade de registros marcários, a impossibilidade de que haja decisão quanto à nulidade de marca por um Tribunal Arbitral também decorre (a) do caráter privado da jurisdição arbitral, razão pela qual não seria possível decretar uma situação jurídica cujos efeitos, pela própria natureza da decisão, deveriam ser válidos também perante terceiros; (b) da impossibilidade de que a nulidade de um registro marcário seja declarada apenas como questão incidental em um processo; e (c) do fato de que, mesmo que se admita a possibilidade de que um Tribunal Arbitral declare nulo o registro de marca e resguarde os efeitos *inter partes* de eventual decisão, ou seja, em um cenário em

que o registro em si continuaria válido perante terceiros, porém nulo apenas entre as partes litigantes - a nulidade *erga omnes* do registro seria consequência inevitável de referida decisão em razão da posterior nulidade por caducidade do registro marcário⁸. A seguir serão detalhadamente explicitados cada um desses cenários.

2.1.1 Do caráter privado da jurisdição arbitral

O artigo 18 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) preceitua que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Por meio desse dispositivo, reconhece-se instituto da arbitragem como de caráter jurisdicional, equiparando-se os árbitros aos juízes togados, não sendo mais necessário que a sentença arbitral seja homologada pelo Judiciário.

Os efeitos da sentença arbitral, todavia, estão restritos às partes litigantes. O art. 31 da Lei de Arbitragem estabelece que “a sentença arbitral produz, *entre as partes e seus sucessores*, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Ou seja, em que pese a sentença arbitral produzir os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo judiciário, os efeitos estão adstritos apenas às partes litigantes, não havendo qualquer previsão de que possa influir em terceiros. Portanto, pode-se afirmar que a sentença arbitral é eficaz apenas *inter partes*.

Em um contexto de pedido de nulidade de registro marcário, essa eficácia *inter partes* pode ser problemática. Isso porque o registro marcário é um registro público concedido exclusivamente pelo Estado, por meio do INPI, que produz efeitos *erga omnes*. A natureza pú-

⁸ A caducidade da marca é um processo de extinção da marca, prevista no art. 142 da Lei de Propriedade Industrial nº 9279/96, que pode ser manifestada por qualquer terceiro com interesse em uma marca registrada, **desde que esteja em desuso**, e é julgada pelo INPI.

blica do registro está evidenciada, por exemplo, no fato de que, assim que processado o pedido inicial de registro marcário, caso o pedido já reúna os requisitos formais, a primeira ocorrência é a sua publicação na Revista Nacional da Propriedade Industrial. Tal providência objetiva dar publicidade acerca da pretensão do requerente ao registro. Em outras palavras, é uma forma de dar conhecimento a todos de que determinada pessoa ou empresa tem interesse em obter a exclusividade na utilização de determinada marca para identificar determinado produto.

Da mesma forma, a previsão legal do art. 175 da LPI de que ocorra a participação do INPI no processo de análise de validade de registro marcário junto à Justiça Federal ocorre em função de que eventual declaração de nulidade do registro previamente concedido pelo INPI ocorrerá, necessariamente, *para todos*; ou seja, o registro não apenas será nulo para as partes litigantes, mas também para qualquer um, mesmo que alheio à lide.

Considerando, portanto, a natureza pública do registro concedido pelo INPI, e a inevitável eficácia privada de uma sentença arbitral, observa-se que tais institutos são incompatíveis em razão de seus efeitos. Assim, não poderia uma sentença arbitral de eficácia *inter partes* declarar nulo um registro que, por sua natureza, produz efeitos *erga omnes*, devendo eventual procedimento arbitral que discuta a validade de um registro marcário ser suspenso, a fim de que o Juízo Federal realize essa análise⁹.

⁹ Caso não se observe o devido processo legal, há a possibilidade de que ocorra uma ação de nulidade de sentença arbitral: “A sentença arbitral estará eivada de nulidade absoluta e, portanto, será atacável por meio de ação anulatória ajuizada pelo interessado perante o órgão do Poder Judiciário competente, quando (...) forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento ou, em outros termos, inobservado o devido processo legal. Sendo nula de pleno direito, a sentença arbitral maculada de qualquer desses vícios insanáveis não gera nenhum efeito no mundo jurídico.” (GRINOVER, 2016)

2.1.2 Da impossibilidade de declaração de nulidade de registro de marca como questão incidental

Outro ponto essencial a ser analisado diz respeito à impossibilidade de que eventual nulidade de registro marcário seja declarada de forma *incidental* - seja em um processo judicial, seja em um procedimento arbitral.

O juiz natural para julgar as questões atinentes à validade de registro de marca é, como visto, o Juízo Federal. Caso não haja a apreciação por parte deste, mesmo quando tal questão seja suscitada apenas de forma incidental, pode-se dizer que haveria violação ao devido processo legal¹⁰ (GRINOVER, 2016). Essa questão já foi analisada em diversas ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro e, em regra, a análise incidental de nulidade de registro marcário por um tribunal que não o federal foi rejeitada. Nesse sentido, cita-se os seguintes Recursos Especiais: REsp 1.132.449, REsp 1.322.718, AgRg no REsp 254.141, REsp 1.281.448, e REsp 1.738.014, em que se firmou o entendimento majoritário de que não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. E ainda: “interpretar a lei deste modo equivaleria a conferir ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa”¹¹.

Ainda, o art. 56, §1º, da LPI¹², prevê expressamente a possibilidade de que um tribunal declare a nulidade de um registro de patente

¹⁰ “(...) a validade da sentença dos árbitros está condicionada à rigorosa observância do devido processo legal. Isso não apenas pela supremacia das normas constitucionais, mas também porque, nos termos da legislação brasileira que regula a arbitragem, se reputa inválida a sentença arbitral proferida em desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, § 2.º daquele texto legal; precisamente os princípios que integram o devido processo legal.” (GRINOVER, 2016).

¹¹ REsp 1.281.448 (STJ). Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/09/2014.

¹² Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse. § 1º A nulidade da patente poderá ser arguida, a qualquer tempo, como matéria de defesa.

de forma incidental, caso essa questão seja suscitada como matéria de defesa. Previsão similar, todavia, não se encontra em relação ao registro marcário. Portanto, pode-se inferir que não era a intenção do legislador prever essa possibilidade em relação ao registro marcário.

Nesse mesmo sentido, a Segunda Seção do STJ, em julgamento realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou a tese nº 950, estabelecendo que

as questões acerca do trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da Justiça Estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória¹³.

Considerando o entendimento majoritário de não ser possível a declaração de nulidade de registro marcário de forma incidental, como matéria de defesa, sequer por parte de um tribunal estadual, a mesma compreensão poderia ser aplicada, por analogia, quando o tribunal julgador fosse o tribunal arbitral - mormente quando se considera a eficácia privada da sentença arbitral.

Outro aspecto importante a ser analisado nesse contexto diz respeito à eventual possibilidade de que um Tribunal Arbitral declare nulo um registro marcário e mantenha a eficácia de tal nulidade apenas entre as partes litigantes, cenário em que o registro continuaria válido junto ao INPI. Tal declaração seria possível, por exemplo, em um contexto em que a marca discutida no procedimento arbitral fosse considerada colidente com a marca da outra parte litigante em função da relação pretérita existente entre as partes; ou seja: a marca poderia

¹³ REsp 1.527.232/SP (2015/0053558-7), Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/11/2017.

causar confusão ao consumidor apenas quando utilizada especificamente pela parte litigada, mas o mesmo risco não haveria caso a marca fosse utilizada por outra parte que nunca possuiu qualquer relação com a primeira. Neste cenário, poder-se-ia afirmar, em princípio, que poderia ser válida uma sentença arbitral que decretasse a nulidade do registro marcário com eficácia *inter partes*, porquanto tal nulidade nada mais seria do que a imposição da abstenção de uso da marca pelo titular, não modificando o registro concedido pelo INPI - o qual continuaria válido e oponível perante terceiros.

Todavia, mesmo em um cenário em que, teoricamente, a eficácia de eventual sentença arbitral de nulidade do registro seja apenas entre as partes litigantes, uma consequência inevitável dessa decisão seria a posterior nulidade *erga omnes* do registro junto ao INPI em função da caducidade do registro marcário.

Caducar significa perder a validade ou extinguir um direito ou uma ação, em função do decurso do tempo (MORGADO, 2018, p. 107). Nessa linha, o direito de marca impõe a seu titular o dever de usá-la, em suas atividades econômicas, sob pena de extinção do registro pela caducidade (MORGADO, 2018, p. 111). A caducidade do registro marcário está prevista nos artigos 142, III¹⁴, 143,¹⁵ 144¹⁶, 145¹⁷ e 146¹⁸ da LPI, os quais estabelecem, em suma, que o pedido de caducidade de

¹⁴ Art. 142. O registro da marca extingue-se: (...) III - pela caducidade;

¹⁵ Art. 143 - Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento I - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou II - o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro.

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 145. Não se conhecerá do requerimento de caducidade se o uso da marca tiver sido comprovado ou justificado seu desuso em processo anterior, requerido há menos de 5 (cinco) anos.

¹⁸ Art. 146. Da decisão que declarar ou denegar a caducidade caberá recurso.

uma marca ocorrerá em função da sua inutilização por parte do titular passados cinco anos da concessão do registro. Ou seja, a nulidade *inter partes* do registro marcário decretada por um Tribunal Arbitral - equiparada à obrigação de abstenção de uso pela parte litigante - acarretaria na possível nulidade *erga omnes* em função da caducidade do registro.

Todavia, é importante esclarecer que não há imposição dessa sanção de forma automática. Ainda que se considerasse que o uso obrigatório de uma marca seria um ônus, deve-se mencionar que a imputação da penalidade depende inicialmente de uma demanda de outra parte e, após, de uma decisão administrativa ou judicial (MORGADO, 2018, p. 113). Os efeitos da eventual extinção do registro se projetam para o futuro, a partir da decisão proferida pelo INPI, sendo assim *ex nunc*, atingindo também toda a coletividade. Não se admite, por outro lado, a caducidade parcial do registro.

Assim, pode-se afirmar que, ainda que eventual decisão arbitral decreta a nulidade de determinado registro marcário produzindo efeitos apenas entre as partes litigantes, observa-se que a extinção deste registro é uma possível e provável consequência em função da possibilidade de caducidade da marca em questão, razão pela qual tal decretação não poderia ser realizada por parte de um Tribunal Arbitral.

2.2 NECESSIDADE (E IMPOSSIBILIDADE) DE PARTICIPAÇÃO DO INPI NO FEITO

Por fim, a declaração de eventual nulidade de registro marcário não poderia ser realizada por parte de um Tribunal Arbitral em razão da necessidade de intervenção do INPI no feito - intervenção que, todavia, não poderia ser realizada fora da Justiça Federal.

Considerando-se que foi o INPI a autarquia federal responsável pela concessão do registro de marca cuja validade é discutida em determinado procedimento arbitral, é considerado como litisconsorte

necessário¹⁹. Inclusive, é por esta razão que o art. 175 da LPI dispõe que o INPI, quando não for autor, deverá intervir no feito²⁰. Ou seja, sua participação em tais procedimentos se faz necessária justamente em razão de que se está discutindo o registro marcário concedido por ele próprio - cuja validade poderá ser modificada a depender da decisão -, caso em que a lei determina sua necessária intervenção.

Ocorre que a jurisdição desempenhada pela arbitragem é essencialmente uma jurisdição privada, escolhida pelos contraentes para excluírem da lide a jurisdição estatal. Assim, a participação e submissão ao procedimento arbitral obriga apenas as partes contratantes e, sendo o INPI uma autarquia federal que não firmou compromisso arbitral, não se submete ao procedimento arbitral instaurado pelas partes²¹.

Assim, veja-se que o procedimento de nulidade de registro marcário - para além de todas as vedações já explicitadas acima - não poderia ser realizado por parte de um Tribunal Arbitral também em razão da necessária intervenção do INPI ao feito (como visto, em razão da imposição legal dada pelo art. 175 da LPI e da possível modificação no registro concedido por ele próprio) - intervenção esta que não seria possível, visto que a autarquia federal não está sujeita ao juízo arbitral.

¹⁹ “(...) nas ações de nulidade de patente ou de registro de marca, o INPI, quando não for autor, há de integrar o feito na qualidade de litisconsorte passivo. O direito em discussão nessas ações, de a empresa ré ser titular de um privilégio tutelado por patente ou de registro de marca, e, portanto, deles usufruir com exclusividade, decorre de ato praticado pela referida autarquia federal. A ação, pois, engloba tanto os direitos patrimoniais do registro de marca ou de patente, quanto o ato administrativo que o concedeu” (IDS, 2005. p. 340).

²⁰ Importante esclarecer que há divergência acerca da sua participação como litisconsorte passivo ou como litisconsorte dinâmico. É unânime, todavia, sua essencialidade ao procedimento de nulidade de registro marcário.

²¹ Importante esclarecer que o §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem dispõe que “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Todavia, este artigo se refere apenas a casos em que a Administração Pública é parte contratante ou contratada, não englobando casos em que não é parte do contrato firmado.

Desse modo, havendo litisconsórcio necessário e não estando o litisconsorte sujeito ao juízo arbitral, forçoso será reconhecer a inviabilidade jurídica da própria arbitragem, visto que, como já examinado, só são atingidos pela eficácia da convenção de arbitragem e pela sentença do árbitro aqueles sujeitos que, expressa e voluntariamente, declararam sua vontade para tal finalidade.

Apresentados os principais argumentos em prol da inviabilidade de apreciação da nulidade de registro marcário por um Tribunal Arbitral, passa-se para a segunda parte deste trabalho, que tem por objetivo explorar os fundamentos que sustentam a possibilidade do enfrentamento da matéria pela via arbitral.

3 POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA POR PARTE DE UM TRIBUNAL ARBITRAL

A arbitrabilidade trata das hipóteses nas quais um conflito pode ser resolvido pela via arbitral. Em seu aspecto subjetivo, diz respeito à capacidade das partes envolvidas optarem pelo procedimento arbitral, enquanto em seu aspecto objetivo, versa sobre as matérias que podem ser objeto da arbitragem. Portanto, a questão ora discutida trata, sobretudo, de uma análise concernente à arbitrabilidade objetiva da matéria.

Os argumentos que sustentam a arbitrabilidade objetiva de litígios relativos à nulidade de registro marcário são: (i) a não incidência do art. 175 da LPI sobre o procedimento arbitral, que trata da distribuição de competências do Poder Judiciário; (ii) a viabilidade de declaração de nulidade de marca com efeitos adstritos às partes litigantes; (iii) a possibilidade de declaração de nulidade de registro marcário em caráter incidental, como matéria de defesa.

3.1 DA INAPLICABILIDADE DO ART. 175 DA LPI.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 109, I, a competência dos juízes federais para processar e julgar causas de interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Ademais, conforme exposto, há previsão expressa no art. 175 da LPI determinando que a ação de nulidade de marca deve ser ajuizada perante a Justiça Federal e que o INPI - autarquia federal - intervirá no feito. Embora possa parecer afastada, *prima facie*, a competência de um tribunal arbitral para julgamento de pedido de nulidade de registro de marca, tal impressão não subsiste a uma análise mais detalhada.

Isso porque a competência constitucionalmente atribuída aos juízes federais refere-se à atribuição de competências no âmbito do Poder Judiciário brasileiro (CARMONA, 2009). Analogamente, é possível dizer que o art. 175 da LPI, ao estabelecer a competência da Justiça Federal para causas que versem sobre nulidade de registro marcário, veda que a ação de nulidade seja proposta perante a justiça estadual, que detém competência residual, não podendo, portanto, invadir a esfera de expressa competência da Justiça Federal. Contudo, a referida disposição não obstará a análise da matéria por um Tribunal Arbitral, posto que este não se insere na distribuição de competências do Poder Judiciário brasileiro, constituindo, em vez disso, uma alternativa à jurisdição estatal.

Dessa forma, resta evidenciado que a viabilidade da submissão de um litígio acerca da nulidade de registro marcário a um Tribunal Arbitral depende de uma interpretação que preconize a eleição de métodos alternativos de resolução de conflitos, privilegiando a ideia de arbitrabilidade como regra, e inarbitrabilidade como exceção. Isso porque a arbitragem, embora recebida por parte dos juristas com certa desconfiança, possui como benefícios, dentre outros, o desafogamento do Judiciário, a possibilidade de sigilo, a especialização dos árbitros na matéria e a eleição do direito aplicável, apresentando-se como uma

opção vantajosa para litígios concernentes a ativos intangíveis, que crescem exponencialmente em valor e importância para o mercado.

Contudo, cabe destacar que a via arbitral só pode ser eleita quando envolver direitos acerca dos quais as partes possam livremente dispor. Desse modo, ainda que não houvesse a reserva de jurisdição prevista no art. 175, o enfrentamento do tema de nulidade do registro marcário perante um Tribunal Arbitral encontraria óbice nas alegações de que (i) a decisão que declara a validade ou não de um direito tem efeito *erga omnes*, (ii) os direitos da propriedade industrial são exclusivamente outorgados pelo Estado e (iii) há presença de um interesse público na matéria (LEMES, 1997). Esses pontos serão abordados nos itens subsequentes.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE MARCA COM EFEITOS INTER PARTES

A Lei de Arbitragem prevê, em seu artigo 1º, que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. São arbitráveis, “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesse fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem” (CARMONA, 2009). Considera-se que as partes podem dispor dos bens que podem ser livremente alienados ou negociados (CARMONA, 2009).

Quanto a esse ponto, não parece haver maiores dúvidas acerca da disponibilidade dos direitos marcários, de maneira ampla, tendo em vista que a LPI prevê a possibilidade de cessão ou licença de uso da marca pelo seu titular. Contudo, é necessário observar que, ao perquirir a nulidade de registro de marca, se está discutindo a validade de um registro concedido por órgão estatal. Diante desse cenário, embora sejam notoriamente arbitráveis litígios concernentes a contratos de

licenciamento e cessão, uma vez que não envolvem qualquer interesse público, as questões atinentes à validade de um registro podem implicar em certas limitações à utilização da arbitragem (VICENTE, 2015).

No Brasil, em matéria de marcas, adota-se o sistema atributivo, de modo que a titularidade da marca depende da concessão do registro pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Assim, tratando-se de direitos de exclusividade concedidos pelo Estado, caberia exclusivamente à jurisdição estatal, e não à jurisdição privada, a análise acerca da desconstituição desses direitos (MAZZONETTO, 2017). Assim, uma decisão arbitral que invalidasse um registro concedido pelo Estado, de natureza *erga omnes*, estaria manifestamente excedendo os poderes conferidos aos árbitros (GRANTHAM, 1996).

Diante disso, exsurge a possibilidade de submissão do pedido de nulidade de marca a um tribunal arbitral com efeitos adstritos às partes litigantes. Tal hipótese é decorrência lógica da opção pela arbitragem, que, sendo constituída pela autonomia da vontade das partes, somente pode produzir efeitos em relação àqueles que por ela optaram, de forma inequívoca.

Destaca-se que a própria legislação brasileira admite a alegação de nulidade com efeitos adstritos às partes do litígio, sem a formação de coisa julgada material. No âmbito dos crimes contra a propriedade industrial, a LPI dispõe, em seu art. 205, que poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade do registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importa na nulidade do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente. Desse modo, fica evidente que a alegação de nulidade com efeitos somente *inter partes* não encontra óbice na natureza do direito, não sendo imprescindível que a declaração de invalidade produza efeitos *erga omnes*, o que, de fato, não seria admissível pela via arbitral.

3.3 DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA DE MANEIRA INCIDENTAL, COMO MATÉRIA DE DEFESA

Conforme visto na primeira parte deste trabalho, caso fosse admitida a análise da nulidade de registro de marca como questão principal, ainda que os efeitos, em tese, ficassem adstritos à partes litigantes, na prática, a decisão acabaria inevitavelmente implicando na abstenção do uso da marca por parte do titular, requerido no procedimento arbitral, sob pena de não produzir quaisquer efeitos. Embora o titular do registro ainda pudesse ceder ou licenciar o uso da marca, a solução mais adequada parece ser a de permitir a arguição de nulidade da marca somente de forma incidental, como matéria de defesa, de maneira análoga ao que ocorre com as patentes, consoante previsão do § 1º do art. 56 da LPI. Somente dessa forma seria possível efetivamente resguardar a extensão dos efeitos entre as partes litigantes.

O direito da Propriedade Intelectual mescla características públicas e privadas, o que se consubstancia em restrições impostas à coletividade, admitindo-se, inclusive, intervenção estatal para corrigir desequilíbrios ou resguardar o interesse público. Contudo, esse raciocínio não se aplica integralmente às marcas. A existência de licença compulsória de patentes, inclusive fundada em interesse público, e o fato de que, após o término do prazo de vigência, as patentes ingressam em domínio público, evidenciam um caráter público mais acentuado das patentes quando comparadas às marcas, que podem ser renovadas indefinidamente, a critério exclusivo do titular (MAZZONETTO, 2017).

Dessa forma, o caráter eminentemente privado das marcas constituiria argumento favorável em prol da possibilidade de alegação incidental de nulidade de registro marcário, visto que, nada obstante a patente esteja mais intrinsecamente relacionada ao interesse público, o legislador admite o reconhecimento incidental de sua nulidade como matéria de defesa.

Embora o legislador não tenha estabelecido previsão similar à do art. 56, § 1º para ação de nulidade de registro marcário, a linha argumentativa ora apresentada também encontra respaldo no Direito Comparado. Em Portugal, embora a declaração de nulidade de registro dependa de decisão da jurisdição estatal, sentenças arbitrais podem versar sobre a validade do registro quando o tema for abordado de forma incidental e suscitado como matéria de defesa, hipótese na qual terá somente efeitos *inter partes* (VICENTE, 2015).

Assim, a competência de um Tribunal Arbitral para apreciar litígios que versem sobre a nulidade de marca, caso admitida, restringe-se às hipóteses nas quais a matéria é suscitada incidentalmente, como defesa da parte requerida contra a pretensão movida pelo titular do registro.

3.4 DA DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO INPI NO FEITO

Por fim, cabe fazer uma breve menção acerca da questão atinente à intervenção do INPI. Destaca-se que a necessidade de intervenção do INPI, apontada no art. 175, não impõe a integração da autarquia a um dos polos da demanda, na qualidade de litisconsorte necessário (MAZZONETTO, 2017), não atraindo, portanto, a competência da Justiça Federal.

Assim, considerando-se que a competência dos juízes federais se dá, sobretudo, em virtude da pessoa, e não do objeto, e admitindo-se a possibilidade de declaração de nulidade de registro marcário com efeitos somente *inter partes*, mostrar-se-ia prescindível a participação do INPI. Isso porque, nesse cenário, o registro permaneceria válido perante o INPI, inexistindo qualquer vinculação da autarquia à sentença proferida pelo Tribunal Arbitral.

Na prática, se a procedência do pedido principal depender da validade do registro, podem os árbitros constatar a invalidade do direito detido pelo titular da marca, requerente no procedimento arbitral,

afastando a sanção por ele pretendida em relação ao suposto infrator. Entretanto, o direito continuaria válido, perante terceiros, posto que não foi desconstituído pelo órgão estatal competente. Não se trata, portanto, de simples declaração de invalidade, mas da constatação, com efeitos *inter partes*, de que não houve qualquer infração ao direito marcário, como consequência da nulidade arguida em matéria de defesa e verificada pelos árbitros (GRANTHAM, 1996). Tal diferença, embora sutil, ocasiona resultados práticos distintos, posto que, no primeiro caso, a mera declaração de nulidade restaria sem efeitos diante do caráter privado da jurisdição arbitral, que obsta a produção de efeitos em relação a terceiros.

Eventual declaração de nulidade com produção de efeitos *erga omnes*, implicando na necessidade de alteração do registro perante o INPI, e, portanto, em sua participação no feito, depende de modificações legislativas. Não se vislumbra, no atual cenário jurídico nacional, possibilidade de declaração de nulidade de marca como questão principal em um procedimento arbitral. Isso porque, conforme já exposto, ainda que, em tese, fossem resguardados os efeitos *inter partes*, eventual procedência de pedido de nulidade como questão principal ensejaria, na maior parte dos casos, em resultados práticos equivalentes a uma declaração com efeitos *erga omnes*, o que não se admite na via arbitral.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a averiguar a possibilidade de declaração de nulidade de registro marcário no âmbito dos procedimentos arbitrais. Com amparo na doutrina e na jurisprudência, buscaram-se argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da competência de um Tribunal Arbitral para análise da questão, submetendo-os a uma análise crítica a fim de explorar os diversos cenários possíveis e suas implicações práticas.

As decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça têm interpretado a Lei de Propriedade Industrial de forma mais conservadora, resguardando a competência dos juízes federais em detrimento dos juízes estaduais, ainda que se trate de declaração de nulidade de patente arguida em matéria de defesa. Tais decisões, contudo, não conduzem a respostas satisfatórias no que diz respeito à competência de um Tribunal Arbitral para apreciar o tema, sobretudo tratando-se de direitos marcários, acerca dos quais não há previsão similar àquela contida no art. 56, § 1º da LPI.

Considerando o caráter privado da jurisdição arbitral, que restringe os efeitos da sentença proferida pelos árbitros às partes que expressamente aderiram à convenção de arbitragem, bem como à impossibilidade de alterar-se, sem a participação do INPI, registro por ele concedido, com efeitos *erga omnes*, o único cenário no qual se vislumbra possibilidade de declaração de nulidade de registro de marca por um Tribunal Arbitral é de forma incidental. Para tanto, a invalidade deve ser arguida como matéria de defesa, e os efeitos da decisão ficarão adstritos às partes litigantes, de modo que o registro junto ao INPI permanece válido.

Dessa forma, embora vista com desconfiança por parte dos operadores do direito, a arbitragem é uma alternativa extremamente vantajosa para litígios de Propriedade Intelectual, posto que, além da celeridade e da escolha da norma aplicável, possui como benefícios a especialização dos árbitros na matéria e a possibilidade de sigilo do procedimento, algo que pode ser relevante para empresas com alta concentração de valores em ativos intangíveis.

REFERÊNCIAS

CARMONA, 2009: **Arbitragem e Processo**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRANTHAM, William. The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes. **Berkeley Journal of International Law**. v. 14, 1996. p. 173-221.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e litisconsórcio. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50. 2016.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Propriedade Intelectual**. 1997. Palestra realizada no Seminário “O papel do agente da propriedade industrial na América Latina e Caribe” – Associação Interamericana de Propriedade Industrial – ASIPI e Organização da Propriedade Intelectual – OMPI. Santiago do Chile, 1997.

MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e propriedade intelectual: aspectos estratégicos e polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORGADO, Mônica Christina Rodrigues. **O uso da marca registrada – caducidade do registro**. Tese (Doutorado em Propriedade Intelectual e Inovação) – Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2018.

VICENTE, Dário Moura. Arbitrability of intellectual property disputes: A comparative survey. **Arbitration International**. v. 31, n. 1, Março de 2015. p. 163–170.

A TUTELA DOS SABERES TRADICIONAIS PELOS INSTRUMENTOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: A BUSCA POR UM SISTEMA *SUI GENERIS*

*Cecília Cristófaró Ribeiro*¹

*Natália Gomes Martins de Oliveira*²

RESUMO: O dilema da proteção conferida aos saberes tradicionais é marcado pela tensão entre a defesa de um sistema público, que busca a salvaguarda dessas manifestações culturais, e a incidência de uma proteção privada, estabelecida pela propriedade intelectual. Diante desse cenário, o presente trabalho buscou compreender as proteções existentes e, eventualmente, conciliá-las, de modo a encontrar uma tutela compatível com os conhecimentos tradicionais, pelo desenvolvimento de uma pesquisa bibliográfica de característica qualitativa. No âmbito da proteção instituída pelo IPHAN, por meio do título do Patrimônio Cultural Imaterial, foram apuradas ferramentas para a preservação e divulgação de bens culturais, todavia, tal sistema ainda encontra certas limitações quanto à proteção perante o uso indevido de terceiros. Não diferente, os instrumentos deferidos pela propriedade intelectual mostraram-se insuficientes e, por vezes, incompatíveis com a natureza coletiva dos conhecimentos tradicionais, apontando para a necessidade do desenvolvimento de um sistema *sui*

¹ Advogada formada pela Universidade de São Paulo. Graduanda pela Université Lumière Lyon 2 através do programa PITES (Partenariat International Triangulaire d'Enseignement)

² Advogada formada pela Universidade de São Paulo. Graduanda pela Université Lumière Lyon 2 através do programa PITES (Partenariat International Triangulaire d'Enseignement)

generis de proteção, que possibilite a coexistência dos sistemas público e privado de salvaguarda.

Palavras-chave: saberes tradicionais; propriedade intelectual; patrimônio cultural imaterial.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de Patrimônio Cultural Imaterial se consagrou na legislação brasileira, por meio de seu artigo (art.) 216, e também por meio do Decreto nº 3.551/2000, que estabeleceu seu processo de registro. Outrossim, tais bens são organizados em quatro categorias, correspondentes a quatro livros, sendo as mesmas: Lugares, Celebrações, Formas de Expressão e Saberes.

Afora a tutela nacional, esforços do direito internacional vieram por meio da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, criada em conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 1972, e da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, também fruto de convenção geral da UNESCO em 2003, ambas ratificadas nacionalmente. Somada a estas, foi elaborada a Convenção da UNESCO para a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais, internalizada à legislação nacional pelo Decreto nº 6.177/2007.

A natureza do patrimônio cultural imaterial é volátil, compreende todo um processo histórico e uma dinâmica que vai além da mera manifestação, desempenhando um importante papel na autodeterminação das comunidades. Diante disso, os vocábulos escolhidos, “patrimônio” e “imaterial”, muito dizem da escolha legislativa quando a sua proteção.

A expressão “patrimônio” vai além da mera noção de propriedade, com caráter individualizado e egoístico, dando ao proprietário o direito de fruir, gozar e dispor, com ênfase no proveito econômico, de determinado bem considerado seu. Todavia, quando falamos de patri-

mônio, ultrapassamos tal entendimento individualizado, pois há uma grandeza exterior ao sujeito, de importância coletiva para a construção da identidade social.

Quanto ao vocábulo “imaterial” tratamos de uma dimensão intangível, mas que hoje é interpretada através de uma relação de complementaridade com o aspecto material:

Entende-se que é sem sentido a separação desses institutos, uma vez que ganham mais força e reconhecimento sócio-cultural quando estão agregados, já que se protege de uma só vez a fonte de identidade do povo – que são os conhecimentos e expressões – através de instrumentos palpáveis – qualquer meio que possa salvaguardar o bem imaterial. (WANGHON; COSTA; 2004, p. 166)

Por conseguinte, apesar do esforço de alguns doutrinadores de entenderem tais manifestações, assim como os direitos autorais, como criações do espírito exteriorizadas através de um suporte, há uma grande simplificação em tal conceituação. Há a necessidade de compreender tal sujeito como multifacetado e parte de um contexto maior, intimamente ligado à proteção da memória coletiva de seus grupos detentores.

Diante desse aspecto, adentramos o “saber tradicional”, compreendidos como *“o saber e o saber-fazer a respeito do mundo natural e sobrenatural, gerados no âmbito da sociedade não urbano/industrial e transmitidos oralmente de geração em geração”* (DIEGUES, 2000 apud PRESTES, LAROQUE, 2016). Assim, estamos diante de um recorte específico, que demonstra a relação das comunidades tradicionais para com a natureza.

Apesar de muitas vezes a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) ser utilizada como seu principal instrumento de proteção, tal relação vai além, podendo adentrar aspectos históricos, sociais e até espirituais e se encaixando também dentro do universo do Patri-

mônio Cultural Imaterial. Afinal, correspondem à definição positivada no livro de registro de Saberes do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), sendo a mesma de

conhecimentos tradicionais associados a atividades desenvolvidas por atores sociais reconhecidos como grandes conhecedores de técnicas, ofícios e matérias-primas que identifiquem um grupo social ou uma localidade". (IPHAN, 2021)

Todavia, há também procura pela proteção por meio da Propriedade Intelectual, muitas vezes invocada, mesmo antes da existência de uma salvaguarda específica para bens culturais intangíveis. Apesar de apresentar algumas inadequações, a Propriedade Intelectual é um caminho que traz respostas para alguns dos desafios apresentados até hoje no sistema de proteção disponibilizado pelo IPHAN.

O embate entre as soluções trazidas através do Patrimônio Cultural Imaterial e da Propriedade Intelectual pode ser exemplificado através da oposição entre a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

Com foco no Patrimônio Cultural Material, a UNESCO foi definidora da política de preservação hoje aplicada pelo IPHAN. Sua visão quanto a defesa dos bens culturais imateriais perpassa uma preocupação voltada à preservação das tradições, com foco nas comunidades detentoras, buscando resguardar todo o sistema social ligado àquela manifestação cultural.

Por sua vez, a OMPI defende um sistema *sui generis* que busca a definição de autoria e proteção perante o uso indevido de terceiros de tais expressões culturais, assim como formas de reparação.

Por conseguinte, o presente trabalho pretende explorar os saberes tradicionais diante da perspectiva tanto do Patrimônio Cultural

Imaterial, quanto da Propriedade Intelectual, buscando assim, qual seria o melhor arcabouço protetivo para tais manifestações.

2 A PROTEÇÃO POR MEIO DO TÍTULO DE PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Os saberes tradicionais podem ser tutelados por meio do amparo oferecido pelo Estado, fruto do título de Patrimônio Cultural Imaterial. Tal proteção surge com o registro, realizado junto ao IPHAN, e leva a quadros complexos de proteção, através dos Planos de Salvaguarda, articulados juntamente às comunidades detentoras para suprir suas necessidades específicas.

O processo de registro é regulado na legislação nacional por meio do Decreto nº 3.551/2000, Em respeito aos grupos detentores, todo o processo só ocorre mediante sua anuência. Ademais, deve-se observar tanto requisitos materiais, quanto formais.

Os requisitos materiais estão dispostos no § 2º do art. 1º do Decreto 3.551/2000, sendo eles a continuidade histórica e a relevância nacional. A continuidade histórica refere-se ao perdurar no tempo, apesar do patrimônio imaterial poder se modificar conforme o contexto do grupo em que está inserido. Por sua vez, a relevância nacional trata da importância dessas tradições para a construção da identidade de um povo.

Outrossim, os requisitos formais dizem respeito ao disposto no § 2º do art. 3º do referido Decreto, destarte, a descrição pormenorizada do bem, junto a documentação correspondente e a menção de todos os elementos culturalmente relevantes.

A partir do registro surgem as obrigações do Estado na documentação e ampla divulgação do bem. Portanto, para além de uma descrição pormenorizada, o Poder Público atua nas mais diversas frentes, em constante entendimento e cooperação com as comunidades abar-

cadás, podendo ir além das competências do IPHAN, ao adentrar em matérias como saúde e educação. É o corroborado:

Assim, a salvaguarda a partir da noção de referências culturais não se limitaria a formar artesãos de souvenir, garantindo a permanência do bem cultural reificado em sua expressão mais material e visível, mas destituído da vitalidade das manifestações culturais que lhe dão sentido. Só foi possível desenvolver tal abordagem a partir do diálogo intenso com detentores, ouvindo-os acerca de suas práticas e suas vidas e visitando-os informalmente em seus contextos. (AMARAL, 2019, p. 7)

Ademais, é importante ressaltar o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC), que pode ser descrito como uma metodologia de investigação sistematizada. O procedimento passa, necessariamente, por três estágios: (I) levantamento preliminar - elaboração de um mapeamento geral do que será inventariado; (II) identificação - investigação incrementada, focando nos processos de formação, reprodução e transmissão do bem inventariado, nas referências culturais relevantes e nas possíveis intersecções de tais referências com outras práticas culturais e, por fim, (III) documentação - sistematização dos dados coletados e elaboração de relatório final. Ademais, é imprescindível o envolvimento dos detentores, como intérpretes dos significados dos bens inventariados.

Todavia, as ferramentas de proteção aqui expostas obedecem a uma lógica de identificação, documentação, transmissão, conservação, revitalização e promoção do patrimônio, não necessariamente tendo o condão de proteção perante a exploração econômica não autorizada de terceiros. Ainda, a busca de grupos detentores por esse tipo de tutela, que mais se aproxima da natureza da propriedade intelectual, é recorrente.

De fato, ao ser pensado, o instituto do registro levou a discussões sobre a possibilidade de se ampliar também para uma espécie de sis-

tema de propriedade intelectual coletiva, o que acabou não sendo expressamente positivado em seu Decreto instituidor. Todavia, há quem sustente que para além dos efeitos imediatos explícitos declaratórios previstos no Decreto no 3.551/2000, o registro possui efeitos mediatos implícitos constitutivos:

No Registro do PCI, a batalha interpretativa sobre seus efeitos se dá basicamente entre a posição inicial do IPHAN de que o instrumento não criaria direitos, em especial direitos intelectuais sobre os bens imateriais registrados, e dos detentores, que possuem relação direta com o patrimônio, cuja crença é que o ato declaratório constituiria direitos que os protegessem da investida do Estado e de terceiros contra suas expressões, conhecimentos tradicionais, lugares sagrados e celebrações. (COSTA, 2020, p. 348)

O registro é de fato fruto não apenas de um processo jurídico-administrativo, mas de uma dimensão social, permitindo uma interpretação dinâmica. Por conseguinte, o que deve ser levado em consideração são as reivindicações dos próprios grupos envolvidos e, uma vez que o conceito é ressignificado por tais grupos, deve também evoluir a análise de seu diploma normativo.

Através de uma interpretação constitucional sistemática, principalmente do artigo 216 de nossa Carta Magna, compreendendo o registro como instrumento basilar para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, abre-se a possibilidade do mesmo ser utilizado para a proteção de direitos intelectuais coletivos.

Tal ressignificação do instituto pode ser comprovada através da análise de situações concretas como o modo de fazer viola-de-cocho. Sua proteção já era reivindicada pela comunidade artesã dos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul desde 1990, anteriormente a criação da tutela do patrimônio cultural imaterial, tendo sido pleiteado o seu tombamento, por falta de instrumento mais adequado. Mes-

mo com o pedido negado pelo IPHAN em nível federal, o tombamento foi concedido em nível estadual e os artesãos obtiveram vitória parcial no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) para impedir o registro de marca mista com o nominativo da viola, vez que isso iria de encontro com os direitos transindividuais e o interesse público, limitações impostas pela Lei de Propriedade Industrial.

O Modo de Fazer a Viola de Cocho foi registrado no Livro dos Saberes, em 2005. Todavia, a busca por uma proteção dos direitos intelectuais relacionados à prática antes mesmo da proteção aos bens culturais imateriais ter sido de fato articulada em território nacional, demonstra como as comunidades detentoras buscam por tal amparo jurídico.

Outro exemplo é referente à Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí, inscrita no Livro de Registro dos Saberes, pelo IPHAN, em maio de 2014. Durante o procedimento de registro, chegou ao conhecimento do grupo detentor e do IPHAN que a empresa Coca-Cola estaria produzindo nova bebida, denominada “Crush Cajuína”. Assim, a multinacional conseguiria aumentar suas vendas junto ao público nordestino, principalmente piauiense, amante da Cajuína. Todavia, o uso do nome em um produto que não teria de fato ligação com o Saber em curso de proteção poderia contribuir para o aumento do risco de desaparecimento de sua produção tradicional.

Portanto, mesmo antes do registro, já houve grande mobilização popular para que se impedisse o uso do vocábulo “Cajuína” pela empresa Coca-Cola. O IPHAN notificou a multinacional que, apesar de argumentar que a expressão “Cajuína” poderia ser utilizada livremente e que não havia intuito de requerer patente, desistiu da produção do produto após ampla repercussão negativa.

Por fim, podemos citar o caso da produção tradicional do Queijo Minas. O registro foi requerido como uma maneira de acabar com barreiras sanitárias que colocavam seu processo artesanal em situação de ilegalidade. Entretanto, o intuito dos produtores não era o de

mero reconhecimento do Saber, mas que fosse protegido através de sistema que se assimila-se a *Appellation d'Origine Controlée* francesa. Entretanto, tal intuito foi frustrado com a ampliação da ambiência territorial da referência cultural pelo IPHAN, que deixou claro se tratar de um instituto de valorização cultural, mas não de Indicação Geográfica.

Diante do cenário fático aqui apresentado, fica demonstrado o esforço das comunidades detentoras de proteger seus saberes tradicionais perante a terceiros, um campo ainda muito incerto, pois não conta com previsões jurídicas específicas que garantam uma solução satisfatória. Entretanto, antes de entrarmos em uma análise de qual seria a proteção jurídica adequada, alguns conceitos ainda devem ser enfrentados no campo do Patrimônio Cultural Imaterial.

Em primeiro lugar, estaríamos falando de um coletivo, mas como de fato delimitar os detentores? Com o seu reconhecimento, os grupos detentores passam a constituir sujeitos de direito, apesar de não serem uma comunidade reconhecida administrativamente ou institucionalmente, mas um agrupamento de fato.

Todavia, surge a dificuldade de definir tais grupos, muitas vezes sendo constituídos através da autopercepção, podendo ter fundamentos variados. Soma-se a isso o desafio do tempo, outro fator crucial, vez que as manifestações são pautadas na solidariedade intergeracional, havendo sempre a agregação de sujeitos futuros, que advém da mutabilidade da comunidade e da própria expressão protegida.

Deve-se tomar cuidado, por conseguinte, para que não seja criado sujeito “artificial”, que não corresponda necessariamente à comunidade envolvida. É o demonstrado:

Carlos Sandroni (2011) nos presenta un ejemplo paradigmático de este proceso en Brasil: para ver proclamada la samba de roda, ha hecho falta crear una comunidad de ‘sambadores de Recôncavo’, indispensable para la presentación del dossier a la Unesco. Su análisis muestra que existían vínculos sociales entre los sambadores antes de la intervención patrimonial pero que estos no

constituían una ‘comunidad’ formalmente estructurada y homogénea y que desde entonces, a falta de un discurso consensuado, la legitimidad de su pertenencia al grupo de practicantes de la “verdadera” samba de roda se ha puesto en entredicho continuamente (BORTOLOTTI, 2014, p. 14)

Ademais, outro desafio que se liga ao caráter mutável das expressões culturais imateriais é o de sua autenticidade. No contexto das produções culturais imateriais, que teriam a ideia de trazer à luz manifestações de grupos não hegemônicos, a busca por autenticidade, como sinônimo de tradição e pureza, parece ser incompatível. Deve-se levar em consideração que o objeto da proteção não é estático, mas sim fruto de um constante processo histórico.

Diante da comprovada necessidade de uma proteção específica para os direitos intelectuais de grupos detentores de bens imateriais, e de alguns dos conceitos que devem ser enfrentados ao abordarmos a criação de tal arcabouço protetivo, destrinchamos a propriedade intelectual como ferramenta para tanto.

3 A LÓGICA ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL E SUAS LIMITAÇÕES PARA TUTELA DOS SABERES TRADICIONAIS

Inevitavelmente, a análise da proteção dos saberes tradicionais, enquanto bens intangíveis, perpassa pelo estudo da propriedade intelectual, que surge como a primeira das opções jurídicas de tutela. Contudo, enquanto objeto amplo de proteção, que envolve não apenas métodos e produtos, mas um verdadeiro processo histórico, na integralidade de suas tradições, conhecimentos e expressões, dúvidas surgem quanto à melhor forma de proteção, bem como em relação à real aplicabilidade do sistema eminentemente privado projetado pela

propriedade intelectual, para a tutela de bens integrantes desse patrimônio imaterial.

A princípio, cumpre destacar que a propriedade intelectual segue a lógica própria do Direito Privado, focando seu olhar para o indivíduo enquanto titular de direitos e prerrogativas diversas. Entretanto, importa lembrar que o próprio conceito de propriedade, integrante desse sistema, é distinto daquele tido muitas comunidades detentoras dos saberes tradicionais, que entendem a propriedade não como mero elemento individual de gozo, uso e exploração para atender à lógica capitalista, mas como prerrogativa coletiva de pertencimento resultante de um processo histórico e de tradições (FARIA, 2016).

O objeto da propriedade intelectual constitui-se de bens intangíveis, os quais, por sua natureza, podem ser detidos simultaneamente por número indeterminado de indivíduos, sem que haja uma limitação material. Assim, como forma de possibilitar a exploração econômica, própria do sistema privado, sobre bens imateriais, como informações, criações, métodos e técnicas, a propriedade intelectual cria cercas artificiais à detenção e ao uso desses bens, a fim de torná-los escassos e valorativos. Essa lógica de indução à escassez mostra-se essencial para a transformação do conhecimento, antes de livre acesso e circulação, em mercadoria, que somente será acessível mediante pagamento e autorização do titular (CARBONI; COELHO, 2013).

Nesse sentido, a escassez artificial, induzida pela propriedade intelectual, integra os bens imateriais na clássica lógica da oferta e da procura, pois, tornando-os de difícil acesso, de modo a restringir a oferta, eleva seu valor frente à procura. Ademais, a revolução técnico-científica-informacional, própria do século XXI, tornou o conhecimento e a informação como uma das principais matérias necessárias à produção de novos conhecimentos, razão pela qual, é de se esperar uma natural procura elevada desses recursos, contribuindo para sua exploração lucrativa por parte dos titulares resguardados pela propriedade intelectual.

Assim, a função primordial da propriedade intelectual tal qual desenhada por nosso sistema, consiste em permitir uma vantagem competitiva ou econômica a seu titular, além de possibilitar a aferição mais efetiva de lucro. As marcas, por exemplo, fidelizam uma parcela da clientela ao diferenciarem os produtos e serviços injetados no mercado por um titular dos demais concorrentes. Afinal, indicam não só a procedência, mas uma série de qualidades já conhecida pelo consumidor que economiza tempo e recursos ao buscar um produto da marca em que já confia.

A patente, por sua vez, enquanto privilégio garantidor de monopólio, visa a remuneração ou compensação econômica do titular pelos investimentos empreendidos nas pesquisas e no processo de desenvolvimento da invenção. As indicações geográficas, não diferente, garantem uma vantagem competitiva aos titulares, por assinalar perante o público qualidade ou origem diferenciada, com objetivo de conquista de parcelas maiores do mercado consumidor. Finalmente, o direito de autor, apesar de tutelar a identidade do criador pelo direito moral do autor, revela uma faceta econômica, ao restringir o acesso e a exploração da obra exclusivamente pelo titular dos direitos patrimoniais da obra autoral.

A aplicação dos instrumentos da propriedade intelectual, que atendem a essa lógica eminentemente privada, garantidora da escassez induzida, para tutela do conhecimento-informação, oferece, contudo, o risco de desfigurar a própria natureza dos saberes tradicionais, que circulam e sempre circularam de forma livre entre comunidades e gerações, atrapalhando não somente a continuidade natural dos processos culturais interativos dessas comunidades, como também, ameaçando introduzir uma lógica de competição entre os indivíduos, de modo a descaracterizar a essência coletiva desses saberes. Nesse sentido, segue interessante análise conduzida por CARBONI e COELHO:

No caso das expressões culturais de comunidades tradicionais, elas sempre foram livres, isto é, nunca houve qualquer barreira

no que diz respeito à sua utilização, seja por integrantes da mesma comunidade, como de outras, com base em fluxos e trocas entre comunidades. Dessa forma, a imposição de um regime de uso exclusivo tende a gerar, em nossa opinião, uma escassez dessas informações no interior das comunidades tradicionais, uma vez que o seu uso como matéria prima se torna mais restrito (CARBONI; COELHO, *op. cit.*, p. 363).

Inclusive, outra problemática constante que se verifica no estudo sobre a aplicação da propriedade intelectual aos saberes tradicionais, diz respeito à dificuldade de conciliar a tutela desses bens, pertencentes a uma pluralidade de indivíduos, ou seja, à comunidade, pelos mecanismos tradicionais da propriedade intelectual que, com exceção à indicação geográfica, asseguram o direito de propriedade a um titular único.

Além disso, outro problema que merece observação é o fato de que, em muitos casos, o saber tradicional não se encontra expresso em suporte físico ou tangível, mas gravado na memória coletiva da comunidade, sendo, assim, transmitido pela tradição oral de geração em geração. Nesse caso, torna-se evidente a dificuldade de aplicação dos meios estabelecidos pela propriedade intelectual, tendo em vista que o sistema jurídico de proteção não tutela ideias, costumes ou tradições, como ocorre com as rendeiras de Divina Pastora (SE):

Esses conhecimentos não raras vezes são ensinados através de histórias, canções, folclore, crenças, rituais, normas e claro, práticas. São partilhados entre o grupo e sua propriedade tende a ser coletiva e, juntamente com os recursos biológicos, constituem uma extensão da vida social desses grupos. A natureza é vista como sagrada, devendo-se extrair dela apenas o indispensável para o atendimento das necessidades do grupo e muitas práticas somente tomam significado quando associadas a questões místicas (LOCATELLI; SOUZA, 2015, p. 47)

No direito de autor, conforme disciplina o art. 7º, *caput*, da Lei 9610/1998, a proteção somente incide sobre obras de arte e manifestações artísticas expressas em um suporte, seja tangível ou intangível, ou em quaisquer outros que venham a ser criados. Por essa lógica, ideias, tradições e conhecimentos transmitidos pela fala e pela cultura, gravados apenas na memória coletiva, bem como danças tradicionais, rituais e formas de expressão artísticas diferentes das conhecidas tradicionalmente, enquanto não expressas em um suporte, não seriam passíveis de proteção.

No caso da propriedade industrial, a mesma dificuldade é encontrada. Enquanto sistema atributivo de direitos, para que o titular possa constituir seu direito de propriedade industrial, é necessário que requeira o registro perante o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Intelectual). Assim, para que se possa gozar da proteção deferida em lei, é necessário que o objeto de proteção seja devidamente explicitado por escrito e depositado perante o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Intelectual), com detalhamento e especificação da proteção pretendida, para que a autarquia proceda com análise de mérito e, a depender da constatação dos requisitos legais, conceda o registro pretendido. A incongruência desse regime para tutela dos saberes tradicionais é evidente, tendo em vista que as tradições culturais e conhecimentos das comunidades tradicionais nem sempre podem ser expressas pela forma escrita ou mesmo por gravação.

Diferentemente dos saberes técnico e científico, o saber tradicional não pode ser protegido como um bem estático, sendo dimensionado por mera descrição escrita, fotografia ou gravação. Afinal, enquanto tradição cultural, os saberes tradicionais mantêm-se vivos, como resultado de um processo histórico em constante transformação, com perdas, ganhos, mutações e incrementos trazidos de outros povos, fator que torna impossível a concessão de uma propriedade estática tal qual conhecemos pelo sistema registrário.

Ainda, enquanto elementos culturais, os saberes tradicionais constituem uma faceta identitária e, muitas vezes, religiosa, que não

são passíveis de proteção pela propriedade intelectual. Assim, ainda que se fosse possível admitir a aplicação da propriedade intelectual para esses saberes, sua projeção cultural não seria passível de tutela ou registro perante as autarquias e órgãos competentes, que se a dimensão prática dos conhecimentos:

Observemos o olhar que lançamos ao pajé quando ele entrega um chá para um índio doente. Na visão simplista (...), a infusão de uma planta com determinada propriedade é dada ao integrante de determinada aldeia para curá-lo. Mas, já sabemos que não se trata somente disso. Há inúmeros outros elementos ignorados, a começar pelo ritual envolvido, pela evocação dos ancestrais, pelo canto, pela dança e pela própria entrega do chá, que é acompanhada por toda a tribo. Para nós, podem nada significar, mas para as comunidades tradicionais podem representar muito mais do que o elemento orgânico curativo contido no chá (CARBONI; COELHO, op. cit. 368).

Outra questão bastante sensível à aplicação da propriedade intelectual aos conhecimentos tradicionais (CTs), refere-se ao requisito da originalidade, exigido sobre diversas formas pela legislação específica. Tanto no caso das patentes como no caso do direito autoral e das marcas, o objeto de proteção deve ser original, não podendo encontrar anterioridade correspondente em seu âmbito de inserção. No caso das patentes, o requisito da originalidade encontra-se disposto no art. 8º da LPI (Lei de Propriedade Industrial - Lei 9279/96) como “novidade”, tal requisito diz respeito a necessidade da patente constituir objeto totalmente novo e desconhecido, em relação à evolução da matéria até então conhecida.

No direito marcário, o requisito da originalidade aparece de modo negativo, tendo em vista que a lei veda, expressamente, no art. 124, XIX, a concessão de registro a marcas que correspondam à imitação ou reprodução de marcas anteriores. No mesmo sentido, o direito autoral exige até mesmo das obras ditas “derivadas” o dever de consti-

tuir “criação intelectual nova” para que gozem de proteção, conforme estabelece o art. 7º, XI da LDA (Lei de Direitos Autorais - Lei 9610/98).

A problemática desse requisito diz respeito à impossibilidade de se aferir uma originalidade absoluta de produções artísticas singularmente consideradas, no caso dos saberes tradicionais que integram a vida de toda uma comunidade. Ademais, torna-se bastante difícil falar em “originalidade”, no sentido de um saber totalmente novo e desconhecido, quando tais saberes existem na memória de uma pluralidade de indivíduos há muitos anos. Ainda, enquanto elemento cultural que tramita entre comunidades e sofre influência de diversos povos, dificilmente será possível delimitar o titular original, a fim de que seja possível diferenciar o saber original de suas formas derivadas de manifestação.

4 A INCONGRUÊNCIA DOS INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA TUTELA DOS SABERES TRADICIONAIS E A EMERGÊNCIA DE UM SISTEMA *SUI GENERIS* DE PROTEÇÃO.

Além das incongruências gerais derivadas da lógica econômica da propriedade intelectual, os institutos desse sistema, tal qual desenhados pela lei, apresentam peculiaridades próprias, que os tornam inapropriados para defesa dos saberes tradicionais contra a exploração indevida. De imediato, elimina-se o instituto marcário que tem por finalidade diferenciar produtos e serviços concorrentes entre si. Enquanto indivíduos integrantes de uma mesma comunidade, não é possível que cada indivíduo produtor utilize uma marca para identificar produtos culturais integrantes de uma mesma cultura, oriundos de um mesmo saber. Ademais, a utilização de uma marca não revela o caráter biológico, o saber-fazer, as condições climáticas e particulares dos produtos desenvolvidos pelas comunidades tradicionais que, por esse viés, seriam melhor tutelados pelo instituto da indicação geográfica.

Além das indicações geográficas, normalmente invoca-se a possibilidade de aplicação do instituto das patentes para proteção dos saberes tradicionais, tendo em vista que as comunidades tradicionais desenvolvem técnicas de interação e de exploração da natureza sustentáveis, além de possuírem amplo conhecimento sobre as propriedades biológicas dos compostos naturais, que foi acumulado ao longo dos séculos pelas diferentes gerações.

Não por outra razão, a “primeira linha” de saberes tradicionais que ganhou regulamentação autônoma, no âmbito internacional, refere-se aos saberes conexos ao patrimônio genético e biológico, por meio da Convenção da Biodiversidade (CDB), estabelecida durante a ECO-92. O diploma internacional surgiu frente a uma crescente necessidade de proteger a biodiversidade, o patrimônio natural e genético dos países, além da necessária tutela dos saberes de comunidades locais, que frequentemente eram abordadas por empresas estrangeiras, com intuito de usurpar seus conhecimentos e tradições com fins de aplicá-los na indústria de biotecnologia, alimentando os crescentes atos de biopirataria.

Anteriormente à legislação específica, esses saberes eram tidos como objeto de propriedade intelectual, sendo, para tanto, patenteáveis. Contudo, a elevada incidência de casos de biopirataria, levou à inevitável conclusão de que a proteção legal disponível não se mostrava eficiente à tutela aos verdadeiros detentores do conhecimento, mas figurava como meio de chancela legal a empresas, que se aproximavam de comunidades locais para tomar conta de seus saberes e recursos, patenteando-os como se donos fossem.

Nesse sentido, importa observar que a violação da titularidade das comunidades tradicionais sobre seus próprios conhecimentos, significa, para além de usurpação econômica, violação de sua identidade e cultura, tendo em vista que os saberes tradicionais, muitas vezes, ultrapassam o mero uso técnicas e consolidam verdadeira forma de manifestação ou expressão cultural (BRITO; POZETTI, 2018).

Como forma de tutelar os saberes tradicionais, a Convenção da Biodiversidade apresenta um bom ponto de partida, pois além da proteção, o documento se funda sobre três bases principais (i) a conservação da diversidade biológica, (ii) o uso sustentável da biodiversidade e (iii) a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes dos recursos genéticos. Assim, além de regulamentar o acesso e uso dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, a convenção reconhece a importância social, cultural ecológica e ambiental dos saberes tradicionais, estabelecendo que além de ser protegidos devem ser promovidos, desenvolvidos e mantidos, o que somente é possível por meio de políticas públicas e legislações nacionais específicas para preservação, conservação e manutenção dessas comunidades.

A CDB também mostra-se de elevada importância, pois introduziu noções essenciais a tutela dos saberes tradicionais como a obtenção do consentimento prévio informado da comunidade para o acesso, uso ou exploração dos conhecimentos, a propriedade coletiva sobre tais saberes, que independe de prévio registro, além do reconhecimento das prerrogativas próprias do direito de propriedade, no molde que conhecemos, possibilitando que a comunidade, a sua livre escolha, possa controlar o uso do conhecimento por terceiros interessados, promovendo licença, autorização, acesso, negociação e transferência desses saberes. Ainda, a noção de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos associados, equiparando países detentores da biodiversidade e os países detentores da biotecnologia (LOCA-TELLI; SOUZA, 2015).

De modo a incorporar as obrigações assumidas na CDB e regulamentar a questão do acesso à biodiversidade internamente, foi promulgada a Lei 13.123/15, que dispõe sobre o uso e o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. A lei incorpora parte do projeto proposto pela CDB, condicionando o acesso aos saberes tradicionais à obtenção do consentimento prévio fundamentado, conforme disposto no art. 2º, VI, além de estabelecer a justa

repartição dos benefícios advindos do acesso, por meio do acordo de repartição de benefício, previsto no inciso XX do referido artigo.

Apesar de incorporar, em grande parte, as orientações da CDB, há o entendimento de que a nova lei constituiria um sistema *sui generis*, pois apesar de enquadrar os CTAs como integrantes do patrimônio cultural brasileiro, dispõe que o acesso a esses conhecimentos e aos recursos genéticos serão realizados sem prejuízo aos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre esses, protegendo os CTAs enquanto patrimônio cultural imaterial, e, simultaneamente, como objeto passível de incidência de direitos coletivos de exploração econômica (LOCATELLI; SOUZA, 2015). Em outras palavras, propõe quase que uma coexistência de proteções pública - enquanto patrimônio cultural imaterial nacional - e privada, que possibilitaria a exploração econômica se desejada pela comunidade.

Ainda que ofereça um caminho, ou, uma tentativa de tutela efetiva dos CTs, a Lei 13.123/15 é amplamente criticada em alguns aspectos. O primeiro deles refere-se à dispensa do consentimento prévio informado da comunidade para ter acesso ao conhecimento quando a origem é desconhecida (art. 9º, §2º). Ademais, a lei dispensa a obtenção prévia de consentimento quando se tratar de uma variedade local ou tradicional cultivada e conservada por uma comunidade tradicional (art. 9º, §3º), considerando, nesse caso, que o conhecimento necessário para a manutenção da espécie decorre de origem indefinida.

O problema desses dispositivos reside no fato de que nem sempre será possível determinar a origem dos CTs que, como abordado anteriormente, tramitam entre comunidades e gerações. Ademais, no caso de espécies locais, é possível que seu desenvolvimento tenha ocorrido somente pelas técnicas e dinâmicas sustentáveis desenvolvidas pelas comunidades locais, que ao longo de gerações teve o trabalho de selecionar sementes e espécies, desenvolvendo, ainda, as melhores condições de cuidado.

Ao promover essa separação entre ambiente e indivíduos, a lei viola a relação intrínseca existente entre as comunidades tradicionais,

território, patrimônio genético e CTs, que formam um todo integrante do patrimônio cultural imaterial brasileiro. Situação que desconsidera, ainda, a relação cultural e identitária dos povos com seu território, configurando violação aos direitos humanos de identidade e cultura das comunidades tradicionais.

Outro ponto de crítica é o valor irrisório de 1%, podendo ser reduzido a 0,1% no caso de acordo setorial, trazido pela Lei no art. 20, para repartição dos benefícios advindos da exploração dos CTs. O valor certamente não corresponde a uma distribuição equitativa de benefícios e reduz, ainda, a liberdade de negociação das comunidades tradicionais que se vêem limitadas por esses valores. Ademais, a lei traz, ainda, situações em que o consentimento prévio é dispensável em razão do objetivo do acesso ou da pessoa acessante, como no caso em que o acesso aos CTs ocorre para desenvolvimento de pesquisas, sobretudo na área de agricultura e alimentação.

Assim, ao que parece, a Lei 13.123/15, que se propôs a regulamentar o acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados de modo sustentável e em concordância com os ditames introduzidos pela CDB, apesar de ter incorporado diversos princípios gerais como o livre consentimento informado para acesso e distribuição justa e equitativa dos benefícios, coloca restrições e limites que esvaziam o sentido desses princípios, de modo a favorecer a livre exploração pelas empresas de tecnologia.

Embora a CDB e o sistema estruturado para proteção dos CTAs apresentem um caminho para tutela dos saberes relativos aos recursos genéticos e biológicos, ao introduzir noções importantes - como (i) a propriedade coletiva sobre os CTs, com garantia das prerrogativas clássicas do direito de propriedade; (ii) a necessidade de distribuição equitativa de benefícios e (iii) a obtenção de consentimento prévio informado - a diplomação legal acaba por não incluir os saberes associados à cultura e às expressões culturais das comunidades tradicionais como cantos, dança, artesanato, lendas, festas e rituais, que ficam pendentes de uma regulamentação específica, restando, nesse meio tem-

po, protegidos apenas pelas disposições gerais da Convenção Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

O último instituto da propriedade intelectual que, por vezes, é invocado para proteção dos saberes tradicionais, refere-se à indicação geográfica. Esse instituto visa agregar valor a produtos e serviços associados a regiões geográficas específicas, criando uma ligação entre suas características e sua respectiva origem, é o caso dos vinhos do Vale dos Vinhedos (RS), os doces de Pelotas (RS) e os queijos da Serra da Canastra (MG). As indicações geográficas se dividem em (i) indicação de procedência e (ii) denominação de origem, a primeira refere-se a um local que tenha se tornado conhecido como centro de extração, produção fabricação de um produto ou prestador de determinado serviço, sendo “suficiente a vinculação do produto ou serviço a um determinado espaço geográfico, independentemente de suas características e qualidades intrínsecas”. A segunda modalidade além de indicar a origem geográfica agrega valor ao produto ou serviço por indicar qualidades singulares, que resultam de fatores naturais, como clima, vegetação e solo, mas também humanos e culturais como os saberes, técnicas, práticas, modo de fazer e criar, todos tradicionais de uma localidade (SANTILLI, 2006, p. 204-205).

Dos institutos existentes para tutela da propriedade intelectual, as indicações geográficas apresentam maior grau de proximidade ou compatibilidade com os saberes tradicionais, pois estabelecem uma relação direta entre produto ou serviço, ambiente geográfico e tradição humana. Ademais, diferentemente dos outros instrumentos, a indicação geográfica estabelece uma titularidade coletiva, de todos os produtores ou prestadores de serviços estabelecidos na área geográfica demarcada (LOCATELLI; SOUZA, 2015).

Efetivamente, observa-se que, mesmo em outras regiões do mundo, o instituto das indicações geográficas já foi utilizado para tutelar saberes tradicionais, como é o caso do Chapéu de Palha Monticristi desenvolvido na província de Manabi no Equador. O chapéu é produzido por tecelões especialistas desde o século XVI e envolve um

processo moroso, com várias etapas que incluem colheita das folhas de toquilla, fervura das fibras, tecimento em padrões espirais e acabamento para que o chapéu ganhe um caráter artístico. Em 2008 foi reconhecida a indicação geográfica do chapéu como de titularidade exclusiva da comunidade de Monticristi, garantindo a tutela dos saberes tradicionais acumulados pela comunidade equatoriana ao longo de gerações (AGUIRRE; TUALIMA, 2017).

Assim, verifica-se que, *in casu*, que o instituto das indicações geográficas pode ser utilizado para promover e proteger os produtos relacionados aos conhecimentos tradicionais e expressões culturais da comunidade local, servindo como fator de desenvolvimento regional. No Brasil, as atividades e produtos culturais da comunidade local poderiam ser tutelados por esse tipo de registro, entretanto, questionamentos surgem quanto à delimitação geográfica exata dos saberes tradicionais e quanto à necessidade de um desenvolvimento sustentável, sem que o rótulo da “indicação geográfica” introduza uma lógica competitiva e de produção extensiva nas comunidades locais, tendo em vista que seus produtos e serviços, para além de revelar um caráter utilitário de mercado, expressam sua cultura, sua identidade e seu modo de vida secular.

Nesse sentido, importa lembrar parcerias institucionais que visam desenvolver alternativas sustentáveis para o desenvolvimento e exploração dos produtos das comunidades tradicionais, entre tantos outros: (i) o Mel dos índios do parque indígena do Xingu, que por meio de uma parceria entre a Associação Terra Indígena Xingu e o Instituto Socioambiental (ISA) promovia a exploração dos apiários de comunidades indígenas locais, para comercialização do mel dos índios do Xingu pela rede Pão de Açúcar, restando a gestão dos recursos advindos da venda na mão das comunidades envolvidas; (ii) o guaraná dos índios Sateré Mawé da Amazônia, que constitui além de produto autêntico, utilizado para produzir xarope de guaraná destinado a *bartenders* ocidentais (SANTILLI, 2006). Em ambos os casos, a exploração do produto associado aos CTs das comunidades locais não é feita por meio da

indicação geográfica, mas por parcerias entre as comunidades, instituições e organizações civis que tem como missão o desenvolvimento sustentável e a preservação da biodiversidade local.

Ainda que o instituto da indicação geográfica se mostre de certa forma adequado à tutela de produtos e serviços desenvolvidos pelos CTs, essa proteção não engloba a totalidade da cultura, tradição e dos saberes associados às comunidades tradicionais e, tampouco, assegura uma proteção sustentável dessas comunidades, que garanta sua manutenção e renovação ao longo do tempo. Ademais, as indicações geográficas podem ser, eventualmente, desconstituídas, caso o nome geográfico se torne de uso comum (art. 180 da LPI), situação que não pode e não deve ocorrer com os CTs sob pena de deflagrar violações aos direitos humanos identitários dos povos.

Portanto, ainda que a propriedade intelectual possa ser aplicada para tutela dos saberes tradicionais, pela lógica econômica própria desses instrumentos, entende-se que esse sistema é insuficiente para resguardar essas comunidades, que devem contar com políticas públicas que permitam seu desenvolvimento equilibrado e sustentável, bem como sua manutenção e preservação ao longo do tempo.

5 CONCLUSÃO

A propriedade intelectual pode servir para assegurar a titularidade das comunidades tradicionais sobre seus produtos e serviços por meio da Indicação Geográfica. Entretanto, esse instituto não se mostra capaz de abranger a totalidade cultural e a totalidade de saberes integrantes de determinada comunidade local. Inclusive, nesse sentido, é possível invocar a própria observação feita pela OMPI sobre a insuficiência dos meios existentes no sistema de propriedade intelectual e a necessidade de desenvolver um sistema *sui generis* de proteção:

However, the possibility of protecting separately the elements of traditional knowledge does not necessarily cover the need for pro-

tection of traditional knowledge. Traditional knowledge is not the mere sum of its separated components: traditional knowledge is more than that — it is the consistent and coherent combination of those elements into an indivisible piece of knowledge and culture. (WIPO/GRTKF/IC/3/8, 2002, p. 14)

Entre as recomendações apontadas pela OMPI para criação de um sistema *sui generis* de proteção está (i) a adoção de um sistema que não separe os elementos integrantes das culturas e comunidades tradicionais para constituir a proteção, de modo a compreender a natureza inseparável dos saberes; (ii) um sistema que se baseie em uma espécie de inventário dos conhecimentos, de modo a permitir sua constante modificação e atualização, sem formalidades burocráticas, como ocorre com os registros tradicionais da propriedade intelectual - similar ao registro público efetuado pelo IPHAN; (iii) a proteção holística dos saberes que impeça a reprodução e/ou fixação dos elementos literários e artísticos das comunidades, bem como o uso não autorizado dos elementos e saberes técnicos; (iv) definição de um objetivo para o sistema, tal qual impedir a apropriação cultural dos saberes tradicionais ou além de proteger, também promover essas comunidades. Alternativamente, a OMPI fala na criação de um sistema *sui generis* que utilize os mecanismos já existentes, sobretudo na CDB, de modo a complementá-lo com tutelas específicas para elementos culturais e folclóricos das comunidades tradicionais (WIPO/GRTKF/IC/3/8, 2002).

No Brasil, a lacuna legal existente quanto à proteção deferida aos CTs possibilita a aplicação conjunta ou simultânea de proteções pública e privada, tendo em vista que não há vedações legais nesse sentido. Assim, seria possível, a exemplo do que propõe a Lei nº 13.123/15, que os saberes tradicionais fossem registrados pelo IPHAN, que se encarregaria de preservar e promover as comunidades locais na totalidade de seus elementos, sem excluir a possibilidade de proteção de determinados produtos, serviços, técnicas e outros desses saberes tradicionais pelos instrumentos da propriedade intelectual.

Para esse fim, as indicações geográficas, enquanto instrumento de propriedade coletiva, mostrou-se como a ferramenta mais apropriada para a tutela dos CTs, pois preserva o elo existente entre indivíduos, meio geográfico, saber fazer e tradições das comunidades. Entretanto, com intuito de evitar o processo de mercantilização exacerbada e predatória, que os instrumentos da propriedade intelectual podem introduzir nas comunidades tradicionais, por sua lógica própria de escassez artificial, é importante que o registro privado dos elementos tradicionais seja acompanhado de programas e políticas públicas que visem o desenvolvimento sustentável e a preservação das comunidades, de modo a evitar a desnaturalização de seus saberes.

Além de promover o desenvolvimento econômico das comunidades tradicionais, os instrumentos da propriedade intelectual serviriam para resguardar os CTs do uso e da exploração não autorizada por terceiros, tendo em vista que criminalizam atos de infração, como o uso e a exploração não autorizados, bem como atos de concorrência desleal, prevendo sanções penais e indenizatórias pela violação desses direitos.

Apesar da usurpação dos CTs configurar crime contra a identidade cultural das comunidades locais, implicando violações que ultrapassam o campo econômico e infringem os direitos humanos dessas populações, a ausência de punições e instrumentos de defesa imediatos nesse sentido, leva a alternativa de proteção pela propriedade intelectual como meio paliativo de defesa, que deve coexistir com proteções e políticas públicas de desenvolvimento comunitário, através do registro, inventário e aplicação de planos de salvaguarda pelo IPHAN, a fim de garantir um espectro amplo e eficiente de proteção, que vá além de um conceito individualista de propriedade e busque a promoção e preservação das manifestações culturais.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Bergoña Venero; TUALIMA, Hai-Yuean. **Comment protéger et promouvoir votre culture**: guide pratique de la propriété intellectuelle pour les peuples autochtones et les communautés locales, 2017.

AMARAL, João Paulo Pereira. **Cultura política e política da cultura**: reflexões a partir da salvaguarda dos patrimônios culturais imateriais no Brasil. Texto apresentado em XIII Reunião de Antropologia do Mercosul, Rio Grande do Sul, 2019.

BORTOLOTTI, Chiara. La Problemática del patrimonio cultural. *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, [S.l.], v. 01, nº 1, p. 01-22, Universidade de Valência - Espanha, 2014.

BRITO, Ana Carolina Lucena; POZZETTI, Valmir César. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. **Revista de Direitos Difusos**, v. 69, jan/jun de 2018.

CARBONI, Guilherme; COELHO, Daniele Maria Teixeira. A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria. **Revista Eletrônica do IBPI** – Nr. 7, 2013.

COSTA, Rodrigo Vieira Costa; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. Os Usos do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial Para Reconhecimento de Direitos Intelectuais Coletivos: O Que Dizem Os Processos Administrativos do IPHAN Sobre o Livro dos Saberes. In: **Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 26 n. 2, Fortaleza, 218.

COSTA, Rodrigo Vieira. Os Efeitos Jurídico-Sociais do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro, p. 326-360. In: **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 7, Núm. 18, Rio de Janeiro, 2020.

FARIA, Camila Salles. **Luta Guarani pela terra na metrópole paulistana**: contradições entre a propriedade privada capitalista e a apropriação indígena. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, 2016.

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/122/>. Acesso em: 03 out. 2021.

LOCATELLI, Liliana; SOUZA, Karine de. Proteção Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais pelo Instituto das Indicações Geográficas. **Revista de Direito, Ino-**

vação, Propriedade Intelectual e Concorrência, v. 1, n. 2, p. 42-59, Minas Gerais, 2015.

PRESTES, Fabiane da Silva; LAROQUE, Luís Fernando da Silva. **Patrimônio Cultural Imaterial**: Um Olhar Sobre Os Saberes da Medicina Tradicional Kaingang. Apresentado em XII Encontro Nacional de História Oral - História Oral, Práticas Educacionais e Interdisciplinaridade, Rio Grande do Sul, 2016.

SANTILLI, Juliana. As indicações geográficas e territorialidades específicas das populações tradicionais: povos indígenas e quilombolas, p. 203-217. *In*: BRAGA, Christiano; LAGARES, Léa; LAGE, Vinícius (Org), **Valorização de produtos com diferencial de qualidade e identidade**: indicações Geográficas e Certificações para competitividade nos negócios. 2ª ed., Brasília, 2006.

WANGHON, Moisés de Oliveira; COSTA, Cíntia Reis. Indicações Geográficas como Instrumento de Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, p 165-176. *In*: MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. **Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural**: Proteção do Conhecimento e das Expressões Culturais Tradicionais. Pará, 2004.

WIPO/GRTKF/IC/3/8- Elements of a sui generis system for the protection of traditional knowledge. Geneva, 2002. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_8 . Acesso em: 25 set. 2021.

CAPÍTULO 5

NOVAS TECNOLOGIAS E DIREITOS INTELECTUAIS

A MARCA COMO FERRAMENTA DE OPOSIÇÃO A PROJETOS DE RESSURREIÇÃO DIGITAL DE CELEBRIDADES

Gustavo Fortunato D'Amico¹

RESUMO: O presente artigo busca compreender se é possível que empresas detentoras de marcas que tenham como signo distintivo algum elemento associado a elementos de personalidade de uma celebridade, visando afastar um eventual prejuízo ao seu ativo, possam apresentar oposições a projetos de ressurreição digital. Para isso será explorado em que consiste o processo de ressurreição digital e sua significância para a indústria cultural, para, em seguida, compreender a criação da figura da celebridade enquanto uma referência de hábitos e de tomada de decisão dos consumidores. Logo após, será analisado como funciona o instituto da marca, com principal enfoque às marcas constituídas por elementos de personalidade, para então analisar a viabilidade de uma empresa de se opor, com base em seu direito de exclusivo assegurado pela marca, e, até mesmo, tirar de circulação projeto de ressurreição digital que possa ferir a reputação de sua marca aos olhos do consumidor. 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 seja garantido ao titular da marca a legitimidade para combater usos que possam afetar a reputação da sua marca, faz-se necessário que o titular tenha obtido, além da autorização para uso do

¹ Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo PROFNIT/UFPR, Pós-graduado em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico pela Universidade Positivo, Graduado em Direito pela Unicuritiba e pesquisador sênior no GEDAI/UFPR.

nome, poderes para gerir a imagem de alguém. Dessa forma, resta evidente que os mecanismos jurídicos não estão adequados para a nova realidade propiciada pela ressurreição digital, devendo o tema ser debatido com mais ênfase, para evitar que tanto empresas quanto artistas venham sofrer prejuízos.

Palavras-chave: Ressurreição digital; Direito de imagem; Marca.

1 INTRODUÇÃO

Projetos de ressurreição digital estão cada vez mais comuns no mercado, sendo que o anúncio de uma temporada de shows da Whitney Houston em Las Vegas, mesmo após quase uma década da sua morte, não gera mais tanta estranheza no público². A verdade é que o mercado já se acostumou com a ideia de que a carreira dos artistas ganhou mais uma forma de se perpetuar no tempo, trazendo consigo inúmeras novas possibilidades para que a indústria do entretenimento capitalize em cima desse ativo tão valioso.

Via de regra, ao se pensar na realização de projetos dessa natureza, a obtenção de uma autorização da família do falecido artista para replicá-lo de tal forma e ainda explorar economicamente tal utilização pode ser um elemento essencial para concretizar esses projetos. Esse raciocínio, o qual está correto, encontra fundamento nos direitos da personalidade e no controle que o indivíduo, e seus eventuais sucessores, possuem sobre a utilização da sua imagem.

Contudo, esses projetos têm por base a utilização da imagem de pessoas notórias, em razão disso, as celebridades fazem com que seja preciso levar em consideração o fato de que existem muitos outros aspectos atrelados a essas pessoas, principalmente fatores econômicos. Afinal as celebridades são uma importante fonte de renda para diversos outros setores além do entretenimento.

² <https://f5.folha.uol.com.br/musica/2021/07/whitney-houston-vira-holograma-e-fara-temporada-de-shows-em-las-vegas.shtml>

Essas celebridades ao terem seu nome, imagem, assinatura ou qualquer outro elemento que seja associado a elas atrelados aos mais diversos tipos de produtos ou serviços disponíveis no mercado tornam-se uma importante ferramenta de venda e convencimento dos consumidores. Não é por outro motivo que em alguns casos estes elementos sejam objeto de registro de marcas, as quais poderão estar em nome de terceiros que não a referida celebridade.

Sendo assim, o presente artigo tem por finalidade explorar se empresas detentoras de registros de marca atrelados a celebridades teriam alguma legitimidade para se opor a projetos de ressurreição digital, tendo em vista o potencial que eles possuem para afetar a percepção do público sobre aquele artista e, eventualmente, gerar um prejuízo para as empresas titulares da marca.

Para atingir essa finalidade, em um primeiro momento, será necessário compreender em que consiste a ressurreição digital, para então entender de que forma é construído o valor comercial de uma celebridade.

Feitas essas considerações, será realizado um breve apanhado sobre o instituto da marca e a possibilidade de se registrar nomes, apelidos e pseudônimos como marca e, então, será apresentado um levantamento sobre a possibilidade ou não dessas empresas atuarem, com base na proteção de suas marcas, de forma a vetar projetos que envolvam na recriação digital póstuma de artistas.

2 RESSURREIÇÃO DIGITAL

A ressurreição digital é um processo tecnológico que permite a criação de obras completamente novas com artistas já falecidos. A expressão teve sua origem no artigo escrito pelo professor Joseph J. Beard, publicado no *Jornal de Direito e Tecnologia* da Universidade de Berkley, em 1993. Nesse artigo, ele analisa a forma com que o progresso tecnológico pode possibilitar aos artistas, mesmo que falecidos, de

estrelarem em obras completamente novas, com atuações e falas nunca ditas, mesmo anos após sua morte (BEARD, 1993).

O processo de ressurreição digital pode ser descrito como 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, 2017, p.117).

Em que pese obras póstumas não sejam, exatamente, uma novidade na indústria do entretenimento, sendo possível indicar diversos filmes estrelados por artistas que nunca concluíram a gravação de suas obras. A solução em si, é completamente nova.

Antigamente, eram utilizados dos mais diversos artifícios para contornar a morte de um protagonista, elas vão desde a substituição do intérprete falecido por outro artista, sendo considerada uma saída menos polêmica e mais criativa, até a reconstrução computadorizada da feição do artista (AYUSO, 2014).

Porém, todos esses projetos, até então, contavam com a anuência do ator para sua realização, ou seja, artistas que morreram durante a produção do filme, tendo a época celebrados contratos com os estúdios para criar essas obras, autorizaram a captação de suas performances, bem como a utilização de suas imagens (D’AMICO, 2017).

Enga-se, entretanto, quem acredita que somente podem existir obras póstumas com a anuência, em vida, pelo artista. Nessa linha, Tapley e Debruge (2016) falam sobre o episódio da série da HBO “Contos da Cripta”, estrelado por Humphrey Bogart, trinta e oito anos após sua morte. Para isso, utilizam-se as atuações em filmes anteriores, as quais eram cuidadosamente justapostas a um novo material. Entretanto, a performance do falecido ator no filme novo fica adstrita ao contido no material de origem (BEARD, 1993). Acontece que, esse modelo acaba criando obstáculos para os criadores das obras novas, vez que estes ficam obrigados a desenvolver, no caso dos filmes, um roteiro em volta daquela atuação disponível, restringindo o seu desenvolvimento.

Justamente para contornar as limitações trazidas pela técnica de justaposição é que a ressurreição digital aparece como uma importante ferramenta no mercado do entretenimento, pois ela permite produzir uma obra nova com o artista sem a necessidade de encaixar uma atuação prévia no contexto da obra nova.

Apesar de sua recente inserção no mercado, essa tecnologia já se encontra há anos no imaginário da indústria. Não é por menos que é possível identificar no curta *“Rendezvous In Montreal”*, 1987, dirigido por Nadia Magnenat Thalmann e Daniel Thalmann, uma primeira tentativa de recriar celebridades já falecidas. Entretanto, em razão da precariedade da computação gráfica da época, o curta não é capaz de ludibriar o telespectador e fazer com que ele imagine estar diante dos artistas falecidos, mas é inegável que ali se encontrava a semente dessa nova tecnologia (BEARD, 1993).

Em 2012, a tecnologia ressurgiu no mercado por conta da participação do rapper Tupac, no festival Coachella, a qual foi feita por meio de holograma. Essa tecnologia foi capaz de permitir aos organizadores uma performance completamente inédita do artista, o que jamais tinha acontecido antes na história do mercado audiovisual (FONTEIN, 2017).

Anos após, em 2016, a franquia *Star Wars*, pegou o público de surpresa ao apresentar a performance nova de Peter Cushing no filme *“Rogue One: a Star Wars Story”*. Visando atender uma necessidade do roteiro e continuidade da franquia, o estúdio investiu numa recriação do artista (ITZKOFF, 2016), que resultou em uma “representação realista de um ator falecido há mais de vinte anos (1994), com a aparência que tinha há mais de quarenta anos (1977).” (D’AMICO, 2017, p.118).

O caso de Cushing representou um marco no uso dessa tecnologia pela indústria. Ayuso (2017) afirma que, a participação do ator trouxe consigo uma revolução na forma com que tanto as celebridades quanto os estúdios enxergam a tecnologia de ressurreição digital. Afinal, a tecnologia pode permitir que os estúdios incluam em suas obras atores já

falecidos, enquanto isso, possibilita às celebridades encontrarem novos meios de proteger ou perpetuar o uso e a evidência de sua imagem.

Assim, a ressurreição digital virou algo frequente no setor do entretenimento e possibilitou uma proliferação de novos projetos, aumentando significativamente o anúncio de trabalhos nesse segmento, indo desde as mais diversas turnês póstumas (RONDEAU, 2020) até exposições, como por exemplo a “*Dalí Lives!*” no Dalí Museum em St. Petersburgo, Flórida. Essa exposição permite aos visitantes do museu a possibilidade de interagir com o artista sobre histórias de sua vida (FOREMAN, 2019), tirando o público do papel de mero expectador da obra e o colocando como parte da situação, de forma a auxiliar na sua imersão na obra de Dalí. (THE DALI MUSEUM, 2019).

O fato é que, a cada dia, a ressurreição digital fica mais presente nas conversas da indústria do entretenimento, seja por artistas que estão preocupados com as implicações que essa tecnologia pode trazer, seja pelas empresas do setor de entretenimento que enxergam nesse processo uma nova forma de desenvolver e comercializar seus produtos. (TAPLEY; DEBRUGE, 2016).

Assim, é notável que a tecnologia de ressurreição digital possui um impacto real e significativo na forma com que a indústria do entretenimento desenvolve seus produtos e se relaciona com suas celebridades, ao mesmo tempo em que oferece uma forma de manutenção da relevância daquele ícone da cultura pop mesmo após a sua morte.

Contudo, quando se discute a figura das celebridades, existem outros fatores que precisam ser levados em consideração. Um ícone da cultura pop vai muito além do seu trabalho criativo, seja como músico, pintor ou ator, existindo uma série de outros interesses de diferentes setores na manutenção desse *status* de celebridade do artista.

Entender quais são esses interesses e como eles são construídos pela grande mídia é o que será discutido no ponto a seguir.

3 A CELEBRIDADE E SUA IFLUÊNCIA PARA O CONSUMO

Para entender qual seria o interesse de uma empresa em se opor a projetos de ressurreição digital, é preciso compreender qual a vantagem que essas empresas buscam ao associar seu produto/serviço à imagem de determinada celebridade.

As celebridades são, sem dúvida, um dos principais ativos gerados pela indústria do entretenimento. Isso ocorre porque elas assumem um papel de grande importância no mercado, já que a sua imagem, ou nome, quando associados a determinado produto, ou serviço, servem como uma poderosa ferramenta para validar esse produto e, ao mesmo tempo, é capaz de influenciar o comportamento dos consumidores. Um exemplo disso é o caso da indústria dos diamantes, a qual, entre os anos 1938 e 1945, obteve aumento significativo de 55% na comercialização dos produtos logo após a sua vinculação com a imagem das celebridades, associado, ainda, ao estilo de vida levado por elas, construindo um ideal de comportamento que deveria ser replicado pelo público em geral (BURROWES, 2008).

Sobre o poder comercial das celebridades, Vaver (apud BARBOSA, 2015) ensina que a descoberta da possibilidade de influenciar o comportamento de outras pessoas por meio da posição que as celebridades ocupam no imaginário coletivo, levou essas celebridades a encontrarem mais formas de capitalizar sobre a própria fama, vendendo bens e serviços que vão além da arte que elas desenvolvem. Surge, assim, a necessidade de os anunciantes, quando possível, associar a sua marca ao famoso, na expectativa de que isso traga novos consumidores.

Essa explicação, encontra suporte na obra de Guimarães (2007), para o autor as celebridades têm tamanha influência sobre os consumidores, ou a um grupo específico de consumidores, que a mera utilização delas em anúncios, independente da forma dessa utilização, pode, por vezes, transmitir uma sensação de segurança para os consumidores acerca da qualidade daquilo que está sendo comercializado.

Nota-se, portanto, que as celebridades têm o poder de adaptar comportamentos e validar produtos expostos no mercado, pois, segundo Campos (apud GUIMARÃES, 2007), a sua presença é capaz de desencadear uma resposta imediata do consumidor, tanto de forma consciente quanto inconsciente, fazendo com que o público associe o produto ao conceito social preexistente trazido pela celebridade. Por essa razão, a figura da celebridade adquire um valor real de mercado, pois, como visto no caso dos diamantes, seu poder de influência vai além do mercado de entretenimento, impulsionando outros setores da economia.

Contudo, como aponta Machado (2017), a construção de uma celebridade é um processo complexo e que requer a aplicação de uma série de condições de forma coordenada. Sendo necessário, com ajuda da mídia, que haja a sujeição do público à exposição frequente da celebridade, até que ela seja amplamente reconhecida e adorada. Isso porque, tal adoração é o elemento primordial para transformação da imagem da pessoa em algo comercialmente atrativo. Funcionando quase como um processo de divinização do indivíduo.

Essa divinização, segundo Morin (apud MACHADO, 2017), quando bem executada, transforma o artista em uma mercadoria, pois, em tese, não haveria um aspecto sequer delas que não poderia ser utilizado para vender alguma coisa para alguém. Afinal, as técnicas industriais aplicadas nesse processo conseguem transformar essas pessoas em produtos destinados ao consumo das massas. Fazendo com que a celebridade adquira as virtudes de qualquer outro produto fabricado e comercializado, com uma distinção fundamental: essa estrela-mercadoria não se perde nem se reduz quando consumida.

Constata-se, portanto, que esse tratamento da celebridade é muito similar à finalidade da marca enquanto sinal distintivo. Sobre essa aproximação, Matta (2012, p.89) explica que quando a celebridade é tratada como marca pela indústria cultural acaba-se por reconhecer que existe um planejamento para a sua construção e do significado que elas irão transmitir ao público. O que se pretende, ao final, é atender demandas comerciais, por meio da associação de artistas a

atributos positivos a fim de que o consumidor, ao adquirir e utilizar o produto vinculados ao artista, possa se sentir próximo a esses atributos. O nome do artista, portanto, vira um símbolo para servir como um reforço positivo na tomada de decisão pelo consumidor.

Andrade (2008), com base na obra de Hofstede, argumenta que a criação da celebridade e seu impacto social fazem parte de uma manifestação cultural. Dessa forma, para o autor, a celebridade pode ser comparada à figura do herói, vez que é capaz de representar as qualidades valorizadas pela cultura na qual ela está inserida, e o culto a elas “serve como estrutura estruturante, na medida em que fornece consenso, ou homogeneidade de concepções e, conseqüentemente, de integração entre os elementos de dados grupos sociais.” (ANDRADE, 2008, p.23).

Indo de encontro as conclusões de Andrade é possível indicar as lições de Machado (2017). Para ele, a celebridade não pode ser equiparada ao herói, pois, ao passo que o culto à celebridade está intrinsecamente ligado a frequentes investidas da mídia para manter a imagem dela em evidência constante, ensejando, com isso, seu reconhecimento e relevância, o herói, é aquele que adquire a sua posição perante o grupo em razão, unicamente, de seus feitos e conquistas. Nesse sentido, Boorstin (apud MACHADO, 2017, p. 182) atesta que: “Enquanto o herói era um grande homem, a celebridade é um grande nome.”

Sobre essa temporariedade da celebridade, Matta (2012, p.89) aponta que “atualmente, certas celebridades, tratadas como marcas, apresentam características típicas de produtos do contemporâneo como: efemeridade e perecibilidade, entre outras, talvez por padecerem de superexposição”.

Como observado acima, a superexposição de uma celebridade pode ser um fator prejudicial para a sua carreira, assim como a contaminação negativa de sua imagem em razão de atitudes da sua vida particular (ANDRADE, 2008). Entretanto, para a presente pesquisa, o

foco será direcionado para uma das causas de perecibilidade do status de celebridade, a superexposição.

A criação e manutenção de uma celebridade está diretamente ligada a um trabalho constante e planejado de exposição midiática, visando manter relevância daquele artista perante o público, o que, por sua vez, faz com que este consuma os diferentes produtos que lhe são ofertados, indo desde os produtos da própria indústria cultural até os produtos de outros setores. Essa influência é que, por sua vez, mantém o valor de mercado daquela celebridade e justifica sua manutenção na grande mídia. Nas palavras de Pena (2002, p.148), “A mídia produz celebridades para poder realimentar-se delas a cada instante em um movimento cíclico e ininterrupto.”

Para se manter em evidência, diversas são as artimanhas que celebridades utilizam (MATTA, 2012), ou até mesmo para voltar aos holofotes em caso de uma perda de status. Contudo, conforme os argumentos apresentados por Andrade (2008), essas artimanhas precisam ser muito bem planejadas e executadas, pois do contrário podem vir a gerar uma superexposição da celebridade o que, algumas vezes, pode resultar numa diminuição do seu valor de mercado e, principalmente, uma diminuição de sua influência sobre as decisões de compra dos consumidores.

O fato é que, enquanto em vida, uma personalidade pública pode se empenhar de diversas formas para atingir e manter-se como estrela. O mesmo não pode ser dito sobre aquelas que já morreram, pois, a morte significa o fim da sua capacidade de produzir conteúdo, o que, conseqüentemente, a retira dos olhos do público, reduzindo ou encerrando, assim, a sua relevância mercadológica.

Reduzindo, porque essas celebridades por meio de licenciamentos e das marcas que foram criadas sobre elas podem, ainda, gerar uma certa receita, ao exemplo da Mont Blanc que já utilizou em diversos dos seus produtos artistas da era de ouro do cinema hollywoodiano, mesmo que falecidos há muitos anos. Isso, por si só, demonstra o

poder de mercado que esses artistas exercem nas presentes e futuras gerações, sendo que essas últimas costumam adquirir os mais diversos produtos com nome ou imagem de artistas que faleceram há muito tempo, mesmo antes desses consumidores terem nascido, como por exemplo Marilyn Monroe, Elvis Presley ou Audrey Hepburn.

São esses reflexos que fazem com a que a gestão eficiente da imagem de uma celebridade tenha o poder de afetar diversos interesses além daqueles de seus herdeiros. Interesses, esses, que precisam ser levados em consideração na hora possibilitar um combate a usos abusivos da imagem ou que vão de encontro com valores mantidos pela celebridade ainda em vida.

Por conta disso, é de suma importância analisar os impactos que eventuais projetos de ressurreição digital podem gerar sobre marcas de terceiros que se utilizam dessas celebridades como forma de atração. Mas, para isso, faz-se necessário algumas considerações sobre o instituto da marca.

4 A CELEBRIDADE COMO MARCA

Como visto, a celebridade pode assumir um papel decisivo no momento da tomada de decisão de um consumidor na hora de adquirir, ou não, determinado produto. Dessa forma, como apresentado no item anterior, a imagem da celebridade acaba por ter uma finalidade muito similar ao da marca, qual seja, a indução do comportamento alheio.

A marca, conforme explica Barbosa (2010), de todas as formas de proteção da propriedade intelectual é a que tem assumido cada vez mais relevância no mercado, principalmente para as empresas americanas, as quais consideram esse elemento o item mais importante de seu patrimônio. Afinal, trata-se de um evidente direito de clientela, considerando que a significância da marca está diretamente atrelada a capacidade da empresa de satisfazer necessidades econômicas, ao

mesmo tempo em que é capaz de sinalizar ao público que aquele produto/serviço possui as qualidades necessárias.

Dessa forma é possível, de forma simplificada, definir a marca como sendo um sinal visualmente perceptível capaz de identificar para um consumidor um determinado bem, diferenciando-o de seus concorrentes diretos (MORGADO, 2013). E, por conta disso, ela tem condições de, ativamente, influenciar na tomada de decisão de compra daquele bem assinalado por ela.

Por conta disso, quando inserida no mercado capitalista, a marca assume um papel de protagonismo na relação de consumo, ainda mais na era da internet. Afinal, se houve uma época em que o valor da empresa estava associado ao seu patrimônio tangível, ou seja, sua sede, maquinários, produtos, veículos e similares, hoje, a força de uma empresa, está em seus ativos intangíveis, ou seja, aqueles bens que não possuem uma fisicalidade *per se*, dentre eles é possível identificar a clientela, as patentes, segredos industriais e, claro, as marcas.

Nesse sentido, Schmidt (2013, p. 40), ao falar sobre essa função de influenciar a tomada de decisão e sua importância no mercado, escreve:

O papel desempenhado pelas marcas na economia de mercado é bastante importante. Como observa Steve Hilton, “o capitalismo não pode funcionar sem uma sociedade de consumo e é impossível uma sociedade de consumo sem marcas.” São as marcas que tornam a concorrência possível, ao permitirem que o consumidor possa diferenciar as mercadorias e escolher a que deseja. A marca permite que a decisão de compra seja determinada pela experiência ou informações prévias que o consumidor tiver a cerca de determinado produto. Com isso o consumo se dá num nível de maior confiança e eficiência.

Por conta disso, é que a marca, num mercado globalizado, acaba sendo capaz de auxiliar com que aquele determinado produto/serviço seja percebido como algo singular, principalmente quando se compara

aquilo que é ofertado pelo titular da marca com o bem oferecido pelos seus concorrentes diretos. Esse papel individualizador é resultado direto da proteção marcária como ferramenta de exclusão de concorrentes, vez que, ao titular da marca, é assegurado um direito de exclusividade na exploração econômica (MORGADO, 2013).

Esse direito de exclusivo consiste na prerrogativa que o titular de uma marca possui de impedir que terceiros utilizem de sinais iguais ou semelhantes para identificar produtos semelhantes. Esse direito é obtido apenas mediante a realização de registro perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e somente poderá ser exercido pelo titular da marca dentro do território nacional, como estabelece a Lei 9.279/96³ (IDS,2013).

Importante ressaltar que, a proteção não é exatamente sobre a marca em si, enquanto palavra ou figura de forma isolada, mas sim sobre o uso que ela tem para identificar determinado produto ou serviço no mercado. Afinal, observa-se que, as palavras, em essência, não passam de signos arbitrários adotados pela sociedade para identificar determinada coisa, mesmo que o objeto a qual ela se refira independa do nome para existir. Dessa forma, o amparo trazido pelo instituto da marca incide sobre a junção do sinal distintivo com o bem que ele designa e havendo qualquer variação em algum desses elementos não há o que se falar sobre confusão (SCHIMIDT, 2013).

Entre os direitos previstos na lei para que o titular da marca possa fazer valer o seu direito de exclusivo, está o direito de zelar pela integridade material ou reputação da sua marca⁴. Sobre a importância de conferir ao titular legitimidade para garantir a reputação, enten-

³ Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

⁴ Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:
(...)

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

de-se que “a preocupação do legislador em amparar a integralidade material e a reputação da marca legitima-se no poder de atração dos sinais distintivos e em seu valor no fundo de comércio das empresas. (IDS, 2013, p. 317)”.

Dito isso, é possível chegar a duas conclusões: i) o titular da marca tem um controle sobre aquela marca desde que esta esteja de fato associada ao produto/serviço que ele comercializa; ii) ao titular da marca é garantido o direito de proteger a sua marca contra deturpações que possam, de alguma forma, prejudicar a imagem daquela marca perante o grande público.

Entretanto, quando se discute sobre o impacto na marca por conta de projetos de ressurreição digital, é preciso destacar que essa marca está, na verdade, associada a uma pessoa. Portanto, a primeira questão que surge é sobre a legitimidade de registrar “alguém” como marca. Isso é resolvido pela Lei 9.279/96 que prevê a possibilidade do registro do nome, pseudônimo ou apelido, assinatura ou imagem de alguém como signo comercial, sobre o tema:

A lei nova ocupa-se dos sinais identificativos da pessoa humana em dois incisos separados, um, reservado ao nome de batismo, parte dele, a assinatura e a imagem; o outro, os nomes que a pessoa quis adotar, em suas atividades ou que a sociedade lhe deu e se associou à sua imagem, bastando para nomeá-la. Com isso, abrange todas as hipóteses, resguardando o homem em um dos seus direitos fundamentais. O nome é indissociável da pessoa humana, permitindo que se distinga dos demais sócios e se movimente dentro da sociedade. Antes do advento da Lei 9.279/96, todas as formas de identificação da pessoa humana já se achavam tuteladas pelo Direito. (IDS, 2013, p. 257-258).

Assim, como bem aponta o trecho acima, o nome é um elemento indissociável da pessoa humana. Porém, uma vez que essa associação entre marca e nome é feita, a natureza jurídica do nome, além de ser

um direito da personalidade, passa a funcionar como um direito patrimonial, podendo integrar o patrimônio de uma empresa, ficando suscetível às normas e limites deste direito. Assim, uma vez que eles sejam aplicados com uma finalidade marcária, esses nomes deixam de ser objeto das prerrogativas e privilégios tutelados pelos direitos de personalidade, passando, verdade, a sofrer com as limitações dos direitos de propriedade industrial (BARBOSA *et all*, 2008).

Dessa forma, atrelar a marca com uma celebridade, ao passo em que pode ser algo extremamente vantajoso do ponto de vista comercial, pode, ao mesmo tempo, significar um risco alto. Pois, como apresentando anteriormente, a manutenção do *status* de celebridade de determinada pessoa depende de uma constante exposição dessa para as massas, o que, se feito de forma desastrosa, seja por péssimas escolhas comerciais ou por atos socialmente reprováveis, pode tornar essa pessoa em um párea da sociedade e, por consequência, todas as marcas que estiverem associadas a elas sofrerão por conta dessa depreciação.

Não é por outra razão que muitos contratos celebrados entre artistas e empresas costumam trazer cláusulas que permitem a rescisão antecipada do contrato em casos em que a imagem do artista possa prejudicar a continuidade das operações, um bom exemplo disso pode ser visto no caso do ator, ganhador do Oscar, Kevin Spacey, que, em 2017, foi acusado de assédio sexual por uma série de indivíduos.

Na época, o ator estrelava a série “*House of Cards*” da Netflix e estava para estrear no filme “*Todo o dinheiro do Mundo*”, o qual já estava finalizado. Contudo, para evitar prejuízos reputacionais, a Netflix optou por retirar o personagem de Spacey da série, enquanto no filme foram convocadas refilmagens para trocar o protagonista, saindo Spacey e entrando Christopher Plummer. (REUTERS, 2021).

Entretanto, observa-se que nesse caso a marca da empresa contratante (Netflix) é um elemento diferente do ator em si, mas que ainda poderia ter sido prejudicada pela sua associação. Agora, ao se

pensar em uma situação em que a marca e o nome são uma coisa só, a situação passa a ser mais delicada. Afinal, não bastaria simplesmente retirar a celebridade dos olhos do público, seria necessária toda uma reformulação e, até mesmo, *rebranding* de toda a empresa para afastar a ligação entre ela e o indivíduo. O que, por sua vez, pode trazer prejuízos significativos ao negócio e acabar com toda a receptividade do público com o produto/serviço assinalado.

Ao observar esse risco sob a perspectiva da ressurreição digital, a morte, em tese, evitaria que o artista pudesse causar danos a sua imagem de forma significativa a ponto de afetar o legado que ele construiu em vida. Contudo, essa tecnologia altera sobremaneira essa perspectiva, afinal, o artista passa a “continuar” no mercado de uma forma ativa, possibilitando que eventuais equívocos nos projetos ou uma superexposição mal calculada, prejudiquem o seu valor comercial.

Com isso em mente, no ponto a seguir será analisada a possibilidade ou não de titulares de marca, visando proteger seus negócios e a imagem destes perante o grande público, de se oporem a projetos de ressurreição digital.

5 OPOSIÇÃO A PROJETOS DE RESSURREIÇÃO DIGITAL

Para entender essa situação, é válido trazer o exemplo que Frank Beard (1993) utiliza em seu artigo germinal sobre o tema da ressurreição digital. No exemplo, o autor pede para que o leitor imagine um cenário em que um determinado artista por toda sua carreira cria para si a imagem de alguém que é contrário ao tabagismo. Por conta disso, uma empresa que visa combater o tabagismo o procura para que ele seja o nome e o rosto daquela empresa na divulgação de seus ideais e projetos para o grande público, ou seja, para que seja sua marca. Uma vez que o artista aceita essa oferta, ele passa a ser a referência para o público daquele projeto. Contudo, após sua morte, uma empresa do ramo do tabaco procura o herdeiro para que este autorize a recriação

do artista para um comercial de cigarros, o familiar, pensando apenas no resultado econômico, aceita tal proposta.

Diante desse cenário, Beard questiona se a primeira empresa, a qual tem titularidade da marca, teria ou não legitimidade para barrar esse segundo projeto, vez que o uso da imagem do artista para vender cigarros feriria toda a campanha desenvolvida por ela ao longo dos anos, pois a imagem do artista fumando, com toda certeza, teria uma grande circulação, podendo ocasionar uma confusão no público quanto ao posicionamento daquele artista perante o assunto e consequentemente daquela a fidedignidade daquela marca.

Pois bem, como visto anteriormente, o valor de mercado de uma determinada celebridade decorre de um esforço orquestrado de exposição do artista para o público com a finalidade de incutir no consumidor uma ideia de que a celebridade representa ou, pelo menos, remete a certos ideais que ela tem e julga que sejam importantes no meio social (MATTA, 2012). Dessa forma, tal qual a marca, a presença da celebridade associada a um determinado produto/serviço tem o poder de diferenciá-lo no mercado de consumo.

Não é por outra razão que, em uma rápida busca pelo INPI, é possível identificar diversos artistas que tenham o nome, apelido ou pseudônimo registrado como marca, por exemplo: Tim Maia possui duas marcas, todas de titularidade da Seroma Produções e Edições Musicais Ltda.; Romero Britto possui cinco marcas, todas de titularidade da Britto Central, Inc.; Anitta, por sua vez, possui oito marcas, todas de titularidade da Rodamoinho Produtora de Eventos Ltda.; a modelo Ana Hickmann possui seis marcas todas de titularidade da Hickmann Moda Fashion Ltda. ME; a apresentadora Ana Maria Braga tem vinte e uma marcas, sendo todas de titularidade da Ambar Agência de Eventos e Editora Ltda.; e Roberto Carlos possui quarenta marcas com registro vigente no país, sendo todas elas de titularidade da Editora Musical Amigos Ltda.

É preciso considerar, também, que a proteção das marcas é exclusiva ao segmento de mercado em que o titular da marca atua e, mais importante, o segmento em que o registro foi efetivamente feito. Dessa sorte, o exercício do direito do titular da marca precisa atender essa limitação não podendo se opor ao uso do nome em outras classes ou atividade, devendo, contudo, observar a necessidade de atribuir distintividade suficiente entre os signos para evitar confusão para o consumidor e levá-lo a crer que ambas as marcas pertencem ao mesmo titular (BARBOSA *et all*, 2008).

Isso nem sempre é feito, como no caso da atriz Juliana Paes que possui duas marcas nominativas registradas e cada uma possui um titular diferente, sendo a única diferença entre elas o fato de que uma é composta em sua integralidade por letras maiúsculas e a outra inteira minúscula.

Assim, o direito de exclusividade que o titular da marca possui tem sua fundamentação na proteção contra atentados a unicidade, consistência ou reputação da marca. A unicidade é justamente o fato daquele signo distintivo ser único, o que facilita a sua memorização pelo consumidor. Esse fundamento é similar ao utilizado para proteção da consistência da marca, que visa evitar que o signo venha sofrer modificações que possam confundir o consumidor (IDS, 2013).

Contudo, em relação ao tema proposto nesse trabalho, a questão da reputação da marca é a que mais chama a atenção. A proteção a reputação decorre do reconhecimento de que, por vezes, o signo distintivo é o elemento capaz de atrair ou afastar um consumidor leigo ao realizar sua primeira compra, o que pode resultar numa fidelização ou não deste à aquela marca (IDS, 2013).

A eventual violação de qualquer um desses elementos pode vir a ser considerada como uma diluição marcária, esse termo pode ser melhor descrito como: “uma ofensa à integridade de um signo distintivo seja moral ou material, por um agente que não necessariamente compete com o titular do sinal.” (IDS, 2013, p.318). Consequentemente, essa

mácula pode causar a diminuição na atratividade daquele produto ou serviço, seja por sua associação a uma baixa qualidade ou, até mesmo, à vinculação desse sinal com algo socialmente reprovável (IDS, 2013).

É nesse último cenário que o exemplo trazido por Beard (1993) ganha força, afinal, hoje o tabaco não é algo bem visto pela maioria da sociedade e a eventual associação daquele ícone notoriamente conhecido pela sua atuação no combate desse produto, pode acarretar em danos para a empresa que é a titular da marca. Ainda mais, se observar o exemplo sob o contexto atual em que, por meio de impulsionamento, é possível fazer com que essa imagem circule muito mais e possa, eventualmente, soterrar o trabalho original do artista nos mecanismos de busca.

Essa ação por terceiros, portanto, teria o condão de ferir de forma considerável aquele signo marcário. Mas, uma vez que o projeto de ressurreição digital consiste na réplica da imagem e essa, por sua vez, é intransmissível, é questionável se o titular da marca teria legitimidade para se opor a eventual uso da imagem da celebridade, ainda que legalmente amparado.

A título de exemplo, é possível olhar para os Estados Unidos, onde a discussão gira em torno não do direito de imagem, mas sim daquilo que é conhecido como *Publicity Rights*, direito de publicidade em tradução livre. Esse direito versa sobre a possibilidade que uma pessoa possui de explorar economicamente o seu nome, voz, imagem, assinatura ou *likeness*⁵ (LUGOSI, 2000). Um bom exemplo é o caso *Milton H. Green, Inc v Marilyn Monroe LLC*.

Nele, a Corte do Nono Circuito rejeitou a tentativa de mudar o domicílio da atriz de Nova Iorque para a Califórnia – a atriz residia em Nova Iorque, mas morreu na Califórnia – e, por conta disso, a atriz não

⁵ O termo “*likeness*” não se refere à imagem do ator propriamente dita, mas sim de uma réplica que guarda semelhanças à sua aparência, sejam essas reproduções bi ou tridimensionais. O que é, basicamente, a essência dos projetos de ressurreição digital (BEARD, 1993; TAN, 2018).

era capaz de receber a proteção póstuma concedida pela lei californiana, restando o seu *right of publicity* sob a égide da lei nova iorquina e, portanto, extinto em decorrência da morte da atriz⁶. Como resultado, passou a ser desenvolvido um projeto holográfico com a imagem dela independentemente de qualquer autorização do espólio, restando aos seus descendentes tentar encerrar o projeto não com base no nome, imagem ou *likeness* de Marilyn, mas sim com base na proteção da marca Marilyn Monroe. Afinal, diferentemente da proteção ao *right of publicity*, a proteção marcária decorre de lei federal e, portanto, a sua proteção independe de qual Estado foi feito o registro, sendo possível que o titular da marca possa combater os usos não autorizados em qualquer Estado (DRACOLIAS, 2014).

Numa abordagem mais próxima a trazida neste estudo é possível indicar o instituto do *Passing Off* do *Common Law* britânico, o qual inicialmente surgiu para combater o uso não autorizado de elementos marcários, mas que, com o tempo, passou a ser utilizado, também, por celebridades para evitar usos comerciais não autorizados de seu nome e imagem. O cerne da questão é que, ao utilizar o nome ou imagem de uma determinada celebridade para anunciar determinado produto/serviço, passa-se ao público a ideia de que essa associação é chancelada pelo artista e, quando esta vinculação é realizada de forma não fiel às reais vontades da celebridade, isso leva, portanto, o consumidor a tomar uma decisão baseada numa construção equivocada dos valores da celebridade (TAN, 2018).

Nesse sentido, é possível observar que a celebridade acaba se tornando similar à marca de alto renome, na medida em que cria no consciente do consumidor uma vinculação automática do nome à pessoa, sendo, portanto, protegida em todos os ramos de atividade, afinal todo e qualquer uso não autorizado, independentemente do segmento de mercado pode sofrer restrições com base nesse instituto.

⁶ Em maio de 2021 passou a valer uma nova lei sobre o tema no Estado de Nova Iorque, umas das principais mudanças foi, justamente, o reconhecimento da permanência do *right of publicity* após a morte do titular.

Contudo, o instituto do *Passing Off* ainda está condicionado a uma representação direta da celebridade ou de seus herdeiros, não tendo sido encontrado, até o momento, qualquer caso em que ele tenha sido exercido por terceiro interessado, o que evidencia uma manutenção da limitação de segmento para a atuação do titular da marca.

No sentido de empresas serem legítimas para mover ações que versem sobre direito de personalidade, interessante é, no Brasil, o caso da ação promovida pela Ayrton Senna da Silva *Promotions Limited* contra a Editora Escala Ltda. em decorrência de uso não autorizado da imagem e nome do piloto que dá nome a instituição:

INDENIZAÇÃO - Ação cominatória cumulada com pedido de reparação por danos materiais e morais, decorrentes de alegada violação de direito à imagem - Improcedência - Cabimento, no entanto, da condenação à abstenção de uso de imagem, bem como ao pagamento de indenização, esta apenas pelas perdas materiais - Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Com Revisão 9147171-76.1998.8.26.0000; Relator (a): Erbeta Filho; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2. VARA CÍVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 17/04/2000)

Nesse caso, a editora havia utilizado a imagem do piloto Ayrton Senna numa publicação e a empresa fundada pelo piloto ainda em vida, ajuizou uma ação para fazer cessar o uso da imagem do piloto na publicação, bem como pleiteou indenização por perdas e danos. Na decisão unânime, a Corte entendeu que, em vida, Senna havia transferido para a empresa o poder de administrar todo e qualquer uso de sua imagem, nome, assinatura, estando isso, inclusive, previsto no contrato social da empresa. Como resultado, essa transferência manteve a sua validade mesmo após a morte do titular do direito e, por essa razão, foi decidido que a editora deveria sim se abster de utilizar a imagem de Senna e indenizar por danos materiais a autora, mas foi rejeitado o pleito referente aos danos morais, visto que estes não caberiam a ela pleitear.

Observa-se que, o presente caso, diferente do caso da Marilyn Monroe, discutiu apenas questões atreladas por direito de imagem. No caso do Senna, havia um pleito para que a Editora parasse de utilizar a expressão “SENNA” a qual é registrada como marca, mas não foi efetivamente discutida a matéria, pois entendeu que a gestão dos direitos de personalidade supriria essa questão.

Nesse sentido, a decisão pode ser vista como algo próximo à compreensão americana do *publicity rights*, considerando que a empresa, em virtude dos contratos, assumiu para si apenas a gestão dos elementos individualizadores de Senna no que tange a sua utilização como bem patrimonial e com exploração comercial, não sendo transferida a legitimidade sobre os direitos morais, os quais permanecem atrelados aos familiares, considerando o entendimento de que uma ofensa ao falecido configura uma ofensa aos seus descendentes e não às empresas a eles atrelados.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto é inquestionável que a celebridade possui certo valor de mercado e que a sua associação a eventuais produtos/serviços é capaz de influenciar o comportamento e as decisões dos consumidores, funcionando, assim, tal qual uma marca.

A marca, por sua vez, é obtida apenas por meio de registro perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e garante ao seu titular um direito de exclusivo, que o legitima a agir contra aqueles que, de alguma forma, venham a praticar atos que possam ferir a reputação de sua marca aos olhos do consumidor.

A problemática trazida pela ressurreição digital, portanto, é no sentido de que uma vez que o artista venha a falecer, pela lei, a responsabilidade pela gestão dos direitos da personalidade do falecido fica a cargo de seus herdeiros e sucessores, mas as celebridades possuem um aspecto econômico que a maioria das pessoas não tem, e, por essa

razão, não raras vezes, elas licenciam seus nomes para que terceiros o utilizem como forma de assinalar produtos ou serviços. Porém, o tema torna-se nebuloso quando se depara à análise da possibilidade ou não de terceiros terem legitimidade para apresentar uma oposição ao uso do nome e/ou imagem dessas celebridades, vez que o assunto vai muito além da marca.

Assim, é possível identificar que a intervenção de terceiros, que não os herdeiros e sucessores de determinado artista, para projetos de ressurreição digital seria possível nos casos em que a empresa titular da marca possua alguma forma de comprovar que ela, na verdade, é a única responsável para decidir sobre eventuais licenciamentos da imagem. Sem isso, fica difícil a imposição da questão marcária sobre um tema voltado ao direito indisponível da imagem de alguém.

Isto posto, por mais que o nome e a imagem das celebridades sejam elementos indissociáveis o risco de dano à marca do produto/serviço, em princípio, não teria o condão de afastar tais projetos, pois ao sopesar os dois direitos é possível reconhecer maior importância ao direito de personalidade.

REFERÊNCIAS

AYUSO, Rocío. Há filme após a morte. **El País**. Publicado em 08 de maio de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/08/cultura/1399575020_956003.html. Acesso em: 13 jun. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. Do Direito de Propriedade Intelectual das Celebridades. *In*: WACHOWICZ, Marcos. **Estudos de Direito da Propriedade Intelectual**. 1. ed. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 117-197.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARBOSA, Denis Borges; PORTO, Patricia C. da R.; BARBOSA, Pedro M.N. **Patronímico como Elemento de Marca**. 2008. Disponível em: <https://www.dbbba.com.br/wp-content/uploads/propriedade09.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BEARD, Joseph J.. Casting call at forest lawn: The digital resurrection of the deceased entertainers – a 21st century challenge for intellectual property law. *In: Berkeley Technology Law Journal*, Volume 8, 1ª ed. Berkeley: University of California, 1993. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1114603/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BURROWES, Patrícia. Cinema, entretenimento e consumo: uma história de amor. *In: Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 35, p. 34-50. abril de 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/4092>. Acesso em: 16 nov. 2020.

D'AMICO, G.F. Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing. *In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO*, XI, 2017, Curitiba. **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2017. p. 115-140.

DRECOLIAS, Michael Spiro. Tupac and Beyond: the implications of the tupac hologram on copyright and the right of publicity and what it may mean for the future of music. *In: Law School Student Scholarship*. 2014.

FONTEIN, Meaghan. Digital resurrections necessitate federal post-mortem publicity rights. *in: 99 Journal of Patent & Trademark Office Society*. Virginia: The Journal of the Patent and Trademark Office Society, 2017. p. 481-489.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. 3ª ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

ITZKOFF, Dave. How ‘Rogue One’ brought back Familiar Faces. **New York Times**. Publicado em 27 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?mcubz=3>. Acesso em: 13 set. 2020.

LUGOSI, Bela G. California Expands the Statutory Right of Publicity for Deceased Celebrities While Its Courts Are Examining the First Amendment Limitations of That Statute. *In: De Paul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*. Volume 10, n. 02, 2000. p. 259-282.

MACHADO, Guilherme. A estrela caiu: relações entre publicidade, a cultura pop e a fama. *In: Extraprensa*, São Paulo, v.11, n.1, p. 171-186, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/111114>. Acesso em: 16 nov. 2020.

MATTA, João Osvaldo Schiavon. Cultura da mídia e celebridade (midiáticas) do contemporâneo: Madonna e Avril Lavigne. *In: TecCom studies*, Madri, n.3, p. 87-95, jan./mar. 2012. Disponível: https://www.academia.edu/6465567/Cultura_da_m%C3%ADdia_e_celebridades_midi%C3%A1ticas_do_contempor%C3%A2neo_Madonna_e_Avril_Lavigne. Acesso em: 16 nov. 2020.

MORGADO, Mônica Christina Rodrigues. **Marcas de Alto Renome: Abordagem conforme a legislação brasileira**. 1º ed. Curitiba: Juruá. 2013.

PENA, Felipe. Celebridades e heróis no espetáculo da mídia. *In: Intercom*, São Paulo, v. XXV, p. 146-157, 2002. Disponível em: <http://portcom.intercom.org.br/revistas/index.php/revistaintercom/article/viewFile/447/416>. Acesso em: 16 nov. 2020.

REUTERS, Kevin Spacey volta a atuar com papel pequeno em filme italiano após acusações de má conduta sexual. **G1**, 2021, Disponível em: Kevin Spacey volta a atuar com papel pequeno em filme italiano após acusações de má conduta sexual | Pop & Arte | G1 (globo.com). Acesso em: 02 ago. 2021

RONDEAU, José Emílio. Morreu? Sem problemas. Põe o holograma no palco. **José Emilio Rondeau**. Publicado em: 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jerondeau.com/morreu-sem-problemas-poe-a-holografia-no-palco/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **A Distintividade das Marcas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAN, David. **The Commercial Appropriation of Fame: A cultural analysis of the right of publicity and passing off**. Cambridge: Cambridge University Press. 2018.

TAPLEY, Kristopher; DEBRUGE, Peter. 'Rogue One': What Peter Cushing's digital resurrection means for the industry. **Variety**. Publicado em 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://variety.com/2016/film/news/rogue-one-peter-cushing-digital-resurrection-cgi-1201943759/>. Acesso em: 13 set. 2020.

THE DALI MUSEUM, **Behind the Scenes: Dali Lives**. 8 de mai. de 2019. (04m14s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BIDaxl4xqJ4&t=12s>. Acesso em: 17 jun. 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA:

REFLEXÕES SOBRE UM POSSÍVEL DESCREDENCIAMENTO FILOSÓFICO

*Flávia Della Bernardina*¹

*Sérgio da Silva Souza*²

RESUMO: O presente artigo científico, aborda a questão da autoria e suas possíveis transformações conceituais e epistemológicas frente ao avanço da inteligência artificial enquanto instância criadora, capaz de materializar através da emulação da capacidade cognitiva humana bens intelectuais em tese passíveis de tutela via Direito de Autor. O trabalho busca estabelecer um paralelo no conceito da filosofia da arte erigido por *Arthur Danto* que no final década de 1960, discorre sobre o que ele nomeia como descredenciamento filosófico da arte, provocando uma virada no seu conceito ontológico, justo por passar a considerar como arte aquilo que não era, a exemplo do urinol de *Duchamp* e as caixas de sabão *Brillo* de *Andy Warhol*. Transpondo tal raciocínio às discussões sobre autoria e inteligência artificial e considerando a autoria como uma construção sócio cultural, que se dá num dado tempo e espaço, e apesar de ainda não ser admitido pelos institutos legais vigentes, propomos a reflexão sobre a possibilidade de num futuro próximo, a inteligência artificial passar a ser considerada autora das obras que forem criadas a partir de seus algoritmos.

Palavras-chave: Autoria; Inteligência Artificial; Descredenciamento Filosófico.

¹ Advogada em direitos autorais, mestre em artes visuais (PPGA/UFES).

² Mestre em propriedade intelectual e transferência de tecnologia para a inovação pela UESC

1 INTRODUÇÃO

A inteligência da forma como nós a conhecemos é um conceito fortemente arraigado as habilidades cognitivas, e como tal, é considerada o fator psicológico que melhor define o comportamento dos seres humanos (LEMOS; ALMEIDA, 2019). A inteligência artificial, por seu turno, denota do ponto de vista de sua definição uma ligação intrínseca com a capacidade de aprender, compreender e tomar decisões independente da vontade de um operador humano (SOUZA; JAKOSKI, 2018). Não existe uma definição amplamente aceita pela comunidade científica do que venha a ser o conceito de inteligência artificial ou simplesmente IA.

Em linhas gerais, a inteligência artificial pode ser compreendida como uma tentativa de reprodução da capacidade cognitiva humana, notadamente o aprendizado, a memória e os processos de tomada de decisões, por meio de *softwares* computacionais (COSTA; OLIVEIRA, 2019). Hodiernamente, as tecnologias de inteligência artificial podem ser utilizadas em diversas áreas da indústria, tais como, o setor bancário, veículos autônomos, telecomunicações, entretenimento, agricultura e ciências médicas (WIPO, 2019). Cumpre esclarecer que as possibilidades de uso da tecnologia se expandem para basicamente todas as áreas do conhecimento humano.

O algoritmo representa a unidade básica de ação de uma inteligência artificial, contendo um conjunto de instruções matematicamente estruturadas por meio das quais o sistema de inteligência artificial chegará a resolução de um problema ou classe de problemas (ELIAS, 2017). A IA tem se mostrado como uma ferramenta capaz de emular diversas características da inteligência humana que sintetizam e automatizam tarefas intelectuais através de sistemas que percebem e interagem com o seu ambiente e tomam decisões com elevado nível de precisão (CANTALI, 2018).

Uma das questões que tem gerado debates acirrados na sociedade contemporânea é a possibilidade de uma inteligência artificial

criar uma obra artística de resultado imprevisível e sem a intervenção de um operador humano. Em termos gerais, os cientistas desde o surgimento da inteligência artificial, tem explorado a capacidade dessa tecnologia gerar produtos criativos a nível humano, tais como, poesia, música e artes visuais, sendo, essa habilidade criativa fundamental para comprovar se a IA de fato é inteligente (ELGAMMAL; et al, 2017).

A possibilidade de criações artísticas, científicas e literárias serem geradas por uma inteligência artificial suscitam questões pertinentes ao status legal dessas criações, notadamente no que se refere a autoria, condições de proteção das obras, além da dialética existente entre privatização versus domínio público (RAMALHO, 2017). Dentro do atual panorama de uso crescente de tecnologias com emprego de uma inteligência artificial cada vez mais autônoma podendo inclusive, através da emulação da capacidade cognitiva humana gerar inovações artísticas, tecnológicas e científicas a interpretação do conceito de autoria assume posição de grande importância na sociedade (BALLARDINI; HE; ROOS, 2018).

2 METODOLOGIA

Este artigo científico tem por escopo pesquisar a relação contemporânea entre autoria e inteligência artificial, subsumida na pergunta: estaríamos vivendo um descredenciamento filosófico da autoria, com a produção intelectual criada por inteligências artificiais?

Como base teórica e por analogia, partiremos dos estudos realizados pelo filósofo Arthur Danto que discorre sobre o que denomina o “descredenciamento filosófico da arte”, quando esta, entendida como disciplina da história da arte, atravessa uma transformação de ordem ontológica para acolher as práticas artísticas contemporâneas.

Esse processo se deu, inicialmente, com Marcel Duchamp, ao expor em 1917 um mictório “A Fonte” no *Salon des Arts*, em Paris. O que era um objeto de uso comum aos homens, diga-se de passagem passou

a ser considerada, nesse deslocamento, uma obra de arte. Destarte, o paradigma de *Duchamp* é utilizado para exemplificar o momento atual sobre o possível reconhecimento da autoria de obra feita por uma inteligência artificial

É a questão posta por Danto:

Este objeto confeccionado industrialmente, com uma utilidade delimitada, adquiriu propriedades adicionais conferidas às obras de arte em relação àquelas que meras coisas reais possuem. É nesse ponto que o espectro do que é arte ganha novos contornos, ante a ideia de que tudo poderia ser arte. (DANTO, 2005, p.47)

Transpondo tais reflexões para os estudos da autoria, em especial no que tange as criações originárias de inteligências artificiais, questionamos e talvez antevemos as possibilidades da inteligência artificial ser considerada autora de obras artísticas, científicas e literárias, num futuro próximo.

A partir do questionamento inicial e do entrelaçamento com as reflexões já percorridas no mundo da arte, refletimos sobre o alargamento das perspectivas do que se passa no século XXI, e que, posteriormente, poderia nos ampliar os conceitos de autor e de autoria tal qual ocorrera no início do século XX sobre o conceito da arte.

3 O AUTOR E A IDEIA DE AUTORIA

A partir de um olhar histórico o conceito de autor e a ideia de autoria são construções decorrentes dos processos de evolução das relações, sociais, institucionais e tecnológicas que permeiam o desenvolvimento evolutivo de determinada sociedade. Nessa esteira, há aproximadamente trinta e cinco mil anos no período Paleolítico é que se tem início às primeiras obras de arte conhecidas produzidas por

seres humanos, com especial destaque para as imagens de animais pintadas nos interiores das cavernas (JANSON; JANSON, 1996).

As obras pintadas por nossos ancestrais humanos nos interiores das cavernas, de certa forma demonstram que as criações artísticas estão vinculadas à natureza do ser humano, sendo em última análise reflexos de sua personalidade (ZANINI, 2015). De outro lado, Carboni (2010) observa que a autoria não pode ser entendida como algo natural, mas sim como parte de uma construção histórica que passa por transformações sociais e culturais ao longo do tempo, perpassando desde a cultura oral até os dias atuais.

Entretanto, tais antecedentes históricos funcionam como fatores de maior complexidade à compreensão do conceito de autor. Acrescidos por certa exiguidade de estudos acadêmicos que dissequem com a necessária profundidade o fenômeno da autoria (CAVALCANTI, 2011). Contudo, a autoria se manifesta como um ato comunicativo, dialógico e social, inerentemente vinculado ao cultivo da individualidade e das relações sociais historicamente permeadas por doutrinas e conceitos utilitários de originalidade, que não raras vezes determinaram o que um autor deveria fazer (CRAIG; KEER, 2019).

Uma das principais iniciativas que tenta fixar o conceito de autoria está vinculada ao surgimento da profissão de copista, no século XIV em um pequeno mercado de produção de manuscritos em Paris, sendo esta uma das primeiras profissões editoriais de que se tem conhecimento (SILVA, 2013). Impende salientar que nessa época a noção de tutela jurídica da criação autoral incidia exclusivamente sobre o suporte físico no qual a obra estava materializada de modo que a sua mera comercialização gerava a transferência da propriedade ao adquirente (GHESTI; AREAS; PANZOLINI, 2018).

Tais relações comerciais, eram intermediadas por uma espécie de profissional que assumia às vezes de editor, sendo o responsável por realizar as transações comerciais entre o copista e o comprador da obra (SILVA, 2013). Ocorre que a disrupção tecnológica gerada pelo

surgimento da imprensa no século XV, ao tornar o processo de reprodução da obra literária mais rápido, cria um novo e lucrativo arranjo empresarial (GHESTI; AREAS; PANZOLINI, 2018). Destarte, em que pese nos faltar elementos para determinar o início do ato criativo humano, a noção de autor tem o seu desenvolvimento atrelado a dinâmica da expansão da cultura literária.

Estudos elaborados em literatura romana, já trouxeram a lume que para além do reconhecimento, os autores tinham em seus escritos alguma fonte de obtenção de renda, ademais a noção de autor sempre existiu entre os romanos independente da expressão codificada nos códigos jurídicos (AFONSO, 2009). Com a fundação da Academia Francesa em 1663 a vinculação do conceito de autor à difusão da cultura literária ganha força mediante a tentativa de profissionalização do autor literário como expressão da marca nacional (SILVA, 2013).

De acordo com *Foucault* (1995) o indivíduo que denominamos de autor é uma projeção do tratamento que dá aos seus próprios textos e com os quais se vincula de maneira umbilical de diferentes formas conforme a época e os tipos de discursos. Seguindo ainda, a intelecção de *Foucault* (1995) a função do autor caracteriza a existência, difusão e funcionamento de determinados discursos no âmbito de uma sociedade. Com o advento do século XX o conceito de autoria, obra e originalidade sofrem profundas mudanças decorrentes de movimentos artísticos que contestavam as formas clássicas de produzir e pensar sobre a arte (CONRADO, 2013).

Com especial destaque para o movimento *readymade* criado por *Marcel Duchamp*, a obra de arte *readymade* oferecia ao espectador o mistério visual da apropriação pelo artista de um objeto industrial típico do cotidiano e a sua exposição dentro de uma galeria ou museu (LEENHARDT, 1994). Objetos como a roda de uma bicicleta ou um mi-citório, tinham a sua destinação primeira deliberadamente alteradas pelo artista, passando a adquirir importância estética e considerável vocação expressiva (CABANNE, 2001).

O próprio *Duchamp*, quando da criação de sua obra denominada *La Fontaine*, afirmou que não possuía a intenção de criar uma obra que chamasse a atenção por sua beleza estética, mas sim questionar o mundo da arte de modo que a obra de 1917, materializada em um mictório invertido, ainda gera hodiernamente um grande questionamento por artistas e críticos de arte no que tange ao status da obra (HENEQUIN, 2018). Entretanto, esse movimento de contestação da arte se irradia no decorrer do século XX, sendo o fato gerador da expansão cognitiva sobre o entendimento do que vem a ser arte para incluir objetos, não necessariamente estéticos ou que necessitem de habilidades especiais para a sua produção ou mesmo o domínio de técnicas avançadas pelo autor.

Nessa senda, o poder disruptivo do movimento *readymade* encabeçado por *Marcel Duchamp* levou o mundo da arte a se basear na determinação da intenção do artista, na exibição institucional e na aceitação do público como etapas críticas necessárias para se definir algo como arte (MAZZONE; ELGAMMAL, 2019). Atualmente, a possibilidade de uma inteligência artificial criar de forma autônoma obras artísticas, científicas ou literárias originais que a princípio poderiam ser tuteladas por direito de autor, novamente gera acirrado debate sobre a noção da figura de autor e da autoria.

Tal investigação ontológica feita na era digital, nos lança como grande desafio, pensar na inteligência artificial e seu papel nas relações humanas, sob um prisma que vai além da tentativa de reconhecimento da autoria pela IA, atrelada na doutrina excessivamente utilitarista dos direitos autorais (CRAIG; KEER, 2019). Sob pena de o avanço tecnológico ser utilizado como subterfúgio para reservar ao autor a totalidade do lucro potencial advindo da mercantilização da obra, enquanto de outro lado, veda o acesso da maioria da população à informação e cultura (ASCENSÃO, 2008).

4 A (DES)CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA AUTORIA PELA IA

Sabe-se que, do ponto de vista da dogmática jurídica a legislação autoral brasileira, não prevê a possibilidade de reconhecimento de autoria a uma inteligência artificial. Nesses termos, o artigo 11 da Lei 9.610/98 prevê expressamente que o autor, criador de obra literária, artística ou científica é necessariamente uma pessoa física.

Todavia, a questão que se coloca, ainda sem resposta, segue em direção não ao que seria óbvio atualmente, mas ao que pode ser num futuro próximo, justamente o fato da IA ser considerada autora, ou ainda, da hipótese de não conseguirmos diferenciar se uma obra é produzida por um ser humano ou por uma inteligência artificial.

Há quem defenda que sistemas mais avançados de IA já seriam capazes de anular a autoria humana, uma vez que, após serem previamente treinados em bancos de dados pré-existentes, possuem a capacidade de continuar em um processo autônomo de aprendizado e gerar como resultado obras musicais, artísticas ou literárias em estilos específicos e imprevisíveis (GINSBURG, 2018). Esse cenário nos remete à condição contemporânea de dúvida e inquietude da produção artística e do constante questionamento do que pode ou não ser considerado arte.

Assim como a ideia de autoria, a noção do que é arte construída a partir de cânones clássicos que perduraram até a metade do século XX, sustentaram os estudos da teoria e história da arte, enquanto uma disciplina. Na virada da metade do século XX, mais precisamente na década de 1960, os questionamentos giravam em torno da produção artística vigente com a seguinte indagação: isto é arte?

Em momento anterior a esse, notadamente no início do século XX, *Duchamp* materializaria através dos *readymades* o questionamento de conceitos como autoria e originalidade. No seu texto *Apropos of ReadyMades*, publicado em 1961, *Duchamp* reforça a falta de origina-

lidade dos *readymades*, cuja execução artística estaria sob o domínio primordial da escolha totalmente desvinculada da esfera estética, do manual, do visual e da noção de gosto (DUCHAMP, 1973).

Quando esses objetos de uso comum, com funções utilitárias e cotidianas, essencialmente originários da indústria, são deslocados para espaços institucionalizados de arte, *Duchamp* não só restitui o lugar do espectador, como também subverte a noção de autoria e do que é arte. Segundo o filósofo *Arthur Danto*, *Duchamp* levanta não só “a questão ‘o que é arte?’”, mas, antes, por que algo é uma obra de arte, quando algo exatamente idêntico *não o é?*” (DANTO, 2010, p. 48).



Fig. 1 – R. Mutt, *Fonte*, 1917.

Algumas décadas depois de *Duchamp*, em 1968, *Andy Warhol* expôs na *Stable Gallery* em Nova York, caixas de madeira as quais denominou *Brillo Box* que reproduziam com exatidão as caixas de sabão em pó da marca *Brillo*. Esse movimento duchampiano, retomou uma questão iniciada pelo próprio *Marcel Duchamp* no início do século XX, e que o filósofo *Arthur Danto* tratou no livro *Transfiguração do Lugar Comum*: “por que eram consideradas obras de arte as caixas de ma-

deira que reproduziam as caixas de sabão Brillo, enquanto que as que estavam nas gôndolas dos supermercados assim não eram consideradas? Como um objeto adquire o direito de participar, como obra, do mundo da arte?” (DANTO, 2010, p.16).



Fig. 2 – Andy Warhol, *Brillo Box*, 1964.

Vale a citação das reflexões de *Danto* (2010, p. 17), em relação à recepção das obras pelo mundo da arte:

Na maior parte das fases da história da arte, algo parecido com a *Brillo Box*, ainda que pudesse ter existido como objeto, não o teria como obra de arte. O trabalho só se tornou viável como arte quando o mundo da arte – o mundo das obras de arte – estava pronto para recebê-lo entre seus pares.

Essa afirmação foi colocada pelo filósofo enquanto uma descrição do que vem a ser a razão fundante do descredenciamento filosófico da arte que reside na questão do que diferencia meras coisas reais de uma obra de arte. Partindo dessa premissa, podemos de forma análoga, assim como foi instigado por *Duchamp*, por meio do movimento

contestação *readymade* e depois retomado por artistas ao longo do século XX, inferir que o século XXI nos coloca a seguinte indagação: isto é um autor?

Poderíamos vislumbrar que assim como na história da arte, que atravessou a questão do seu descredenciamento filosófico na passagem do modernismo para a contemporaneidade, a disrupção tecnológica provocada pela inteligência artificial na atualidade, nos leva a crer estarmos vivendo uma espécie de descredenciamento filosófico da autoria, ao admitir que uma IA possa ser considerada autora.

Como exemplos, podemos citar projetos já em curso onde a inteligência artificial participa ativamente no processo criativo. Um deles é o *The Next Rembrandt*, da *Microsoft* e empresas parceiras que a partir de algoritmos assumiriam qual seria a próxima obra do gênio da pintura *Rembrandt* (SHIRRU, 2018). Modelos de IA criadas para redação de textos, que inclusive já possuem a autoria reconhecida em países como a China, vide o caso da *Dreamwriter*, desenvolvida pela *Tencent*, que recentemente teve sua autoria reconhecida pelo Corte do Distrito de *Shenzen* (GUADAMUZ, 2020).



Fig.3 - *The Next Rembrandt*.

O jurista José de Oliveira Ascensão (2008) atribui à tecnologia a profunda metamorfose que o Direito Autoral tem sido submetido, argumentando sobre uma autoria sem autor, que seria, em sua visão, o direito de autor dissolvendo-se na proteção de uma série de contributos, ou uma série de banalidades, sem criatividade. Nas palavras do professor: “protegem-se afinal produções culturais, haja ou não autor”. (ASCENSÃO, 2008, p.106)

Ascensão (2008) acertadamente ensina que na medida em que o direito de autor se torna uma mercadoria, o autor vai se apagando, em termos da carga autoral imprimida no trabalho. Entretanto, a questão que colocamos neste artigo é que, uma vez verificada a contribuição pela IA na criação de um bem intelectual, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade de a mesma tornar-se autora.

Atualmente, não existe definição pacífica se jano ordenamento jurídico pátrio ou em ordenamentos alíenigenas sobre o reconhecimento de uma IA como autora, em que pese o caso *Dreamwriter* na China. Seguindo a linha de Tércio Sampaio Ferraz, nenhuma sentença judicial é capaz de suprir a lacuna da lei que permanecerá a existir até que o legislador a elimine em definitivo (FERRAZ JR, 1994).

Como vimos, a partir de um movimento de contestação da arte o que não era considerado arte passou a ser, após um deslocamento conceitual empreendido por *Duchamp* ao expor um urinol num tradicional salão de arte em Paris, tal feito serviu de pavimento para outras práticas artísticas que modificariam os rumos da história da arte e os conceitos do que de fato seria ou não arte.

Ainda que exista uma resistência ao reconhecimento de autoria a uma inteligência artificial, a IA já nos influencia esteticamente através da automação de algumas das nossas experiências culturais em ambiente digital como a seleção automática dos anúncios que nos sugerem o que devemos assistir, ouvir, ler ou vestir (MANOVICH, 2018). O que acaba por interferir na livre experiência da interação humana com o ambiente digital.

5 CONCLUSÃO

É necessário ter em mente que a possibilidade de uma inteligência artificial gerar criações artísticas suscitam questões que estão muito além das noções conceituais de autoria. A questão central tratada no presente artigo é se obras intelectuais geradas por IA, a princípio tuteladas por Direito de Autor, poderiam ou não ser consideradas arte e, caso confirmada essa hipótese, se a inteligência artificial poderia ser considerada autora de obra que eventualmente tenha gerado de forma autônoma, ou seja, sem a intervenção de um operador humano.

Definir o que pode ou não ser considerado arte, talvez seja um debate mais profundo do que definir se uma inteligência artificial poderá ser ou não autora de uma obra. Através da arte, tal qual ocorre na linguagem, o ser humano se transmuta em um inventor de símbolos, por meio dos quais estabelece um diálogo visual com o observador; este por seu turno, busca a todo o instante compreender as aspirações do criador expressas pelo objeto que na maioria das vezes é mudo (JANSON; JANSON, 1996).

Dando um salto para os dias atuais em especial nesses tempos de isolamento social e das *cryptoarts* passamos pelo fio da navalha entre real e virtual, entre humano e máquina, com produções artísticas avançando para o ambiente da rede. Sabemos que mesmo antes das atuais conjunturas, muitas produções já operavam no sentido da criação de obras a partir da inteligência artificial.

De todo modo, como dito alhures, a tentativa de descredenciamento da autoria pela IA evidenciada nesse início de século XXI, difere na essência do movimento de contestação dos dogmas conceituais da arte proposto por *Marcel Duchamp*. Ademais, reconhecer uma IA como autora poderá servir para o recrudescimento da proteção da propriedade intelectual e a instrumentalização do Direito de Autor como mera ferramenta de geração de lucro para os titulares da obra.

REFERÊNCIAS

AFONSO, O. **Direito Autoral**: conceitos essenciais, Barueri, SP: Manole, 2009.

ASCENSÃO, J. O. As “Exceções e Limites” ao Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital. **Fórum Nacional de Direito Autoral** – Ministério da Cultura – Seminário Internacional Sobre Direito Autoral, Fortaleza 26, 27 e 28 de novembro, 2008.

BALLARDINI, R. M; HE, K; ROOS, T. AI-Generated Content: authorship and inventorship in the age of artificial intelligence. *In*: PIHLAJARINNE, T; VESALA, J. HOKKILA, O (Ed.). **Online Distribution of Content in the EU**. p. 117-135, 2019. Disponível em: <https://researchportal.helsinki.fi/en/publications/ai-generated-content-authorship-and-inventorship-in-the-age-of-ar>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

CABANNE, P. **Marcel Duchamp**: engenheiro do tempo perdido. Tradução Paulo José Amaral. São Paulo: Perspectiva, 2001.

CANTALI, F. B. 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, jul/dez, 2018.

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

CAVALCANTI, J. R. Autor e autoria. **Bakhtiniana**, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 151-165, 1º semestre, 2011.

CONRADO, M. M, **A arte nas armadilhas dos direitos autorais**: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. 2013. 321 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

COSTA, R. S; OLIVEIRA, S. R de. O Uso de Tecnologias de Reconhecimento Facial em Sistemas de Vigilância e Suas Implicações no Direito à Privacidade, **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. v. 5, n. 2, p. 1-21, 2019.

CRAIG, C; KERR, I. **The death of the AI author**, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3374951. Acesso em: 28 set. 2021.

DANTO, A. C. Arte sem paradigma. **Anais...** Conferência apresentada no Simpósio Generazione delle Immagine, realizado pela Prefeitura de Milão, 1994. Tradução de Ricardo Maurício.

DANTO, A. C. **Transfiguração do lugar-comum**. Trad. Vera Pereira. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

DANTO, A. C. **Andy warhol**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

ELIAS, P. S. Algoritmos e Inteligência Artificial Exigem Atenção do Direito, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ELGAMMAL, A; LIU, B; ELHOSEINY, M; MAZZONE, M. CAN: Creative adversarial Networks Genarating “Art” by Learning About Styles and Deviating from Style Norms, arxiv, 2017.

FOUCAULT, M, **O que é um autor?** Tradução Antônio Fernando Cascais; Edmundo Cordeiro. Lisboa: Vega, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GHESTI, G. F.; AREAS, P. O.; PANZOLINI, C.D. Direito Autoral. In: SANTOS, W. P. C. (Org.) **Conceitos e aplicações em Propriedade Intelectual**. Salvador: IFBA, 2018. p. 21-87.

GINSBURG, J. C. People Not Machines: authorship and what it means berne convention. **International Review of Intellectual Property and Copetition Law**, n. 49, p. 131-135, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0670-x> Acesso em: 23 set. 2021.

GUADAMUZ, A. Do Androids Dream of Eletric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works. **Intellectual Property Quaterly**. n. 2, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers>. Acesso em: 2 out. 2021.

HENEQUIN, E. **Do mundo da arte ao abuso da beleza**: a natureza da arte na filosofia de Arthur Danto. 2018. 89 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

JANSON, H. W. ; JANSON, A. F. **Iniciação à história da arte**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEENHARDT, J. Duchamp: crítica da razão visual. In: NOVAES, A (Org). **Artepensamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 339-350.

LEMOS, G. C; ALMEIDA, L. S. Compreender, Raciocinar e Resolver Problemas: novo instrumento de avaliação cognitiva. **Análise Psicológica**. v. 2, n. 37, p. 119 – 133, 2019.

MANOVICH, L. **AI Aesthetics**. Moscow: Strelka Press, 2018.

MAZZONE, M; ELGAMMAL. A. Art, Creativity, and the Potential of Artificial Intelligence. In: **Arts**. v. 8. 2019. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2076-0752/8/1/26>.

RAMALHO, A. Will Robots Rule in the (artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creation by Artificial Intelligence Systems. **Forthcoming in the Journal of Internet Law**. 2017.

SCHIRRU, L. Inteligência Artificial e o direito Autoral: o domínio público em perspectiva. 2018. **Artigos elaborados como produtos finais do 3º Grupo de Pesquisa do ITS Rio**, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA, F. M da. Reflexões em torno conceito de autor(a): o caso de Soror Mariana Alcoforado. **Miscelânea**, Assis, v. 14, p. 283-300, jul/dez, 2013.

SOUZA, C. J de; JAKOSKI, C. A. Propriedade Intelectual para Criações de Inteligência Artificial, **Anais Congresso Sul Brasileiro de Computação**. v. 9, 2018.

WIPO, 2019. Estudo Sobre as Tendências da Tecnologia em 2019 – Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4386>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ZANIN, L. E. de A. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

A INTERFACE ENTRE O DIREITO E IA: O USO DA IA COMO FERRAMENTA

Giovanna Sampaio¹

RESUMO: A presente pesquisa buscou investigar o uso da Inteligência Artificial no desenvolvimento de patentes, especialmente na busca e divulgação da anterioridade. Para alcançar esse empreendimento multidisciplinar da interface entre IA e Patentes, foi necessário aplicar uma perspectiva também centrada na análise de dados (data mining), na IOT e nas novas tecnologias na Era da Revolução digital, avaliando-se a característica algorítmica do Black Boxing. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica. Além disso, os estudos abarcaram necessariamente a contextualização e critérios da responsabilidade jurídica, dos direitos de personalidade e das relações contratuais enquanto fatores fundamentais para embasar a tese aqui discutida. Os estudos abordaram sumariamente os aspectos regulatórios e as políticas legislativas da IA nos contextos internacional e Europeu, fornecendo uma perspectiva de direito comparado. Por fim, o trabalho conclui com algumas das questões de transparência e éticas envolvidas nesse problemático tema, trazendo-se o conceito de Cui Bono para justificar a impossibilidade de concessão de uma Patente à IA. Portanto, este trabalho deteve como resultados parciais as vantagens e desvantagens envolvidas no cenário de Inteligência Artificial, demonstrando o desempenho e os resultados aprimorados na área de propriedade industrial, de acordo com práticas e técnicas de negócios, e os parâmetros éticos que devem ser perseguidos pela sociedade, para desenvolver um uso transparente, confiável e “explicável” da Inteligência Artificial como uma Ferramenta especialmente relacionada ao sistema de patentes.

Palavras-chave: Patentes; Inteligência Artificial; Responsabilidade jurídica.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia - PROFNIT - Universidade Federal da Bahia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho reflete sobre a Inteligência Artificial no âmbito das Patentes: independentemente do fato de a lei de patentes ainda não ser uniforme no mundo, nem harmonizada na Europa, os requisitos básicos para se obter ou receber os direitos de uma patente seguem em conformidade com o TRIPS (o Acordo de Aspectos Comerciais relacionados aos direitos de propriedade intelectual - ADIPIC), pois é um tratado internacional estabelecido no contexto da OMC - Organização Mundial do Comércio e negociado no final da Rodada Uruguai do GATT - Acordo Geral de Tarifas e Comércio (1o Capítulo da Carta de Havana).

O TRIPS/ADIPIC estabeleceu os principais “padrões” e requisitos de novidade, aplicação industrial e “Etapa inventiva” (Inventividade)², bem como que essa “regulamentação” estruturada internacionalmente define os tipos excluídos de invenções.

Para o escopo desse trabalho, os comentários que serão desenvolvidos / lançados mais adiante, nas próximas páginas, tentarão fornecer uma avaliação indireta da Etapa Inventiva/Inventividade e suas “decorrências/correlações” com a problemática da possibilidade de uma IA em si mesma ser designada como Inventora em um depósito de patente (registro), como a primeira “etapa” básica para obter direitos de patente (SEKA, 1978)

Nesse sentido, é proveitoso finalmente considerar que o caráter inerente de “apor” o nome do Inventor, no pedido de patente, resulta em conferir esses direitos morais ao agente individual como o Inven-

² “Uma condição de patenteabilidade é que a invenção envolva uma etapa inventiva ou que não seja óbvia. O padrão aplicado para avaliar a não-obviedade é se a invenção seria óbvia para um especialista na arte relevante a qual a invenção pertence”. (Secretaria da OMPI - Conversa sobre PI e IA. **Projeto de documento de questões sobre política de propriedade intelectual e inteligência artificial**. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=470053. Acesso em: 19 maio 2020.)

tor da patente, o que demonstra ainda mais a “incompatibilidade” de se conceder os direitos da patente “especificamente” à Inteligência Artificial envolvida (a “avaliação de motivação implícita” será investigada nas páginas seguintes, quando o conceito romano relacionado à responsabilidade - Cui bono - for apresentado).³

Além disso, ser um inventor, como dito anteriormente, requer uma “avaliação individual” e carrega consigo o interesse moral que não é capaz de “funcionar” ou estar presente em uma hipotética IA inventora.

Como as Inteligências Artificiais não carregam as múltiplas “características” necessárias para que sejam consideradas como “indivíduos”, elas não são consideradas “agentes” morais em nossa sociedade e, em vez disso, o uso da IA exige importantes padrões éticos vinculativos para “forçar” as empresas a desenvolverem e criarem invenções de maneira legítima e responsável, aprimorando ainda mais a inovação e beneficiando a sociedade em sua totalidade.

Ademais, devido à importância transfronteiriça da União Europeia-UE no contexto de patentes, bem como ao seu tipo de processos e procedimentos únicos para patentear uma invenção, é instrutivo ver o que a Comissão Europeia tem afirmado/dito sobre a “Revolução” da Inteligência Artificial, pelo seu Comitê de Plano Coordenado, em 2018:

Como a eletricidade no passado, a inteligência artificial (IA) está transformando nosso mundo. O crescimento do poder da computação, a disponibilidade de dados e o progresso nos algorit-

³ “*Presume-se que o nome do Inventor da patente emitida esteja correto, e um ‘Oponente’ deve provar o contrário por “evidência clara e convincente” e fornecer evidências que corroborem suas alegações. Se o nome aposto na invenção puder ser corrigido, o erro não tornará a patente inválida. Um tribunal também pode ordenar a correção do nome do Inventor da criação, mas um inventor omitido que se move para a correção deve atender a um “fardo pesado”[...]”.* (LIM, Daryl. **Inovação e criatividade de IA e PI em uma era de mudança acelerada**. 2018. *Akron Law Review*, páginas 813 a 875. Disponível em: <https://repositório.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1724&context=facpubs>. Acesso em: 14 abr. 2020. Escola/Faculdade de Direito John Marshal - Repositório Institucional)

mos transformaram a IA em uma das tecnologias mais importantes do século XXI, 21”. (COMISSAO EUROPEIA, 2018)

Seguindo a metodologia multidisciplinar utilizada para abordar/apresentar as questões éticas relacionadas à consideração de uma IA como Inventora, serão abordados sumariamente alguns conceitos éticos para finalmente demonstrar e concluir pelo uso da IA (Inteligência Artificial) como uma Ferramenta valiosa para o sistema de patentes, promovendo ainda mais Inovações e conhecimentos; Ademais, também foram trazidos alguns comentários sobre a recente proposta de seguro obrigatório elaborada sob a liderança institucional da Comissão Europeia.

Como dito anteriormente, apenas observa-se aqui neste primeiro tópico da sessão introdutória, que é necessário apresentar alguns conceitos elementares do “mundo” da IA, bem como que as considerações básicas sobre personalidade jurídica, para finalmente basear a opinião no uso vantajoso da IA no patenteamento de criações, como uma ferramenta para melhorar ainda mais o desempenho nos negócios, bem como que a criatividade e o “gerenciamento”⁴, e a necessidade de uma formação ética e um ambiente regulatório para lidar com as contínuas mudanças tecnológicas na sociedade contemporânea.

Essas problemáticas remetem à abordagem da responsabilidade Civil e dos aspectos éticos que justificam a ideia principal das “vantagens” da IA como uma Ferramenta de melhoria na esfera do direito das patentes, relatando a velocidade do processamento de dados e a “precisão dessas informações” fornecida/ofertada pelo emprego desses “métodos” pelos reais inventores.

⁴ “O primeiro desafio é preparar a sociedade como um todo. Isso significa ajudar todos os europeus a desenvolverem habilidades digitais básicas, bem como habilidades complementares e que não podem ser substituídas por nenhuma máquina, como pensamento crítico, criatividade ou gerenciamento”. (Comissão Europeia. **Inteligência artificial para a Europa**. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/mercadounicodigital/pt/noticias/comunicacao-artificial-inteligencia-europe>. Acesso em: 25 maio 2020.)

Como pode ser visto, a pluralidade de áreas abrangidas pelo tema Inteligência Artificial e suas atualizações contínuas que serão abordadas brevemente tornaram muito difícil moldar este produto, bem como já dá aos leitores a ideia das limitações científicas, conceituais e metodológicas que poderiam ser encontradas em seu consequente desenvolvimento.

Com isso, pode-se ter a noção de como as tecnologias estão evoluindo exponencialmente, entrando e influenciando, de uma maneira muito única, a esfera pública e exigindo a atenção da “Lei”, do Direito, das políticas públicas e dos diferentes tipos de diretrizes regulatórias (BARFIELD, 2015), a fim de se mitigar os máximos efeitos negativos possíveis de um uso “irrestrito”, irresponsável e “não monitorado” da IA e do *Machine Learning* pelos indivíduos integrantes da sociedade.

Neste campo, é relevante trazer o que o Conselho de Advogados e Sociedades de Direito da Europa enfatizou sobre a questão da importância de uma correta avaliação legal do uso da tecnologia, a fim de se garantir segurança jurídica e, finalmente, salvaguardar os parâmetros e padrões éticos da justiça no context/estrutura da lei,

Como advogados desempenham um papel importante para garantir o acesso à justiça, defesa do Estado de Direito e proteção dos valores democráticos, eles parecem ter um papel específico a desempenhar quando se trata do desenvolvimento e implantação de ferramentas de IA, especialmente nas áreas em que o acesso à justiça e o devido processo estão em jogo. (CCBE, 2020)

Deve-se interpretar a área do direito das patentes como estando “em jogo” devido a algumas razões diferentes: o papel estratégico do sistema de patentes na inovação (HIGGINS, 2019); também, é um objetivo fundamental deste trabalho fazer com que estudantes e profissionais do Direito pensem sobre como o sistema jurídico como um todo lidará com os problemas de responsabilidade e compensação/Indenização cíveis levantados por defeitos ou erros em produtos que

empregam essa patente teórica desenvolvida pela IA, tendo em conta a necessidade pós-moderna de se proteger os consumidores nos negócios B2C (empresa para consumidor), especialmente no conceito de “acervo comunitário” (*Acquis Communautaire*)⁵ da UE – União Europeia (MILLER, 2011).

Portanto, o ecossistema “digitalizado” certamente apresenta problemas adicionais a serem tratados pela Lei e o Direito dentro de seu papel de organização da sociedade, levando em consideração as “diretrizes e padrões éticos específicos”, e historicamente construídos; e como ora se fala sobre a diversidade atualmente encontrada nas metodologias e ferramentas tecnológicas, considera-se que é quase óbvio o impacto da IA e do aprendizado de máquina na propriedade intelectual;

Levando em conta a necessidade de abordar corretamente o emprego da IA no patenteamento de invenções e criações, no escopo do Direito, finalmente pensou-se na relevância de se fornecer um estudo duplo das “condições” de responsabilidade jurídica e dos aspectos éticos na inteligência artificial, e isso é diretamente a principal justificativa para este produto.

2.1 DESENVOLVIMENTO: *CUI BONO E DISCLOSURE*

Decidimos apresentar esses dois conceitos aqui por causa de duas grandes correlações que podem ser feitas: Primeiro, como atri-

⁵ É uma referência essencial ao Direito Comunitário e Europeu, no seu sentido de “primazia” em relação ao direito local e dos Estados Membros, que segue o princípio da subsidiariedade; Portanto, o “acervo” envolve objetivos e princípios políticos da União Europeia em sua totalidade (EUABC. com. **Aquis Communautaire**. Disponível em: <http://en.euabc.com/palavra/12>. Acesso em: 07 jun. 2020)

Finalmente, isso inclui relevantes e “mais flexíveis” exemplos de “Soft Law” como declarações, recomendações, opiniões e diretrizes para promover a “uniformidade legal” dentro do chamado espaço jurídico transnacional e Europeu (ZERILLI, Filippo. **A regra do soft law**: uma introdução. Disponível em: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/focaal/2010/56/focaal560101.xml>. Último acesso em: 06 jun. 2020)

buir um benefício à AI considerada Inventora? Como avaliar isso - o benefício - para avaliar quem deve ser responsabilizado em uma situação “imparcial e justa”? Segundo, como poderíamos medir o benefício potencial / possível relacionado à concessão de uma patente especificamente para uma IA?

Nesse sentido, o conceito romano *Cui Bono*⁶:

é uma frase latina que significa “quem se beneficia? e que é usado para sugerir que há uma alta probabilidade de que os responsáveis por um determinado evento seja quem ganha, quem obtém determinado ganho com esta.⁷

Como também consideramos que existe uma alta possibilidade da existência de interesses “humanos” cobertos ou disfarçados em atribuir a Invenção de uma patente a uma IA - Inteligência Artificial.

O vínculo de causalidade é crucial para “conferir” a responsabilidade de um agente em relação a danos causados por uma ação ou omissão (negligência) desse mesmo agente numa avaliação e aceção de “justiça”: seguindo esta linha de argumentação, acreditamos ainda que é muito arriscado aceitar a hipótese de responsabilizar a IA (além da falta de personalidade jurídica e também das preocupações éticas respectivas) porque, como invocado anteriormente, “isentando” os

⁶ *Cui Bono* tem como sinônimo “*Cui prodest*”: “*Cui prodest* é um termo latino que significa “quem lucra? É usado para levantar uma questão semelhante à de ‘*cui bono*’ e, especificamente, para apontar o fato de que aqueles que se beneficiam de um determinado evento provavelmente serão responsáveis por ele.” Fonte: Efetiologia.Com. **Cui Bono: por que você deve perguntar “quem se beneficia”.** Disponível em: <https://effectiviology.com/cui-bono>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁷ Além disso, nós pensamos ser útil enquadrar historicamente esse conceito, atribuído ao cônsul romano Lucius Cassius, que usava repetidamente a expressão ‘que havia lucrado com ele’ [‘*cui bono fuisset*’] em seus julgamentos de forma consciente e criteriosa, no julgamento assuntos/questões civis naquele tempo Efetiologia.Com. **Cui Bono: por que você deve perguntar “quem se beneficia?”** Disponível em: <https://effectiviology.com/cui-bono>. Último acesso em: 08 jun. 2020.

agentes humanos por trás da tecnologia de IA empregada conforma a possibilidade de deixar os consumidores desprotegidos, por exemplo;

Além disso, também devemos imaginar e levantar a possibilidade de considerar a IA como um inventor em uma interação com a exclusão e exoneração desses agentes humanos de sua devida responsabilidade perante os consumidores.

Por fim, a Inteligência Artificial ainda exige hoje o aporte/fornecimento (input) humano de informações - que serão processadas posteriormente pela máquina; independentemente de se tomar uma definição estatística, combinatória, ou algorítmica ou analítica de IA, o requisito de inserção de dados é considerado em todas elas; portanto, avaliamos ainda mais os “danos e perigos ocultos” (BATHAEE, 2018), em conferir a Invenção à IA, pois ela gera um tipo de isenção de responsabilidade dos agentes envolvidos no desenvolvimento da IA, como programadores ou designers digitais.

Nesse sentido, não existe um problema distinto hoje, pois, considerando a IA como uma ferramenta vantajosa a ser usada por “inventores individuais, a responsabilidade será “mantida” na “figura” do inventor humano.

Por fim, a avaliação direta do *cui bono* permite descobrir o motivo por trás de alguma conduta - alguma ação tomada (ou mesmo uma negligência ou omissão): *“Um benefício de se perguntar ‘cui bono? é que isso pode encorajá-lo a descobrir como as pessoas se beneficiam do evento em questão, o que pode ajudá-lo a identificar seus motivos.”*⁸

⁸ A este respeito: “Além disso, perguntando ‘cui bono? também pode ajudá-lo a identificar os segundas intenções das pessoas em situações em que ocultam esses motivos, geralmente alegando ter um motivo alternativo, como o altruísmo. Por exemplo, quando se trata de combater desinformação pseudocientífica ou teorias infundadas da conspiração, perguntando ‘**cui bono? pode ajudar a destacar o fato de que muitos dos indivíduos e grupos recebem algum tipo de benefício material de forma financeira ou social, o que torna mais provável que sua visão seja tendenciosa.** Fonte: Efetivologia.Com. **Cui Bono: por que você deve perguntar “quem se beneficia?”** Disponível em: <https://effectivology.com/cui-bono>. Último acesso em: 08 jun. 2020.

Portanto, não podemos ver como uma IA pode usufruir financeiramente do monopólio econômico fornecido pelo direito da patente de excluir as pessoas quanto à exploração de “sua” patente; mais longe, nem vemos a utilidade de conferir um monopólio financeiro desse tipo ou natureza.

Além disso, precisamos garantir ainda mais aqui que defendemos os “prós” de se empregar Inteligência Artificial como uma ferramenta para realmente impulsionar a busca da técnica/arte anterior dentro da estrutura de patentes, beneficiando-se da maior velocidade de processamento das metodologias e técnicas de IA.

Além da necessidade de observar as diferenças entre os sistemas de patentes europeu e americano, relativas ao direito de exclusão, o professor americano Adam Mossoff (2008) fez uma extensa avaliação de propriedades, privilégios, exclusividades e dentro do sistema de patentes.

O direito de excluir concedido por uma patente também suscita preocupações éticas e legais, que não serão mais investigadas aqui neste produto devido ao seu caráter “consolidado”: a ideia de conferir um monopólio ao detentor da patente foi desenvolvida como um “forma de equilíbrio” para promover e incentivar o investimento necessário para criar uma invenção – e complementamos, pelo inventor humano - uma vez que a exigência/requisito de extensiva busca de Anterioridade, que é necessária para provar a natureza inventiva e novidade efetivas da invenção, envolve o emprego de recursos distintos, humanos, financeiros e temporais, por exemplo⁹;

⁹ “O investimento em patentes de IA representa fé em uma tecnologia fundamental que pode acelerar a inovação, exigindo menos habilidade humana e menos recursos ao longo do tempo”. (LIM, Daryl. Inovação e criatividade de IA e IP em uma era de mudança acelerada. 2018. **Akron Law Review**, páginas 813 a 875. Disponível em: <https://repositorio.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1724&context=facpubs>. Acesso em: 14 abr. 2020.) (John Marshal Law School - Repositório Institucional)

Nesse sentido, reafirmamos a utilidade de usar e se beneficiar da Inteligência Artificial como uma ferramenta que impulsionará ainda mais o processamento de dados na avaliação do estado da arte no patenteamento e, finalmente, permitirá a possibilidade de o ser humano criar invenções patenteáveis de maior qualidade.

Consideramos ainda que o emprego das ferramentas da IA pode ser uma vantagem competitiva, exigindo contribuições financeiras em contrapartida de maior e mais potencializada velocidade na pesquisa de dados necessária para conformar uma criação patenteável.

Também, os direitos morais são intrínsecos à nomeação do Inventor e só podem ser atribuídos e devidamente aplicados a agentes com personalidade jurídica, portanto, requer/prescreve o inventor como necessariamente um indivíduo humano.

Nesse sentido, temos explicitamente que para serem acionáveis, os dados retornados pelos métodos tradicionais de pesquisa e relatório devem ter um significado relevante. Assim, pode ser gasto muito tempo manipulando-se os dados para extrair substância. Ou, o trabalho pode ser iniciado com a inteligência artificial na ponta dos dedos e obter um significado muito mais rápido. Além disso, a inteligência artificial acelera o processo de coleta de dados e colocação em funcionamento, pelo que também pode contribuir com a identificação de lacunas competitivas ou espaços em branco, ou seja, para oportunidades abertas de e no mercado.

Portanto, isso mostra os benefícios altamente potenciais de considerar e ainda mais tomar a IA como uma ferramenta em uma extensa e “qualitativa” pesquisa de arte anterior, para finalmente poder determinar o objeto da patente e o respectivo “valor intangível” de uma invenção patenteável.

Além disso, sentimos ser relevante trazer brevemente a avaliação ética distinta, que será melhor desenvolvida no próximo capítulo deste produto:

A IA pode melhorar a tomada de decisões humanas, mas tem seus limites. Existe a possibilidade de que o viés nos algoritmos possa criar um risco ético que ponha em causa a confiabilidade dos dados produzidos pelo sistema. O viés pode ser contabilizado através da explicabilidade dos dados, reprodutibilidade nos testes para resultados consistentes e auditabilidade (MINTZ, 2020)

Portanto, há uma necessidade explícita da supervisão dos resultados finais apresentados pelas *AI Machines*, o que equivale à necessidade de contribuição humana para a invenção, no significado do controle dos dados inseridos (uma vez que a AI requer a “provisão/ inserção” de conjuntos de dados para” aplicar “ técnicas orientadas a objetivos) e um espécime de” revisão” e monitoramento do subproduto que foi “inventado”.

Ademais, hoje em dia podemos perceber que a chamada maior neutralidade dos métodos de Inteligência Artificial não é inteiramente verdadeira; Portanto, a este respeito, perceberemos que a Inteligência Artificial e a Humana são tendenciosas e parciais, devido à necessidade de entrada/inserção de dados na IA por indivíduos; A imparcialidade e a neutralidade da tecnologia devem ser avaliadas levando em consideração os padrões morais e éticos, que nos levam à detecção da “dependência” final da IA em relação ao controle humano - no contorno deste produto, o agente humano desempenhará um papel fundamental na criação da invenção, sendo, portanto, o legítimo inventor da criação; Por fim, veremos nas páginas seguintes o verdadeiro sentido / significado de “Tecnologia neutra”.

Com relação à terminologia da “AI ética”, Lohr & Gusher (2020) afirmam “*Para criar uma empresa ética e sustentá-la no futuro, a IA deve ser governada e controlada de maneira significativa. É isso que queremos dizer com IA ética*”. E ainda encontramos o seguinte “dica”: “*Crie ‘contratos de confiança. Dê aos clientes a clareza e as informações que eles desejam e precisam (...) O poder de optar/participar ou não*”. (LOHR; GUSHER, 2020)

Para nós, devemos considerar a necessidade do mercado em si a fim de se adaptar o sistema consolidado de patentes já que este pode ser tomado como detentor de neutralidade técnica: esse sistema jurídico foi criado de maneira a acomodar / conter/ abarcar os diferentes tipos de recursos tecnológicos avançados e atualizados; Portanto, o requisito de Invenção deve permanecer o mesmo: incluir inventores humanos que possam optar por usar / empregar a IA como uma ferramenta para facilitar ainda mais seu processo de criação de uma invenção patenteável.

Consequentemente, o inventor humano (um priori, como o primeiro detentor da patente - ou será outro agente através do licenciamento dos direitos da patente ou a transferência definitiva desses direitos exclusivos) permanecerá responsável por suportar os custos de eventuais danos causados aos consumidores que finalmente compram os produtos que “conformam/contêm” a invenção (uma vez que a comercialização dessas criações é um passo lógico posterior à invenção, pois também está relacionada aos critérios de avaliação/teste da aplicabilidade industrial para concessão de uma patente).

Nesse mesmo sentido, a União Europeia já percebeu a necessidade de garantir que os consumidores sejam devidamente informados sobre a implementação de Inteligência Artificial nos Produtos:

Capacitar indivíduos e consumidores para aproveitar ao máximo a IA. (...) O uso em larga escala de ferramentas habilitadas por IA em transações entre empresas e consumidores (B2C) precisa ser justo, transparente e compatível com a legislação do consumidor. Os consumidores devem receber informações claras sobre o uso, recursos e propriedades de produtos habilitados/ possibilitados por IA. (COMISSAO EUROPEIA, 2020)

Acreditamos ainda que o quadro regulatório “adjacente” (responsabilidade, regras de segurança, proteção do consumidor, etc.) além do sistema de patentes em si, como será melhor explicado na conclusão deste trabalho - deve ser flexível o suficiente para permi-

tir uma adaptação “tranquila/equilibrada” de novas “realidades” sem finalmente prejudicar ou desproteger pessoas e consumidores: isso inclui principalmente o direito de informações/ser informado dos consumidores em relação ao emprego das ferramentas de AI nos respectivos produtos que comprem, além do requisito legal de informações gerais e regulares para a salvaguarda do consumidor, a fim de finalmente “construir confiança e um mercado Seguro”.

Portanto, a Caixa Preta (Black Boxing) inerente à Inteligência Artificial resulta em falta de transparência: aceitar isso prejudicaria a base legal de responsabilidade e a proteção dos consumidores - e a consideração correlacionada ao direito de ser informado e da assimetria informacional entre consumidores e fornecedores¹⁰.

Na ênfase da assimetria de dados entre os “desenvolvedores” e os consumidores e público na esfera das tecnologias de IA, é essencial a necessidade de um conjunto regulatório adequado de normas que possam lidar com essas disparidades, fornecendo no final justiça e proteção dos valores democráticos (YEUNG, 2019)

¹⁰ Nesse sentido, “*No nível contratual, a assimetria de informação resultante do uso da IA pode justificar a aplicação de um regime de responsabilidade pré-contratual (estatutária ou jurisprudencial) - culpa em contra-hendo e conceitos semelhantes. Parece mais provável, no entanto, que a reação do sistema jurídico a possíveis irregularidades na contratação com o uso de algoritmos se baseie em ferramentas de direito contratual para avaliar e contestar a validade dos contratos (consentimento viciado, falta de justiça etc.)*”. (Comissão Europeia. **Responsabilidade pela inteligência artificial: e outras tecnologias digitais emergentes**. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparência/regexpert/index.cfm.do=groupDetail?groupMeeting-Doc & docid=36608>. Último acesso em: 22 maio. 2020)

Pessoalmente, encontramos duas distintas falhas que tornam incorreto conferir a Invenção a um sistema de IA: primeiro, a inexistência da personalidade jurídica impede que a Inteligência Artificial contrate/performe contratos diretamente; Em segundo lugar, devido à assimetria de informação, até o consentimento viciado é difícil resolver, e a falta de transparência devido ao inerente Black Boxing/ Caixa preta da IA torna injusta e ilegítima, em nossa opinião, a consideração da Criação pela Inteligência Artificial, segundo a linha “termológica” que já explicamos neste produto.

Nesse sentido, Larsson & Heintz (2020) argumentam que *“a transparência, com sua história conceitual, é frequentemente vista como uma pedra angular fundamental da supervisão e componente vital para alcançar a responsabilidade”*.

Para “construir”/considerar/aceitar uma IA legal/legítima (principalmente/especialmente transparente, ética, justa, confiável e segura e até responsável) como uma ferramenta útil para ser empregada no Sistema de Patentes - e contabilizar as potencialidades da IA- como ferramenta na melhora do sistema protetivo de PI-, os inventores humanos precisam assumir suas respectivas posições no controle e monitoramento da IA.

Paralelamente ao controle exercido pelos seres humanos - inventores individuais e empresas que possuem direitos de patente, por exemplo -, todos esses profissionais devem tentar garantir o máximo nível possível de divulgação de informações, pois é uma referência e pilar máximos dos Sistemas Legais Modernos.

Por fim, para cumprir os critérios de divulgação/Disclosure suficientes, especificamente abordados e necessários, para se obter uma patente no contexto da Inteligência Artificial, precisamos garantir “todas as formas possíveis” de cobrir a quantidade necessária (bem como peso e substância) de informações que acabaram gerando a dada invenção; Isso está de acordo com o grande interesse público e a “disponibilidade/publicidade das invenções” perseguidos pelo Sistema de Patentes como um todo, nos Estados modernos.

Em complemento, como nosso estudo envolveu a interação com o Sistema de Patentes,

Quando uma patente expirar, o público deverá poder redirecionar a tecnologia registrada. Quando a invenção envolve um algoritmo que precisa ser treinado, um conjunto de referência deve ser fornecido para atingir o nível da tecnologia patenteada. (BALLER, 2020)

Além disso, retomando, é sabido que a lei de patentes exige divulgação suficiente, pois é “útil e necessário” determinar a etapa inventiva da patente por uma *“pessoa qualificada no campo”* - *ela deve ser replicada através da divulgação* (BALLER, 2020)

Portanto, devemos entender melhor a falta inerente de transparência (Black Boxing) da IA, impedindo a avaliação adequada dos requisitos legais de patenteamento, pois, além das questões éticas envolvidas, dificulta a avaliação da etapa inventiva - e até do requisito de aplicação industrial¹¹. Finalmente, observando ainda mais o conceito trazido neste tópico de Cui Bono, a IA não pode ser considerada como uma inventora, mas apenas como uma ferramenta auxiliar a ser implantada pelo criador humano, a fim de proteger ainda mais os consumidores quanto aos “produtos patenteados” relativamente à avaliação de responsabilidade e danos sofridos pelo uso desses produtos.

3 CONCLUSÕES

Nesta conclusão, gostaríamos de apontar e até levantar outras duas preocupações importantes: em relação à avaliação do requisito de personalidade jurídica - para conceder teoricamente uma patente a uma IA inventora; e levando em consideração as novas e relatadas propostas de seguro obrigatório para sistemas de Inteligência Artificial, especial-

¹¹ “No caso da IA de caixa preta, o resultado da decisão ou conduta da IA pode não ter sido de forma alguma previsível pelo criador ou usuário da IA. Simplificando, se mesmo o criador da IA não pode prever seus efeitos, uma pessoa razoável também não pode. De fato, se o criador da IA não puder necessariamente prever como a IA tomará decisões, em que conduta ela se envolverá ou na natureza dos padrões que encontrará nos dados, o que pode ser dito sobre a pessoa razoável em tal situação?” (YU, Ronald; ALI, Gabriele Spina. **O que há dentro da caixa preta? Desafios da IA para advogados e pesquisadores**. 2019. Páginas 2 a 13. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8A54787899427F7222C3CEF3CE5E01/S147266961900021a.pdf/whats_inside_the_black_box_ai_challenges_for_lawyers_and_researchers.pdf. Último acesso em: 20 abr. 2020.)

mente no contexto das instituições e agentes formuladores de políticas da União Europeia.

Portanto, primeiro, pensamos nas consequências na situação hipotética: a concessão de um direito de patente a uma IA; e depois, considerando a atual falta geral de transparência no emprego da inteligência artificial¹², a invenção provoca / causa / traz danos ao consumidor humano; Prevendo-se ainda a ausência de um acordo contratual explícito ou direto entre a IA e o consumidor (e isso nem é possível devido à falta de personalidade, que demonstra ainda mais a circularidade existente em relação ao problema de responsabilidade da IA, nos fazendo certificar/constatar que a única alternativa do uso da IA é como ferramenta no patenteamento), e aqui poderíamos finalmente invocar o princípio da boa fé na interpretação dos termos desse acordo implícito no âmbito do “relacionamento” entre a IA e o consumidor humano: Por último, como avaliar a “boa fé” nesse tipo de situação e até como poderíamos atribuir o princípio de boa fé como solução para lidar com sistemas de inteligência artificial? - pensamos nesse princípio porque, em nosso ponto de vista, é muito consolidado e útil para auxiliar na resolução de disparidades e reivindicações contratuais.

Em segundo lugar, pudemos perceber em nossa pesquisa que a provisão de um seguro obrigatório não é eficiente no presente caso e, para nós, essa ideia não foi muito bem refletida ou preparada - é muito incipiente, pois não observa adequadamente as especificidades do

¹² “Embora uma maneira possível de aliviar o problema da caixa preta seja regular a transparência mínima necessária para a IA, essa regulamentação seria problemática por várias razões. 1. **Transparência é um problema tecnológico**.” (Fórum Econômico Mundial. **A inteligência artificial colide com a lei de patentes – Caderno Branco**. 2018. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf. Último acesso em: 09 maio. 2020.)

Além disso, as diferentes soluções alegadas que se enquadram como “possíveis” à consideração da IA como um Inventor não resolvem realmente a responsabilidade, a transparência e as questões éticas da implementação da IA no sistema de patentes; Ademais, reconhecemos ainda os problemas em torno de como seriam avaliados ou medidos os padrões mínimos de transparência da Inteligência Artificial.

presente caso (a IA considerada como um inventor), uma vez que alguns profissionais já nos deram uma opinião embasada relativamente à inadequação do seguro obrigatório em uma variedade de diferentes eventos, especialmente no contexto da União Europeia e em relação à responsabilidade civil culposa/objetiva (negligência) - uma vez que exige ainda um entendimento melhor e adequado dos tipos de seguros e tecnologias e até dos riscos, a fim de combinar devidamente os seguros aos eventos e danos respectivos (KUMAR & NAGLE, 2020; LEVY, 2020)

Além disso, complementamos que a União Europeia precisa abranger a Inteligência Artificial, pois esse é o passo subsequente “natural” em todo o mundo, já que a IA já é uma realidade presente; no entanto, as instituições europeias e os respectivos formuladores de políticas devem observar os riscos e impactos resultantes do uso mais amplo da IA por diferentes tipos de empresas e empreendimentos, a fim de regular adequada essas ferramentas tecnológicas;

Ademais, em nossa opinião, também afirmamos que evitar e adiar a “emissão e liberação” das Regras de IA corretas e pontuais é perigoso e até politicamente inadequado, especialmente relacionado ao quadro e abordagem legais da União Europeia, à medida que seguimos Lappin & Dubhashi (2017) sobre um dano real que a IA pode trazer para a vida humana e, portanto, uma verdadeira “parceria”, voltada para uma AI centrada no ser humano é a que deve ser desenvolvida.

Além disso, é necessário implementar e aplicar diferentes maneiras de garantir a responsabilidade no emprego da IA como ferramentas; também acreditamos aqui que a única alternativa viável é buscar uma IA responsável, confiável e centrada no ser humano, como alguns estudiosos e profissionais já notaram e observaram (CARRIÇO, 2018).

Assim, as vantagens do uso dessas metodologias “superam” e “transcendem” os riscos inerentes a essas tecnologias; Por fim, alguns dos mecanismos e “maneiras” aplicáveis de desenvolver uma IA responsável podem ser examinados mais detalhadamente no livro muito recente de DIGNUM (2019).

Nesse sentido, devemos lembrar que a criação de uma IA confiável exige a proteção do mercado de trabalho na UE e assim, é preciso promover a atualização constantes dos profissionais e fatores humanos - em todos os campos - para criar “capacidade”, qualificar e capacitar pessoas através do treinamento digital adequado, por exemplo: em última análise, contabilizar a IA como métodos que serão usados por empregadores reais de maneira eficiente e segura.

Mais longe, em relação ao quadro jurídico europeu, também acreditamos que nem o atual cenário regulatório existente - a Diretiva de Responsabilidade pelo produto, A Diretiva do Seguro Automobilístico de 2009, a Diretiva de Máquinas, a Diretiva Europeia Geral de Segurança do Produto, ou mesmo o recente regulamento europeu de proteção de dados -, nem as chamadas leis de robótica de Asimov são suficientes (e pensamos ainda que são ineficientes, pois concordamos com ANDERSON (2017), sobre a necessidade de atualização das mesmas) para abordar as questões éticas e de responsabilidade decorrentes principalmente do emprego inadvertido de IA em patentes, desconsiderando o “dever de cuidado” necessário ao lidar com essas técnicas;

Portanto, garantimos que as Ferramentas de IA são muito benéficas na busca de arte anterior com qualidade, por exemplo, que podem ser “complementarmente” aplicadas no desenvolvimento de invenções por inventores humanos.

Além da “construção histórica” de Asimov, também afirmamos que o teste primordial de Turing que verificaria a existência de “inteligência” num contexto de máquina, por exemplo, era relevante e pioneiro na época das investigações iniciais e primárias em torno da Robótica (ANYOHA, 2017), no entanto, uma avaliação crítica real do problema demonstra a impossibilidade atual de uma IA em ser considerada inteligente como o “cérebro” humano (REGALADO, 2013 & LIM, 2018);

Além disso, mesmo levando em consideração a “velocidade” da revolução tecnológica e do aprendizado de máquina, por exemplo, no-

tamos particularmente que uma melhor compreensão dos recursos de inteligência artificial ainda levará alguns anos, até décadas, para ser realizado, uma vez que a falta de transparência e explicabilidade não foram superadas (KREUTZER; SIRRENBORG, 2020).

E, completando, os autores acima afirmaram recentemente os usos da IA: produção e fabricação inteligente; atendimento ao cliente e vendas; também no setor de serviços e manutenção; cuidados de saúde; transporte e mobilidade; e serviços financeiros.

Como podemos ver, os benefícios de empregar IA em nossas vidas diárias são enormes; Contudo, não servirão propósito de “tecnologias que ajudam os seres humanos” se não receberem a avaliação de risco adequada, por exemplo, e mais, como podemos observar antes, esses campos estão muito/bastante relacionados à economia nos negócios; Portanto, afirmamos novamente a necessidade de um ambiente regulatório adequado para fornecer a proteção de seres humanos e consumidores, e investimentos em Inovação.

Aqui, ratificamos o papel crucial dos escritórios nacionais e regionais de patentes em “apoiar” os interesses públicos e privados da concessão de uma patente para garantir a unidade necessária dentro da propriedade intelectual e dos sistemas legais; Notamos ainda a posição e nomeamos a função do sistema de patenteamento na concessão de patentes seguras, através de uma avaliação objetiva dos critérios e, portanto, em nossa opinião, o EPO/UE rejeitou corretamente as primeiras patentes “inventadas” pelos sistemas de inteligência artificial.

Na visão da principal perspectiva dada a este produto no que tange à responsabilidade, afirmamos ainda mais que

No caso de efeitos nocivos, os sistemas gerenciados com responsabilidade devem estar equipados com mecanismos que permitam medidas reparadoras (...) Contexto que exige que os legisladores criem políticas de responsabilidade algorítmica para garantir que essas ferramentas poderosas sirvam ao bem público. (LARSON, 2019)

Por fim, nesse campo, apenas corroboramos a ideia trazida por George Dvorsky (2014), pois também comentamos nesta conclusão que o caráter da IA não é especialmente transparente, o que suscita preocupações legais muito específicas em relação à implantação da Inteligência Artificial em uma área estratégica como Patentes e ainda mais em relação ao direito de propriedade intelectual.

Lembramos novamente que os sistemas de Inteligência Artificial não podem ser considerados como tendo capacidades inventivas ou executando a etapa inventiva necessária na Patente, em relação aos dois principais fatos de senciência e singularidade, pois as máquinas de IA não são seres ou conscientes, nem podem ser consideradas ou tomadas como oniscientes¹³, ou mesmo como agentes únicos e individuais, nos sentidos “humanos”, tangíveis e filosófico, não sendo então apropriado conceder personalidade à IA.

Devemos observar que os principais argumentos fornecidos neste produto são complementares (eles não se “excluem”) e, além disso, demonstram a circularidade nessa situação que corrobora nossa ideia sobre a impossibilidade da IA em ser considerada como uma inventora.

Portanto, nesse sentido, acreditamos que “Ética” e os fatores morais são considerações fundamentais relacionadas à implementação de ferramentas de Inteligência Artificial, consistindo em verdadeiras “barreiras” (SHARKE, 2009) que precisam orientar ainda mais a política reguladora do “uso aberto” dessa espécie de tecnologias, pois consideramos os resultados vantajosos potenciais da IA em inovação, transparência, competitividade e estratégias econômicas privadas e públicas; e ainda mais no sistema de propriedade intelectual em sua totalidade.

Acreditamos que os requisitos das patente não podem ser deixados de lado no uso da IA como ferramentas em invenções humanas,

¹³ “Onisciência é propriedade de ter conhecimento completo ou máximo”. (Enciclopédia Stanford de Filosofia. **Onisciência**. 2017/2010. Disponível em: <https://plató.stanford.edu/entradas/onisciencia/#OmniCard>. Último acesso em: 08 jun. 2020.)

e, portanto, a invenção como conhecida atualmente não pode ser atribuída a um método de Inteligência Artificial, já que finalmente consideramos que o sistema de patentes foi e é historicamente construído, no sentido de ser construído sob uma base e “reflexões” fundadas, nos últimos dois séculos;

Quanto ao Sistema de PI, invocar uma atualização potencial necessária “do dia para noite”, em nossa opinião, minará o próprio objetivo da propriedade intelectual na promoção do investimento e da inovação, mitigando-se os benefícios gerais para a sociedade como um todo e diferindo ainda mais o postulado essencial da segurança jurídica (PAUNIO, 2009).

Tiraremos deste trecho a importância da “normalização da robótica e IA” no âmbito da UE (União Europeia), e a necessidade de se promover a “internacionalização” das diretrizes distintas e correlacionadas, a fim de fornecer um uso ético e atualizado da IA, percebendo finalmente a interconexão e “operabilidade” entre as políticas públicas da IA em todo o mundo;

Em segundo lugar, acreditamos pessoalmente que um “quadro regulatório de dados” também deve ser desenvolvido enquanto ponto focal no sistema de patentes, devido à sua relevância para o investimento e a inovação.

Por fim, recordamos o verdadeiro “requisito de inserção de dados” da Inteligência Artificial (entrada/input), que consequentemente exige uma supervisão posterior dos resultados finais pelo agente / ator humano, conforme o seguinte resultado: o Inventor Humano fornece “Contribuição” relevante para a criação patenteável, e Ele deve ser considerado o criador final e o principal detentor da Patente - qualquer dano provocado pela comercialização da patente / invenção será avaliado posteriormente em relação a esse indivíduo, respeitando e observando o vínculo de causalidade, a fim de determinar a existência e o montante dos danos devidos.

Para fornecer uma avaliação adequada da inteligência artificial/ IA, considerando suas heurísticas e atualizações constantes, por exemplo, compreenderemos ainda que os esforços devem ser realizados em nível internacional; Ademais, no que diz respeito à avaliação ética e “medição” necessárias da Inteligência Artificial, uma vez que envolve o estabelecimento de recomendações e diretrizes, por exemplo, que desempenham um papel importante na internacionalização e padronização,

Cientistas e engenheiros que trabalham em robótica devem estar atentos aos perigos potenciais de seu trabalho, e a discussão pública e internacional é vital para definir diretrizes de políticas para aplicação ética e segura antes que as diretrizes se estabeleçam. (BALLER, 2020)

Além disso, em relação à história da inteligência artificial,

A invenção das primeiras máquinas de calcular e o desenvolvimento dos primeiros computadores universais foram motivados pela ideia de libertar as pessoas de certas tarefas diárias. Naquela época, realmente se pensava em ajuda apenas em cálculos e em nenhum meio de ajudar as mãos em casas particulares. (FINK, 2014)

Como podemos ver, a dependência intrínseca da Inteligência Artificial quanto aos Dados a serem inseridos é o argumento principal - em nossa opinião - para considerar a AI como uma “Ferramenta Auxiliar” para o Inventor humano na criação de uma Invenção Patenteável, em respeito e atenção à neutralidade tecnológica;

Ademais, no sentido explicado acima, devemos examinar ainda mais o “quadro geral em torno” do argumento atual em favor da concessão da Criação à IA de uma patente, uma vez que a Inteligência Artificial já existe há algumas décadas (poderíamos até considerar um século), assim como o sistema de patentes como o conhecemos hoje

em dia. Portanto, considerando o conceito de *cui bono* já discutido no tópico anterior, nos questionamos por que dessa “mediatização” agora envolvendo esse assunto.

Além disso, em relação à inteligência artificial,

Isso provou ser extremamente otimista, para dizer o mínimo, e apesar de ocasionais explosões de progresso, a IA ficou conhecida por prometer muito mais do que poderia oferecer. (THE ECONOMIST, 2016)

Concluimos pela possibilidade de assumir o benefício auxiliar da IA como uma ferramenta para o resultado de uma invenção, finalmente considerando o agente humano por trás do emprego da “FIA” (Ferramentas de inteligência artificial) como o inventor, e a respectiva premissa de direitos morais e de “propriedade exclusiva”, e deveres e obrigações de responsabilidade - no caso de o inventor ser o detentor/proprietário da patente que comercializa o produto que aplica a respectiva criação.

As vantagens do uso da IA compreendem ainda distintamente a questão da avaliação de idiomas no sistema de patentes, reiterando e contribuindo ainda mais para a ideia da IA como uma ferramenta auxiliar a ser usada pelo Inventor Humano;

Finalmente, concordamos ainda com Lohr & Gusher (2020) e LIM (2018) quando afirmam sobre as potencialidades de IA de aumentar ainda mais os empreendimentos criativos / inovadores humanos:

Precisamos mudar de uma cultura de automação para aumento/ampliação. Ao tornar a IA mais explicável, auditável e transparente, podemos tornar nossos sistemas mais justos, mais eficazes e mais úteis.

REFERENCIAS

ANDERSON, Mark Robert. **After 75 years, Isaac Asimov's Three Laws of Robotics need updating.** 2017. Disponível em: <https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three-laws-of-robotics-need-updating-74501>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ANYOHA, Rockwell. **The history of Artificial Intelligence.** 2017. Disponível em: <http://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

ABBOTT, Ryan. **The artificial Inventor Project.** 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 25 abr. 2021.

BALLER, Ron (PAConsulting). **Impact of Artificial Intelligence on IP Policy.** 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_pa_consulting.pdf. Acesso em: 23 maio 2020. (Wipo Website)

BARFIELD, Woodrow. **Cyber-Humans: our future with machines.** 2015. Springer. 291 pgs.

BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence Black Box and the failure of intent and causation. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 31, n. 2, 2018, Springer. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2021.

BOSSMANN, Julia. **Top 9 ethical issues in artificial intelligence.** 2016. Disponível em: <https://www.cleverism.com/top-9-ethical-issues-in-artificial-intelligence/>. Acesso em: 24 maio. 2021.

CERKA, Paulius; GRIGIENE, Jurgita; SIRBIKYTE, Gintare. Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems? **Computer Law and Security Review**, n. 33, pgs 685- 699, 2017, Elsevier. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – artigo)

CHEN, Angela. **Can an AI be an Inventor? Not yet.** 2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/01/08/102298/ai-inventor-patent-dabus-intellectual-property-uk-european-patent-office-law/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

COHEN, Nancy (Tech Xplore). **Duas invenções lideradas por IA Afrontam o futuro da lei de patentes**. 2019. Disponível em: <https://techxplore.com/news/2019-08-ai-led-future-patent-law.html> . Acesso em: 21 maio. 2021.

Comissão Europeia (CE). **CEPEJ - European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment**. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> . Acesso em: 17 abr. 2021.

Comissão Europeia (CE). **Coordinated Plan on Artificial Intelligence**. 2018. Disponível em: https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795-final_en. Último acesso em: 23 abr. 2021. (Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões)

Comissão Europeia (CE). **EU Member States sign up to cooperate on Artificial Intelligence**. 2018. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence>. Acesso em: 03 jun. 2020.

Comissão Europeia (CE). **High—level expert group for artificial intelligence: A definition of AI: main capabilities and scientific disciplines**. 2018. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Acesso em: 22 maio. 2021.

Comissão Europeia (CE). **Liability for Artificial Intelligence: and other emerging digital technologies**. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608>. Acesso em: 22 maio 2021.

Conselho de Advogados e Sociedades de Direito da Europa (CCBE). **Considerations on the legal aspects of artificial intelligence**. 2020. Disponível em: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/ITL_LAW/ITL_Guides_recommendations/EN_ITL_20200220_CCBE-considerations-on-the-Legal-Aspects-of-AI.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

EUABC.Com. **Acquis Communautaire**. Disponível em: <http://en.euabc.com/word/12> . Acesso em: 07 jun. 2020.

European Patent Office - EPO. **Guidelines for examination - artificial intelligence and Machine Learning**. Disponível em: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_3_1.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

FINK, Gernot. **Markov Models for Pattern Recognition - from theory to applications (second edition)**. 2014. Springer. 276 páginas. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – livro)

Fórum Econômico Mundial (FEM). **Artificial Intelligence collides with patent law – White Paper**. 2018. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf. Acesso em: 09 maio. 2021. (Centro para a Quarta Revolução Industrial)

HIGGINS, Brian. **The Role of Explainable Artificial Intelligence in Patent Law**. 2019. Disponível em: <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-role-of-explainable-artificial-59706/>. Acesso em: 21 maio. 2021.

JOSHI, Ameet. **Machine Learning and Artificial Intelligence**. 2020. Springer. 261 pgs. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – livro)

LARSSON, Stefan. **The social-legal relevance of artificial intelligence**. 2019. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2019-3-page-573.htm?ref=doi>. Acesso em: 22 maio. 2021.

LIM, Daryl. AI & IP Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change. 2018. **Akron Law Review**, pgs 813-875. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1724&context=facpubs>. Acesso em: 14 abr. 2021. (Repositório Institucional John Marshal Law School).

LOHR, Todd; GUSHER, Traci. KPMG. **Ethical AI – Five Guiding Pillars**. Disponível em: <https://advisory.kpmg.us/articles/2019/ethical-ai.html>. Acesso em: 01 jun. 2020. (KPMG)

MILLER, Vaughne. **The EU’s Acquis Communautaire**. 2011. Disponível em: <https://www.files.ethz.ch/isn/151238/SN05944.pdf>. Acesso em: 14 maio. 2021.

MINTZ, Steven. **Corporate Compliance Insights - Ethical AI is Built on Transparency, Accountability, and Trust**. 2020. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/ethical-use-artificial-intelligence/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MUSY, Alberto. **The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual duty to disclose - comparative analysis of new differences in legal cultures**. 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6929225.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Artificial Intelligence**. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf. Acesso em: 06 mar. 2021. (Tendências tecnológicas).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Alternatives in Patent Search and Examination**. 2014. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_guide_patentsearch.pdf. Last Acesso em: 05 jun. 2020.

SECRETARIADO DA OMPI. Conversation on IP & AI. **Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence**. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=470053. Acesso em: 19 maio. 2021.

SEKA, Georg (Editor). **European Patent Law – practicing under the European Patent Convention (EPC)**. 1978. Fred B. Rothman & Co Publisher. 249 pgs. (Translation into English – physical book)

SHARKEY, Noel. **The ethical Frontiers of robotics**. 2009. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/322/5909/1800/tab-pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Standford Encyclopedia of Philosophy. **Omniscience**. 2017/2010. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/omniscience/#OmniCard>. Acesso em: 08 jun. 2020

The Economist. **From not Working to neural networking**. 2016. Disponível em: <https://www.economist.com/special-report/2016/06/23/from-not-working-to-neural-networking>. Acesso em: 06 jun. 2020.

YEUNG, Karen (Rapporteur). **Responsibility and AI – prepared by the Expert Committee on Human Rights Dimensions of automated data processing and different forms of Artificial Intelligence**. 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5>. Ultimo acesso em: 08 jun. 2020. (Estudo do Conselho da Europa)

YU, Ronald; ALI, Gabriele Spina. **What is inside the Black Box? AI Challenges for lawyers and researchers**. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332612588_What%27s_Inside_the_Black_Box_AI_Challenges_for_Lawyers_and_Researchers. Ultimo acesso em: 20 abr. 2021.

ZERILLI, Filippo. **The rule of soft law: an introduction**. Disponível em: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/focaal/2010/56/focaal560101.xml>. Ultimo acesso em: 06 jun. 2020.

MINERAÇÃO DE DADOS E TEXTOS: TENSÕES ENTRE A PROTEÇÃO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Helena Chammas¹

RESUMO: Os mecanismos de *text and data mining (TDM)* são de grande utilidade para o interesse público. Muitas vezes, o material utilizado na mineração inclui dados e textos que podem ser protegidos por direitos autorais. Este artigo avalia se a ausência de autorização dos titulares do material utilizado na mineração de dados e textos gera violação de direitos autorais ou se o direito de acesso à informação prevalece. Para tanto, por meio da revisão da literatura, buscou-se entender como tais ferramentas são utilizadas em benefício do interesse coletivo, bem como examinar a importância do direito de acesso à informação e do livre fluxo de informações para as atividades de mineração de dados e textos. Por fim, investigou-se o papel das limitações presentes na Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/98) no equilíbrio entre o interesse privado do titular dos dados protegidos e o interesse público.

Palavras-chave: Direito Autoral; Mineração de Dados e Textos; Acesso à Informação.

INTRODUÇÃO

Em 2020, profissionais de diversos países se reuniram virtualmente para debater temas relacionados à Inteligência Artificial e à

¹ Advogada pela OAB/RJ. Pesquisadora no Grupo de Estudo de Direito Autoral e Industrial (GEDAI). Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec/RJ). Pós-graduada em Ordem jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Atualmente cursando a Especialização em Direito da Propriedade Intelectual na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). E-mail: helena.ncn@gmail.com

Propriedade Intelectual em encontros promovidos pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO, 2020a). Ao longo das sessões, foram abordadas, entre outras questões, preocupações referentes às atividades de mineração de dados e textos - *text and data mining (TDM)*, em inglês -, e as suas possíveis implicações para o *Copyright*².

Nesse artigo, conceitua-se mineração de dados e textos como etapa essencial do processo de KDD (*knowledge discovery in databases*), isto é, o processo de descoberta de conhecimento útil em bases de dados, em razão de ser capaz de analisar minuciosamente grandes conjuntos de dados e de detectar padrões relevantes que, depois de avaliados e interpretados, geram novos conhecimentos que podem ser utilizados em diversos setores de interesse³.

Fayyad, Piatetsky-Shapiro e Smyth (1996) esclarecem que os dois principais objetivos da mineração de dados são a realização de atividades preditivas, que envolvem a utilização de algumas variáveis para prever valores desconhecidos ou futuros de outras variáveis de interesse, ou de atividades descritivas, nas quais o sistema encontra padrões para descrever os dados de forma compreensível a um usuário. Além disso, explicam que o processo de KDD tem caráter interdisciplinar, tendo em vista a interseção com outras áreas de pesquisa como a estatística, a inteligência artificial (IA), o *machine learning* (subcampo da IA), entre outros.

É importante ressaltar que as ferramentas de mineração de dados e textos são aplicadas nas áreas da saúde pública, da educação e da segurança pública – áreas de inegável interesse público. No entanto, tendo em vista que os mecanismos de TDM podem analisar materiais protegidos por direitos autorais, existem controvérsias acerca da necessidade

² Embora os sistemas do Copyright e do Direito de Autor coexistam, têm enfoques distintos. Como ensina Ascensão (2006, p.3 e 4), ao passo que o Copyright (sistema anglo-americano) é centrado na obra/produto, o Direito de Autor (de tradição romanística), é centrado no autor, criador da obra intelectual.

³ Nesse sentido, entendem Jayalakshmi e Mantha (2021, p.02), Fayyad, Piatetsky-Shapiro e Smyth (1996, p.41), Cios *et al* (2007, p.10) e Maimon e Rokach (2005, p.01).

de prévia autorização dos titulares dos dados, o que pode vir a atrapalhar as atividades de mineração e ameaçar o livre fluxo de informações.

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), lançada em abril de 2021, tece breves comentários sobre as atividades de mineração de dados e o atual sistema de direitos autorais, fato que demonstra a necessidade de intensificar e de aprofundar as discussões acerca do tema no país (BRASIL, 2021).

Assim, tendo em vista as recentes discussões em âmbito mundial, o artigo investiga se a ausência de autorização dos titulares de direitos autorais para a utilização de material protegido em atividades de mineração de dados constitui violação de direitos ou se o acesso à informação deve prevalecer.

Para tanto, em um primeiro momento, será abordado como ocorre a utilização de técnicas de mineração de dados e textos, bem como apontados alguns casos específicos em que os referidos mecanismos são utilizados visando o interesse público, propiciando, por exemplo, descobertas científicas.

Em seguida, será estudada a importância do acesso à informação e do livre fluxo de informações para as atividades de mineração de dados. Serão consideradas as mudanças ocasionadas pelo advento de novas tecnologias, seus reflexos nos direitos autorais e no interesse público, além do papel das limitações e exceções ao direito de autor nesse contexto.

1 MINERAÇÃO DE DADOS E INTERESSE PÚBLICO

No cenário atual de surgimento exponencial de novas tecnologias, é imprescindível que existam esforços voltados para utilizá-las em favor da sociedade e não somente em benefício de interesses particulares. Nesse contexto, os mecanismos de mineração de dados e textos têm grande relevância, já que possuem a capacidade de gerar

novos conhecimentos que podem ser aplicados com a finalidade de produzir melhorias em diversos setores, como o da educação e o da saúde pública.

Amaral (2016, p. 03) sustenta que a mineração de dados e textos teve grande destaque com o surgimento do *big data*, fenômeno em que dados de diversos formatos são gerados e armazenados por uma grande quantidade de dispositivos e equipamentos. Além disso, o autor salienta que, embora a mineração não seja a única forma de transformar dados em informação e em conhecimento, é a forma mais sofisticada e complexa, uma vez que pode trazer *insights* que, até o momento, nenhuma outra técnica é capaz de produzir.

De forma semelhante, Cardoso e Machado (2008, p. 505) explicam que a análise realizada por meio da mineração de dados e textos não consiste apenas na verificação de eventos passados, como também é uma ferramenta que possibilita a obtenção de novas informações, as quais podem servir de subsídio para ocasionar novos *insights*, objetivando a descoberta de conhecimento que se encontra oculto em grandes e desordenadas quantidades de informações.

Martins (2003, p. 01), por sua vez, relata que, embora a mineração de dados seja semelhante à mineração de textos, há particularidades em algumas etapas do processo de cada uma, haja vista que a mineração de dados envolve dados estruturados e a mineração de textos envolve dados não estruturados (na forma de textos ou de documentos, por exemplo).

Com o avanço da mídia digital, houve o aumento do armazenamento de dados não estruturados, o que favoreceu maior desenvolvimento de técnicas de mineração de textos. Tais técnicas podem envolver a análise de documentos como *e-mails*, textos livres obtidos por resultados de pesquisas, arquivos eletrônicos gerados por editores de textos, páginas da Web, campos textuais em bancos de dados, documentos eletrônicos, digitalizados a partir de papéis, entre outros, conforme Aranha e Passos (2006, p.02).

A mineração de textos, especificamente, é uma ferramenta vital para a pesquisa atual, já que consegue encontrar, por meio da análise de uma quantidade significativa de artigos científicos, as relações entre remédios e efeitos colaterais e entre genes e doenças, por exemplo, e, assim, possibilita descobertas que um ser humano dificilmente conseguiria ao ler os artigos científicos (JHA, 2012).

Na pandemia do Covid-19, por exemplo, a mineração de dados e textos tem apresentado grande utilidade. Um caso é o da inteligência artificial canadense *BlueDot*, que, por intermédio da análise de notícias, de informações contidas em mídias sociais e em documentos do governo, foi capaz de alertar sobre a ameaça do Covid-19 vários dias antes dos Centros de Controle e de Prevenção de doenças e da Organização Mundial da Saúde manifestarem publicamente suas preocupações (MARR, 2020).

Em março de 2020, o Escritório de Políticas de Ciência e Tecnologia da Casa Branca, em iniciativa conjunta com importantes grupos de pesquisa, criou uma base de dados aberta, chamada CORD-19⁴, contendo mais de 500 mil artigos acadêmicos referentes ao SARS-CoV-2 (Covid-19) e aos demais coronavírus relacionados. O objetivo é encorajar especialistas em IA a desenvolver ferramentas de mineração de dados e textos a serem aplicadas na referida base para auxiliar a comunidade médica a encontrar respostas para questões científicas de alta prioridade e, assim, colaborar no enfrentamento à pandemia.

A importância da utilização de mecanismos de mineração de dados em pesquisas científicas é que, conforme afirma Alexandre Chiavegatto Filho, Professor e Diretor do Laboratório de Big Data e Análise Preditiva em Saúde da USP (Labdaps), que realiza pesquisas envolvendo a utilização de sistemas de IA na área da saúde, “Previsão sem dados não é ciência, é opinião” (ROMANI, 2020).

⁴ Disponível em: <https://www.kaggle.com/allen-institute-for-ai/CORD-19-research-challenge>. Acesso em: 12 set. 2021.

Também acerca da relevância da mineração de dados na ciência, especialmente em relação ao Covid-19, Souza, Schirru e Alvarenga (2020, p. 04) destacam:

A análise de dados possui inúmeras aplicações, sendo utilizada para apontar caminhos ainda inexplorados dentro da pesquisa científica e prever futuras descobertas, além de auxiliar na gestão de governos e empresas, no desenvolvimento de novas tecnologias, no aprimoramento de sistemas de segurança e, no campo da saúde, introduzir melhores diagnósticos médicos e fazer uso de técnicas de sequenciamento genético para melhor compreender diversas doenças (CHEN, CHIANG e STOREY, 2012, p. 1168-1172; DEAN, p. 3-5). **Estas técnicas, inclusive, têm operado de forma vital nas pesquisas sobre o comportamento do novo coronavírus e o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para tratamentos contra a COVID-19** (BRASIL, 2020). (grifos nossos)

Além disso, de acordo com Patricio e Magnoni (2018, p. 67), a mineração de dados pode ser empregada com a finalidade de auxiliar instituições de ensino a prever o desempenho dos alunos com base em seus comportamentos ou criar um ambiente de aprendizado mais personalizado e que atenda a necessidade de cada estudante, mediante a associação do aluno a determinados conteúdos ou a cursos específicos que atendam suas preferências.

Nesse sentido, Baker, Isotani e Carvalho (2011, p. 04) apontam que, com a maior aplicação da modalidade de ensino a distância, surgiu uma nova área de pesquisa conhecida como Mineração de Dados Educacionais ou *Education Data Mining (EDM)*, a saber:

A EDM é definida como a área de pesquisa que tem como principal foco o desenvolvimento de métodos para explorar conjuntos de dados coletados em ambientes educacionais. Assim, é possível compreender de forma mais eficaz e adequada os alunos, como eles aprendem, o papel do contexto na qual a

aprendizagem ocorre, além de outros fatores que influenciam a aprendizagem. Por exemplo, é possível identificar em que situação um tipo de abordagem instrucional (e.g. aprendizagem individual ou colaborativa) proporciona melhores benefícios educacionais ao aluno. Também é possível verificar se o aluno está desmotivado ou confuso e, assim, **personalizar o ambiente e os métodos de ensino para oferecer melhores condições de aprendizagem.** (grifos nossos)

Dessa forma, com a capacidade de processar grandes quantidades de dados produzidos pelas relações ensino-aprendizagem, é possível analisar e comparar o comportamento de milhares de estudantes, o que é muito importante para gerar conhecimentos acerca do processo de aprendizagem, bem como para entender as dificuldades inerentes a determinados conteúdos ou estratégias pedagógicas, conforme Scaico, Queiroz e Scaico (2014, p. 330).

Na área de segurança pública, a mineração de dados se mostra útil. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a pedido do Banco Mundial, elaborou uma Nota Técnica⁵ em abril de 2020, a fim de averiguar a variação no número de casos de violência doméstica durante os primeiros dias das medidas de isolamento social decretadas no Brasil durante a pandemia de coronavírus. No referido documento, consta o estudo produzido em parceria com a empresa *Decode Pulse*, no qual foram analisados, por meio da utilização de ferramentas de TDM, relatos de brigas de casais e de violência doméstica em redes sociais entre os meses de fevereiro e abril de 2020.

Assim, resta claro que os mecanismos de mineração de dados e textos exercem um papel importante em prol do interesse público, podendo ser utilizados em diversos setores. No entanto, segundo Flynn

⁵ Para ler a Nota Técnica na íntegra, acessar: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

et al (2020, p.03), muitos desses mecanismos envolvem algum tipo de trabalho protegido por direitos autorais.

Nesse contexto, antes de averiguar se é necessária a autorização de cada um dos titulares de direitos autorais para a utilização de materiais protegidos na mineração de dados e textos, é preciso entender a importância do livre fluxo de informações para as atividades de mineração, bem como verificar como se dá o equilíbrio entre o interesse público de acesso à informação e o interesse privado dos titulares.

2 MINERAÇÃO DE DADOS E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

As ferramentas de mineração de dados tornam possível a descoberta de novos conhecimentos a partir da análise de dados antigos. Dessa forma, o acesso à informação é imprescindível para que ocorram novas descobertas relevantes, uma vez que, quanto maior a quantidade e a qualidade dos dados analisados, melhores serão os resultados da mineração.

Entretanto, não são raros os acervos particulares somente acessíveis mediante pagamento, o que dificulta o livre fluxo de informações e afeta diretamente as tarefas de mineração. Ademais, embora reste comprovada a relevância da utilização de mecanismos de mineração de dados e textos para atividades de pesquisa, em prol do conhecimento e do avanço da ciência, tal prática poderia vir a esbarrar no sistema de exclusividade garantido pelos direitos autorais, de acordo com Souza, Schirru e Alvarenga (2020, p.03).

Nesse sentido, para Bittar (2004, p.143), o direito autoral demonstra o conflito entre o interesse público e o interesse privado. Desse modo, ao passo que para o interesse público é relevante a divulgação da obra, para o interesse privado é importante a proteção e a extração dos frutos e dos proventos da criação.

Caso emblemático ocorre na Índia, onde Carl Malamud, um tecnólogo americano, objetivando facilitar o acesso ao conhecimento científico, tem se esforçado para criar uma coleção gigantesca de textos e imagens extraídas de 73 milhões de periódicos, datados de 1847 até os dias atuais, que será armazenado em uma instalação em *Jawaharlal Nehru University* (JNU) em Nova Délhi sem solicitar a autorização dos titulares. Apesar de Carl alegar não existir violação de Copyright, já que ninguém poderá ler os periódicos na íntegra, mas apenas utilizar softwares para mineração de dados e textos para conseguir *insights*, a ação tem gerado controvérsia do ponto de vista jurídico (PULLA, 2019).

Nesse sentido, conforme dispõe Barbosa (2003, p. 95 e 96), a criação legal de uma propriedade sobre os bens intelectuais não afeta somente os valores da liberdade de concorrência, como também restringe o livre fluxo de informação. No entanto, o autor reforça que o conflito existente entre o direito autoral e o direito à informação se acha moderado pelo princípio de que o direito autoral é uma exclusividade somente sobre a forma, e não sobre o conteúdo da informação.

Na mesma linha, como ensina Wachowicz (2011, p. 07), mesmo que a obra intelectual seja protegida por direitos autorais, a informação deve permanecer livre:

Para a proteção da propriedade intelectual dos bens intelectuais estes representam uma exteriorização de uma idéia criando o direito de exclusivo para o Autor. **Portanto, é axiomático, nem idéia em si, nem sua informação que são de livre utilização podem ser tutelados diretamente pelo Direito Autoral ou Industrial.** A informação é livre e ela pode significar, tanto a comunicação da idéia, como também, a informação do conteúdo do bem intelectual tutelado pela propriedade intelectual. A informação pode ter conteúdos técnicos, estéticos, científicos e digitais. (grifos nossos)

Assim, a criação intelectual é concebida para comunicação e, portanto, não é ato hermético que se encerra entre o autor e o bem intelectual, conforme Wachowicz (2012, p. 04). Desse modo, o autor explica que a criação intelectual é fruto de um processo dinâmico, que envolve tanto a dimensão privada, tendo em vista o esforço empregado pelo autor na criação da obra, quanto a dimensão pública, no que diz respeito ao valor e ao significado da criação, que será maior à medida em que for apreendida e integrada ao universo cultural coletivo.

De forma similar, Bittar (2004, p.150) entende que a obra intelectual (artística, literária ou científica) não pode ser apenas resumida como ato de criação individual de interesse privado, sendo necessário julgá-la a partir de sua inserção em contextos culturais maiores. O autor sustenta, então, que a obra intelectual é um produto de interesse social.

Nas palavras de Souza (2006, p. 08), uma vez que a obra intelectual é disponibilizada ao público, ela ultrapassa a esfera de interesses particulares dos titulares dos direitos patrimoniais e passa a refletir “significações culturais” do grupo no qual está inserida. Desse modo, conforme o autor, a obra se torna “parte do acervo cultural daquela sociedade”.

Em relação à relevância da disponibilização de obras intelectuais e do compartilhamento de informações para o interesse público, vale ressaltar, que, de acordo com Wachowicz (2011, p. 15), a circulação de informações permite que quaisquer indivíduos possam ter acesso, de forma simultânea, à mesma informação, e que, ao ser compartilhada, tal informação pode gerar novos conhecimentos.

Em abril de 2020, diversos pesquisadores, educadores, estudantes e instituições, incluindo o GEDAI, endossaram uma carta aberta ao então diretor geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Francis Gurry, encorajando que a WIPO se posicione de forma clara para garantir que os regimes de propriedade intelectual sejam um suporte, e não um obstáculo, aos esforços para combater a pandemia de Covid-19 e as suas consequências (FLYNN, 2020a).

No referido documento são sugeridas algumas medidas, como o incentivo a que todos os Estados membros da Organização Mundial da Propriedade Intelectual tirem proveito das flexibilidades do sistema internacional que possibilitem o uso de obras protegidas por PI para educação online, para pesquisas e usos experimentais e para interesses públicos vitais, como o acesso à medicina e à cultura. Consta, também, um apelo aos titulares de direitos para a retirada de restrições de licenciamento que atrapalham a educação remota, as tarefas de pesquisa (incluindo projetos de mineração de dados e de textos e IA) e o acesso à cultura, inclusive além-fronteiras.

Dessa forma, constata-se que o compartilhamento de obras intelectuais e o acesso à informação e à cultura são extremamente importantes para as atividades de pesquisa que, muitas vezes, envolvem a utilização de mecanismos de mineração de dados e de textos. Desse modo, são essenciais para o interesse público, inclusive em cenários de emergências mundiais, como a pandemia do Covid-19.

Nesse sentido, Wachowicz (2011, p. 15 e 17) sustenta que a internet é um valioso instrumento para as atividades de pesquisa, o usuário, independentemente de onde esteja, tem acesso a acervos de livros e de textos de várias instituições, incluindo acervos de universidades e de órgãos do governo. Entretanto, não obstante os benefícios trazidos, o autor aponta que, com a internet, em função de uma “visão maximalista de proteção”, ocorreu uma “exacerbação protecionista”, a qual gerou a ampliação dos direitos de exclusividade sobre bens intelectuais. Essa ampliação tinha o intuito de aumentar o prazo para a queda em domínio público, fato que prejudica o seu uso pela sociedade.

Conforme Carboni (2009, p.01), o advento de novas tecnologias gerou transformações sociais que causaram mudança na função do direito do autor, uma vez que, de mecanismo de estímulo à propriedade intelectual, passou a representar uma ferramenta poderosa da indústria dos bens intelectuais para a apropriação do bem enquanto mercadoria. Tal mudança diminuiu a esfera de liberdade de expressão e se

transformou em um empecilho a formas mais dinâmicas de criação e de circulação de obras intelectuais.

Enquanto no início do século XIX havia a clara consciência do interesse público relacionado à outorga de direitos exclusivos, no século XX, o espaço de liberdade passou a sofrer perigosas restrições, uma vez que a quantidade de direitos exclusivos se multiplicou em razão da sobreposição de interesses privados em detrimento do interesse público, de acordo com Ascensão (2002, p.129).

A Constituição Federal brasileira de 1988 protege, em seu artigo 5º, inciso XIV, o direito de acesso à informação, bem como assegura em seu artigo 215, *caput*, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Destarte, Ascensão (2002, p.130) sustenta que o sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades e não o de estabelecer exclusivos. Ressalta, ainda, que quaisquer concessões feitas pela lei ordinária não podem ser levadas até o ponto de prejudicar o princípio da liberdade.

Dessa forma, se por um lado existe um movimento que reforça o aumento de proteção da obra intelectual em benefício dos interesses privados dos titulares de direitos autorais, por outro, existe a necessidade de acesso à informação e à cultura com a disponibilização das obras, tendo em vista o interesse público. É necessário, então, um equilíbrio das duas esferas de interesses.

Acerca da necessidade de equilibrar, no âmbito dos direitos autorais, os interesses privados e os interesses públicos, disserta Souza (2011, p.669):

Deve assim existir um equilíbrio entre os interesses privados e públicos existentes na tutela autoral. Seriam igualmente iníquas tanto a tutela desmesurada do direito do autor a ponto de não permitir o acesso livre à produção cultural por parte da coletividade – justamente por isso a lei estabelece um prazo para que se esgote o privilégio de exclusividade do autor, por exemplo –

como a situação inversa, na qual não se estabelecesse proteção alguma ao autor, franqueando a qualquer terceiro o uso da obra produzida, desestimulando a criação intelectual.

Nesse ponto, sobleva notar o papel fundamental que desempenham as limitações e exceções ao direito do autor constantes na Lei de Direitos Autorais brasileira, conforme veremos no próximo tópico.

3 AS LIMITAÇÕES E O EQUILÍBRIO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

As limitações ao direito de autor são hipóteses nas quais é possível a utilização de materiais protegidos por direitos autorais sem a necessidade de obtenção de autorização do titular. Tais hipóteses não são elencadas e implementadas de forma uniforme e apresentam variações a depender da legislação vigente em cada país.

A Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº 9.610 de 1998), em seus artigos 46, 47 e 48, estabelece limitações aos direitos autorais. Souza (2006, p.02) destaca que as limitações demonstram o interesse público na proteção de bens intelectuais, já que possibilitam o uso livre das obras intelectuais durante o tempo de proteção estipulado.

Ocorre que, mesmo sendo evidente a importância da mineração de dados para o interesse público, no tocante ao direito de acesso à informação e à cultura, não existe na legislação autoral brasileira uma limitação expressa nesse sentido. Desse modo, a utilização de material protegido por direitos autorais, sem a autorização dos titulares, para a realização de tarefas de mineração de dados e textos é objeto de controvérsias.

Em 2020, na terceira sessão do evento realizado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre temas relacionados à IA e à Propriedade Intelectual, representantes de vários países apresentaram opiniões diversas sobre como lidar com os possíveis conflitos

entre a proteção autoral e a necessidade de utilização de dados protegidos em ferramentas de mineração de dados (WIPO, 2020b).

Em relação aos Estados Unidos, por exemplo, foi levantado que a utilização de material protegido por Copyright em atividades de TDM pode ser enquadrada como hipótese de *fair use* (uso justo), uma vez que seria considerada uma forma de uso não expressivo⁶ da obra intelectual. Já em alguns outros países, a necessidade de modificação na legislação para permitir atividades de TDM está sendo debatida.

Foi abordado que, mesmo que alguns países tenham limitações e exceções para fins de pesquisa que sejam suficientemente amplas para abranger atividades de TDM, muitas legislações se limitam a permitir o uso de trechos de obras ou o uso não comercial.

Embora a legislação autoral brasileira não tenha uma limitação expressa para TDM, em 2011, o STJ, em decisão unânime referente ao Recurso Especial 964.404, firmou entendimento no sentido de que as limitações previstas na Lei de Direitos Autorais brasileira devem ser interpretadas de maneira extensiva, bem como sustentou que tais limitações precisam ser compreendidas e aplicadas em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, como o direito à educação, à cultura, ao desenvolvimento nacional, entre outros. Na referida decisão paradigmática, o STJ também dispôs acerca da necessidade da utilização da regra dos três passos como critério para identificação das limitações (BRASIL, 2011).

A regra dos três passos, incorporada no artigo 9 (2) da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886⁷, teve origem na revisão de Estocolmo de 1967, na mesma

⁶ O uso não expressivo se refere a qualquer ato de reprodução que não se destina à apreciação ou à compreensão humana da expressão copiada, conforme Sag (2019, p. 06).

⁷ A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, assinada setembro de 1886, em Berna, na Suíça, foi a primeira convenção de Direito Autoral, tendo sido aderida pelo Brasil em fevereiro de 1922. A referida Convenção foi adotada em Paris em 1896, revisada em Berlim em 1908, adotada em Berna em

oportunidade em que foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Posteriormente, a referida regra foi incluída no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS, na sigla em inglês)⁸, celebrado quando da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994. Segundo o artigo 13 do Acordo TRIPS, os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a “certos casos especiais, que não conflitam com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”. Tais passos devem ser observados pelos países membros ao estabelecerem as limitações.

Hugenholtz e Okediji (2008, p. 03) sustentam que as limitações e exceções irão passar no teste desde que não sejam excessivamente amplas, não “roubem” fonte real ou potencial de renda significativa dos titulares de direitos e não causem danos desproporcionais a eles.

Nesse contexto, a utilização de materiais protegidos em atividades de TDM não prejudica os direitos exclusivos do titular, já que tal uso não visa competir com as obras originais no mercado (FLYNN, 2020b). Além disso, a leitura realizada pelo computador se difere da realizada por humanos, visto que máquinas simplesmente processam os dados e não compreendem ou desfrutam das obras, conforme Sag (2019, p. 06). Destarte, tendo em vista que no Direito Autoral a obra intelectual é concebida pelo autor para a comunicação, de acordo com

1914, revisada em Roma em 1928, em Bruxelas em 1948, em Estocolmo em 1967 e em Paris em 1971, além de ter sido emendada em 1979 (DE SOUSA, 2013).

⁸ O Acordo TRIPS foi assinado em 1994, no final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, na reunião ministerial de Marraqueche, como parte dos acordos da OMC, visando “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”. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf/view>. Acesso em: 28 set. 2021.

Wachowicz (2012, p. 04), não haveria conflito entre os Direitos Autorais e as atividades de TDM, uma vez que na mineração, a obra é utilizada de forma meramente “mecânica”, com a finalidade de detecção de padrões e de obtenção de conhecimento útil.

Dessa forma, a princípio, as tarefas de mineração de dados e textos não prejudicam injustificadamente os interesses legítimos do titular, nem conflitam com a exploração normal da obra, sendo respeitada, assim, a regra dos três passos.

Em junho de 2019, na III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF), foi aprovado o Enunciado 115, dispondo que as limitações previstas nos artigos 46, 47 e 48 da LDA devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e com a função social da propriedade, constante no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019).

Em consonância com o entendimento exposto acima, Barbosa (2003, p. 128) explica que o direito autoral, no que diz respeito aos direitos patrimoniais, deve estar subordinado às limitações constitucionalmente colocadas em prol do bem comum, isto é, deve estar sujeito à função social da propriedade, constante no artigo 5º, inciso XXIII da CRFB/88. Além disso, conforme Souza (2011, p. 665), a chamada função social dos direitos autorais, tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso à informação e ao conhecimento.

Portanto, em observância à função social e à regra dos três passos e, tendo em vista que o rol de limitações constante na lei brasileira é meramente exemplificativo, a ausência da autorização dos titulares do material utilizado em atividade de mineração de dados não deve ser entendida como uma violação aos direitos autorais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As atividades de mineração de dados e textos desempenham papel essencial para o interesse público, já que podem ser utilizadas para

obter *insights* que podem ser úteis em diversos setores da sociedade. É evidenciada a sua importância na aplicação prática do TDM no setor da saúde, sendo ferramenta fundamental no combate à pandemia do COVID-19, assim como no setor da educação, ajudando a moldar um ambiente de aprendizado mais adequado de acordo com a necessidade dos alunos, e no setor da segurança pública, auxiliando na verificação dos índices de violência doméstica, por exemplo.

Nesse contexto, o livre fluxo e o compartilhamento de informações são essenciais para as atividades de mineração de dados e textos, visto que, quanto maior a quantidade de dados disponíveis para mineração, maior será a utilidade e a qualidade do resultado obtido. Assim, tendo em vista a função social, prevista no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988, o Direito autoral não deve representar uma barreira para o acesso à informação e à cultura, sob pena de priorizar de forma exacerbada o interesse privado, em detrimento do interesse público.

Entretanto, com o advento de novas tecnologias, é possível observar uma tendência à priorização de interesses privados. Dessa forma, é primordial que os interesses privados do titular dos direitos autorais e o interesse público da sociedade sejam constantemente reequilibrados.

As limitações ao direito do autor previstas na Lei de Direitos Autorais brasileira têm função importante nesse sentido, visto que permitem, em certos casos, a utilização de material protegido por direitos autorais sem que seja necessária a autorização do titular.

Segundo a decisão do STJ no Recurso Especial 964.404 e conforme disposto no Enunciado 115, aprovado na III Jornada de Direito Comercial do CJF, o rol de limitações deve ser interpretado de maneira extensiva, ou seja, outros casos que não os previstos em lei podem ser considerados, desde que devidamente respeitada a regra dos três passos constante na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS.

Destarte, considerando que as atividades de mineração de dados e textos, a princípio, não conflitam com a exploração normal da obra

original e não prejudicam injustamente os interesses dos titulares de direitos autorais, a regra dos três passos é atendida.

Por todo o exposto, é possível afirmar que os interesses privados dos titulares não podem se sobrepor ao interesse público de forma desmedida. Sendo respeitada a regra dos três passos, não é razoável alegar que a utilização de material protegido, mesmo sem a autorização dos titulares, causaria violação de direitos autorais. O direito de acesso à informação deve prevalecer.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando. **Aprenda mineração de dados: teoria e prática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ARANHA, Christian; PASSOS, Emmanuel. A tecnologia de mineração de textos. **Revista Eletrônica de Sistemas de Informação**, [s.l.], v. 5, n. 2, 2006. DOI: <https://doi.org/10.21529/RESI.2006.0502001>. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/reinfo/article/view/171/66>. Acesso em: 09 jun. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista da Esmafe**, Recife, v. 3, p. 125-125, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, Rio de Janeiro, ano II, n. 4, 2006.

BAKER, Ryan; ISOTANI, Seiji; CARVALHO, Adriana. Mineração de dados educacionais: Oportunidades para o Brasil. **Revista Brasileira de Informática na Educação**, [s.l.], v. 19, n. 02, p. 03, 2011.

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

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos autorais como direitos fundamentais da pessoa humana. **Revista do Curso de Direito**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 126-155, 2004.

BRASIL. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC)**. Brasília, DF, 1994.

Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf/view>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Comercial. **Enunciado 115**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1310>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia brasileira de inteligência artificial**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 964404/ES (2007/0144450-5)**. Recorrente: Mitra Arquidiocesana de Vitória. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866321547/recurso-especial-resp-964404-es-2007-0144450-5/inteiro-teor-866321549?ref=feed>. Acesso em: 13 set. 2021.

CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In: PIMENTA, Eduardo Salles (org.). **Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 200-216.

CARDOSO, Olinda Nogueira Paes; MACHADO, Rosa Teresa Moreira. Gestão do conhecimento usando data mining: estudo de caso na Universidade Federal de Lavras. **Revista de administração pública**, [s.l.], v. 42, n. 3, p. 495-528, 2008.

CIOS, Krzysztof. J. *et al.* **Data mining: a knowledge discovery approach**. Springer Science & Business Media, 2007.

DE SOUSA, Marcos Rogério. Nem tanto ao mar nem tanto à terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 3, p. 211-227, 2013.

FAYYAD, Usama; PIATETSKY-SHAPIRO, Gregory; SMYTH, Padhraic. From data mining to knowledge discovery in databases. **AI magazine**, [s.l.], v. 17, n. 3, p. 37-54, 1996.

FLYNN, Sean. “**Letter to Director General Francis Gurry about COVID-19**”. Geneva, 3 abr. 2020a. Disponível em: https://works.bepress.com/sean_flynn/23/. Acesso em: 16 ago. 2021.

FLYNN, Sean *et al.*, “Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action”. **European Intellectual Property Review**, n. 7, 2020.

FLYNN, Sean. **Statement of Sean Flynn, Principal Investigator, Global Expert Network on Copyright User Rights, at the Second session of the Wipo Conversation on IP and AI**. Geneva, 8 jul. 2020b. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ngo_global_expert_network_copyright_user_rights.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

HUGENHOLTZ, P. Bernt.; OKEDIJI, Ruth. L. Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright. **Amsterdam Law School Research Paper**, n. 2012-43, 2008.

JAYALAKSHMI, N.; MANTHA, Sridevi. Intelligence methods for data mining task. In: **Artificial Intelligence in Data Mining**. Academic Press, [s.l.], 2021. p. 21-39.

JHA, Alok. Text mining: what do publishers have against this hi-tech research tool? **The Guardian**, 23 May 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2012/may/23/text-mining-research-tool-forbidden>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MAIMON, Oded; ROKACH, Lior. **Introduction to knowledge discovery in databases. In: Data mining and knowledge discovery handbook.** Springer, Boston, MA, 2005. p. 1-17.

MARR, Bernard. Coronavirus: How Artificial Intelligence, Data Science And Technology Is Used To Fight The Pandemic. **Forbes**, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2020/03/13/coronavirus-how-artificial-intelligence-data-science-and-technology-is-used-to-fight-the-pandemic/?sh-166128ad5f5f>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MARTINS, Claudia Aparecida *et al.* **Uma experiência em mineração de textos utilizando clustering probabilístico clustering hierárquico.** Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação. São Carlos: Universidade de São Paulo, 2003.

PATRICIO, Thiago Seti; MAGNONI, Maria da Graça Mello. Mineração de dados e big data na educação. **Revista GEMINIS**, São Carlos, UFSCar, v. 9, n. 1, p. 57-75, 2018. DOI: <https://doi.org/10.4322/2179-1465.0901004>. Disponível em: <https://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/365/pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

PULLA, Priyanka. The plan to mine the world's research papers. **Nature**. 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02142-1>. Acesso em: 21 jun. 2021.

ROMANI, Bruno. 'Previsão sem dados não é ciência, é opinião', diz professor da USP. **Estadão: O Estado de São Paulo**, 23 de março de 2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,previsao-sem-dados-nao-e-ciencia-e-opinio-diz-professor-da-usp,70003251208>. Acesso em: 22 jun. 2021.

SAG, Matthew. The new legal landscape for text mining and machine learning. **Journal of the Copyright Society of the USA**, v. 66, n. 2, p. 291-367, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3331606. Acesso em: 10 set. 2021.

SOUZA, Allan Rocha de. **Os limites dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha; SCHIRRU, Luca; ALVARENGA, Miguel Bastos. Direitos autorais e mineração de dados e textos no combate à covid-19 no Brasil. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, vol. 16, n. 2, p. 1-15, 2020. DOI: 10.18617/liinc.v16i2.5536.

Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5536>. Acesso em: 09 set. 2021.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral| Public domain and the social function of copyright law. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 664-680, 2011. DOI: <https://doi.org/10.18617/liinc.v7i2.428>. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3314>. Acesso em: 09 set. 2021.

SCAICO, Pasqueline Dantas; DE QUEIROZ, Ruy José GB; SCAICO, Alexandre. O conceito big data na educação. *In: Anais do workshop de informática na escola*. 2014. p. 328.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos autorais e o domínio público da informação. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. O “novo” direito autoral na sociedade informacional. *In: WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (Org.). Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. WIPO. **WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)**. Geneva, 29, maio 2020a. Disponível em: https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0013.html. Acesso em: 16 jun. 2021.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. WIPO. **WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)**. Third Session. Document prepared by the WIPO Secretariat. Geneva, 4 nov. 2020b. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_3_ge_20/wipo_ip_ai_3_ge_20_inf_5.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

INDÚSTRIA 4.0. E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS: AS NUANCES DE ARRECADAÇÃO DO STREAMING

Yasmin Condé Arrighi¹

Fernanda Rangel de Oliveira²

Resumo: O presente artigo analisa as nuances trazidas pela revolução da internet que veio acompanhada do surgimento do *streaming* e novas tecnologias. A readequação no entendimento de execução pública no *streaming*, decidido em 2017, através da decisão judicial do STJ no caso Ecad X Oi, fez-se necessária uma reflexão das leis vigentes que versam sobre o tema de direitos autorais no Brasil e tornou inevitável a adequação delas para o ambiente digital.

Palavras-chave: *Streaming*; execução pública e tecnologia.

INTRODUÇÃO

A população mundial vem consumindo cultura de forma diferente há mais de 100 anos. Desde o advento da internet a 50 anos atrás,

¹ Especialista em Direito do Entretenimento pela UERJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Autoral e marcas, envolvendo áreas da tecnologia. Especialista em Marketing Digital pela Digital House São Paulo. Possui graduação em Direito pela IBMEC (2016) e filosofia pela UERJ (2018).

² Especialização em responsabilidade civil e direito do consumidor na Candido Mendes. Curso de Especialização em contratos na FGV. Curso de especialização em direito da mídia e do entretenimento na EMERJ. Pós graduação na PUC em Propriedade Intelectual. Advogada.

iniciamos uma nova era, a chegada da quarta revolução industrial, também conhecida como indústria 4.0, trouxe novas possibilidades de negócios. No Brasil, a ANATEL iniciou o processo de avanço tecnológico em 1994 e, ao decorrer dos anos, os brasileiros se mostraram interessados e bastante adeptos às tecnologias, inclusive aos smartphones. A facilitação do acesso aos dispositivos móveis forçou a reconfiguração do mercado e dos negócios, o que trouxe uma nova estrutura organizacional cultural onde os indivíduos passaram a ter em suas mãos o poder de escolha e controle dos conteúdos, diferentemente do que acontecia nas rádios e televisão no passado, onde o ouvinte ou telespectador tinha que ouvir e assistir ao conteúdo da programação. Segundo estudo apontado pela HootSuite, em 2020 o Brasil atingiu 97% da população através da conexão móveis, o que possibilitou o surgimento e crescimento da tecnologia do *streaming*.

O *Streaming* é uma tecnologia de transferência de dados e informações que ocorre através da internet, que permite que o usuário acesse o conteúdo a hora e de onde ele quiser, sem ter que realizar o download, evitando o excesso de vídeos e músicas baixadas no computador, que antes ocupavam muito espaço de memória.

No Brasil essa tecnologia chegou atropelando as rádios paulatinamente a partir de 2010 e deu causa a grandes modificações do entendimento na legislação vigente, principalmente após o julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264 referente ao caso ECAD x Oi, que trouxe uma nova interpretação sobre a execução pública.

Por conseguinte, o avanço da tecnologia de *Streaming* permitiu a difusão e consolidação de acesso ao conteúdo no ambiente digital; a popularização e baixa de preços dos smartphones que os tornou mais acessíveis a toda população; o desenvolvimento da inteligência artificial; a ampliação dos meios colaborativos de produção musical; ressurgimento e crescimento do mercado fonográfico; e a contenção da pirataria. Por outro lado, a legislação existente pertinente aos temas e a estrutura da indústria fonográfica não conseguiu acompanhar o progresso tecnológico, o que deixou diversas brechas na condução dos

procedimentos e formas de remuneração dos direitos autorais, tanto relativos ao direito do autor quanto ao direito conexo.

1 ESTRUTURA DA INDÚSTRIA FONOGRÁFICA

A Lei de Direitos autorais, nº 9.610 de 1998, conhecida como LDA dispõe sobre os conceitos básicos da criação humana, os direitos de autor, as editoras, os direitos morais e patrimoniais e os direitos conexos. O direito autoral trata da propriedade (obra de arte e/ou bem imaterial), literária, científica e artística, protegendo os interesses do autor, e sucessores, em relação às obras criadas. O Direito Autoral foi objeto de várias convenções internacionais que constituem as leis internas no Brasil.

Os direitos autorais são um grupo de direitos ligados intimamente aos direitos da personalidade. Assim o é, porque a criação nada mais é do que a externalização da criação advinda do espírito humano, tendo um resultado objetivo - palpável ou abstrato, conceitual ou concreto - do acúmulo interior da vida e experiência humana. Mesmo no campo das obras estéticas, literárias ou científicas, o Direito Autoral não protege ideias, planos, conceitos, mas formas de expressão. Enquanto apenas a ideia não é tutelável.

Segundo o art. 11 da LDA o autor é toda pessoa física responsável pela criação de obra literária, artística ou científica, ou seja, só pode ser autor pessoa física, sendo vedada a atribuição de autoria à pessoa jurídica, justamente por não ser possível que a entidade empresarial, abstração jurídica, seja criadora de algo, já que não é dotada de espírito humano, mas sim composta de associação de pessoas para fins empresariais.

Essa exteriorização, que chamamos de obra ou criação, é protegida não em si mesma enquanto objeto, tese, som, imagem e etc., mas justamente por ser consequência de um procedimento humano singular, atribuível ao criador que primeiro a externalizou. A estas

proteções é que denominados Direitos Autorais, sendo eles divididos, doutrinária e jurisprudencialmente, em duas espécies: direitos patrimoniais e morais do autor.

Nota-se que é protegida a forma de expressão literária, artística ou científica desde que haja originalidade e, ainda, o contributo mínimo. Isso porque, esses requisitos motivam o direito de exclusividade sobre o uso da criação e, ao mesmo tempo, justificam o entrave da sociedade ao acesso e uso livre da obra durante o período de vigência da proteção.³

Essa lógica decorre da seguinte justificativa: retirar da sociedade o uso livre desse bem com grande função social sem que haja algum retorno em benefício dela é onerar em vão a sociedade em proveito de interesses puramente particulares. Portanto, a contribuição mínima por parte do criador da obra é fundamental para que se possa retornar em favor da sociedade (quando a obra entra em domínio público, por exemplo) e justificar todo o período de uso controlado dela.

A novidade - baseada na inovação - torna-se característica essencial para fundamentar a concessão de direitos exclusivos como mecanismo de incentivo econômico de mercado, onde há uma expressão particular, individual do espírito humano, que ao mesmo tempo não seja uma réplica de outra já existente.

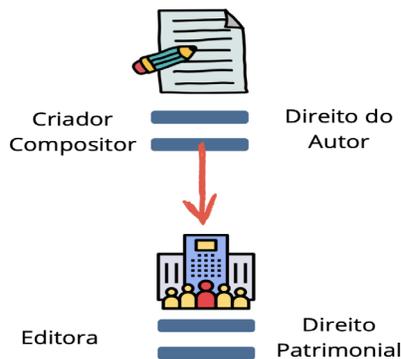
1.1 DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS

Os **direitos morais** do autor são aqueles ligados intimamente com a disposição da obra por ele criada e de seu reconhecimento pelo

³ (RAMOS, Carolina T. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. *In*: BARBOSA, Denis B.; MAIOR, Rodrigo S.; RAMOS, Carolina T. **O Contributo Mínimo em Propriedade Intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 30.).

público e encontram previsão no rol exemplificativo do art. 24 da LDA. Entre os incisos, encontra-se o direito de manter a obra inédita e de modificá-la. E ainda aquele que talvez seja o principal direito moral do autor, chamado e conhecido como Direito à Paternidade da Obra, que nada mais é do que o direito que o autor tem de ser reconhecido e creditado como criador da obra e de ter sua identidade atrelada a ela.

Já os **direitos patrimoniais** são aqueles ligados à fruição dos resultados econômicos advindos da comercialização, podendo se dar através de contratos de licenciamento e cessão de direitos. Cabendo evidenciar que, por mais que uma pessoa jurídica não possa ser autora (criadora), isto não quer dizer que ela não possa ser detentora de direitos autorais, até porque, o criador, titular do direito autoral pode licenciar ou transferir esse direito aos cuidados de pessoa jurídica. Logo, é plenamente possível e largamente aceito que pessoa jurídica usufrua de direitos patrimoniais que lhe foram transferidos pelo criador original da obra. Destaca-se: somente o direito patrimonial pode ser cedido ou licenciado (enquanto direito de fruição da obra), mas jamais os morais.



Neste momento, surge o papel das editoras musicais, que detém os direitos patrimoniais dos compositores das obras. O papel das editoras encontra-se previsto no artigo 53 da LDA, que são: comercializar e divulgar as obras para buscar obter o melhor resultado possível, conceder autorização a terceiros, arrecadar e distribuir valores relativos aos

direitos patrimoniais da obra utilizada, efetuar devidamente os registros na sociedade de gestão coletiva e no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), e documentar a obra seus titulares e o percentual de cada um, zelar pelo uso lícito da obra, prestar contas ao autor.

No artigo 49 da LDA estão previstas as modalidades que as editoras podem utilizar: são elas cessão, licenciamento e concessão. Os contratos de licença atuam na modalidade de “locação”, sendo uma autorização de exploração econômica por prazo determinado, mas não transmite a titularidade. Já os contratos de cessão definitiva dos direitos de autor transmitem a titularidade do direito patrimonial e contam com prazo indeterminado, sendo este, durante toda a vida do autor, mais 70 anos após o ano subsequente de falecimento, independente da modalidade, os contratos se darão sempre por escrito e presume-se onerosa.

1.2 DIREITO CONEXO E FONOGRAMA (ISRC)

A legislação regula não só os direitos dos autores, mas também os direitos dos artistas intérpretes, produtores fonográficos e músicos executantes que ingressam no sistema autoral por meio da divulgação das obras, entendidos como facilitadores da comunicação entre o autor e o artista e o público. Assim, mesmo não sendo criador do ritmo, da composição harmônica, da letra ou de qualquer outro fator integrante da obra musical em si, é também resguardado pela LDA, definindo-se o seu direito não como o direito autoral propriamente dito, mas como Direito Conexos.

Em outras palavras, os titulares de Direitos Conexos são aqueles que, apesar de não serem os originais compositores e autores da obra artística, a ela agregam valor. Não raras vezes a obra fica desconhecida do grande público até que algum intérprete lhe dê voz – por vezes, literalmente. Vale dizer que os titulares de direito conexo (intérpretes, músicos acompanhantes e produtores fonográficos) deverão receber

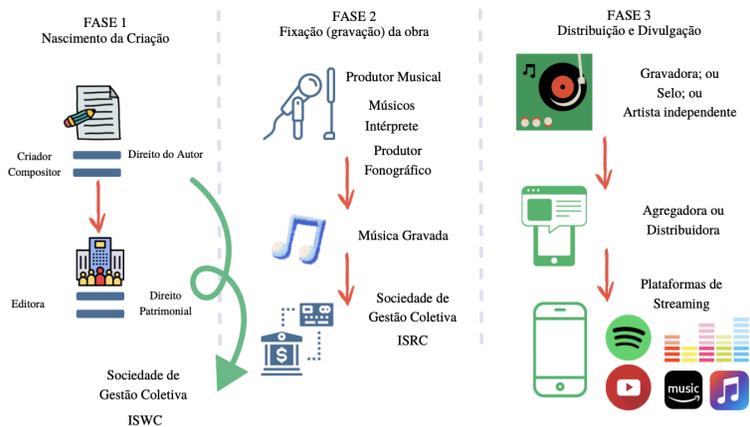
seus direitos por suas respectivas participações. No entanto, para que se garanta esta partição correta, o registro fonograma (a gravação sonora que contém uma fixação de sons de uma interpretação ou execução e que não seja uma obra audiovisual) deverá ser gerado através da associação de gestão coletiva do produtor fonográfico devendo conter as informações mínimas corretas, que são nome completo, nome artístico e CPF de todos os participantes, e estar devidamente cadastrado no programa SISRC para gerar o número do código ISRC que identifica o fonograma, ou até mesmo pelo sistema fornecido pela sociedade de gestão coletiva em que o titular é filiado.⁴ A grande falha do mercado musical é que muitas vezes o produtor fonográfico (titular responsável por gerar o ISRC), não tem conhecimento de como gerar o código e por vezes, não realiza o registro corretamente.



⁴ Algumas sociedades de gestão coletiva não utilizam o programa SISRC mais e atualmente, os titulares de direitos autorais geram os registros tanto de obras quanto de fonogramas através do site, com login e senha. <http://www.ubc.org.br/publicacoes/manuais>.

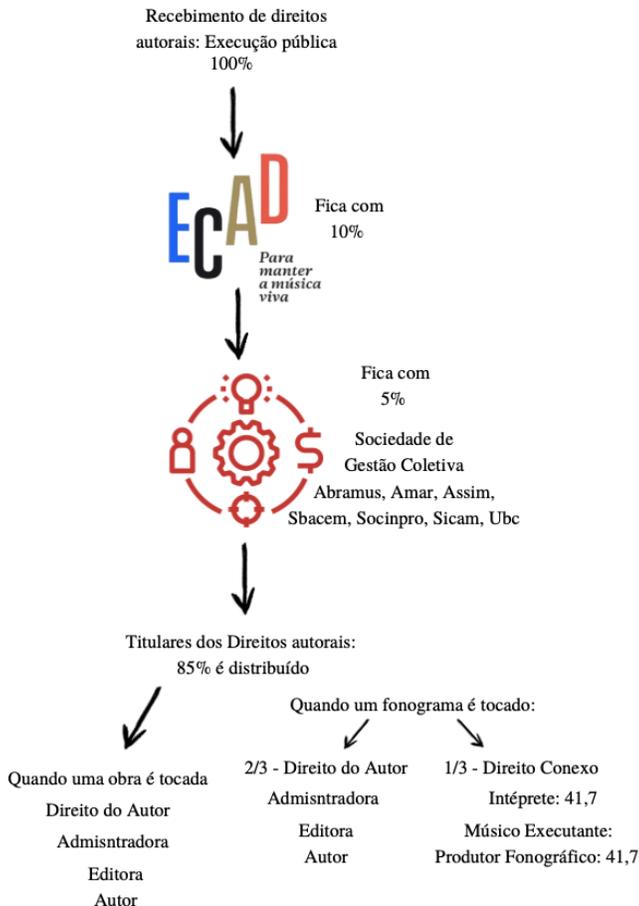
Diante disso, elaboramos o mapa abaixo demonstrando as fases que envolvem a indústria fonográfica. A fase 1, o estágio inicial, refere-se ao nascimento da criação, englobando a externalização do intelecto humano (criação da obra) e o surgimento do direito do moral e patrimonial do autor. Nessa fase, há a possibilidade do autor ceder ou licenciar o direito patrimonial à editora, a fim de comercializar e administrar as obras dele, por uma percentagem dos royalties advindos dessa relação. Vale consignar, que caso o autor não tenha uma editora ele que deverá realizar os registros de suas obras através de sua sociedade de gestão coletiva, o denominado ISWC (International Standard Musical Work Code)⁵.

Na segunda fase, referente a gravação da obra, entra o titular de direito conexo (intérprete/cantor, produtor fonográfico e músico executante) que irá realizar a produção musical, a obra será fixada em um fonograma (transformando a criação em música gravada). O fonograma necessita do código de identificação, chamado ISRC, para receber a remuneração dos direitos autorais. Por fim, na fase três, a música gravada será disponibilizada no ambiente digital, que será distribuída por uma gravadora, selo ou pelo próprio artista independente através de agregadora, vejamos:



⁵ <https://www.abramus.org.br/musica/musica-faq/12395/o-que-e-iswc/>

No Brasil, por convenção do ECAD, a divisão percentual de um fonograma é assim distribuído: 41,7% para produtor fonográfico; 41,7% para o intérprete e 16,6% para o músico executante. Valendo consignar que quando um fonograma é executado, há a distribuição de direitos autorais e conexos. Do valor total arrecadado de um fonograma, **2/3 vai para a parte autoral** (autor/compositor; editor/subeditor) e **1/3 vai para a parte conexa** (intérpretes, músicos e produtor fonográfico). Deste percentual de 1/3 da parte relativa aos direitos conexos, os valores são divididos entre os participantes da gravação (intérprete, músicos e produtor fonográfico). A divisão é padronizada baseada no ISRC (registro da gravação), conforme abaixo:



2 EXECUÇÃO PÚBLICA E *STREAMING*

O conceito legal de “execução pública musical” encontra-se disposto no parágrafo 2º, do art. 68, da LDA:

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. (Grifo nosso).

A definição de “local de frequência coletiva”, por sua vez, está disposta no parágrafo 3º do mesmo art. 68 da LDA:

Consideram-se locais de **frequência coletiva** os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. (Grifo nosso)

Aludidas designações se aplicam, também, ao “mundo” das plataformas de *streaming*. É preciso entender, no entanto, as peculiaridades das formas de arrecadação decorrentes dessa forma específica de execução pública musical.

Antes de entender como é entendido o uso da música nas plataformas de *streaming*, cita-se o conceito dessa tecnologia, que é a transmissão de dados pela internet, principalmente áudio e vídeo, sem a necessidade de baixar o conteúdo. O arquivo, que pode ser um vídeo ou uma música, é acessado pelo usuário online (sob demanda inte-

rativa e sob demanda não interativa, como ocorre no rádio digital). O detentor do conteúdo transmite a música ou filme pela internet e esse dado não ocupa espaço no computador ou no celular, visto que não há necessidade do download do arquivo.

É importante lembrar, antes de tudo, que a decisão do STJ, no julgamento do Recurso Especial de n.º 1.559.264, alargou os já extensos conceitos de “execução pública” e “local de frequência coletiva” anteriormente estabelecidos. Antes, na era analógica, o conceito de público era restrito a um conjunto de pessoas que se reuniam e que tinham acesso à obra ao mesmo tempo (show ao vivo). Depois desse julgado, o conceito de “público” passou a englobar também a pessoa que está sozinha, mesmo em casa, e que faz uso da obra quando quiser, pela plataforma de *streaming*. “Isso porque o fato de a obra intelectual estar à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet, por si só, é capaz de tornar a execução musical pública”, afirmou o relator do caso, Ministro Villas Boas Cueva.⁶

Os direitos autorais da execução pública ocorrida na plataforma digital são arrecadados, exclusivamente, pelo ECAD, consoante o disposto no art. 99 de Lei 9.610/98, que diz:

A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será(sic) feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1 ao 12 do art. 98 e os arts. 98- A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

⁶ STJ. Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

O que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização, considerada como “transmissão”, tendo em vista o alcance potencial de número indeterminado de pessoas.

Cabe citar o regulamento do ECAD atinente a arrecadação de execução pública, ele estabelece quais os critérios e métodos de cobrança. Assim, é formada uma tabela de preço única, dividindo os usuários em 4 grandes grupos: usuários permanentes, usuário eventual, rádio, TV e internet. O estabelecimento dos preços e dos critérios de cobrança é feito de forma unificada pela assembleia do Ecad, ou seja, por decisão em conjunto das associações efetivas. Quanto a distribuição, o regulamento estabelece a forma pela qual os valores arrecadados chegam aos artistas. Ele estabelece três formas principais de distribuição: a direta, a indireta e a indireta especial. Nas indiretas, a aferição das músicas tocadas se dá por amostragem feita pelo Ecad quase totalmente sobre programação musical de rádio e TV, enquanto na direta a relação de todas as músicas executadas é mandada pelo usuário (o que ocorre em shows). A indireta especial acontece em eventos populares específicos, como Carnaval e Festa Junina, nos quais é feita uma amostragem especial.⁷

Os valores sobre os quais não se consegue identificar os titulares dos direitos autorais recolhidos ficam sob a rubrica “créditos retidos”, à espera de identificação. Passados até 5 anos sem que ela seja feita, os valores são distribuídos entre os detentores de direitos sobre as 750 músicas que mais arrecadaram.

3 O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD

O ECAD é o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, responsável por centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos

⁷ https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/Documents/Regulamento%20da%20Arrecadacao%20Abril_2021.pdf

autorais de execução pública musical no Brasil. É uma instituição privada, sem fins lucrativos, que realiza um monopólio legal, instituído pela lei 5.988/73 e mantida pelas leis federais 9.610/98 e 12.853/13. A fiscalização e administração do ECAD é feita por sete associações de gestão coletiva de direitos autorais e é um patrimônio dos titulares de direitos, e são as associações que fixam os preços, as regras de cobrança e distribuição dos valores arrecadados.

É através das associações que todos os cadastros são efetuados e toda identificação é realizada para que os valores sejam devidamente distribuídos. O atendimento e cadastro aos titulares é feito somente pela associação a qual estiver filiado, as obras e fonogramas também são feitos através do sistema oferecido pela sociedade de gestão coletiva ao qual é filiado.

Vale lembrar que a proteção aos direitos autorais não depende de registro, conforme previsão do art.18, Lei de Direitos Autorais, por isso, o registro não é obrigatório, e possui conteúdo meramente declaratório (o registro não traz efeitos constitutivos de direito). No entanto, o art. 19 da LDA dispõe que é facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público competente, conforme a natureza da obra intelectual.

Ademais, importa destacar que o sistema do ECAD, o acesso oferecido ao público é por meio do sistema ECADNet (<https://www.ecadnet.org.br>), no qual são oferecidas duas modalidades de acesso “Público geral” e “Ministério do Turismo”⁸. Na modalidade “Público Geral”, as consultas podem ser realizadas por Titular, Obra ou Fonograma. Os resultados de tais consultas, entretanto, estão limitados às informações sobre a titularidade, mas não incluem os percentuais atribuídos a cada titular. Os titulares possuem acesso completo, mas apenas às suas próprias obras e fonogramas; e o público geral possui o acesso limitado aos nomes e categorias, mas não aos percentuais individuais referentes ao titular.

⁸ <https://www.ecadnet.org.br/client/app/#/home>

4 A GESTÃO COLETIVA

É imprescindível pontuar que o Brasil optou pelo modelo *sui generis* de gestão coletiva, criando o escritório único de arrecadação e distribuição (ECAD) para todos os direitos autorais musicais (autores, editores, produtores fonográficos, intérpretes e músicos executantes).

As associações de gestão coletiva representam os titulares de obras e fonogramas na qualidade de mandatárias perante o ECAD, gerenciando cadastros, recebendo direitos e realizando o pagamento dos mesmos.

A gestão coletiva forçosa caracteriza-se pela situação na qual os autores não podem conseguir, sozinhos, todas as remunerações referentes à utilização de suas obras⁷. Nestes casos, o autor ou titular de direitos acaba recorrendo às associações de gestão coletiva. No caso de haver mais de uma entidade, o titular tem a liberdade jurídica de escolha.

É certo que, embora não seja vedada por lei a gestão individual de direitos de autor, a gestão coletiva, no Brasil, se mostra como uma necessidade e até mesmo uma imposição, caracterizando uma gestão coletiva forçosa, violando um dos princípios basilares do sistema: o titular deve ser livre para optar à gestão coletiva se assim o desejar.

Por fim, a grande crítica é a existência de muitos intermediários na distribuição dos *royalties*, atuando como uma dupla camada, onde ECAD realiza arrecadação, repassa para as sociedades de gestão coletiva, e posteriormente aos titulares, e a eficácia do direito autoral dos artistas nas transações econômicas na Internet.

5 A NECESSIDADE DE TRANSPARÊNCIA DAS ASSOCIAÇÕES DE GESTÃO COLETIVA NO AMBIENTE DIGITAL.

Neste contexto, o exame relevante e que precisa ser discutido é a transparência no sistema de gestão coletiva. O termo transparên-

cia aparece em legislações mais recentes, como a Lei 12.853/2013 do Brasil. Verifica-se a utilização do termo transparência nos artigos 98 e 98-B da legislação brasileira de direito autoral.

A discussão, apesar de estar presente desde o início do sistema de gestão coletiva, apenas nos últimos anos vem sendo avaliada e abordada com maior profundidade. Com as novas tecnologias, em especial a internet, a transparência recebe um foco ainda maior, uma vez que as informações são facilmente disseminadas e é muito fácil para o artista perder o controle das suas obras.

Apesar de não haver uma definição exata do que seria o princípio da transparência na gestão coletiva. A partir da legislação existente, tornou-se possível o entendimento de um conceito a ser aplicado.

Em que pese as associações de gestão coletiva possuam um caráter privado, a gestão dos direitos autorais é de interesse social, haja vista que se trata da produção e acesso à cultura ⁸. No Brasil, o art. 98-B da LDA dispõe acerca da publicidade por meio dos sítios eletrônicos de informações como estatutos e formas de cálculo e cobrança.

Além disso, é importante citar que as associações de gestão coletiva são responsáveis pela manutenção do cadastro referente a titularidade da obra e do fonograma. Tanto que o art. 98, §6º estabelece que as associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como às participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras. Neste ponto, destaca-se a necessidade da proteção destas informações. A proteção de dados está intimamente relacionada à transparência, haja vista que se deve garantir aos titulares informações claras, precisas e de fácil acesso sobre o tratamento destes dados, protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Outro elemento de suma importância para o entendimento do princípio da transparência no sistema de gestão coletiva são os parâ-

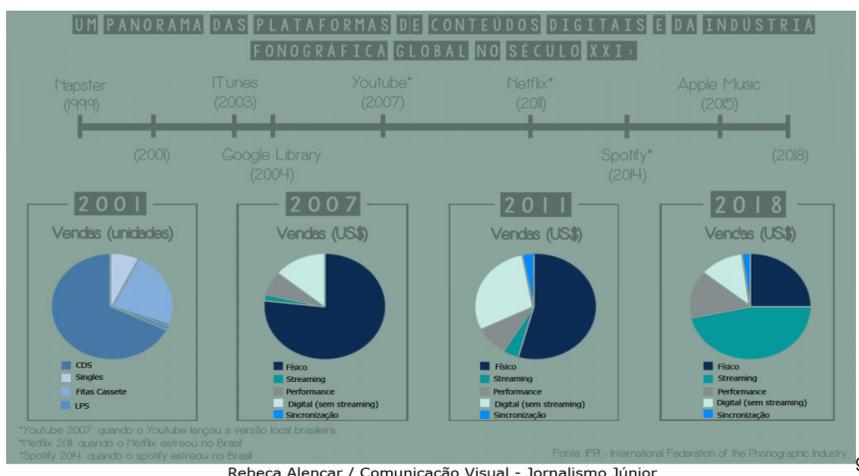
metros da arrecadação e distribuição. A falta de clareza dos critérios e dos elementos apuradores, discriminando, dentre outras informações, **o tipo de usuário, tempo e lugar de utilização, bem como os critérios de distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados**, corrobora com a ineficiência do sistema.

Ademais, é imprescindível evidenciar que não se pode abordar a transparência no sistema de gestão coletiva sem tratar da necessidade de prestação de contas aos titulares de direitos. A prestação de contas aos associados ajuda a manter o bojo da gestão coletiva, que é a remuneração dos artistas, em situações nas quais faz-se difícil o controle ou cobrança da utilização das obras. No Brasil, a garantia de prestação de contas se encontra no art. 98-C, §1º, dispondo que o direito pode ser exercido diretamente pelo associado e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil.

A partir dos elementos apresentados, depreende-se que a transparência na gestão coletiva está relacionada aos fatores: a) publicidade e acesso à informação com a manutenção e atualização das informações referentes aos titulares; b) proteção de dados, c) clareza nos parâmetros de arrecadação e distribuição; e d) fiscalização, a partir da participação ou acesso às assembleias e acesso à prestação de contas das associações.

6 A ERA DA TECNOLOGIA - NOVAS FORMAS DE ACESSO_

O novo mercado digital com novas formas de acesso e novas formas de distribuição da música através da linha do tempo 7:



Rebeca Alencar / Comunicação Visual - Jornalismo Júnior

9

Constata-se que a nova era alcançada pela Tecnologia de *Streaming* eliminou quase que por completo os suportes físicos, tais como vinil, fitas cassetes, CD's e, DVD's, e também solucionou o problema de pirataria, tanto em relação aos conteúdos disponibilizados no suporte físico quanto nos sistemas de *download*, passando os conteúdos serem consumidos pelos usuários sob demanda, sem a necessidade de baixá-los.

Assim, o surgimento e a massificação das plataformas de *streaming*, tomou o mercado da indústria musical. No entanto, é evidente que as normas que asseguram os direitos autorais não acompanharam essa "globalização" referente ao uso das obras e dos fonogramas. Hoje em dia a arrecadação dos titulares de direito autoral advém de duas fontes: via ECAD (Execução pública) e via agregadora digital onde gravadora, selos ou o próprio artista recebe os royalties do *streaming*.

É certo que o isolamento social causado pela pandemia Covid 19, alavancou ainda mais o debate desse tema. Cabendo citar que, durante esse período, a indústria fonográfica cresceu 24.5%¹⁰ no Brasil no ano

⁹ Retirado de: <http://jornalismojunior.com.br/o-direito-autoral-na-internet/>

¹⁰ <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia/17762/industria-fonografica-mundial-cresce-74-em-2020>

de 2020 (306 milhões de dólares gerados) 11º lugar na lista dos principais mercados globais, conforme notícia divulgada pela UBC.

Neste cenário, trouxe uma discussão extremamente relevante de como adequar a legislação a essa realidade e como realizar uma remuneração mais justa e transparente dos direitos autorais. Partindo da pretensão de equilibrar a remuneração entre plataformas de *streaming* e os titulares de direito autoral e conexo e reformular a distribuição de direitos autorais no ambiente digital.

O modelo atual é chamado de *pró-rata* e, a partir dele, o percentual da arrecadação da plataforma destinado aos artistas é dividido pelo número total de reproduções (chamadas de “plays”), sendo que o produto da divisão constitui o valor de um único play. A partir disso, o montante recebido pelo artista equivale ao valor de um único play multiplicado pela quantidade de vezes que sua música foi tocada na plataforma. Grande parte dos artistas discorda desse modelo por entender que beneficia mais os grandes artistas que possuem extenso repertório musical em detrimento dos iniciantes e pequenos artistas.

Além disso, os valores de pagamento por stream variam de país para país. Especificamente no que diz respeito a royalties digitais, os valores no Brasil ainda são bastante inferiores aos valores pagos no exterior.

Com isso, um novo modelo proposto já se encontra sendo utilizado por algumas plataformas digitais é o “*user centered*”, pelo qual o cálculo do valor pago aos artistas é baseado no consumo de cada usuário. Ou seja, o percentual da mensalidade paga por determinado usuário e destinado à remuneração de artistas é dividido proporcionalmente entre os artistas efetivamente escutados pelo usuário.

Embora com muitos defensores, o modelo “*user centered*” também é alvo de críticas no sentido de que seria um modelo que não incentiva novas produções pelos artistas e/ ou que não resolveria de forma efetiva, mas apenas para alguns, a desigualdade de remunerações recebidas pelos grandes artistas em comparação com os pequenos.

Fato é que com a pandemia de Covid-19, a discussão que sempre existiu sobre a remuneração paga aos artistas pelos serviços de *streaming*, tomou proporções maiores, mas, até o momento, não se alcançou um consenso para conciliar os interesses dos **artistas e das plataformas de streaming**.

7 REFLEXÕES PARA ADEQUAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL

A tecnologia é a melhor ferramenta para adequação ao ambiente digital, criando de sistemas mais justos de remuneração relativa aos direitos autorais, através do gerenciamento do compartilhamento e consumo desses direitos nas plataformas digitais, capazes de modificar a metodologia de arrecadação dos *royalties* referentes às obras e fonogramas.

Um primeiro exemplo de uso da tecnologia, seria a criação de um sistema descentralizado de distribuição direta, onde os titulares dos direitos autorais e usuários finais pudessem registrar e disponibilizar o conteúdo e negociar entre si os termos e condições de uso e pagamento.

Outra possibilidade, seria o uso da tecnologia de *blockchain*, por exemplo, alterando a forma de distribuição dos direitos autorais, uma vez que o sistema de amostragem deixaria de ser necessário, já que seria possível saber com exatidão a forma como foi executada a obra.

Além disso, é imprescindível a transparência das ações realizadas pelas intermediárias responsáveis pela arrecadação e distribuição dos royalties, uma vez que ela é a garantia de evitar ou minimizar, bastante, os prejuízos dos titulares de direito autoral.

É possível se pensar em uma nova forma de gestão de direitos. Uma gestão que não centralize as informações somente em um escritório. As novas tecnologias garantem que o artista retome seu papel como gestor de seus direitos autorais, administrando suas obras e fonogramas.

Outro ponto relevante, é a necessidade de atualizar os contratos entre editoras, selos, gravadoras e artistas, pois os acordos assinados no passado já não respondem às novas dinâmicas de mercado impostas pelo digital. E ainda, a revisão de contratos em razão da hipossuficiência dos autores, principalmente em início de carreira. Sobre essa questão, ainda que a lei atual determine a interpretação desses contratos de maneira restritiva, cresce a tendência de posicionar o autor como hipossuficiente, emprestando o conceito do direito do consumidor.

Ademais, reformulação da LDA em relação a aplicação às infrações a direitos de autor ou a direitos conexos (direitos de intérpretes, produtores de fonograma e empresas de radiodifusão) considerando as mudanças trazidas pela nova era digital.

No mais, cabe trazer uma reflexão referente ao monopólio do ECAD, por determinação legal, em relação a arrecadação da execução pública. Nota-se que, apesar de ser um serviço público, referida instituição não presta contas com a devida transparência. Até porque, não existe nenhum órgão com competência para questionar a arrecadação pertinente à execução pública ou examinar a distribuição dos respectivos royalties inerentes ao direito de autor e direitos conexos, ou seja, não há um órgão responsável para a fiscalização e exigir uma prestação de contas inerentes aos direitos autorais.

CONCLUSÃO

A indústria da música, após a nova era da tecnologia de *streaming*, está marcada pela complexidade de suas relações econômicas e jurídicas. A cadeia produtiva do mercado musical apresenta muitas camadas de intermediários entre os criadores e o público, que retém parcela significativa das receitas em detrimento da remuneração dos autores, intérpretes e músicos. Obras musicais e fonogramas são objetos de direitos autorais que, na praxe, adotam uma variedade de titulares – autores, editores, produtores fonográficos, intérpretes e músicos executantes. Cada um destes atores pode, por sua vez, licenciar

ou ceder seus direitos patrimoniais para terceiros, sem necessidade legal de registro da transação. Tais fatores geram uma dificuldade na determinação dos titulares corretos de obras ou fonogramas, o que pode gerar incertezas sobre a titularidade e abre margem para fraudes, aumentando os custos de transação do setor.

As novas tecnologias garantem que os titulares dos direitos autorais retomam a independência da gestão de seus direitos, sem a obrigatoriedade das intermediárias que fazem a arrecadação, utilizando sistemas que, por exemplo, realizam a distribuição direta dos royalties. Entre os efeitos esperados do amplo acesso ao registro, está a utilização de ledgers - que é um livro de registros digitais, como um livro caixa. A diferença é que suas informações, uma vez registradas, não podem ser apagadas - distribuídas em *blockchain*, em uma metodologia descentralizada, de forma a concretizar esquemas de licenciamento individuais em massa, com alto grau de executoriedade. É a hipótese de distribuição direta, por meio da tokenização de obras musicais e fonogramas.

Por fim, a adequação da legislação ao ambiente digital, o acesso e a fiscalização efetiva do aproveitamento econômico das obras e dos fonogramas. Ainda que muitos elementos sejam importantes nesta dinâmica, o que mais interessa é criar as bases de uma lei que promova efetiva transparência e controle sobre as atividades relativas ao direito autoral.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Ed. rev., atual. e amp. por Eduardo C. B. Bitta.
- CHAVES, Antônio. **Direitos Autorais na Radiodifusão (Rádio e TV)**. v.284. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1993.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil constitucionalista dos limites da proteção jurídica. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

Acórdão da Decisão do processo ECAD x OI Móvel. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201559264>. Acesso em: 02 out. 2021.

Site Oficial BackOffice. Disponível em: <http://www.backoffice-ms.com/>. Acesso em: 02 out. 2021.

Comunicado ECAD sobre cadastro de ISRC corretamente. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Documents/Comunicado%20ISRC%20.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

O Registro de Direitos Autorais por meio de Blockchain. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/registro-de-direitos-autorais-blockchain/>. Acesso em: 02 out. 2021.

Site oficial UBC. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/>. Acesso em: 02 out. 2021.

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

Site oficial Abramus. Disponível em: <https://www.abramus.org.br/tag/digital/>. Acesso em: 02 out. 2021.

Site oficial Ecad. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/>. Acesso em: 02 out. 2021.

BIG DATA E SOCIEDADE: CONTORNOS NA ECONOMIA VERDE

Iago Gonçalves Batista¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo traçar os desafios na implementação da tecnologia *big data* que tem como ponto crucial a informação e seu processamento que conduz a sociedade em rede. Este trabalho apresenta abordagem dedutiva, de caráter exploratório, fundamentada em pesquisa bibliográfica e fontes secundárias. Constatou-se a potencialidade de aplicações de *big data* tanto no âmbito governamental pela revitalização de localidades através de políticas públicas que readequam a cidade e permitem promoção de bem-estar social como em iniciativas do mercado em aumentar a eficiência na gestão de fontes de energias e inovação em sistemas de financiamento. Conclui-se que a tecnologia condiciona modelos de negócio e formas de arranjo social pelos quais a humanidade é desafiada por esta tecnologia disruptiva cuja análise se mostra fundamental dado o paradigma privacidade e crescimento econômico desenfreado que, com auxílio desta ferramenta, pode se elevar o caráter verde da economia pela primazia no aproveitamento de recursos na sociedade que desgarrar de sistemas produtivos antiquados, principalmente em países subdesenvolvidos.

Palavras-chave: *Big Data*; Sociedade; Economia verde.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, emanada por instintos de sobrevivência, a humanidade encaminhou-se de tornar a vida mais confortável, poupando energia e recursos materiais. Ocorre a transição de caçadores

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação (PROFNIT Universidade Estadual de Maringá – UEM), e-mail: pg403352@uem.br.

coletores que viviam de forma nômade para residências fixas através da revolução agrícola que impulsionou a expansão do ser humano pela reprodução e cuidado mútuo, essa mudança foi de grande impacto para a organização social que se sucederia a partir de então. A espécie humana se tornou dependente da agricultura que de certa forma moldou o comportamento dos homens e insculpiu o que seria a civilização e seus dilemas (HARARI, 2015). Assim como a inovação no cuidado com a terra transformou o modo em que se vivia há milhares de anos, as novas tecnologias têm acarretado rompimento similar no padrão de vida.

Com advento da internet, nunca se teve tanta informação despejada em bancos de dados, que progressivamente aumentaram sua capacidade de estocagem e processamento. Todo tipo de interação que ocorre na internet impacta na vida real se relaciona de alguma maneira à internet. A rede se impregnou na contemporaneidade de modo que sensações de realização, eficiência, transparência quase que exigem tabelas, formulários e comparações gráficas, desde relações sociais ao funcionamento de modelos de negócios e à gestão estatal, o processamento de dados se passa pelas tecnologias interligadas com a internet e sua capacidade em reter dados, alinhá-los para análise a fim de prever tendências e comportamentos.

Na sociedade em rede é incessante a produção e recriação de símbolos e significados a qual todos interessados participam em alguma medida deste fenômeno de recriação. A tecnologia como estrutura social condiciona o meio e o cenário de articulação que impossibilita esboçar arranjos pensados sem a rede. Acerca do caráter condicionante da internet, Lévy (1999, p. 25) expõe: “dizer que a técnica condiciona significa dizer que abre algumas possibilidades, que algumas opções culturais ou sociais não poderiam ser pensadas a sério sem sua presença”.

Como se observa, as ferramentas de interação que estão ao nosso alcance no decorrer da história recortam um cenário da atuação humana, dentro deste universo se concentra toda produção de uma

sociedade. Desse modo, partindo do pressuposto que a imensidão da produção em rede delimita o espaço de atuação das pessoas em sociedade, afetando políticas públicas e crescimento econômico, deve-se preocupar mais em aumentar o acesso das pessoas à rede e instruí-las acerca do seu uso em vez do amparo material puro e simples da subsistência, o desenvolvimento de uma nação é condicionado ao acesso qualificado à rede (CASTELLS, 2003).

Superada a sociedade uni-modal que se fixava a televisão, rádio e telefone, a internet não depende de um lugar físico para se interligar, pois cada ponto de acesso é um nó nesse entrelaçado que se constitui a dinâmica da rede. Atualmente o volume da produção diária de dados é assustador e o processamento bem como sua organização exigem a introdução de novas tecnologias para suportarem a demanda, principalmente do Estado e do mercado.

Uma dessas tecnologias se chama *Big Data* que possibilita a absorção de dados e processamento a fim de coordenar e direcionar a partir de tendências, rastros dos consumidores na rede, localização de GPS dentre outras fontes, sobretudo redes sociais e aplicativos com cunho de entretenimento. A captura de todo tipo de informação pessoal pelos perfis nas redes sociais ganhou adeptos com a inclusão da internet no Brasil através da acessibilidade aos *smartphones* na última década.

A utilização mais frequente se dá por empresas de diversas áreas que a partir de um espaço amostral extenso em que conseguem identificar tendências, prever variações através de *feedback* constante entre as fontes que atestam sua veracidade. Empresas de diversas áreas costumam utilizar tal tecnologia, tais como: biotecnologia, agricultura, monitoramento do meio ambiente, setor securitário, dentre outros.

O presente trabalho tem como pressuposto demonstrar que a informação se situa no núcleo da sociedade contemporânea nos diversos setores e que seu processamento condiciona os mecanismos que torna a sociedade funcional. Além disso, acrescenta-se que a reformulação de

localidades carentes, fomento de políticas públicas urbanas e ascensão da economia verde como aumento significativo na eficiência na gestão das fontes de energia perpassam pela utilização do *big data* que carece de regulamentação e estudo dos respectivos impactos causados.

Exploram-se ainda as eventuais insuficiências e falhas nesta ferramenta que não raro replica generalizações, que sintetizam preconceitos. Esboçam-se ainda repercussões em políticas públicas de outros países que pretenderam, a partir da inclusão da tecnologia no dia a dia do cidadão, reerguer a atividade econômica em determinada região através do remanejamento do processo de trabalho e, ainda, encontrar oportunidades através do financiamento a pequenos empreendedores a partir do uso de *big data*.

Diante disso, frisa-se a necessidade de traçar os desafios na implementação e uso de *big data* em larga escala na sociedade em rede, identificar as bases em que se sustenta esta nova tecnologia, aprofundando no diálogo no comércio varejista, prospecção de clientes, fenômenos sociais, economia verde e identificando possíveis repercussões em relação à replicação indevida de preconceitos, a dados íntimos utilizados para desenvolvimento econômico e como será regulamentada esta disruptiva tecnologia.

2 METODOLOGIA

Utiliza-se de método dedutivo, de caráter exploratório, fundamentada em pesquisa bibliográfica e fontes secundárias como Constituição Federal de 1988 e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Foram priorizados artigos científicos de relevância e outros publicados nos últimos dois anos dada a novidade do tema que teve como motor de busca na base de dados oferecida pela Capes, SCOPUS, em que foram utilizadas as seguintes palavras chave: *big data*, *green economy*, *cyberculture*, *innovation green*, *development green*. Também se calçou de referências clássicas acerca da sociedade e internet, utili-

zando-se de pensadores como Manuel Castells, Pierre Lévy e Zygmunt Bauman.

O artigo encontra-se estruturado em cinco tópicos além deste e do introdutório que se introduz o tema reconhecendo à ascensão da internet com foco sobre a informação na sociedade em rede. O terceiro traça os contornos do protagonismo da informação na sociedade contemporânea identificando a utilização de *big data* nas eleições americanas que sobreleva a informação a outro patamar. No seguinte, exemplifica-se a partir de uma série de casos em que a aplicação de *big data* tem se tornado comum que abrange desde sistema financeiro a reformulação de localidades pobres em que se perpetuam agentes exploradores até mesmo previsões no remanejamento das fontes de energias dos automóveis para redução na emissão de carbono. Ainda neste capítulo discorre sobre questões do mercado varejista em relação ao produto verde e impactos do processo produtivo desta natureza para investidores. No quinto tópico estabelecem-se os desafios na implementação e regulação da coleta de dados em massa, discute-se o paradigma privacidade e crescimento econômico. E por último constam as considerações finais deste estudo e, por fim, as referências bibliográficas que sustentaram a pesquisa.

3 *BIG DATA E SOCIEDADE*

Os atributos da tecnologia *Big Data* são os seguintes: volume, variedade, velocidade, veracidade e complexidade que sintetizam como uma ferramenta capaz de absorver grande quantidade de dados com velocidade, informações estas provindas de diversas fontes que possuem diversidade de características pelas quais interagem as pessoas. O potencial desta tecnologia está na capacidade de enxergar padrões num mundo interconectado, através de GPS tracker (rastros por onde se caminha com smartphone) e cookies (rastros de navegação na internet), o que se pesquisa, *hiperlinks* que redirecionam para assuntos rela-

cionados, formando uma imensa rede. Esses padrões podem ainda ser observados em qualquer ação em que se registram dados e processos.

A partir dessa ferramenta, a empresa Cambridge Analytica manipulou, no *facebook*, as eleições americanas a partir da identificação por meio da rede social de pessoas propícias a serem conduzidas a votar em determinado candidato: ressentidos de alguma forma com a política atual, jovens reclusos, democratas indecisos. Os perfis identificados em conjunto de *bots* que aparentavam volume de eleitores inclinados e sites falsos a favor de Donald Trump reforçando plano de governo do candidato sobrepuseram um véu em que a massificação de informações proporcionadas pelo *big data* decidiu a eleição nos Estados Unidos da América (GONZÁLEZ, R.J, 2017).

A utilização desse fluxo de dados como artifício para controle de massas tem se tornado comum a partir da identificação de padrões de pensamento na população.

Esse regime global de vigilância social está fundamentado em discursos oficiais legitimadores, transpostos a normativas nacionais e internacionais, justificando o monitoramento de cidadãos nacionais e estrangeiros em prol do combate a inimigos abstratos, como o terror, para garantir segurança e defesa nacional, dentre outros argumentos, sem o devido conhecimento público e publicidade necessária, tanto que os programas de monitoramento foram divulgados sob polêmica e embaraços internacionais. (PESSOA, 2020, p. 103)

O volume de dados capacita a identificação de tribos invisíveis na sociedade que vibram por tal produto, que desejam readequar sua dieta, mudar estilo de vida, ou seja, que pensam e agem do mesmo modo, assim surgindo novas necessidades coletivas que o mercado se encarrega de satisfazer. O *feedback* constante e em loop como contraprova determina a dinâmica da manipulação de dados que é sensível a mudanças da imensidão que se constitui a sociedade plural. Desse

modo, impacta diretamente a configuração de planos de marketing, *branding*, promoções, indicações que tornam as antigas formas de fazer negócio quase que obsoletas, nadando na concorrência com estudos incapazes de adentrar nas preferências pessoais, uma vez que o ambiente em que ocorre é a internet, estando fora dela, logo não se tem as armas adequadas para *forecasting*, ou seja, previsão do negócio.

O tráfico de dados é o que se constitui a internet, as transações comerciais se situam nesta rede interligada em que a informação tem papel principal no mecanismo de *big data* capaz de comparar resultados e avaliar riscos. Cada vez mais se depende de dados de foro íntimo que desbrava em mercados que se originam dos desejos da coletividade reconhecidos pela nuvem de informações organizadas pelo *big data* numa nova dimensão da intimidade que em alguma medida é compartilhada e carece de regulamentação coletiva em relação à sua circulação.

Quando se fala em direito ao esquecimento e direito de permanecer em sua órbita quanto à sua própria intimidade, soa de certa forma estranho no contexto atual em que o indivíduo coparticipa da concepção de produtos e serviços. Inclui-se nessa coprodução que abrange até mesmo as próprias personalidades.

Na sociedade líquido-moderna de consumidores, não há identidades recebidas de nascença, nada é “dado”, muito menos de uma vez por todas e de forma garantida. Identidades são projetos: tarefas a serem empreendidas, realizadas de forma diligente e levadas a cabo até uma finalização infinitamente remota (BAUMAN, 2008, p. 141-142).

Desse modo, o que se consome e, principalmente como se dá esse fenômeno, condiciona a constituição do indivíduo em sociedade que relaciona via internet diante de uma base de dados em constante transformação que capta a vontade coletiva e entrega uma forma de consumo que retorna ao seu produtor quase que simultaneamente.

Observa-se que a coleta de informação ganha destaque na sociedade contemporânea, a internet qualificou-se no processo produtivo pelo uso de *big data*. Não se tem como negar o protagonismo deste processamento poderoso de dados nas mudanças em sociedade, sendo ela quem ambienta as estruturas em que mercado interage, conduz o debate democrático, aponta políticas públicas sensíveis à população, repercutindo na mudança de comportamento em sociedade.

4 APLICAÇÕES

A má gestão dos recursos naturais na sociedade de consumo acompanhado do crescimento desenfreado das cidades geraram impasses, tais como: a baixa mobilidade urbana, a dependência de fontes fósseis de energia que não têm sido acompanhadas de diretrizes regeneradoras destes ecossistemas, desigualdade social fruto da má distribuição de renda. Segue desta forma, pois o crescimento econômico tem se baseado num sistema de preços opaco que não considera como métrica a melhora na qualidade de vida das pessoas que teria como primazia redução da emissão de carbono no meio ambiente.

Dessa forma, a transição para uma economia verde em que a baixa emissão de carbono seja administrada é premente, dada ainda a capacidade de transformar áreas e dispor da melhor maneira de recursos naturais como fim máximo o bem-estar social (ABRAMOVAY, 2012). Contudo, a mudança gradual de visão quanto ao tema pode ser percebida em relação ao aumento em pesquisas relacionadas à área de eficiência na utilização de energia têm crescido nos últimos anos o que demonstra a preocupação com a redução nos custos da produção acompanhado da preocupação ambiental, que remodela aos poucos o atrativo comercial a investidores (NIŽETIĆ et al., 2019).

É escasso o número de empresas que reagem unicamente pela demanda por produtos verdes, pois a tendência de mercado é valorizar o processo de produção dos produtos verdes que não oneram o meio

ambiente, dada ainda a consciência atual do consumidor em optar por produtos de reconhecida procedência e processo produtivo, o simples apelo pelo produto verde não tem atraído investidores. Por outro lado, empresas que incorporam práticas desde o início da cadeia produtiva acompanhado do treinamento na utilização de *big data*, neste caso dados em larga escala, além de aumentarem o desempenho da empresa, são vistas com destaque por *stakeholders* (EL-KASSAR; SINGH, 2019). Aumenta ainda sua competitividade que ultrapassa o imediatismo de um mercado que tem propensão a se firmar dado o paradigma do desenvolvimento sustentável ligado ao bem-estar social.

Em termos práticos, no mercado que disponibiliza produto verde, o questionamento do varejista em relação a qual produto se deve oferecer primeiro ao cliente, pesquisas apontaram que, como regra geral, a sequência para venda no varejo tem o produto sem apelo verde como o primeiro a ser oferecido e, em seguida, o produto verde após a tentativa sem sucesso do primeiro, considerando margem de lucro similar. No que toca ao impacto ambiental, os estudos demonstraram que a venda do produto verde primeiro acarreta menor custo ao meio ambiente, mas não sempre dado o controle de estoque dos dois tipos de produtos a fim de satisfazer as duas opções ao cliente (quando possui), restando claro a diferença entre impacto ambiental. Essas diferenças e a inversão na ordem da venda baseada em informações colhidas e processadas por *big data* tendem a serem reduzidas em circunstâncias que operavam informações nebulosas (SHEN et al., 2019).

Dessa forma promovendo equilíbrio entre lucro, impacto ambiental no âmbito de um comércio eletrônico, por exemplo, que a partir dos *cookies* do usuário a tentativa de venda pelo produto verde pode ser antecipada, mesmo mais caro. Este enfrentamento da introdução de produtos verdes é auxiliado em demasia pela manipulação de dados coletados por *big data*.

A valoração na concepção de um produto ou serviço se dá pelo quanto ela pode ser processada a fim de ganhar atributos passíveis de acumular valor agregado.

(...) because non-material componentes occupy na increasing share in the cost and price of the finished product; the formation of the Market value of enterprise trough the knowledge of employees, know-how, high technology, inventions, industrial designs and other intangible assets (RAMAZANOV, 2020, p. 13)

Desse modo, atualmente o verdadeiro custo de determinado processo produtivo não se dá unicamente pela matéria-prima, mas principalmente pela capacidade em processar matéria in natura através do conhecimento que se traduz em ativos intangíveis que constituem importante custo a ser considerado pela organização que produz.

O Brasil é um país que alçou sua economia a partir da alta nas *commodities* que oportunizou a valoração da matéria-prima ofertada pelo ambiente propício a tal desenvolvimento. Decorridos quase duas décadas desde a ascensão de produtos deste gênero, o país não desenvolveu sua indústria que sobrevive sucateada, sem inovação e, apesar de sua extensão territorial, concentra-se em grandes centros produtivos que alarga a desigualdade entre regiões. Isto porque o foco está na matéria sem conhecimento capaz de torna-la mais atraente ao mercado e aos consumidores, num país de economia predominantemente primária carece de implementação de tecnologias a fim de adentrar na era da informação em que a escassez de recursos naturais impulsiona cada vez mais pesquisas com este intuito.

O acesso à tecnologia como forma de enriquecer ao seu entorno a população, que desgarra das mãos de pequenos interessados em trabalhos mal remunerados, produção ineficaz e processos de trabalho indignos depende da readequação do cenário. À medida que a tecnologia se desenvolve, a produção e qualidade de atividades agrícolas na região se aproximam do padrão do mundo globalizado e integrado com práticas atuais. O que permanece na região é um cenário que remonta há décadas com conflitos que se perpetuam como feudos. Ideais de economia verde que refletiriam num ganho médio à população não chegam a serem postos em prática e, quando o são, rapidamente os

exploradores da região se encarregam de reverter ao estado anterior similarmente o que ocorre na região norte do país na extração de minérios e matéria-prima.

Na Tanzânia, país africano, a agricultura aquece a economia local, porém impera entre a população uma carga histórica de exploração ainda muito presente, que se cerca de exploradores que evitam o avanço tecnológico e implementação de tecnologia para maior eficiência e competitividade. Tais locais tendem a serem explorados até a escassez total sob o manto da proteção de poucos indivíduos em detrimento dos demais, pois mesmo com iniciativas governamentais, tais como “*Operation Save Kilombero*”, que pretenderam o remanejamento da região, não obtiveram sucesso esperado com a expulsão de atividades pastoris predatórias de modelo primitivo que, de imediato, transferem-se para outras áreas a fim de perpetuar um modelo de crescimento econômico ultrapassado, repercutindo na população carente que se distancia das técnicas atuais de cultivo (BERGIUS et al., 2020).

Na tentativa de repaginação de uma localidade atualmente, sobretudo em atividades agrícolas, surge a oportunidade do uso de *Big Data* como poderosa ferramenta nesta empreitada. Destaca-se a potência na análise macroeconômica e arranjo social, que o *big data* tem impactado na infraestrutura, promoção da inovação, desenvolvimento competitivo, impactando no regime tributário e criação de sistema de financiamento, estabelece ainda campo fértil para introdução de produtos ecológicos bem como serviços de mesma natureza, criam-se empregos com exigência de novas habilidades e promove o desenvolvimento sustentável através do monitoramento do cultivo (IGNATYUK et al., 2020).

Para implementar essas mudanças, uma das dificuldades enfrentadas no que tange à concessão de crédito em países em desenvolvimento é a instabilidade fruto de uma economia sem rastros de previsibilidade em que pequenas empresas, geralmente familiares, não realizam adequadamente o *accountability* das suas transações. Desta forma os bancos relutam no ato do financiamento, porque precárias as informa-

ções disponíveis a respeito da capacidade de honrar os empréstimos ofertados, conseqüentemente muitos empreendimentos falham por falta de capital para impulsioná-lo, resultando na concentração de inovações que impactam o mercado por empresas já consolidadas, assim pouquíssimas empresas ditam as tendências e a própria obsolescência programada pelo controle dos produtos dispostos para compra, reduz a revitalização da economia de determinada região ou país.

A partir da disponibilização de diversas fontes de informação (provindas principalmente de smartphones que tem uso massivo pela população chinesa), o *big data* pôde reduzir incertezas quanto à concessão de crédito. Na China, *Alibaba* (grupo *ecommerce* com extensa base de dados) criou seu próprio sistema de financiamento (chamado *MYbank*) focado em pequenos agricultores que utiliza como banco de dados do sistema de comércio chinês que encontra potenciais clientes que possam honrar com o crédito ofertado a taxa de juros abaixo da média. A *tencent*, dona do *Wechat* que é similar ao *whatsapp* e de uso generalizado, utiliza também de seus dados que originou o *WeBank*, tais como outras que seguiram modelo similar: *Jingdong mal*, *China CITIC bank*, dentre outros, até mesmo os próprios bancos tradicionais da China aderiram ao formato (KSHETRI, 2016).

A utilização para instruir políticas públicas proporciona uma gama de aplicações, uma delas é a repaginação do ambiente urbano, promovendo políticas de transporte que valorizam a mobilidade urbana ao mesmo tempo em que se reduzem o consumo de energia e emissão de carbono, De Gennaro, Paffumi e Martini (2016) apresentam que na maioria das cidades europeias a utilização de carros à bateria se adequa a maioria da realidade dos motoristas, este estudo fora realizado a partir de rastros do GPS de pessoas comuns entre duas localidades como amostra (Províncias de Modena e Florença, na Itália) que se calculou a velocidade média na utilização diária e comparativa entre automóveis de diferentes fontes de energia, concluiu-se que de 10% a 25% da população pode-se realizar imediata substituição por carros recarregáveis durante o período de repouso noturno, chegan-

do-se em 2030 a até 50%, desgarrando da dependência do petróleo e consequente redução da emissão de carbono.

Observa-se que o crescimento econômico tem se estreitado com a forma tradicional de gerar riqueza dada à escassez de recursos, assim o próprio mercado e o Estado têm encontrado a partir do *big data* os meios de perquirir seus fins. Há sinais de que o mercado aos poucos tem assimilado a nova realidade que se impõe de interligação dos processos produtivos verdes que promovem bem-estar social. O Estado, por sua vez, se utiliza da ferramenta como fomento à inovação e à reformulação de regiões afetadas por processos produtivos predatórios.

5 DESAFIOS EM SUA IMPLEMENTAÇÃO

Constata-se que a utilização de *big data* tem se tornado parte na estruturação de ramos mercadológicos e uso pelo governo na promoção de políticas públicas. Para isso, a coleta de dados precisa ser constante para que o *feedback* em *loop* da ferramenta informacional possa agir, identificando oportunidades em meio a multidão de usuários a partir dos rastros deixado na rede. Este movimento proporcionado pela tecnologia é disruptivo em alguma medida, pois afeta o modo como instrumentalizar ações, antecipando eventos e enxergando como nunca antes as trocas econômicas a partir das pessoas impactadas pelo evento objeto de análise.

Os Estados soberanos privilegiam a livre troca nas relações econômicas, garantindo-se como princípio fundamental insculpido no art. 1, IV, da Constituição Federal de 1988, que se instrumentaliza através do poder de polícia estatal em conjunto da atuação das agências reguladoras a fim de preservar a competitividade em determinado setor. A transição para novas tecnologias desafia o regime jurídico que se aplica a determinado produto ou serviço: tributação, regulamentação da qualidade do serviço, fiscalização sobre concorrência desleal e até mesmo a convivência num mercado dividido entre tecnologias a beira da substituição e outras em ampla ascensão.

Dito isso, exemplifica-se por um caso envolvendo Claro e Fox/TopSports que fora levado à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em que a primeira acusa a segunda de um regime mais favorável de tributação e que isso incapacitaria sua continuação no mercado, requeria, pois, a equiparação na prestação de ambos serviços. Ocorre que a Fox/TopSports oferece serviço de transmissão televisiva via *streaming* (utilizando da estrutura própria da rede, isto é, a internet) e a Claro, por sua vez, a clássica televisão a cabo, que requer estrutura fornecida pela própria empresa.

O órgão administrativo decidiu pela livre iniciativa, porque se tratava de serviços diferentes, dispensando a intervenção estatal em serviços essencialmente diversos. Observa-se que o oferecimento de serviços via *streaming*, tais como: Netflix, Amazon Prime, Disney+ sintetizam verdadeiro salto no ramo de prestação de serviços de transmissão audiovisual em que não se pode negar sua evolução, cortando custos e introduzindo acessibilidade, possibilidade de o consumidor escolher o que quer assistir ao invés de canais contínuos de programação diversa. Não se sustenta que não há público para ambos os serviços, porém a tendência é que se estabilizem no mercado serviços similares à Netflix em detrimento da mídia televisiva tradicional, sendo essencialmente desiguais as tecnologias bem como o tratamento regulatório sobre ambas, não se confundindo com deslealdade, esta punida pela ordem jurídica (MATTIUZZO; AMORIM, 2020).

Acerca do salto tecnológico, que muitas vezes surge de repente, há certa dificuldade para adequar dois públicos que parecem servir a dois objetivos diferentes, mas que satisfazem necessidades parecidas. Traz-se a lume o serviço oferecido pelo aplicativo UBER que barateou o serviço de motorista particular e reduziu a demanda pelo táxi que por mais que ainda resista, convive com um forte concorrente que angariou grande fatia de mercado. Assim como a revolução realizada através destes serviços interconectados à internet trouxe mudanças drásticas na forma de usar determinado serviço que alterou sensivelmente o funcionamento bem como os desafios que vieram à tona, com

o *Big Data* não é diferente, porque proporciona o arranjo necessário para frutificar aplicações disruptivas pelo processamento de informações que oportuniza melhores decisões.

A produção em massa de dados pela sociedade torna objeto de questionamento quanto à utilização, à classificação de dados e ao modo que deixam expostas informações de cunho sensível. Portanto, questiona-se o paradigma do direito à privacidade e crescimento econômico, observa-se na China, por exemplo, que é negligente quanto a informações privadas dos indivíduos, rotulando seus cidadãos e utilizando seus dados para impulsioná-los economicamente; ponto de vista este que não se mantém isolado no oriente (COSTA, 2019), tendo como argumento de que não há expropriação pura e simples na disponibilização de informações íntimas pela pessoa que interage com a plataforma de serviços a qual é usuária, ocorre, na verdade, sua devida retribuição como uma “pequena taxa” para utilização do serviço, sintetizando: paga-se com dados ou com dinheiro.

O conflito entre privacidade de dados íntimos talvez não seja o principal problema, a replicação de preconceitos a partir da extração de um conjunto de dados bem como a utilização de plataformas com índices avaliativos fixos podem criar parâmetros de avaliação em alguma medida injustos que subverte o próprio propósito da ferramenta. O desvendamento por trás do funcionamento destes algoritmos alimentados pela extensa base de dados deve ser objeto de auditoria para verificação de transparência na sua circulação de dados a fim de identificar suas falhas e inconsistências. Desse modo, abrir a caixa-preta destes programas é uma forma até mesmo ética em que a humanidade se debruçaria em comunhão de esforços para enfrentar o desafio econômico-social causado por esta tecnologia que se enraíza nas mais diversas formas em que o capital se dilui como uma faca de dois gumes (O’NEIL, 2018).

É necessário perquirir acerca de seu funcionamento, pois a tecnologia tende a metrificar conjuntos de dados para os fins a que se destina: localização de delitos em determinada região, critérios de ad-

missão no emprego, aferir risco de sinistro na contratação de seguros. Aparentemente isto não é um problema, contudo, pela repetição de padrões o *big data* replica desigualdade de tratamento, uma vez que, do mesmo modo, que se localizam delinquentes, estes são encontrados em áreas mais pobres que, por sua vez, a maioria da população é negra; mesmo facilitando serviço do setor de recursos humanos de determinada empresa, pode distanciar pessoas que moram longe da empresa se utilizado como critério de admissão; quando a partir do tráfego do seu veículo por GPS *tracker* se sabe qual o nível de risco de sinistro que perfaz vigilância de corpos na sociedade sintetizam malefícios a princípio incontrolláveis. Necessitasse-se, pois, inquirir a respeito do funcionamento desta tecnologia na sociedade e perguntar: o que queremos para nós? Não com receio, mas para estipular quais impactos e investigar alguma forma efetiva de regular a atividade de coleta de dados em massa que deve mirar ao futuro e não às tecnologias em desuso que remontam a uma era em que a informação não era protagonista (KELLER, 2017).

O volume de dados como suporte das trocas econômicas é presa fácil para hackers que aliada à internet das coisas, pode significar que pessoas mal intencionadas podem intervir nos sistemas produtivos. Desse modo, é necessário o fortalecimento nas trocas de informações valiosas, uma vez que a gestão de uma plantação agrícola perpassa pelo controle de disponibilização de água como um ciclo, periodicidade, dentre outros aspectos que podem até mesmo condenar uma colheita saudável caso haja intervenção maliciosa. Para isto, a tecnologia *blockchain* mostra-se como aliada na transferência de informações, pois cada parte, e apenas elas, recebem em blocos criptografados os respectivos dados, sendo transferidos em partes sem perda de dados (KSHETERI, 2014). Além da integridade, a tecnologia proporciona redução de custos pela não intervenção de intermediários, no sistema financeiro que fora aplicada proporciona a redução de custos em até 98%, resultando no decréscimo do custo das empresas para manterem serviços no processamento das transações bancárias (KAWABATA et al., 2020).

A utilização na agricultura permite a metrificação de variação de preços, insumos, que sintetiza a produção em cada safra, preocupa produtores, uma vez que antecipado os custos e o lucro auferido se poderia estimar os custos totais em cada filamento da cadeia de produção, dessa forma terras para plantio, insumos e sementes aumentariam expressivamente de preço a partir do conhecimento do quanto o fertilizante impactaria na lavoura e quanto o produtor auferiria de lucro (KSHETERI, 2014). Embora as variações climáticas possam surpreender a previsibilidade desta repetição de padrões em determinado momento, a tecnologia não trabalha com desastres; observa-se que a utilização de *big data* torna estreita a margem de lucro e os processos demasiado antecipados.

Insta mencionar a utilização de dados deve-se dar de forma voluntária e o que será feito com ela ser restrito aos termos do pactuado a fim de prestar o melhor serviço ao consumidor, findo tal manipulação de dados, tem que oferecer a opção ao usuário para eventual transferência a outro prestador a que o cliente se filiara. Chama-se de direito à portabilidade de dados que prestigia a intimidade a qual se garante pelo princípio da dignidade da pessoa humana em não permitir que seus dados sejam difundidos livremente, esta opção surge no Reino Unido denominada por *open banking*, pois surge no setor financeiro o qual os bancos deveriam oportunizar a transferência dos dados fornecidos para outra instituição financeira (SILVA; MOURÃO, 2020). Considerando que um dos pilares na prestação de serviços vem da própria disponibilização destes dados pelo cliente, mostra-se que a autodeterminação dos dados pessoais boa medida incorporada pela legislação pátria no art. 18, V da lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)².

² Lei n. 13.709/2018: “Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:(...) V - 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.

A manipulação de dados traz soluções prósperas ao mercado e às populações que necessitam encontrar oportunidades em meio a escassez de recursos, na era da informação o manto excessivamente protecionista quanto a dados pessoais pode tornar inviável o desenvolvimento do mercado. Afeta ainda as políticas públicas que buscam sucesso em sua empreitada, pois cada vez mais dependerão de informações pessoais para direcionar onde e como o objeto de investimento estatal pode propiciar bem-estar social, participando o cidadão do seu próprio futuro.

Por fim, alerta-se que a regulamentação das criações através das patentes beneficiou sobremaneira países do eixo norte que já se industrializaram e ulterior estreitamento da gama de possibilidades patentárias pelas disposições amparadas em tratados internacionais reduziu as oportunidades de países subdesenvolvidos que tiveram que importar conhecimento para processamento de suas próprias capacidades naturais que sofrem pela biopirataria de origem estrangeira (DURÃES et al., 2013). De modo similar, a proteção excessiva a dados pessoais pode causar entraves às livres trocas econômicas, elucidada-se pela figura indispensável no âmbito das empresas segundo a Lei Geral à Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que Gabriel Schulman (2021) expõe sobre: “a figura do DPO (Data Protection Officer), ou encarregado de dados pessoais, a quem compete a interface com a própria ANPD e com os pedidos dos titulares de dados pessoais (...)”. O padrão europeu, que inspirara a lei brasileira, não enxergou barreiras em sua adequação, porém não se dará de forma suave no Brasil que possui realidade diversa, impactando empresas abaladas pela pandemia que devem se adequar a uma realidade nova que pode criar barreiras desnecessárias a promoção no tratamento de dados em um país em processo de desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como objetivo traçar os desafios na implementação de *big data* na sociedade contemporânea, identificando seus contor-

nos e implicações, analisando ainda as potencialidades a fim de demonstrar sua capacidade e riscos que podem tomar grandes proporções.

Identificou-se que a informação é o ponto principal na era dos dados e que a tecnologia *big data* condiciona a sociedade a pensar a partir da coleta de dados em que todos, em comunhão de esforços, contribuem para a transformação da sociedade, alimentando bancos de dados que servem para tais mudanças. Observou-se que a informação processada pelo *big data* em loop permite a visualização dinâmica dos dados que torna comparações oportunas a fim de aumentar a eficácia de determinados processos produtivos na sociedade.

O direito à privacidade se torna relativo na sociedade contemporânea, pois os dados participam da entrega do melhor serviço ou produto que se ajusta ao usuário. A liquidez das informações deve acompanhar o usuário como pressuposto a prestação de serviços pelas grandes empresas de tecnologia que devem permitir portabilidade de dados. Decerto o maior problema situa-se no processamento e organização destes dados que gera filtros utilizados pelas empresas e governo, seu conteúdo por si só não representa perigo real às pessoas, exceto em caso de vazamento por ataques externos que são passíveis de ocorrer dado o volume de dados.

A metodologia adotada fora adequada para os fins a que se destinavam, uma vez que lastreada a partir de referencial bibliográfico de estudiosos da sociedade em rede que ensaiam, na introdução deste trabalho, uma sociedade da informação em que há o presságio do que viria a ser uma tecnologia de ampla potencialidade como *big data* gerida a partir de grande volume de dados, em seguida a série de casos elucidam aplicações práticas dessa poderosa tecnologia que, por fim, enuncia os desafios em sua regulamentação bem como desvirtuamentos possíveis caso não seja investigada sua atuação e maneiras de aprimorá-la.

As limitações da pesquisa se circunscrevem ao impacto desta tecnologia, pois sua funcionalidade técnica em razão da complexidade e da multidisciplinariedade torna-se difícil precisar como se executa

este processamento e tratamento de dados. Traz-se como desafio a ser enfrentado por todos e colocado à frente das grandes empresas de tecnologia a fim de que vasculhem seus pontos inconsistentes para que possam remodelar alguns critérios de coleta de informações a fim de promover tratamento ético dos dados sensíveis que são pontos de interligação fundamentais para funcionamento da sociedade atual.

Reconhece-se que não há como negar o caráter condicionante do *big data* nas políticas públicas para melhorar a vida em sociedade e uso pelo mercado a fim de identificar oportunidades, desbravando novas aplicações e impulsionando a inovação. O cidadão, grande produtor de dados, coparticipa ativamente destes processos de transformação da sociedade em que desde o exercício da democracia, reformulação da localidade onde vive até a escolha pelo produto a partir de impulsos que não escapam à percepção do *big data* o qual faz questão de organizar estas tendências a partir da nebulosidade de blocos de dados diversificados quanto ao seu conteúdo.

Dessa forma, o ganho de desempenho na utilização de recursos é real e beneficia a todos sem distinção, pois promove encurtamento dos processos e maior assertividade em suas escolhas. O *Big Data* desafia a sociedade a pensar no coletivo, seja introduzindo um produto ao consumidor ou participando ativamente do processo de melhora de vida nas cidades. Sob o prisma da economia verde, a ferramenta possui grande potencial porque pode promover melhora na eficiência da utilização de fontes de energia que transita em uma forma produtiva voltada ao bem-estar social.

Em conclusão, os riscos do *big data* são inerentes à sua própria natureza, mas que, auxiliada por outras tecnologias como *blockchain*, pode em conjunto fortificar a integridade do banco de dados. A regulamentação da tecnologia se mostra um grande desafio, uma vez que a diversidade de realidade nos países e suas respectivas aplicações ensaia paradigma quanto ao grau de privacidade pelo qual se pode alienar em virtude do crescimento econômico impulsionado por dados sensíveis disponibilizados por cada indivíduo. O questionamento

ganha relevo em países emergentes em que a tomada de decisão consciente pela primazia na inovação tecnológica em detrimento de um grau maior na proteção de dados íntimos para revitalizar suas fontes produtivas e organização social, desviando das regulamentações excessivas incorporadas por países desenvolvidos de cenário díspar.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Ed. Abril, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BERGIUS, Mikael; BENJAMINSEN, Tor A.; MAGANGA, Faustin; BUHAUG, Halvard. Green economy, degradation narratives, and land-use conflicts in Tanzania, **World Development**, Volume 129, 2020, 104850. DOI: 10.1016/j.worlddev.2019.104850.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.056473/2018-24**. Interessados: E. L. Garcia Ltda – EPP, FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA [...] MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/h3odx>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Processo Administrativo nº 53500.057279/2018-66**. Interessados: E. L. Garcia Ltda – EPP, TOPSPORTS VENTURES LTDA [...] Associação Brasileira de Rádio e Televisão. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/2rbCI>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. DF: Congresso Nacional, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade; tradução, Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica, Paulo Vaz. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003

COSTA, Ricardo. **Privacidade:** luxo, direito básico ou nova economia? Serpro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/mJECz>. Acesso em: 15 abr. 2021.

DE GENNARO, Michele; PAFFUMI, Elena; MARTINI, Giorgio. Big data for supporting low-carbon road transport policies in Europe: Applications, challenges and opportunities. **Big Data Research**, v. 6, p. 11-25, 2016.

DURÃES, Marilene Gomes; ANDRADE, Mayra Thais Silva; TOGNETTI, Sanny. O histórico controverso da proteção à propriedade intelectual e seu impacto sobre o desenvolvimento nacional: aspectos da desigualdade entre os países do eixo norte/sul. **PIDCC**, Aracaju, Ano II, Edição nº 04/2013, p.228 a 252 Out/2013.

EL-KASSAR, Abdul-Nasser; SINGH, Sanjay Kumar. Green innovation and organizational performance: the influence of big data and the moderating role of management commitment and HR practices. **Technological Forecasting and Social Change**, v. 144, p. 483-498, 2019.

GONZÁLEZ, R.J. (2017), Hacking the citizenry?: Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump. **Anthropology Today**, 33: 9-12. DOI: <https://doi-org.ez79.periodicos.capes.gov.br/10.1111/1467-8322.12348>

HARARI, Yuval Noah. A maior fraude da história. In: _____. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. Porto Alegre, RS:L&PM, 2015. p. 83-104.

IGNATYUK, Anzhela et al. **FinTech as an innovation challenge:** from big data to sustainable development. E3S Web Conf., 166 (2020) 13027. DOI: 10.1051/e3sconf/202016613027.

KAWABATA, Toyo et al. **Blockchain Technology and Environmental Sustainability**-Foresight Brief No. 19 October 2020. Foresight Brief: Early Warning, Emerging Issues and Futures, 2020.

KELLER, Clara Iglesias. Inovação: por que olhamos para o passado para regular? **JOTA**, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/PfUt9>. Acesso em: 03 abr. 2021.

KSHETERI, Nir (2014). Big data's impact on privacy, security and consumer welfare. **Telecommunications Policy**, 38 (11), 1134-1145. Doi: 101016/j.tel-pol.2014.10.002.

KSHETERI, Nir (2014). **The Emerging Role of big Data in Key Development Issues:** Opportunities, Challenges, and Concerns, Big Data & Society, July-December, 1-20, DOI: 10.1177/2053951714564227.

KSHETRI, Nir (2017). **Can Blockchain Strengthen the Internet of Things?** IEEE IT Professional (19)4, 68-72.

KSHETRI, Nir (2016). Big Data's Role in Expanding Access to Financial Services in China. **Internacional Journal of Information Management**, 36 (3), 297-308.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**; tradução de Carlos Irineu da Costa. – São Paulo: Ed. 34, 1999.

MATTIUZZO, Marcela; AMORIM, Livia. **Revista de defesa da concorrência. Novas tecnologias e concorrência: desigual é desleal? O caso Claro/Topsports/Fox.** v. 8 n. 2 (2020), pg. 54-77.

NIŽETIĆ, Sandro et al. Smart technologies for promotion of energy efficiency, utilization of sustainable resources and waste management. **Journal of cleaner production**, v. 231, p. 565-591, 2019.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy.** New York: Crown Publishers, 2016.

PESSOA, João Pedro Seefeldt. **O efeito Orwell na sociedade em rede: cibersegurança, regime global de vigilância social e direito à privacidade no século XXI.** Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

Ramazanov, Sultan, Development, Management and Forecasting in a Green Innovative Economy, Based on the Integral Dynamics Model in the Conditions of 'Industry – 4.0' (May 21, 2020). **ACCESS Journal: Access to science-business-innovation in digital economy**, 2020, 1(1), 9-29, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3606925> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3606925>.

SCHULMAN, Gabriel. LGPD: O Brasil não está preparado. **MIGALHAS** 2021. Disponível em: <https://bityli.com/2a7ry>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SHEN, Bin; CHOI, Tsan-Ming; CHAN, Hau-Ling. Selling green first or not? A Bayesian analysis with service levels and environmental impact considerations in the Big Data Era. **Technological Forecasting and Social Change**, v. 144, p. 412-420, 2019.

SILVA, Leandro Novais da; MOURÃO, Carlos. **Proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking.** v. 8 n. 2 (2020), pg. 31-53.

DIREITOS AUTORAIS NAS REDES SOCIAIS: A LINHA TÊNUE ENTRE A INSPIRAÇÃO E A CÓPIA

Carla Ferreira Gonçalves¹
Edna Maria de Lima Rodrigues²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo expor e apresentar uma análise atual sobre o limite entre a inspiração e a cópia de conteúdo, abordando os direitos autorais e sua efetividade para usuários de redes sociais. Em um ambiente em que é tão fácil compartilhar, encaminhar, “repostar” e que muitos estão sedentos para que seus conteúdos sejam divulgados. Se faz relevante compreender o que é inspiração, a cópia e o plágio de conteúdo. Desta forma, o trabalho visa esclarecer até onde os direitos autorais estão resguardados nas redes sociais, bem como, se o usuário em rede sabe determinar se ele pode ou não compartilhar tal conteúdo, devido ao fato de que o Direito Autoral regula as relações jurídicas oriundas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais.

Palavras-chave: Direitos de Autor; Plágio; Redes sociais.

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade que suplica por compartilhamentos, likes e comentários em posts é difícil definir até onde vai o limite da inspi-

¹ Professora de Direito Civil e Direito Digital no UNIFESO - Centro Universitário Serra dos Órgãos.

² Graduada em Direito pela Universidade do Grande Rio Prof. José de Souza Herdy - UNIGRANRIO e analista de Marketing Digital.

ração criativa. Muitos acreditam que inspirar-se é algo que acontece naturalmente depois de um despertar interior, quando a criação surge “do nada”.

Para outros é importante ter uma referência, consumir conteúdo para que a inspiração surja e para alguns a inspiração é apenas “mudar algumas palavras” de um conteúdo já existente. Desta forma, o tema se faz justificável pelo seu grau de interesse para a sociedade contemporânea. Afinal, qual é o limite entre a cópia e a inspiração? A legislação autoral está atualizada para responder esses questionamentos e sanar possíveis lides ou está distante dos avanços tecnológicos? É possível criar algo novo? Como não ser acusado de plágio?

Um bombardeio de conteúdos digitais surge diariamente, seja no Instagram, Facebook, TikTok entre outros. Milhares de criadores de conteúdos e experts em propaganda e marketing lutando pela atenção de internautas sedentos para monetizar sua rede ou anúncio.

Por esta razão este trabalho tem como objetivo principal, esclarecer e encontrar soluções para os conflitos gerados a partir dos conteúdos disponibilizados nas redes sociais e como a atual legislação autoral pode se apresentar aplicável a tais questões.

2 HISTORICIDADE E TUTELA JURÍDICA DO AUTOR PROPRIETÁRIO

A inevitável condição ininterrupta do processo de criação posta a serviço da notoriedade do autor é responsável pelo fato do direito de autor assumir papel relevante na sociedade moderna.

No período que compreende a Antiguidade Clássica e a Idade Média, a autoria se ressentia de uma dimensão individual, elaborando-se sempre como colaborativa.

A alteração do modelo autoral de colaborativo para individual, originariamente ocorrida na Inglaterra, na França e na Alemanha, foi fundamental para o modelo jurídico moderno de proteção autoral.

O romantismo internalizou a inspiração criadora no próprio autor e não fora ou acima dele. Dessa forma e até então, o processo criativo é reconhecido como algo que emana do próprio autor, sendo este o gênio criador e único proprietário dessa criação.

Em meio a mudanças coniventes com os novos princípios da ordem discursiva moderna, é cada vez mais significativa a relação entre o nome do autor e a obra, juridicamente protegidos pela titularidade e pela propriedade intelectual.

O nascimento da individualidade da criação autoral é pressuposto da formação histórico jurídica do direito autoral, resultando na concretização dos direitos patrimoniais e morais (FRAGOSO, 2009. p.59).

Assim, o autor proprietário desempenhou um papel fundamental na criação moderna do direito autoral. O termo autor é aqui entendido como alguém a quem se deve unicamente a criação de uma obra, devendo ser o titular e ter os direitos sobre ela. (ASCENSÃO, José de 2007. p. 4)

Cabe ainda, esclarecer as nomenclaturas e termos que serão utilizados para tratar da mesma temática: autoria, autor proprietário, direito de autor e por fim direito autoral. Assim, temos que a autoria é aquele que cria, que causa ou dá origem a alguma coisa, sendo um termo mais genérico e menos jurídico. Enquanto que o Direito Autoral é o ramo do Direito que trata dos direitos dos autores e dos que lhe são conexos. Já a ideia de autor proprietário, termo originário da tradição anglo-saxã, diz respeito não só aquele que detém o direito de cópia, mas o autor criador e também dono de sua obra. (ASCENSÃO, José de 2007. p. 3). Na principal legislação de direito autoral, no Brasil, podemos identificar as expressões direitos autorais e direitos de autor.

2.1 AUTOR PROPRIETÁRIO NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA

Desde a cultura manuscrita, no século XIV, já era possível identificar o livro unitário, expressão escrita de um único autor. Da tradi-

ção coletiva e anônima da produção e circulação do escrito, passa-se a conceber uma nova prática cultural, na qual o discurso vincula-se a um único nome próprio. O autor passa ao longo dos tempos, a ter a sua visibilidade estendida e agregado a ela está a sua expressão oral, o seu discurso (ALVES, 2013, p.247)

Contam-se, entre outros fatores, para o surgimento dessa concepção ocidental moderna de autor, a criação da imprensa e do comércio do livro.

A invenção da impressão gráfica (imprensa), fixou de maneira definitiva a forma escrita. Os fundamentos históricos para o reconhecimento do direito do autor proprietário no ocidente encontram suas bases no direito ou privilégio concedido pelos monarcas aos livreiros que, posteriormente, foram nomeados como editor ou titular de direito de publicar a obra. Para Ascensão “ [...] com a invenção da imprensa, mas com o fito de outorgar tutela à empresa. Dá-se um privilégio, ou monopólio, ao impressor” (ASCENSÃO, 2007. p. 4).

De origens inglesa e francesa, perdura o modelo de direito autoral até os dias atuais. Ele abrange sucessivamente a proteção dos textos em geral; do fonograma; das obras audiovisuais; do *software* de computadores e de outras utilizações, como atualmente, as publicações digitalizadas (portais e *sites*).

2.1.1 *Direito Autoral no Brasil*

A legislação brasileira de direitos autorais estabelece a relação intrínseca entre a criação e o criador, ou seja, reconhece a obra como um prolongamento da personalidade do criador. Assim, ao autor é conferido o direito de proteger sua obra diante da coletividade, ao passo que a obra é entendida como a expressão de sua personalidade. Por se caracterizar, desse modo, como direito da personalidade, é facultado ao aspecto moral se sobrepôr ao patrimonial.

Desse modo, é inevitável supor a presença da personalidade do autor no ato de criação. A lei de direitos autorais supõe a obra como parte do autor; emanada de modo íntimo do seu espírito ao reconhecê-la como parte das criações de espírito.

A sua mera exteriorização, sem formalidades ou registros, é suficiente para que se a obra se encontre sob a proteção dos direitos de autor.

No direito autoral, o elemento subjetivo da criação está identificado no vínculo proposto pelo conceito de autor entre o espírito criador e a obra. Por outro lado, a identificação do elemento objetivo e sua proteção jurídica dependem da exteriorização e materialização da obra. A obra autoral é tida como o reflexo da personalidade do autor. Para Rocha

[...] reconhecimento de um expressivo vínculo entre os criadores e suas criações. O que, por sua vez, impõe uma remissão à figura do criador em seus aspectos pessoais, existenciais, pois, afinal, estas expressões refletem e comunicam a visão de mundo do autor, revelando íntimos aspectos de seu ser. (SOUZA, 2013)

Até a promulgação da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, também denominada LDA - Lei de Direitos Autorais, que disciplina o direito autoral e os direitos conexos, temos um longo caminho, pois o primeiro projeto de lei foi datado de 1989 com o PL nº 249/89 do senador Luiz Viana.

A atual consagração dos Direitos Autorais, previsto na LDA abrange em sentido mais específico os direitos de autor, e os denominados direitos conexos em um fluxo secundário.

Em todas as convenções normativas sobre Direitos de Autor, salienta-se que os direitos autorais adquirem natureza dúplice, com capacidade, portanto, para proteger as dimensões física e pessoal das criações humanas, respectivamente, pelos direitos patrimoniais e morais.

O art. 7º da Lei nº 9.610/1998, LDA, descreve as obras protegidas, da seguinte forma:

São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

[...]

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

[...]

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (BRASIL, 1998)

Com relação aos direitos patrimoniais e morais de autor de obra intelectual, o Brasil adota a teoria da bifurcação dos direitos de autor, ou seja, em patrimoniais e não-patrimoniais (ou morais), que corresponde à concepção dualista prevalecente na doutrina européia que visa proteger o direito do criador da obra. O sistema anglo-saxão do *copyright*, direito de cópia, centra-se, por sua vez, na materialidade da obra sem englobar os direitos morais.

A positivação do direito de autor significou um avanço inquestionável tanto para as artes quanto para a ciência e, por um longo tempo, a sua essência não foi abalada. Contudo, a sua alteração, com o acelerado progresso das tecnologias digitais da informação e da comunicação, constitui um marco fundamental da sociedade contemporânea. Na sociedade informacional, tornou-se possível, não só a compilação,

o tratamento e o inter-relacionamento maciço da informação, como, sobretudo, também a sua circulação sem fronteiras, dominando o processamento automatizado da informação.

2.2 DUALIDADE DA TUTELA DE DIREITOS: PATRIMONIAIS E MORAIS

A ideia de um direito moral do autor defende o seu aparecimento em concomitância com o momento em que surge a própria obra. Surge, portanto, com a materialização da obra, produzindo efeitos por toda a sua existência, mesmo após a morte do autor. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar define os direitos morais como:

[...] vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é a emanação da personalidade do autor – que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do criador. (BITTAR, 2008, p. 47)

Os direitos morais do autor estão previsto no artigo 24 da LDA em um extenso rol de direitos:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, pos-

sam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.

Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção.

Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado.

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. (BRASIL, 1998)

O direito moral é doutrinariamente reconhecido como um direito personalíssimo, não podendo ser transferido e exercido por outra pessoa senão pelo titular. Ele se vincula à “paternidade” da obra, de

modo a expressar a sua conexão “espirtual” com o seu criador. Sendo assim, esse direito se caracteriza como imprescritível, impenhorável, irrenunciável e inalienável.

Pode-se, portanto, dizer que os direitos morais, em todos os aspectos que se apresentam, se resumem no direito ao respeito, tanto da intangibilidade da obra quanto da personalidade de seu criador.

O droit d’auteur enfoca também os aspectos morais, o direito que o autor tem ao ineditismo, à paternidade, à integridade de sua obra, que não pode ser modificada sem o seu expresso consentimento. Mesmo que um autor ceda todos os direitos patrimoniais referentes à sua obra, ele conserva em sua esfera esses direitos morais, que são inalienáveis e irrenunciáveis. A proteção se estende por toda a vida do autor, e até mesmo após sua morte, transferindo-se todos os direitos patrimoniais e morais para seus herdeiros e sucessores legais. (GANDELMAN, 2007, p. 28)

Contrariamente, os direitos patrimoniais são aqueles que asseguram ao autor o direito à utilização e à exploração econômica da obra. Esse direito é conferido com exclusividade ao autor, permitindo que este, por sua vez, tenha a plena faculdade de autorizar ou proibir o uso de sua obra. Dessa forma, o autor pode permitir que terceiros a utilizem, traduzam-na ou reproduzam-na livremente, de forma gratuita ou não. Como estabelece o artigo 44 da LDA: “O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.” (BRASIL, 1998)

A concepção dualista, do Direito de Autor (*Droit d’Auteur*), em conclusão, é adotada pela maioria dos países que se inserem no sistema *civil law*. A partir dessa concepção, surgem dois direitos distintos, aqui tratados, o moral e o patrimonial. A adoção do sistema dualista implica uma regulamentação diferenciada para o direito moral e patrimonial, ou seja, confere características próprias para cada um a partir do mesmo ato criativo.

Consideraremos, a definição do direito moral como extensão e expressão da personalidade do autor e oposição sustentada pelos autores autorialistas.

Os direitos da personalidade são admitidos como personalíssimos, não patrimoniais e intransmissíveis, tal qual o direito moral do autor. Emergem, aprioristicamente, como direitos contrapostos às arbitrariedades do Estado, na condição considerada de direitos inerentes à personalidade humana, atributos da própria pessoa e que tem por objeto a sua personalidade física, moral e jurídica.

Em suma, os direitos de personalidade são aqueles direitos que exigem absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana.

A favor da teoria personalista do direito de autor, os autorialistas defendem os direitos morais pautados na individualidade do autor, com a função de preservar a personalidade do autor e o respeito à sua criação (BRAUN e ADOLFO, 2014). Constituem-se, assim, como personalíssimos e tendencialmente perpétuos, expressando a relação criação-criador, ou seja, eles, os autorialistas, reconhecem a obra como um prolongamento da personalidade do criador.

Ao autor, então, é conferido o direito de defender sua obra diante da coletividade, ao passo que a obra é tida como expressão de sua personalidade. Consequentemente, na visão dos autorialistas, o aspecto moral sobrepõem-se ao patrimonial devido àquele ser direito da personalidade. Na mesma direção, caminha o entendimento da autorialista Eliane Y. Abrão:

O direito que tem o autor de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra. É o chamado direito ao crédito, que é o de ver essa qualidade, a de autor, anunciada junto à obra, impressa junto a ela, e o de reivindicá-la a qualquer tempo. O direito de se assegurar a integralidade da obra desde que as modificações ou alterações reflitam sobre a sua pessoa, atingindo-a em sua honra. O direito de conservá-la inédita, isto é, o de não

lhe dar destinação pública, entendendo-se por tal impressão e a distribuição de exemplares. (ABRÃO, 2002, p. 75)

No Brasil, Tobias Barreto (BARRETO, 2000, p. 454) foi o precursor em defender os direitos de autor como direitos de personalidade. Ao estabelecer a classificação dos direitos civis, inovou e incluiu a categoria de direito autoral. No seu parecer, o direito autoral não se resumiria apenas aos aspectos patrimoniais ou ao direito à “propriedade literária”, como previa o Código Criminal do Império. Ao contrário, ele admitia o direito autoral como a extensão do direito pessoal do autor e da sua personalidade.(BARROS, 2007, p.109)

Tobias Barreto, ao citar Johann Kaspar Bluntschli³, afirma que o direito autoral pertence à classe dos direitos gerais humanos, por ser a obra uma expressão do espírito pessoal do autor; um fração de sua personalidade. Assim, da mesma forma que os direitos gerais humanos, o direito autoral é intransmissível na sua essência, inseparável do seu titular e intransferível para outro sujeito.

A associação entre os direitos da personalidade e os direitos morais do autor é, no entanto, alvo de críticas e contestações (ASCENSÃO, 2007, p. 602-603). Os direitos morais do autor não são, como os direitos da personalidade, direitos inatos à pessoa humana. Os direitos morais do autor só surgirão a partir da criação intelectual da obra, e, de maneira alguma podem anteceder-lá. Neste caso, o direito moral diz respeito a um direito pessoal, de modo que se justifica que, na verdade, o direito moral do autor se caracteriza como um direito pessoal e não de personalidade.

A concepção que atribui ao direito moral dimensão da personalidade do autor encontra também assento em outros juristas que, neste caso, se colocam do lado de Ascensão. (ZANINI, 215, p. 122 e 123). Eles defendem como distintas a regulação para os direitos de personalidade

³ Professor alemão de Direito Constitucional e Internacional em Haildelberg, falecido em 1881

e a regulação para os direitos de autor. Nos seus pontos de vista, os direitos de autor possuem regulação própria e especial e não se conciliam com os direitos de personalidade, justo porque esses pertencem a uma categoria ampla e genérica. Contribuem com as suas posições para a defesa do direito de autor como eventual e não necessário; adquirido e não inato. Criticam, dessa forma, que até mesmo o modelo autoral contraposto pela concepção personalista admite o privilégio do direito real e o monopólio de exploração econômica pelo autor da obra.

A doutrina atual majoritária brasileira recepciona a teoria dualista, a favor da diferenciação entre o direito moral e patrimonial e do reconhecimento do direito moral do autor como direito de personalidade. Entretanto, os direitos morais do autor não nascem com a personalidade, mas com a elaboração da obra. Dessa forma, indagamos se essa teoria se mostra ainda a que melhor se aplica na sociedade informacional.

3 A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E AS REDES SOCIAIS

A tecnologia passou a fazer parte da comunicação humana, tornando-se essencial na maioria das atividades desenvolvidas pelo gênero humano ao longo da sua evolução. Com o surgimento das tecnologias digitais de informação e comunicação, além da sofisticação e do aprimoramento de métodos de comunicação usuais, vislumbram-se outras possibilidades para manter constante a dinamização comunicativa.

A base tecnológica digital capacita a veiculação simultaneamente de texto, som e imagem à velocidade da luz, alcançando uma dimensão planetária, ampliando o alcance dos meios de comunicação de massa, agregando conhecimentos e intensificando a circulação de informações, com benefícios para a interconexão de serviços vinculados à comunicação.

Na esteira do processo de modernização, determinado a partir da industrialização, chega-se à sociedade contemporânea, uma socie-

dade que não pode mais ser definida nem pela utilização do sistema fabril como modo de produção, nem pela força de trabalho, mas sim pelo domínio da informação e do conhecimento.

Com relação ao volume informacional, Robert Darnton afirma que: “a informação vem explodindo ao nosso redor com tanta fúria e a tecnologia de informação está mudando a uma velocidade tão impressionante que somos forçados a encarar um problema fundamental: como nos orientarmos neste novo panorama?” (DARNTON, 2010, p. 39)

Dessa forma, a sociedade atual tem sido marcada pela inserção contínua das tecnologias digitais de informação e comunicação na vida econômica, social e política, afetando sensivelmente os modos de organização social.

Como consequência, a sociedade contemporânea tem sido denominada como sociedade da informação ou sociedade informacional, onde a informação e a comunicação são consideradas ferramentas fundamentais à produção de bens (materiais e imateriais). Dessa forma, vive-se, a era da informação, e a sociedade contemporânea tem como característica principal a produção e a difusão da informação por meio das tecnologias digitais.

O acesso amplo à informação, resultante do processo de interação do homem com as tecnologias digitais de comunicação e informação, vêm ocasionando mudanças irreversíveis nos comportamentos dos indivíduos e das massas.

Os avanços tecnológicos têm sido causa de grandes mutações sociais, a tecnização e a informatização da sociedade colocam o conhecimento e a informação em posição privilegiada, como fonte de valor e de poder.

Registra-se que a informação e a comunicação disponibilizadas em grande quantidade e velocidade têm promovido poderosamente os processos de transformação nos campos social, político, cultural, econômico e jurídico rearticulando toda a sociedade. A ideia de cida-

dania cosmopolita, implícita nas promessas da sociedade informacional, fundamenta-se em um novo tipo de vinculação do indivíduo com o poder, que passa a estar vinculado a uma determinada ordem jurídica que não se reduz somente a do estado nacional.

As tecnologias digitais de comunicação possibilitam a ruptura cultural. A possibilidade de intensa exploração das informações coloca em questão o impacto das tecnologias digitais de informação e comunicação sobre a cidadania e a democracia, pois o poder de intervenção da ‘tecnociência’ sobre o corpo, a mente, a vida dos indivíduos parece ser ilimitado, gerando a ilusão de um poder trazido pelas tecnologias informacionais.

Por seu intermédio, estabelecem-se novas interações entre o público e o privado, entre o Estado, a sociedade e o mercado, bem como redefinem-se papéis, direitos e deveres, atribuições e responsabilidades dos diferentes atores sociais.

Nesse contexto, as redes sociais tem se tornado quase indispensáveis na vida cotidiana.

Redes sociais podem ser conceituadas como o ambiente virtual onde pessoas podem compartilhar simultaneamente vídeos, fotos, imagens, textos, áudios, arquivos e mensagens de forma facilitada com o intuito de informar rapidamente e gerar relacionamentos interpessoais. Segundo a Resultados Digitais, um dos maiores portais de marketing digital do Brasil: “Redes sociais, no mundo virtual, são sites e aplicativos que operam em níveis diversos como profissional, de relacionamento, dentre outros, mas sempre permitindo o compartilhamento de informações entre pessoas e/ou empresas.”⁴

O advento da Pandemia causada pela Covid 19 potencializou o uso das redes sociais a um nível inimaginável. A facilidade de acesso à informação e as distâncias encurtadas pela rede nos fazem pensar

⁴ RESULTADOS DIGITAIS –Portal do Marketing. **Redes Sociais**. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/especiais/tudo-sobre-redes-sociais/>. Acesso em: 13 maio 2021.

que nada, em termos de comunicação, será como antes, especialmente com as mídias sociais.

3.1 FACEBOOK E INSTAGRAM E O MONOPÓLIO DIGITAL

O Facebook completou 15 anos com 2,3 bilhões de usuários. O Instagram, fundado em 6 de outubro de 2010 já conta com mais de 1 bilhão de usuários. Cresce cada vez mais o número de adeptos às redes sociais e cresce também o número de pessoas que se utilizam desses meios para proveito econômico, sendo criadores de conteúdo, os chamados “influenciadores” digitais.⁵

Esse crescimento se dá, pois além do entretenimento, as redes sociais tornaram mais dinâmica a comunicação. Pode-se identificar novas modalidades de armazenamento de músicas, fotos, livros e até mesmo dinheiro.

Entretanto, o Facebook no ano de 2020 passou a ser alvo de processos nos EUA por monopólio das redes sociais:

Compra do Instagram e do WhatsApp pela companhia poderá ter de ser desfeita porque comissão alegou que foram ‘estratégias para eliminar ameaças’. Rede social afirma que órgão aprovou as aquisições na época.

A Comissão Federal de Comércio (FTC, na sigla em inglês) dos **Estados Unidos** e 48 autoridades estaduais anunciaram nesta quarta-feira (9/12/2020) que entraram com dois processos contra o **Facebook** por monopólio ilegal. Após 1 ano e meio de investigação, o FTC e os procuradores-gerais dos distritos alegam que o Facebook vem mantendo seu domínio nas redes

⁵ JORNAL O GLOBO. Instagram tem 1 bilhão de usuários, mas não oferece sistema **de denúncia de fake News**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/instagram-tem-1-bilhao-de-usuarios-mas-nao-oferece-sistema-de-denuncia-de-fake-news-23370668>. Acesso em: 15 set. 2021.

sociais por meio de uma conduta anticompetitiva praticada há muitos anos que resultou em «lucros exorbitantes».⁶

A FTC (Federal Trade Commission) abriu também um processo contra a plataforma por monopólio, o órgão entendeu que a estratégia de Mark Zuckerberg de compra de empresas rivais em ascensão, tal como foi com o Instagram e o WhatsApp. Segundo a procuradora-geral de Nova York, Letitia James: “O Facebook usou seu poder de monopólio para esmagar rivais menores e exterminar os competidores, às custas dos usuários comuns”.⁷

Do que o Facebook é acusado? De praticar uma “estratégia sistemática” para eliminar “ameaças ao seu monopólio”. Isso envolveu as compras do Instagram, em 2012, por US\$ 1 bilhão, e do WhatsApp, em 2014, por cerca de US\$ 20 bilhões.⁸

A acessoria do Facebook rebate as acusações afirmando que todas as aquisições dos aplicativos são legais foram aprovadas pelos órgãos reguladores naquela época. Amparados, ainda, pelo livre comércio, disputa e concorrência.

Em 2019, a UE editou a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, referente aos direitos de autor no mercado único digital

⁶ JORNAL G1- Tecnologia- **Facebook é alvo de processos nos EUA por monopólio nas redes sociais**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/09/facebook-e-alvo-de-acao-antitruste-nos-estados-unidos-diz-agencia.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁷ JORNAL G1- Tecnologia- **Facebook é alvo de processos nos EUA por monopólio nas redes sociais**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/09/facebook-e-alvo-de-acao-antitruste-nos-estados-unidos-diz-agencia.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸ JORNAL G1- Tecnologia- **Facebook é alvo de processos nos EUA por monopólio nas redes sociais**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/09/facebook-e-alvo-de-acao-antitruste-nos-estados-unidos-diz-agencia.ghtml>. Acesso em: 15 set.. 2021.

2016/0280 (*The European Union Directive on Copyright in the Digital Single Market*). A França, a partir da Diretiva, editou a nova lei de direitos de autor francesa. O país é o primeiro a transpor para a legislação nacional a diretiva do *Digital Single Market* (política da União Europeia para mercado digital, comércio eletrônico e telecomunicações) aprovada em abril de 2019, após dois anos de debate. Em síntese, as polêmicas giram em torno do artigo 13 da diretiva. No documento se prevê que plataformas digitais não poderão fazer uso, sem consentimento, de trabalhos que têm sua propriedade intelectual protegida. Isso quer dizer, que restam apenas duas opções a *Google* e ao *Facebook*: pagar pelo uso e pela exibição de trechos de reportagens em suas plataformas, ou mostrar somente aquelas que têm a utilização liberada por seu criador⁹.

Segundo representantes da ONU e defensores de uma regulação mínima para a *Internet*, a edição de leis pautadas na diretiva e o uso de ‘filtros de conteúdo’ algorítmicos podem violar o direito à liberdade de expressão, o fluxo livre da informação e uma rede internet livre e aberta¹⁰.

Por outro lado, os apoiadores da Diretiva defendem-na como eficiente meio para restringir a capacidade de plataformas como o *YouTube* de lucrar com violações de direitos autorais.

4 DA POPULARIDADE DO TIKTOK E DO KWAI

A respeito da grande viralização de vídeos atualmente duas plataformas tem ganhando destaque por conceder fama, dinheiro, visi-

⁹ BELGIUM. *European Union Directive on Copyright in the Digital Single Market*. Euro-Lex Access European Union Law. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>. Acesso em: 01 set. 2021

¹⁰ Cf. JONES, Reth. **Google ameaça tirar notícias das buscas na UE se lei de direitos autorais for aprovada**. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/google-noticias-retirar-uniao-europeia-lei-direitos-autorais/>. Acesso em: 01 set. 2021

bilidade e seguidores, a sociedade vive a era do “me dá um like”, “me segue”, “se inscreve no meu canal”.

O Tiktok é a plataforma de vídeos curtos mais popular mundialmente, e se estima que possua 800 milhões de usuários, enquanto o Kwai se aproxima de tal marca contando com um total de 776 milhões de usuários espalhados pelo mundo. O Kwai tem ganhado força no Brasil 2019, e ficou mais popular desde do início da pandemia em 2020/2021, o aplicativo começou na Ásia e se expandiu pelo mundo, por dar prêmios em dinheiro para quem assiste os vídeos curtos e compartilha os mesmos.

Sendo assim, o Kwai é um editor de vídeos que também funciona como rede social afim de divulgar os conteúdos criados na plataforma. O aplicativo foi criado em 2011 e é muito popular na China e Índia, pois já vem pré-instalado nos celulares da Xiaomi e Huawei. A plataforma de vídeos só chegou no Brasil em 2019.¹¹

Praticamente as duas redes sociais tem números elevados de usuários dia após dia, conquistando as pessoas com as danças e imitações virais.

Segundo o Olhar Digital os vídeos curtos e rápidos se tornaram uma febre em todo mundo, um dos principais responsáveis pelo sucesso da vertente de conteúdo é o TikTok, que ganhou ainda mais popularidade durante a pandemia do coronavírus. Porém, o aplicativo não é mais o único a exibir esse tipo de conteúdo. O Instagram criou sua própria ferramenta de vídeos curtos, o *Reels*. E um novo concorrente está abrindo espaço no mercado brasileiro e ganhando muitos usuários: o Kwai.¹²

¹¹ BARROS, Matheus. **OLHAR DIGITAL- TikTok e Kwai: conheça as principais diferenças entre os aplicativos.** Disponível em: <https://olhar-digital.com.br/2021/02/15/tira-duvidas/conheca-as-principais-diferencasentretiktokekwai/#:~:text=Os%20v%C3%ADdeos%20curtos%20e%20r%C3%A1pidos,exibir%20esse%20tipo%20de%20conte%C3%BAdo>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹² BARROS, Matheus. **OLHAR DIGITAL- TikTok e Kwai: conheça as principais diferenças entre os aplicativos.** Disponível em: <https://olhar-digital.com.br/2021/02/15/tira-duvidas/conheca-as-principais-diferencasentretiktokekwai/#:~:text=Os%20v%C3%ADdeos%20curtos%20e%20r%C3%A1pidos,exibir%20esse%20tipo%20de%20conte%C3%BAdo>.

Tais aplicativos conquistaram pessoas de todas as idades, trazendo danças, culinária, músicas curiosidades, viagens de vários países.

Em aplicativos onde a fama é o que te sustenta, a busca por imitar e viralizar se tornou intensa. Muitos artistas tem imitados pessoas comuns, fingindo que a ideia de uma dança ou piada era sua, por serem famosos, tirando o crédito de alguém que não é ainda tão popular na plataforma para “hitar” trazendo mais likes e visibilidade.

Destaca Pedro Maia (DA SILVA, 2021) que devido à falta de ética de algumas pessoas ou até em razão da falta de conhecimento, toda pessoa que produz conteúdo ou vende produtos digitais está sujeita a ser vítima de Plágio ou de Pirataria Digital. Não é a ideia que é protegida, mas a sua realização em forma definida.

As cópias dos conteúdos produzidos na rede com muita rapidez, sendo evidente que a profusão de funcionalidades propicia frequentes violações aos direitos do criador desafiando mecanismos de defesa jurídica diante da replicação de conteúdos em alta velocidade. Assim, sendo, imagine quantos usuários das redes sociais e da Internet de forma geral podem ser infratores de direitos autorais, em escala gigantesca, quando se fazem downloads de arquivos de obras, músicas e imagens armazenados num determinado site, de forma gratuita.

As pessoas deveriam ter mais cautela com o que elas postam, procurar as fontes de fotos, músicas e vídeos é de suma importância, “hitar” por cima do verdadeiro autor não é uma atitude digna.

Nos aplicativos TikTok e Kwai o que mais é visto são as danças coreografadas, frases, incentivos, e músicas sendo compartilhadas sem os devidos créditos aos autores.

digital.com.br/2021/02/15/tira-duvidas/conheca-as-principais-diferencasentretiktokekwai/#:~:text=Os%20v%C3%ADdeos%20curtos%20e%20r%C3%A1pidos,exibir%20esse%20tipo%20de%20conte%C3%BAdo..
Acesso em: 15 set. 2021.

No TikTok é crescente os casos em que pessoas postam obras de outras como suas, o cantor Latino foi acusado de plágio de conteúdo na internet por uma cantora de Campinas, chamada Bruna Volpi, o caso acabou tendo uma repercussão, os vídeos de acusação e de defesa viralizaram nos aplicativos Instagram e no TikTok, que foi onde tudo começou.

A desavença, no entanto, não foi provocada por nenhuma música, mas sim por um post que o músico fez em seu Instagram criticando o **descaso do governo em relação aos artistas no período da pandemia**. Bruna Volpi afirmou em suas redes sociais que latino **copiou** o seu pronunciamento sobre o governo, e fingiu que o texto tinha autoria dele. **“Eu teria ficado honrada se você tivesse usado e me dado os créditos**. Mas copiar na cara dura e fingir que o texto é seu... Desculpa! Perdeu meu respeito”, disse ela. **Nos vídeos, os cantores fazem uma comparação sobre praias e casas de show lotadas, dizem que os artistas também precisam se manter e que o governo deveria ter se planejado melhor em relação a isso. “Eu fiz um vídeo ontem que acabou circulando em grupos de músicos e produtores do Brasil inteiro. Poucas horas depois, ele posta um vídeo falando exatamente as mesmas coisas”, desabafou Volpi.**¹³

Portanto, a lide deu-se por uma “inspiração” que Latino teve através do vídeo de Bruna que bombou nas redes sociais, é praticamente impossível não notar semelhanças nas falas, mesmo ele não tendo admitido tal fato.

Vale destacar que cada publicação (*post*) realizada, independentemente da rede social utilizada, *posts* que veiculam conteúdos literários, sob o formato de textos, que, podem violar direitos autorais.

¹³ DIÁRIO DO NORDESTE. **Latino é acusado de plágio por Bruna Volpi após postar vídeo criticando o governo**. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/verso/latino-e-acusado-de-plagio-por-bruna-volpi-apos-postar-video-criticando-o-governo-1.3030129>. Acesso em: 03 set .2021.

A respeito das danças do Tik Tok, a advogada Ana Zan Mosca, afirmou que se deve colocar o nome de quem coreografou ou criou os passos no vídeo. O tão famoso tiktok, as “*challengers*” que junto com a música bobam pela internet, mas a coreografia, foram criação de um coreógrafo que deve ter a sua criação protegida.

A respeito da responsabilidade dos provedores pela violação de direito autoral cometida por terceiros, o legislador não tratou sobre os sítios da Internet, sendo tratado em apenas dois dispositivos, no texto do Marco Civil, que foram §2º do art. 19, remeteu o pedido de retirada do conteúdo a “previsão legal específica”, e no art. 31 da lei citada.

Assim, destaca Augusto Marcacini, que a responsabilidade existe:

Um provedor de aplicações que permite que terceiros se exibam na Rede desempenha uma atividade inovadora e, tal qual os muitos produtos e serviços decorrentes das tecnologias digitais, sem precedentes anteriores com os quais se possa fazer comparações perfeitas. Na falta de leis específicas que rejam as novas situações decorrentes dessa evolução tecnológica, o melhor que se pode fazer ao interpretar as normas em vigor é tentar estabelecer analogias razoáveis com situações mais consolidadas. Nesse sentido, um provedor de aplicativos que hospede material de terceiros encontra, na realidade anterior, uma maior aproximação com a posição jurídica dos locadores em geral – locador de imóveis, locador de espaços em *outdoors*, locador de equipamentos – e é nesse sentido que sua responsabilidade por ato exclusivo dos seus locatários não pode ser, em regra, fixada. Não parece, pois, que o provedor de aplicativos que simplesmente disponibilizou sua ferramenta informática para que terceiros publiquem informações na Internet pratique por si qualquer das ações previstas no art. 104 da Lei de Direitos Autorais. E não há, naquela Lei, previsão de responsabilidade por fato exclusivo de terceiro, com o qual o sujeito não tenha ao menos concorrido, como se dá nas ações descritas nesse art. 104. [grifo nosso] (MARCACINI, 2016, p. 74)

Para a jurisprudência pátria, o que os juízes tem levado em consideração para se comprovar o plágio são as coletas de provas de tal fato, o que nos leva a entender que é necessário que se juntem indícios e comprovações, sejam estas por meio de prints da tela do celular ou outro dispositivo, vídeos, imagens, em que a pessoa acusada usou a ideia sem que os créditos ao autor fossem concedidos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE UTILIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DA OBRA INQUINADA. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPC. TUTELA ANTECIPADA (ART. 303 CPC) QUE, AO CONTRÁRIO DA TUTELA CAUTELAR DE NATUREZA MERAMENTE ASSECURATÓRIA (ART. 305 CPC), VISA SATISFAZER PROVISORIAMENTE A PRETENSÃO MATERIAL DO AUTOR. CONFIGURAÇÃO DE PLÁGIO QUE DEPENDE DA COLETA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA NÃO TRAZIDOS NA INICIAL. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. HIPÓTESE EM QUE TAMBÉM NÃO EVIDENCIADO O RISCO DE LESÃO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO AO AGRAVANTE, CONSIDERANDO-SE QUE, EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, OS EVENTUAIS PREJUÍZOS SUPORTADOS SERÃO OBJETO DE COMPENSAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-RJ - AI: 00554416320208190000, Relator: Des(a). LUIZ ROLDAO DE FREITAS GOMES FILHO, Data de Julgamento: 07/04/2021, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/04/2021)¹⁴

Por fim qual seria o limite entre cópia e a inspiração nas redes sociais? Se fosse para escolher um ato que diferencia um plágio de uma inspiração, eu escolheria o chamado: Processo Criativo. Processo cria-

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO TJ-RJ- **AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0055441-63.2020.8.19.0000**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1203954297/agravo-de-instrumento-ai-554416320208190000/inteiro-teor-1203954306>. Acesso em: 03 maio 2021.

tivo é o processamento de ideias utilizado pelo criador de conteúdo para de fato CRIAR o texto, obra, arte, vídeo, curso ou produto que será publicado. Trata-se de um processo complexo no qual o nosso cérebro organiza diversas ideias que temos, aprendidas por meio de cursos, de livros que estudamos, de frases que escutamos em algum lugar e até mesmo na nossa experiência de vida. Quem realmente se inspira em algo, sabe explicar todo processo criativo utilizado para elaborar sua obra. (DA SILVA, 2021)

Inclusive, a lei brasileira manteve, para as obras em domínio público, os aspectos morais da integridade e paternidade da obra sob a justificativa da proteção que o Estado deve dar ao patrimônio cultural comum.

5 CONCLUSÃO

Sendo assim, o direito autoral é assegurado por lei, sendo entendimento por grande parte da doutrina como um direito dividido entre Direito Moral e Direito Patrimonial, configurando a teoria dualista.

As redes sociais são o estouro da era moderna, trazendo consigo aplicativos de entretenimento como o TIKTOK, Kwai, Facebook entre outros, onde a Sociedade da Informação é caracterizada pela dinâmica e pela constante mutação compreendida num processo de renovada recriação. As Redes sociais podem ser conceituadas como o ambiente virtual onde pessoas podem compartilhar simultaneamente vídeos, fotos, imagens, textos, áudios, arquivos e mensagens de forma facilitada com o intuito de informar rapidamente e gerar relacionamentos interpessoais.

A razão da popularidade do TIKTOK e do KWAI, é que esses aplicativos tem a viralização de vídeos, onde as pessoas ganham destaque, fama, dinheiro, visibilidade e seguidores, por essa razão a sociedade vive o tempo do “me dá um like” “me segue” “se inscreve no meu canal”. Nesses aplicativos onde a fama é o que te sustenta, a busca por imitar

e viralizar se tornou cansativa e intensa. Muitos artistas tem imitados pessoas comuns, fingindo que a ideia de uma dança ou piada era sua, por serem famosos, tirando o crédito de alguém que não é ainda tão popular na plataforma para “hitar” trazendo mais likes e visibilidade.

A difusão cada vez maior das obras intelectuais pelos meios de comunicação informacionais gera a necessidade de analisar o direito autoral sob outro contexto.

O Direito Autoral é caracterizado cada vez mais por uma rigidez absoluta, com linhas rígidas e dicotômicas entre o sim e o não; entre o que se pode e o que não se pode. Entretanto, tais dicotomias são dificultadas pelas peculiaridades de uma sociedade informacional.

Adaptações ou modificações das modalidades existentes de proteção autoral mostram-se cada vez mais urgentes e necessárias.

O acesso aos bens identificados como culturais podem estar em conflito com os interesses dos titulares de direito de autor na sociedade informacional, mais especificamente na *Internet*.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002,

ALVES, Marco Antonio de Souza. **O Autor em cena**: Uma investigação sobre a autoria e seu funcionamento na modernidade. Tese. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencaoehonrosas/226876.pdf>. Acesso em: Acesso 13 set. 2021. p. 247

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2007.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. Propriedade Intelectual: Tobias Barreto - Rui Barbosa. **PIDCC**, ano VI, Volume 11, nº 03, pag. 109 Out. 2017. Disponível em: www.pidcc.com.br.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro – 4ª ed. Forense Universitária. 2008

BRASIL, Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. - **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRAUN, Michele, ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. O Direito extrapatrimonial como máxima de reconhecimento do autor-criador. *In: Anais do VII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. 2014: Curitiba, PR. Disponível em: http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/vii_codaip_editorado_-_final_com_capaweb_2.pdf. Acesso em: 09 set. 2021.

DA SILVA, Pedro Maia. **Diferença entre plágio e pirataria**; Disponível em: https://www.instagram.com/p/CO-TasNNTjR/?utm_medium=copy_link/. Acesso em: 03 maio 2021.

DARNTON, Robert. **A questão dos livros**: passado, presente e futuro. Trad. Daniel Pellizzari. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2007

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do autor, 2016. p.74.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, nº 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>. Acesso em: 08 set. 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO TJ-RJ- **AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0055441-63.2020.8.19.0000**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1203954297/agravo-de-instrumento-ai-554416320208190000/inteiro-teor-1203954306>. Acesso em: 03 maio 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPÍTULO 6

DIREITO AUTORAL INTERNACIONAL E CULTURA DIGITAL

A INTERPRETAÇÃO DA REGRA DOS TRÊS PASSOS NO BRASIL: COMENTÁRIOS AOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 964404/ES E 1380341/ SP JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bruno Tomé Fonseca¹
Heloísa Gomes Medeiros²

RESUMO: A regra dos três passos prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, que estabelece internacionalmente uma regra geral sobre limitações e exceções a direitos autorais, foi incorporada na lei de direito autorais brasileira na forma de um rol bastante limitado de utilizações livres. No entanto, diversas decisões dos tribunais brasileiros contemplam a aplicação direta dessa regra nos termos da legislação internacional. Nesse sentido, o objetivo geral da presente pesquisa é comentar julgados do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como recorte dois precedentes oriundos da Terceira Turma deste Tribunal, o do Resp 964404/ES e o REsp 1380341/SP. Questiona-se no trabalho quais os critérios e as circunstâncias do caso concreto que conduziram às conclusões de ambos os julgados no sentido da aplicabilidade ou

¹ Procurador do Estado do Maranhão. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

² Mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da UFPR (GEDAI). Vice-presidente do Instituto Observatório de Direitos Autorais (IODA). Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) e do Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação (PROFNIT) - ponto focal Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Assessora da Agência Marandu de Inovação e Empreendedorismo da Universidade Estadual do Maranhão. Advogada.

não do teste, e, subsequentemente, quais foram os resultados quanto aos respectivos pleitos de isenção da retribuição dos direitos autorais. Acredita-se, como hipótese, que a falta de uma cláusula geral sobre usos livres na legislação brasileira dificulta a atividade interpretativa dos tribunais superiores quanto a aplicação da regra dos três passos no Brasil. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo e, como métodos auxiliares, a abordagem qualitativa, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, o procedimento teórico e a pesquisa descritiva e prescritiva. Diante da análise dos dois julgados, que tiveram soluções diferentes, percebe-se que o STJ aplica a regra dos três passos no Brasil como limite extrínseco aos direitos autorais e utiliza o exercício de ponderação de direitos para sua interpretação nos casos analisados.

Palavras-chave: Regra dos três passos; Direito de autor; Limitações e exceções.

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual é um direito de exploração exclusiva e temporária sob bens imateriais concebidos pelo engenho humano. Pode também ser conceituada tendo em vista o conteúdo dos direitos que a constituem, nomeadamente os tipos individuais que compõem a propriedade industrial, o direito de autor e conexos e outros tipos considerados *sui generis*.

O direito de autor, objeto da presente pesquisa, é constituído por todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão. Abrange uma gama de bens intelectuais, dos quais se destacam, exemplificativamente, os livros, as obras dramáticas, as obras coreográficas, as composições musicais, as obras cinematográficas, os desenhos, as pinturas, as esculturas, as obras fotográficas. O direito autoral constitui em um direito de exclusivo, isto é, o autor possui o direito de explorar sozinho sua criação intelectual, ou conceder a um terceiro autorização para tanto.

Porém, as criações autorais conjugam valores e necessidades que vão além do interesse privado de seus titulares. Essa relação pode ser encontrada em diversas teorias que buscam justificar os direitos de propriedade intelectual, como a utilitarista, que acredita na funda-

mentação econômica da maximização do bem-estar social por meio do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Nessa perspectiva, a conciliação entre direitos essencialmente privatistas e direitos difusos e coletivos tem alcançado imensa discussão nas esferas nacional e internacional. Em decorrência disso, é comum encontrar nas legislações internacionais e nacionais dispositivos legais que visam não apenas garantir direitos aos titulares de direitos de propriedade intelectual, mas também a previsão de direitos à sociedade.

Destaca-se, nesse aspecto, a criação na esfera internacional da regra dos três passos, prevista na Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas e no Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, da Organização Mundial do Comércio. No âmbito da lei de direitos autorais brasileira, estabelece-se no artigo 46, uma regra de limitações com o mesmo objetivo, mas que não reproduz uma regra geral à exemplo do ordenamento internacional.

É possível, no entanto, identificar que, apesar da existência de um rol no artigo 46, a aplicação pelos tribunais brasileiros das limitações ultrapassa as situações previstas nesse artigo, que acabam interpretando os casos concretos também com base na regra dos três passos da forma como prevista nos tratados internacionais.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é comentar julgados do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como recorte dois precedentes oriundos da Terceira Turma deste Tribunal, o do Resp 964404/ES e o REsp 1380341/SP. Diante disso, questiona-se no trabalho quais os critérios e as circunstâncias do caso concreto que conduziram às conclusões de ambos os julgados no sentido da aplicabilidade ou não do teste, e, subsequentemente, quais foram os resultados quanto aos respectivos pleitos de isenção da retribuição dos direitos autorais. Acredita-se, como hipótese, que a falta de uma cláusula geral sobre usos livres na legislação brasileira dificulta a atividade interpretativa

dos tribunais superiores quanto a aplicação da regra dos três passos no Brasil.

Para tanto, em primeiro lugar, examina-se a regra dos três passos no âmbito do direito internacional; em segundo lugar, analisa-se como são incorporadas as limitações e exceções nas legislações nacionais e no Brasil; e, em terceiro lugar, aprecia-se os Recursos Especiais nº 964404/ES e 1380341/SP julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

A pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo e, como métodos auxiliares, a abordagem qualitativa, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica para a busca do material teórico referente ao tema, o procedimento teórico - a partir do conjunto de obras, julgados e documentos recolhidos, o que não impede analisar o caráter prático ou propositivo da pesquisa -, e a pesquisa descritiva e prescritiva.

Diante da análise dos dois julgados, que tiveram soluções diferentes, percebe-se que o STJ aplica a regra dos três passos no Brasil como limite extrínseco aos direitos autorais e utiliza o exercício de ponderação de direitos para sua interpretação nos casos analisados.

1 A REGRA DOS TRÊS PASSOS

Os dois primeiros grandes tratados internacionais que visam a proteção da propriedade intelectual são a Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial³ (CUP) e a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas⁴ (CUB). A primeira foi firmada em 20 de março de 1883 e completada,

³ BRASIL. *Decreto nº 75.572, de 8 de abril 1975*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade industrial revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 dez. 2016.

⁴ 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: 01 dez. 2016.

em 1891, na cidade de Madri, através de um Protocolo Interpretativo. Desde 1883 foram realizadas seis revisões e uma emenda: Revisão de Bruxelas (1900); Revisão de Washington (1911); Revisão de Haia (1925); Revisão de Londres (1934); Revisão de Lisboa (1958); Revisão de Estocolmo (1967); e Emenda de 2 de outubro de 1979. Já a Convenção da União de Berna data de 9 de Setembro de 1886. Novas reuniões foram realizadas em Paris (1896), em Berlim (1908), em Berna (1914), em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e em Paris (1971); e emendada em 28 de setembro de 1979.

A preocupação desses tratados era harmonizar e uniformizar as leis dos países que vinham sofrendo com a falta de reconhecimento e proteção de inventos e obras em outros países. Nesse momento, percebeu-se que não eram suficientes os acordos bilaterais baseados no princípio da reciprocidade para proteção de direitos de propriedade intelectual, tanto pela falta de mecanismos que fizessem valer tais direitos quanto pela ausência de regras mínimas. (VICENTE, 2008, p. 101; POLIDO, 2013, p. 21)

A Convenção de Berna, a mais importante para a análise do presente trabalho, esclarece no seu preâmbulo que seu objetivo é proteger de uma maneira tão eficaz e uniforme quanto possível os direitos de autor sobre as suas obras literárias e artísticas, e tem como destaque a persecução dessa finalidade por meio de três vias: a) tratamento nacional (artigo 5.1); b) proteção automática (artigo 5.2); e c) padrão mínimo de proteção (artigo 20). (VICENTE, 2008)

O princípio do tratamento nacional consiste numa referência ao princípio da reciprocidade que marcava os tratados bilaterais que antecederam às Uniões (POLIDO, 2013). A expressiva adesão aos tratados - a CUP conta com 176 países⁵ e a CUB com 172⁶ -, e a longe-

⁵ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **WIPO-Administered Treaties**: Contracting Parties Paris Convention. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=2. Acesso em: 2 dez. 2016.

⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **WIPO-Administered Treaties**: Contracting Parties Berne Convention. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15. Acesso em: 2 dez. 2016.

vidade com que são observados, lhe são atribuídas pela promoção do princípio do tratamento nacional, mais do que pela tentativa de uniformizar as legislações dos países signatários ou de resolver litígio entre estes. (BARBOSA, 2010. GONTIJO, 2005) Na CUB, este princípio diz que os autores gozam, nos países da União, no que concerne às obras protegidas, dos direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais (artigo 5.1).

A CUB traz ainda dois grandes princípios seguidos internacionalmente no direito autoral: o princípio da proteção automática - quanto aos tratados de propriedade intelectual na fase de proteção internacional; e o princípio de que os tratados em propriedade intelectual estabelecem padrões mínimos. Quanto à proteção automática, a CUB determina que o gozo e o exercício dos direitos que ela protege não estão subordinados a qualquer formalidade e independem da existência da proteção no país de origem das obras (artigo 5.2). E, quanto ao padrão mínimo, estabelece que os governos dos países da União reservam-se o direito de celebrar entre si acordos particulares, desde que tais acordos concedam aos autores direitos mais extensos do que aqueles conferidos pela Convenção ou contenham estipulações diferentes não contrárias à mesma (artigo 20).

Dentre os padrões mínimos destacam-se: direitos morais, que existem 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 a sua honra ou a sua reputação. (art. 6bis.1); duração dos direitos, compreendida a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte (arts. 6bis.2 e 7.1); direito exclusivo de fazer ou autorizar a tradução de sua obra (art. 8); direito exclusivo de autorizar a reprodução das obras (arts. 9 e 14.1); direitos de representação, execução e transmissão públicas (art. 11); direitos de radiodifusão (art. 11bis); direito exclusivo de adaptação (arts. 12 e 14). (VICENTE, 2008)

Sobressai-se ainda a revisão que ocorreu em Paris, a 24 de Julho de 1971, que introduziu a regra dos três passos, cláusula geral conectada aos limites e exceções ao direito de autor: Artigo 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.

Em 1994 foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC), que possuía entre seus resultados a garantia dos direitos de propriedade intelectual, veio estabelecer o tratado internacional mais importante em matéria de propriedade intelectual na atualidade, o Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS). Quanto a regra dos três passos o Acordo TRIPS, prevê no artigo 13, o mesmo sentido da CUB: 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 regra dos três passos é um dispositivo legal que considera minimizar os efeitos dos custos de transação na propriedade intelectual. Explica-se: O direito a propriedade intelectual surge como artifício para corrigir uma falha de mercado, já que os bens imateriais são bens públicos e caracterizados pela não-rivalidade de consumo e não-exclusividade de benefícios, o que torna seu conteúdo naturalmente inapropriável nos mesmos contornos da propriedade tradicional. A obra intelectual protegida pelo direito autoral segue a expressão de tal máxima econômica e, neste plano, envolve facetas múltiplas. Tem-se, de um lado, o direito do autor, de outro, o direito de acesso, numa interconexão entre direito privado e interesse coletivo. Em consequência disso, o direito autoral, assim como demais direitos de propriedade intelectual, sempre enfrentou o desafio do equilíbrio entre tais interesses.

Em decorrência disso, é comum encontrar nas legislações internacionais e nacionais dispositivos legais que visam não apenas garan-

tir direitos aos titulares de direitos de propriedade intelectual, mas também a previsão de direitos à sociedade, que deve suportar o ônus de tornar um bem público em bem privado.

É comum denominar tais direitos que tutelam interesses da coletividade nas legislações de “limitações”, a exemplo do que ocorre mesmo com a propriedade material. Porém, numa comparação entre a propriedade material e a imaterial feita por Landes e Posner (2003), que analisam a eficiência econômica que deve ser levado em conta na formulação legislativa sobre propriedade intelectual, a previsão de limitações a está última devem ir além das estabelecidas para a primeira, sob pena da relação custo-benefício deste tipo de proteção ser muito alta para a sociedade.

As limitações reforçam o caráter não absoluto do direito autoral, pois são regras que dizem respeito a não aplicação do direito de exclusivo do autor, são regras negativas ou regras sobre utilizações livres, nos termos de José de Oliveira Ascensão (1997, p. 256):

Na realidade, assim como não há que falar de uma propriedade absoluta, também não é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado. Todo o direito se desenvolve em certa esfera, marcada por lei por regras positivas ou negativas. Estas regras negativas são elementos constitutivos da atribuição em que o direito de autor se cifra, tanto como as regras positivas.

No mesmo sentido, escreve Plínio Cabral (1998, p. 70) “essas limitações têm objetivo social e cultural. Constituem a construção jurídica que permite manter o equilíbrio entre interesse privado e o interesse público na obra de criação, que é – como já foi dito – uma propriedade com características peculiares”. Já para Cláudio Lins de Vasconcelos (2013, p. 66):

As chamadas limitações aos direitos autorais – hipóteses em que uma determinada obra artística ou literária, ainda no prazo

de proteção legal, pode ser livremente utilizada, sem a anuência prévia de seu autor ou titular – representam um locus privilegiado do interesse público dentro da esfera regulatória de um direito eminentemente privado, que é a propriedade intelectual.

Mais do que limites ao direito do autor, tem-se previsão do que não se pode apoderar, por isso, livre. Consagra-se nas limitações 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. Proteção autoral e utilizações livres soam como dois lados da mesma moeda.

2 A INCORPORAÇÃO DE LIMITAÇÕES E EXCEÇÕES NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS E NO BRASIL

Há duas formas mais comuns nas legislações nacionais ao se referir às limitações no direito autoral: a) a primeira forma consiste na previsão de uma cláusula geral, seguida pelos países anglo-saxões (*common law*), como os Estados Unidos, e pelos tratados internacionais, que costumam refletir os interesses daqueles países; e b) outra forma baseada em *numerus clausus*, que marca as legislações dos países romano-germânicos (*civil law*), entre eles o Brasil.

Cláudio Lins de Vasconcelos (2013, p. 74-75) acentua que, além das diferenças que normalmente são apontadas em relação a esses dois sistemas, também irão refletir no ideal utilitarista do *copyright* e jusnaturalista do *droit d'auteur* a distinção maior entre os sistemas vai ocorrer justamente na esfera das limitações:

Nos sistemas civilistas, a fundamentação deontológica supõe que o direito exclusivo ‘nasce’ com o trabalho criativo e, assim sendo, a regra geral é a proteção, sendo as limitações exceções à regra. Por isso as hipóteses de limitação aos direitos exclusivos do autor são normalmente interpretadas, na tradição do *droit*

d'auter, como uma lista fechada (*numerus clausus*) ou substancialmente fechada, além da qual pouca ou nenhuma extensão hermenêutica é permitida, enquanto nos países do *copyright* ocorre precisamente o inverso. (...) O direito do autor, no *common law* contemporâneo, não é um dever da sociedade para com o autor, válido *a priori*, mas uma proposição funcional do Estado, válida por suas consequências previsíveis. O *copyright* em si é uma execução talhada para confirmar, no longo prazo, a regra geral do *free speech*. É comum entre os anglo-saxões, especialmente nos EUA, referir-se aos *fair use* como um 'porto seguro' (*safe harbor*) onde o direito exclusivo não se aplica. É, antes de tudo, uma *tese de defesa* que pode ser alegada em número indefinido de situações concretas. Por isso, o *fair use* não se apresenta como uma lista fechada de hipóteses, mas como um conjunto de parâmetros hermenêuticos, cujas linhas gerais foram incorporadas ao direito escrito (*statutory law*) norte-americano em meados da década de 1970, mas que têm origem na jurisprudência das cortes *case law*) e são quase tão antigos quanto o próprio instituto jurídico do *copyright*.

Os Estados Unidos, como exemplo de uso de regra geral, instituíram a cláusula do *fair use*, que pode ser traduzida como *uso justo*, semelhante a regra dos três passos encontrada na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, e baseada na interpretação jurisprudencial para determinar os limites que caracteriza o sistema jurídico anglo-saxão.

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 informacional estas características podem ser consideradas muito mais vantajosas do que os sistema romano-germânico de rol taxativo.

Já o sistema civilista, que inclui países como Brasil, Itália, Espanha, Portugal, dentre outros, é marcado pela existência de rol taxativo de limitações. Este sistema apresenta-se bastante hermético, que, para

seus defensores, guarda maior segurança jurídica em relação à regra geral, mas completamente inadequada ao ambiente digital.

Nesse sentido, a lei brasileira, no artigo 46⁷, denominado de “limitações”, não estabelece uma cláusula geral, e sim um rol bastante limitado de utilizações livres, que não distingui as diferentes necessi-

⁷ 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;

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

dades da sociedade, como, por exemplo, a cópia privada, da reprodução para fins de conservação, ou da reprodução para fins comerciais.

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.

Percebe-se, no entanto, que nenhum dos sistemas é aplicado de forma pura. O sistema anglo-saxão possui parâmetros bastante concretos de avaliação da regra dos três passos realizados pelos próprios tribunais, assim como no sistema romano-germânico várias interpretações vão além do seu rol taxativo, tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo. E a tendência é que estes sistemas acabem se aproximando com o tempo, como já é possível observar em outros aspectos que tradicionalmente os diferenciam.

Sobre a aproximação de outras diferenças que marcam o sistema anglo-saxão e o sistema romana-germânico Dário Moura Vicente (2008. p. 61-62) exemplifica:

Por um lado, registou-se nos sistemas romanistas uma certa padronização do direito de autor, de que é reveladora, por exemplo, a extensão da protecção jusautoral aos programas de computador, levado a cabo na Comunidade Europeia a partir de 1991, acompanhada da atribuição obrigatória do direito de autor sobre esses programas ao empregador ou ao comitente, quando os mesmos hajam criados, respectivamente, por um assalariado no exercício de sua actividade laboral ou por encomenda.

Por outro, o regime do direito de autor em Inglaterra e nos Estados Unidos foi marcado nos últimos vinte anos, como resultado do que se disse acima, por um certo alargamento do âmbito do

não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

direito de autor – decorrente, nomeadamente, da consagração legislativa de direitos morais, da redução das formalidades exigíveis como condição de proteção dos direitos patrimoniais e do prolongamento da duração destes -, o qual o aproximou consideravelmente dos sistemas continentais.

Destacam-se, nesse cenário, as limitações de ordem intrínseca, próprias da legislação de direito de autor, e extrínseca, visto que os limites ao direito autoral também devem ser vistos dentro do contexto do ordenamento jurídico ao qual se encontra subordinado (ASCEN-SÃO, 1997). Por exemplo, no Brasil aplica-se ao direito autoral o limite encontrado no princípio da função social da propriedade (art. 5, XXIII, Constituição Federal). (SOUZA, 2006)

Entende-se que todo tipo de propriedade no Brasil - garantida pelo artigo 5º, XXII, da Constituição Federal -, inclusive a propriedade intelectual, está circundada pelo condicionante, presente no inciso XXIII do mesmo artigo, de que a propriedade atenderá a sua função social. (REIS; PIRES, 2011). A funcionalização atinge tanto o direito industrial como o direito autoral, mas a doutrina brasileira, apresentada nos parágrafos seguintes, se debruça especificamente no campo da segunda, já que não se encontra afetada por interesses coletivos tão abertamente como no caso da patente.

O artigo 5º, XXVII, estabelece que somente aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar, sem nenhuma outra contrapartida aparente, por isso deve-se aplicar a funcionalidade do inciso XXIII. Denis Borges Barbosa, nesse contexto, explica que “não há outra vinculação dos direitos autorais ao propósito social, no contexto constitucional, senão a cláusula geral do Art 5º, XXIII” (BARBOSA, 2010, p. 251). Reconhece-se, assim, que o direito de autor não é absoluto e está sujeito à função social.

Para Guilherme Carboni a função social do direito de autor envolve uma série de restrições intrínsecas - relacionadas às limitações estabelecidas na lei de direito de autor - e extrínsecas - presentes na constituição, como função social da propriedade, função social dos contratos e abuso de direitos⁸ - que refletem o equilíbrio necessário na propriedade intelectual:

[...] podemos dizer que a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei –, além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas –, visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico. (CARBONI, 2008, p. 98)

A funcionalização do direito de autor faz com que o seu equilíbrio sirva como forma de promover, de um lado, novas criações a partir da proteção do autor e, por outro, atender às finalidades sociais que se concretizam em outros direitos constitucionais como o direito à in-

⁸ José de Oliveira Ascensão também faz menção a limites intrínsecos e extrínsecos e os conceitua: “À medida que se restringem os limites intrínsecos do direito de autor cada vez mais se recorre mais e se toma consciência da incidência dos limites extrínsecos. Entendemos por limites intrínsecos os que integram no próprio ramo do Direito de Autor; por extrínseco, os impostos pela coexistência com outros ramos do Direito”. ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito de propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. v. 1. ed. 1. Curitiba: Juruá, 2011.

formação (artigo 5º, XIV), à educação (artigo 205) e à cultura (artigo 215), de forma a alcançar o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade. (REIS; PIRES, 2011, p. 221-222)⁹

Resta investigar no âmbito da aplicação das limitações e exceções no Brasil qual a compreensão dos tribunais superiores brasileiros sobre a utilização da regra dos três passos, previstas na Convenção de Berna e pelo Acordo TRIPS. Destina-se o próximo tópico à proposta de comentar julgados do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como recorte dois precedentes oriundos da Terceira Turma deste Tribunal, o do REsp 964404/ES e o REsp 1380341/SP.

3 COMENTÁRIOS AOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 964404/ES E 1380341/SP JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O REsp 964404 / ES, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino é um precedente de 2011 da Terceira Turma do STJ, cujas partes envolvem a Mitra Arquidiocesana de Vitória (Recorrente) e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD (Recorrido).

Pode-se ver que assim foi lançada a ementa do referido julgado, *verbis*:

⁹ “Uma vez disponibilizada através de sua comunicação ou publicação pelo autor, a obra autoral tem uma vida social que ultrapassa os limites de interesses particulares particulares de seus titulares. Quando a é obra disponibilizada para a sociedade em geral, passa a refletir e mediar significações culturais do grupo social onde se insere, propiciando formas diversificadas de entendimentos e construções comunicativas, podendo tornar-se veículo simbólico de expressão coletiva, incorporando-se ao conjunto de signos que une e sedimenta qualquer sociedade. A obra publicada, enfim, torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade, inspirando outras criações. A proteção concedida ao autor deve considerar o significado social das obras para a determinação de seus limites. Assim demanda sua história, natureza jurídica e os preceitos constitucionais vigentes”. SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p.143.

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO-ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 964.404/ES, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011)

O Recurso Especial movido pela Mitra Arquidiocesana de Vitória visava a reforma da Acórdão do TJES, que atendia ao pleito do ECAD, no sentido de possibilitar a cobrança de direitos autorais em torno de execuções musicais de um evento religioso sem fins lucrativos e aberto ao público em geral, a chamada Abertura do Ano Vocacional de 2002.

A Recorrente embasou as suas razões recursais em duas violações às disposições da Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/98). A primeira violação apontada foi a do artigo 46, VI, que não possui previsão de fato gerador para o pagamento de direitos autorais a execução musical sem fins lucrativos, realizadas com fim exclusivamente didático nos estabelecimentos de ensino, *verbis*: Não constitui ofensa aos direitos autorais 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.

A segunda violação, segundo a parte recorrente envolve o artigo 68, §3º, por não existir nesse dispositivo a menção a entidades religiosas.

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

(...)

§ 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração di-

reta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Em seu Voto, o Relator da matéria, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não desconhece que o direito à propriedade autoral é um direito fundamental, previsto no art. 5º, XXVII, da CF. Porém, não descarta também que existem limitações a este direito que precisam ser sopesadas à luz do exercício da ponderação, portanto, parte da premissa que só é possível se debruçar sobre a proteção ao direito autoral após a análise das restrições e limitações deste mesmo direito, cujas regras estão previstas nos artigos 46, 47 e 48, da Lei nº 9610/98.

O Relator cita alguns dos valores constitucionais que entram nesse exercício ponderativo com os direitos autorais, tais como “cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto”.

Por entender a eventual tensão entre valores constitucionais fundamentais possa recorrentemente existir, o Relator considera que a solução sobre os sacrifícios de um direito sobre o outro não podem ocorrer de modo arbitrário.

Como bem assevera Alexy, sobre a colisão de princípios e o critério da ponderação, “se dois princípios colidem (...), um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. (ALEXY, 2008, p. 93)

Deve-se, portanto, buscar critérios consolidados de ponderação que sempre tenham como objetivo a resolução equilibrada do conflito entre proteção da obra em si e outras obras que virão com o interesse do grande público.

Com essa finalidade, traz à tona o Relator acordos e convenções internacionais, consagrados em âmbito internacional e internalizados

no Brasil, que disciplinam as limitações dos direitos do autor, nesse caso, a Convenção de Berna para a proteção de obras literárias, artísticas e científicas e o Acordo TRIPS.

Nesse sentido, cita o art. 13 do Acordo OMC/TRIPS, reproduzindo em grande parte o art. 9.2 da Convenção de Berna, dispõe o seguinte: “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”.

Portanto, segundo esses acordos internacionais, os limites e exceções aos direitos do autor devem passar pelo teste dos três passos, devendo-se fazer o percurso em três etapas: (a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.

O Relator considerou em seu Voto que o evento em que foi feita a execução musical, a Abertura do Ano Vocacional de 2002, é um evento religioso, com finalidade religiosa e sem fins lucrativos, portanto, um caso a ser visto com especificidade.

Ademais, reconhece o evento em questão como restrito e sem grandes proporções de público, o que não afetaria a exploração comercial, por não haver amplitude suficiente que faça perder o interesse do público pela obra musical; e também não restariam afetados os interesses legítimos do autor.

Nesse sentido, segundo o Voto do Relator, os limites ao direito do autor ultrapassaram o filtro dos “três passos”, sendo legítima, pois, a restrição aos direitos do autor no caso concreto.

Por esses motivos, o Eminentíssimo Relator, proferiu o seu Voto para excluir a cobrança de direitos autorais em relação ao evento religioso narrado na petição inicial (Abertura do Ano Vocacional de 2002), sendo acompanhado pela maioria dos membros da Terceira Câmara do STJ.

Contudo, é preciso dizer que este entendimento do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino nem sempre se manteve incólume na Terceira Turma do STJ, tendo em vista o caso concreto.

Percebe-se que, quatro anos depois, matéria similar foi posta à apreciação no REsp 1380341/SP, tendo como partes o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD (Recorrente) e a Associação da Santa Casa de Misericórdia de Serra Negra (Recorrida).

A moldura fática em questão envolveu a cobrança de direitos autorais, desta vez contra a ASSOCIAÇÃO DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SERRA NEGRA em virtude da instalação de televisores nos quartos deste nosocômio. A Relatoria do caso foi a mesma, tendo o seu entendimento deste manteve-se firme no sentido de afastar também a cobrança de direitos autorais por argumentos bastante similares ao do REsp 964404/ES: execuções sem fins lucrativos, público restrito, pouca relevância do ponto de vista comercial, portanto, situação fática elegível para passar pelas etapas do teste dos três passos.

Contudo, como ventilado acima, neste caso concreto, prevaleceu a divergência ao Voto do Relator, inaugurada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES. QUARTO DE HOSPITAL.

INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998.

1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.

2. Para fins de reconhecimento da possibilidade de cobrança é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha propósito lucrativo. Por isso, nem mesmo as instituições hospitalares de natureza filantrópica se eximem da obrigação de remunerar os titulares dos direitos autorais em casos tais.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1380341/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 01/10/2015)

Este Ministro embasou a sua divergência por conta de ampla jurisprudência não somente da Terceira Turma, como também de outras Turmas integrantes da Segunda Seção do STJ, que caminham em sentido diverso do Voto esposado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Nesse sentido, citou diversos precedentes que preconizavam que a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança dos direitos autorais. Portanto, considera o local sob discussão como de frequência coletiva à luz da lei de direito autoral e esta não isenta de retribuição autoral mesmo instituições de natureza filantrópica (REsp nº 742.426/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/2/2010, DJe 15/3/2010; REsp 791.630/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/8/2006; REsp nº 1.067.706/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/5/2012).

Portanto, prevaleceu a posição divergente do Ministro Cueva, que no caso em concreto, envolvendo instituições como clínicas e hospitais, não vislumbrou margem a que se promova o juízo de ponderação capaz de desobrigar única e exclusivamente a instituição hospitalar ora recorrida da retribuição autoral por ela devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do cotejo dos dois julgados que tiveram soluções diferenciadas, pode-se concluir que, o primeiro caso, envolvendo a Mitra Arquidiocesana de Vitória, foi interpretado pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino como um caso dotado de uma especialidade de tratamento pelo fato de ser uma instituição com finalidade religiosa e não lucrativa, e, por esse motivo, elegível a que fosse feito um exercício de ponderação com os direitos do autor à luz do teste dos três passos. E, por conta desse exercício de ponderação positivo em seu favor, acabou sendo imunizada da cobrança da retribuição autoral devida ao ECAD.

Contudo, a mesma sorte não teve a Associação da Santa Casa de Misericórdia de Serra Negra, a despeito dos argumentos filantrópicos da sua atividade. Nesta segunda situação, sequer foi cogitada a aplicabilidade do teste dos três passos e o exercício da ponderação, o que culminou na negativa de sua imunização para as retribuições devidas a título de direitos autorais.

À princípio, poder-se-ia dizer numa visão apressada que em ambos os casos foi aplicada a regra não escrita dos “dois pesos, duas medidas”. Ingo Sarlet, porém, adverte que não se pode vislumbrar contradição prejudicial em julgados eventualmente díspares, pois “a exemplo de outros casos em que se verifica uma colisão de direitos, necessária uma análise das peculiaridades de cada caso, do peso dos direitos envolvidos, bem como do impacto resultante de sua maior ou menor proteção”. (SARLET, 2020)

Nesse sentido, percebe-se que são duas situações que se distinguem por dois motivos básicos que foram determinantes para a sorte dos seus respectivos julgamentos.

O primeiro é o de ordem legal, que prevê expressamente que instituições como a Associação da Santa Casa de Misericórdia de Serra Negra, são similares a clínicas ou hospitais, ou seja, é um local de fre-

quência coletiva à luz do artigo 68, parágrafo 3º, da Lei nº 9.610/98. Portanto, frente literalidade da lei, as execuções públicas neste local devem ser precedidas de autorização do titular dos direitos de autor, por se tratar de um local de frequência coletiva, regular e indeterminada, independentemente do seu intuito benemérito.

Percebe-se então que esse tipo de frequência em locais como hospitais e clínicas foi um item essencial e determinante para considerar a sorte do cabimento das retribuições dos direitos autorais, e não o caráter filantrópico da atividade. Isso fica bastante evidenciado no Voto do Ministro Cueva no REsp 1380341/SP.

Noutro giro, o que foi determinante para diferenciar a situação da Mitra Arquidiocesana de Vitória como isento de retribuições de direitos autorais foi a pontualidade de ser evento de um único dia, a Abertura do Ano Vocacional de 2002, portanto, evento restrito e temporário, enquadrado como um caso especial, e que, por esse motivo, não conflitou com a exploração comercial normal da obra e que não prejudicou injustificadamente os legítimos interesses do autor, tanto à luz da Lei nº 9610/98, quanto pelo teste dos três passos.

Essas decisões mostram mais limites extrínsecos aplicáveis no caso de direitos autorais questionando a perspectiva de que as limitações do artigo 46 da lei de direitos autorais são *numerus clausus*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da propriedade intelectual**: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2011, p. 85-111.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo nº 964.404 - ES (2007/0144450-5). MITRA ARQUIDIOCESANA DE VITÓRIA. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo nº 964.404 - ES (2007/0144450-5). ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. ASSOCIAÇÃO DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE SERRA NEGRA. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, 16 de junho de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51870780&num_registro=201301320030&data=20151001&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 75.572, de 8 de abril 1975**. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade industrial revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 dez. 2016.

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: 01 dez. 2016.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 1998.

GONTIJO, Cícero. **As transformações do sistema de patentes, da convenção de paris ao acordo TRIPS**: a posição brasileira. Brasília: Fundação Heinrich Boll no Brasil, 2005.

VANCONCELOS, Cláudio Lins. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In: NALINI, José Renato (Org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Massachusetts: Belknap, 2003.

REIS, José Renato dos; PIRES, Eduardo. O direito de autor funcionalizado. *In*: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. Princípios constitucionais e propriedade intelectual: o regime constitucional do direito autoral. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito de propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. v. 2. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)**: a caminho da efetividade contribuições para a implementação da LGPD. *In*: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; REUTERS, Thomson. Revista dos Tribunais (obra coletiva), São Paulo, 2020.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**: uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campo, 2006.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **WIPO-Administered Treaties**: Contracting Parties Paris Convention. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=2. Acesso em: 2 dez. 2016.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **WIPO-Administered Treaties**: Contracting Parties Berne Convention. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15. Acesso em: 2 dez. 2016.

O PROBLEMA DOS DIREITOS AUTORAIS E A GARANTIA DE ACESSO AO CONHECIMENTO EM UMA SOCIEDADE DESIGUAL

Fernanda Nunes Barbosa¹
Douglas Sichonany Samuel²

*“Quando todos, enfim, têm uma câmera na mão ou no bolso, é
preciso que alguém tenha uma ideia na cabeça.”*

Juremir Machado da Silva. A sociedade medíocre.

RESUMO: O presente estudo buscou problematizar a seguinte questão: em que medida, de fato, a proteção aos direitos autorais constitui um obstáculo ao amplo acesso ao conhecimento quando igualmente vigentes barreiras sociais de ordem econômica e intelectual? Responder a essa indagação é o objetivo central deste artigo, que analisará os direitos autorais no contexto da sociedade da informação, partindo-se da inafastável constatação de que, por meio da rede mundial de computadores, as barreiras para o acesso à informação são cada vez menores. Para tanto, será abordada a natureza jurídica dos direitos de autor, relacionando-os com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Busca-se, por meio de fontes normativas sobre o tema, tanto nacionais como internacionais, apontar diretrizes hermenêuticas para uma leitura atual dos direitos autorais frente ao direito de acesso ao conheci-

¹ Doutora em Direito pela UERJ.

² Mestre em Direito pela UniRitter.

mento nesta era tecnológica. Como conclusão, defende-se que os avanços tecnológicos não podem representar a morte dos direitos autorais por meio da consideração, em abstrato, da supremacia do interesse coletivo e social por educação e cultura, na forma do acesso ao conhecimento, sobre os interesses do autor da obra intelectual. Mormente porque a coletividade não constitui um grupo homogêneo.

Palavras-chave: direitos autorais; acesso ao conhecimento; internet.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na sociedade contemporânea, diante dos crescentes e muito rápidos avanços tecnológicos, o acesso à informação³ encontra-se extremamente facilitado. Não que informação seja sinônimo de conhecimento - tanto em relação ao *dito*, pois “nunca se comunicou tanto para dizer tão pouco” (SILVA, 2012, p. 17), como em relação ao *compreendido*, assumindo-se que conhecimento é tudo aquilo que já foi “processado” ou “sistematizado” (BURKE, 2003, p. 19) pelo sujeito pensante. Muito menos que os direitos autorais tenham por fim criar barreiras a tal acesso. O fato que se afirma - neste momento introdutório ainda sem qualquer juízo de valor - é que não se pode mais falar em efetivas barreiras (formais)⁴ quando as informações (e o potencial conheci-

³ A informação é apenas parte, elemento, do ato de comunicação, sendo este um complexo processo social. Eduardo Duarte lembra que, para Merleau-Ponty (Merleau-Ponty, Maurice. *Phénomélogie de la perception*), o sentimento de partilha é o que define a comunicação. É construir com o outro um entendimento comum sobre algo. DUARTE, Eduardo. Por uma epistemologia da comunicação. In: VASALIO DE LOPES, Maria Immacolata (Org.). **Epistemologia da Comunicação**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 47. Para uma análise da informação como elemento do ato de comunicação veja-se: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor), esp. p. 29 e seguintes.

⁴ Usamos aqui a expressão barreiras formais para distinguir das barreiras substanciais, entendidas estas como as que impedem, concretamente, o acesso à informação (dado bruto) e ao conseqüente conhecimento (dado sistematizado), tendo em vista a conjuntura particular de cada pessoa, tais como seu contextual social e intelectual, que impediriam o acesso por falta de estrutura econômica ou intelectual.

mento) estão a um simples clique de qualquer usuários que navegue pela Rede Mundial de Computadores (Internet).

A despeito das facilidades e dos avanços conquistados pela sociedade, que em contextos de desigualdade como o brasileiro deixam de fora um número significativo de pessoas, seja pela falta de acesso à internet, seja pela ausência de uma educação que as possibilite navegar, pesquisar, ler e compreender, emergem uma série de problemas concretos que necessitam ser avaliados e ponderados pelos estudiosos do Direito no que tange aos direitos individuais envolvidos. Nesse sentido, uma das questões sensíveis a serem levantadas é a dos direitos autorais (tanto existenciais como patrimoniais), especialmente quanto à proteção dos direitos dos autores das obras nesse modelo de comunicação digital, onde a velocidade no acesso a dados, informações e conteúdos é um traço característico.

Se ainda faltava um símbolo para marcar o fim da era da escrita, último ato da “galáxia Gutenberg”, queda do muro de Berlim da cultura moderna, esse símbolo veio, em abril de 2011, com o fechamento - na Índia de milhões de analfabetos, pré, pós e hipermoderna - da última fábrica de máquinas de escrever do mundo, a “Godrej and Boyce”. (SILVA, 2012, p. 54)

Para se poder falar em proteção, uma questão que se coloca é saber se as produções do intelecto devem ser tratadas como exteriorização da personalidade dos criadores das obras, com a consequente proteção destas através do enfoque dos direitos personalíssimos, ou não. Além disso, em um momento posterior, questionar-se-á se esse reconhecimento seria suficiente para justificar a proteção aos direitos autorais em detrimento do interesse social no acesso ao conhecimento ou se, em sentido contrário, é preciso privilegiar o direito de acesso e utilização do conhecimento produzido em prol da coletividade, a despeito dos direitos autorais subjacentes. Não nos olvidemos, no entanto, que a coletividade não é um grupo homogêneo. Quem, de fato, tem

acesso a esse conhecimento? Está na proteção aos direitos autorais a sua barreira ou são, em realidade, outros os fatores que impedem o amplo acesso (barreiras econômicas e intelectivas)? Responder a essas indagações é o objetivo central deste artigo.

2 OS DIREITOS AUTORAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A comunicação é fundamental para a manutenção e o desenvolvimento da sociedade. Sem ela, jamais seria possível partilhar os múltiplos conhecimentos (perceptivo, social, cotidiano, técnico, político, científico, filosófico etc.) adquirido no transcurso dos séculos, o que, por si só, inviabilizaria todo o progresso material e intelectual conquistados pela humanidade até os dias atuais. Através do acesso ao conhecimento, a humanidade constrói o seu futuro, evitando - em tese - os erros passados e dando novos contornos ao presente.

A comunicação - palavra derivada do termo latino “Communicare” - pode ser entendida sob dois modelos distintos. O primeiro deles é denominado de Modelo de Comunicação Tradicional. Neste modelo, mais apropriado para o armazenamento de informações, temos como exemplo as bibliotecas e os arquivos públicos. Ocorre que o referido modelo está sendo substituído, de forma cada vez mais acelerada, por outro que privilegia o uso e a dispersão da informação, o denominado Modelo de Comunicação Extensiva. (MIRANDA; SIMEÃO, 2004, p. 02).

A dinâmica nos processos de transferência de informação e de conhecimento, nos dias atuais, se dá de maneira instantânea. O modelo de comunicação atual - Modelo de Comunicação Extensiva -, oriundo da chamada sociedade pós-moderna (LYOTARD, 1998, *passim*) ou sociedade informacional⁵, possibilita uma maior universalização e

⁵ Ao tratar da *Era da Informação*, Castells aponta a revolução da tecnologia da informação como essencial para a reestruturação do sistema capitalista, destacando a importância de se distinguir modos de produção (capitalismo x estatismo) de modos de desenvolvimento (industrial x informacional), referindo que: “No

a democratização do acesso aos conteúdos. A internet, em especial, através de aplicativos de busca, bibliotecas virtuais e outras ferramentas, deu novos contornos ao processo comunicacional. (MIRANDA; SIMÃO, 2004, p. 02)

Essa é uma realidade inescapável e, a um só tempo, negativa e positiva⁶. A sociedade da informação - ou sociedade informacional, termos que aqui utilizaremos de modo indistinto no sentido de CASTELLS (2019, p. 85) - acaba por facilitar a concretização de direitos humanos, tais como o direito à educação e à cultura, bem como a liberdade de opinião e de expressão. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos lê-se, em seu art. XIX, que: “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

novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimento, de processamento da informação e de comunicação de símbolo. Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.” CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 20ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2019 (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, v.1), p. 71-77, esp. p. 74.

- ⁶ Dentre muitas referências que neste ponto poderiam ser feitas, remetemos a Carlo Ginzburg, historiador pioneiro nos estudos da chamada micro-história, em sua conferência *A História na Era Google*, proferida no ano de 2014 no âmbito do projeto Fronteiras do Pensamento. Nela, o historiador italiano destaca os aspectos positivos e negativos de uma das mais importantes ferramentas da internet para o público em geral - e para os estudantes e pesquisadores em particular -, o buscador Google. Após relatar em detalhes um caso ligado ao seu livro *Os andarilhos do bem*, Ginzburg finaliza: “Idealizar o Google não teria sentido; recusar a constatação da energia que ele pode liberar seria igualmente sem sentido. O caso de Diana mostra que o Google é ao mesmo tempo um poderoso instrumento de pesquisa histórica e um poderoso instrumento de cancelamento da história – porque, no presente eletrônico – o passado se dissolve. Essa contradição já está modificando o mundo no qual vivemos e no qual viverão as gerações futuras.” GINZBURG, Carlo. *A história na era Google*. In: SCHÜLER, Fernando Luís; WOLF, Eduardo (Org.). **Pensar o Contemporâneo**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2014, p. 40-63 (Série Fronteiras do Pensamento, v.3), p. 63

informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.⁷ Da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica – extrai-se também que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão.⁸ Com efeito, um trânsito mais amplo de informação e conhecimento serve de combustível para os direitos previstos nesses e em outros documentos nacionais e internacionais e fortalece as democracias.

A expressão sociedade da informação passou a ser utilizada como substituto para o também complexo conceito de sociedade pós-industrial, a fim de expressar as transformações técnicas, administrativas e organizacionais, não em termos de utilização de insumos relacionados ao fator energia, mas sim em relação à utilização de insumos oriundos da informação proporcionados pelo avanço tecnológico na microeletrônica e nas comunicações. (WERTHEIN, 2000, p. 71). Com a passagem da sociedade moderna - baseada fortemente na indústria e na manufatura de bens materiais - para a sociedade

⁷ Convenção adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

⁸ Dispõe o art. 13 da Convenção, na íntegra: “Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

chamada por alguns de pós-moderna, que privilegia centralmente a informação, emerge um novo sistema social, conforme descreve Giddens: (1991, p. 12):

Hoje, no final do século XX, muita gente argumenta que estamos no limiar de uma nova era (...) Uma estonteante variedade de termos tem sido sugerida para esta transição, alguns dos quais se referem positivamente à emergência de um novo tipo de sistema social (tal como a ‘sociedade da informação’ ou a ‘sociedade de consumo’).

Segundo refere Giddens (1991, p. 12), a condição da pós-modernidade é a evaporação de uma única narrativa ou enredo dominante na sociedade, cedendo lugar a uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento, na qual a ciência passa a não ter mais um lugar de destaque.

A partir dessa realidade, a questão da internet na profusão das informações e comunicações é de suma importância para a quebra de um enredo dominante na sociedade, ponto que favorece a defesa de um amplo acesso ao conhecimento em detrimento dos direitos autorais (em seu aspecto patrimonial, destaque-se). É verdade que a “guerra” entre direito de autor e tecnologia não é nova, como aponta Lawrence Lessing, embora a Internet realmente tenha produzido algo novo (LESSING, 2004, p. 13).

Nesse sentido, o autor suscita o perigo de permitir-se que os mais ameaçados pelas mudanças usem seu poder para mudar a essência da cultura norte-americana, a partir de uma guerra que é, sobretudo, sobre propriedade e não sobre a “cultura livre” que caracteriza a sua tradição. Uma cultura livre, afirma, apoia e protege criadores e inovadores, fazendo isso de forma indireta, limitando o alcance dos direitos de propriedade intelectual, para garantir que os criadores e inovadores subsequentes permaneçam o mais livres possível do controle do passado. Para Lessing (2004, p. 13), “A free culture is not a

culture without property, just as a free market is not a market in which everything is free". E segue: "The opposite of a free culture is a "permission culture"—a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past".

A despeito dessa importante advertência, verifica-se que hoje em dia, mais do que em qualquer outra época precedente, o fato de a construção do conhecimento e a difusão das informações e dos discursos se realizar de maneira tão compartilhada dificulta muito a verificação da autoria desses conteúdos em uma série de hipóteses nas quais o autor (ou os autores) podem ficar sem qualquer proteção jurídica, pondo em risco o próprio aspecto moral dos direitos autorais.

Na sociedade pós-moderna ou da informação ampliou-se o acesso e a circulação de obras intelectuais, especialmente nas redes de compartilhamento de arquivos. Se por um lado a sociedade da informação traz esta importante característica de difundir e democratizar as informações e conteúdos, por outro, tornou-se muito mais difícil o controle dos direitos autorais, tendo em vista as inúmeras ferramentas criadas e utilizadas na rede mundial de computadores. O fluxo dessas informações e a sua transformação em conhecimento é preocupação perante a comunidade internacional, especialmente para organismos como a UNESCO, que promove, entre outras causas, a ciência, a educação e a cultura em nível mundial. (WERTHEIN, 2000, p.77).

A vista dessas considerações, como os direitos autorais, que possuem proteção específica no ordenamento jurídico brasileiro (Lei 9.610/98) - com a definição de seu alcance no artigo 7^o - e também

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; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de

em diversos documentos internacionais, se contrapõem ao direito fundamental e humano de acesso ao conhecimento?

A ideia básica ou central dos direitos de propriedade intelectual (dentre os quais se incluem os direitos autorais) é justamente a de que o autor da obra ou bem determine, dentro dos limites de proteção legal e dos limites socialmente aceitos, o acesso e sob quais condições pode ser utilizado esse bem intelectualmente produzido. (SIMON, 2000, pg. 02). Conforme aponta Mariana Giorgetti Valente, em relação à lei brasileira anterior, de 1973, as diferenças principais da lei aprovada em 1998 e que ainda hoje vigora estão ligadas à questão tecnológica, tendo em vista o advento da internet comercial no Brasil em 1995 e as previsões de utilização de obras digitais. Segundo a autora da tese *Reconstrução do Debate Legislativo sobre o Direito Autoral no Brasil – Os anos 1989-1998* (USP, 2018), a lei de 1973 era menos pró-autor, não prevendo, por exemplo, a licença, mas somente a cessão de direitos de utilização de sua obra. No entanto, como também destaca a autora: “A discussão que fazemos hoje, sobre proteção aos direitos autorais *versus* direitos dos cidadãos de acesso à cultura e ao conhecimento, não estava sequer presente naquele momento.”¹⁰

Nesse contexto, diante das transformações sociais já destacadas e com o incremento cada vez maior da tecnologia, difícil é se chegar ao equilíbrio entre a possibilidade de difusão das informações e dos

desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

¹⁰ Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/lei-de-direito-autoral-no-brasil-foi-pouco-discutida-junto-a-sociedade/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

conteúdos através da internet e a proteção aos direitos autorais dos criadores das obras. Exemplo de violação cotidiana encontra-se no fato corriqueiro de usuário da rede que realiza uma cópia privada de um conteúdo ou quando faz o *upload* de um livro inteiro para disponibilizar na rede.¹¹

A esse respeito, a jurisprudência tem se manifestado no sentido da proteção dos direitos de autor, a exemplo de julgado do TJSP que recentemente decidiu pela condenação de sítio eletrônico por disponibilização não autorizada de conteúdo de livros, ainda que inexistente prova da vantagem econômica direta do réu, tendo em vista que a prática causaria, por si só, impacto na venda dos livros originais publicados pelas editoras associadas à autora, causando prejuízos a todos os titulares dos direitos autorais¹².

¹¹ Estas ações referidas violam o artigo 29 da lei de direitos autorais, cujo conteúdo dispõe: 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; 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."

¹² TJSP. Apelação cível n. 1117324-63.2015.8.26.0100. 9a Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto; J. 18/01/2019.

3 OS DIREITOS AUTORAIS E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com as mudanças de paradigma ocorridas com o advento da sociedade da informação, especialmente as decorrentes da autoria das obras intelectuais¹³ e do controle das violações à lei de direitos autorais – Lei 9.610/98, fundamental se mostra trazer à discussão a questão relacionada à natureza jurídica dos direitos autorais e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que constituirá o fundamento central de tutela dos direitos autorais de caráter existencial.

Antes disso, cumpre esclarecer que a obra intelectualmente protegida pela lei de direitos autorais se distingue do suporte físico que eventualmente possa lhe ser incorporado. A doutrina costuma chamar a obra intelectual em si de “corpus mysticum”, enquanto se refere ao suporte físico como “corpus mechanicum”. O conteúdo do livro, a verdadeira obra intelectual do artista, tem a proteção dos direitos autorais, enquanto que o livro, objeto físico, quando da realização da aquisição pelo consumidor, é regida pelo direito de propriedade. (BRANCO, 2013, p. 2).

¹³ Questão importante neste contexto de pós-modernidade líquida, como bem assevera Pedro Marcos Nunes Barbosa, relaciona-se à própria ideia de originalidade, que constitui o cerne da noção de obra protegida pelo Direito Autoral. O autor registra a distinção entre novidade e originalidade, isto é, o novo pode não ser original, se não houver uma contribuição criativa. E sobre o que venha a ser originalidade, assim resume: “Desse breve incurso filosófico também se pode concluir: (a) que toda criação advém de uma experiência que lhe antecede, (b) que a constatação da originalidade não significa uma ruptura com o que já exista e (c) que também o conceito de reprodução/plágio deve levar em conta o grau de distância entre todo o acervo pretérito e o salto qualitativo do contributo mínimo da obra, supostamente copiada. A última assertiva é deveras importante, pois a se levar rigidamente o contexto de tutela da obra anterior, dificilmente alguma criação estaria impune do entendimento sobre reprodução.” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018, p. 45.

O autor salienta que o direito autoral é composto por um conjunto de dois feixes de direitos distintos, que nascem para o autor por ocasião da realização da obra intelectual. De um lado estariam os chamados direitos patrimoniais, a possibilitar aos criadores das obras obter proveito econômico de seus trabalhos, e do outro lado, os direitos “morais”, visando conferir a moralidade ou integridade entre a obra e o seu criador. (BRANCO, 2013, p. 5-6).

Os direitos morais do autor, na dicção legal, encontram-se previstos no art. 24 da lei de direitos autorais, no Capítulo II, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Consoante se verifica da leitura do dispositivo legal, as hipóteses contidas nos incisos remetem à proteção conferida ao autor da obra intelectual de mantê-la íntegra, reivindicando a sua autoria, se necessário, bem como retirando-a de circulação na hipótese de causar algum prejuízo ou implicar dano à sua reputação ou imagem ou mesmo o direito de mantê-la inédita.

Para Sérgio Branco (2013, p. 8), não há como relacionar indissoluvelmente os direitos morais do autor com os direitos da personalidade, tais como honra, imagem, privacidade e integridade psicofísica. Ele afirma que, para que surjam os direitos morais do autor, necessariamente deve haver a criação de alguma obra do intelecto. Já com relação aos direitos de personalidade, bastaria somente o nascimento com vida para que surja o dever de proteção.

Portanto, os direitos morais do autor, segundo Sérgio Branco (2013, p. 8), necessitam de um fator exógeno para existir, ou seja, a própria exteriorização da obra intelectual. Dessa forma, caso não ocorra esse evento de criação, os direitos morais jamais podem existir, enquanto que os direitos de personalidade são direitos subjetivos individuais.

Branco, a guisa de conclusões, elenca as razões pelas quais entende que os direitos morais não são uma emanção da personalidade do autor, *in verbis*:

Parece-nos, contudo, que a qualificação como direitos de personalidade é inadequada em razão de diversas circunstâncias. Inicialmente, porque ao contrário dos direitos de personalidade, os direitos morais do autor não são inatos. Em segundo lugar, porque todos os direitos de personalidade são atributos da própria pessoa. Por outro lado, os direitos morais de autor existem em função de uma criação externa – dependem de uma obra distinta da própria pessoa para que possam se manifestar juridicamente. (BRANCO, 2013, p. 24).

Somando-se a isso, salienta também que diversas obras intelectuais são publicadas sob pseudônimos ou anonimamente, o que, segundo Branco, demonstra uma certa indiferença quanto ao suposto vínculo entre a obra produzida e a personalidade do autor. (BRANCO, 2013, p. 24).

Por outro lado, há entendimento divergente na doutrina, no sentido de que os direitos autorais morais se consubstanciam em verdadeiros direitos da personalidade, no sentido de que as criações seriam manifestações diretas da personalidade criativa do autor da obra, e, portanto, devem ser consideradas como produtos imediatos de seu intelecto. (LIXINSKI, 2006, p. 54/55), como já defendia Limongi França desde os anos 1950/60 (FRANÇA, 1983, p. 48).

No mesmo sentido, Marcelo Miguel Conrado (2013, p. 64) traz as seguintes considerações em relação a esse debate:

Os direitos morais pertencem à personalidade do autor, protegendo a reivindicação da autoria de modo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Os direitos patrimoniais do autor referem-se ao aproveitamento econômico da obra. Diferentemente dos direitos morais, os direitos patrimoniais podem ser alienados e dispostos contratualmente pelo autor

Pedro Marcos Nunes Barbosa qualifica os direitos autorais como uma *fattispecie* híbrida, «eis que atinente, simultaneamente, à categoria dos valores da personalidade e, no aspecto patrimonial, pertinente aos direitos reais.» Segundo o autor, «Tal significa que existe uma esfera indissolúvel entre criador e criatura, que se perpetua ao longo da história; mas, por outro lado, que uma gama dos interesses é dotada de temporariedade limitada (como as propriedades resolúveis), goza de faceta proprietária e está ao dispor do titular para o tráfego negocial.» (BARBOSA, 2018, p. 34)

Ao relacionarmos os direitos autorais (morais) com os direitos da personalidade do autor da obra intelectual, resulta, por consequên-

cia, que qualquer violação àqueles ensejaria a violação à própria dignidade humana¹⁴. E é isso que ora se defende. Com efeito, as esferas da personalidade humana podem ser reconhecidas, basicamente, sob três aspectos: *i.* física (vida e corpo); *ii.* Psíquica/moral (nome, imagem, honra, privacidade); e *iii.* intelectual (direito de autor). Tal não induz, registre-se, que os direitos da personalidade constituam número limitado de hipóteses conforme as aqui referidas, dado que “a tutela da personalidade, para ser eficaz, não pode ser fracionada em diversas *fattispecie* fechadas, como se fossem hipóteses autônomas não comunicáveis entre si” (BODIN DE MORAES, 2010a, p. 126).

Pela máxima Kantiana endossada por uma gama de autores contemporâneos, de que são exemplo Maria Celina Bodin de Moraes (BODIN DE MORAES, 2010b) e Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 2013), o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio do qual alguém possa se servir, sendo cada ser humano uma individualidade única e insubstituível. Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 77) trata do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como amálgama de toda a ordem jurídica constitucional, dando-lhe sentido e unidade, aduzindo, ainda, que:

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica. (SARLET, 2004, p. 77).

Sarlet refere, ainda, que a dignidade da pessoa humana exige a proteção e o reconhecimento dos direitos fundamentais de todas as

¹⁴ Sobre o princípio da dignidade humana, sua construção teórica e conteúdo, veja-se, por todos: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 2010.

dimensões. Conforme o autor, o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, notadamente os aqui tratados direitos da personalidade¹⁵, se consubstanciam no respeito ao próprio conteúdo da dignidade humana, sendo este pressuposto e fundamento daqueles. (SARLET, 2004, p. 77).

A despeito de toda essa consideração valorativa, verificam-se dificuldades na aplicação da lei de direitos autorais diante de uma sociedade emergente na qual os avanços tecnológicos derrubam os velhos paradigmas, que não mais resistem ou estão sendo ressignificados¹⁶. Por isso ganha relevo a análise feita por Pedro Marcos Nunes Barbosa sobre o sentido da originalidade no direito autoral, questionando, ao lado de doutrina vanguardista, “qual o sentido de se manter uníssona a proteção tão extensa dos direitos autorais patrimoniais para obras criativas e para as que sejam despidas de tal qualidade” (BARBOSA, 2018, p.46). Estaríamos vivendo, pois, uma verdadeira “crise do direito de autor” (GRAU-KUNTZ, 2012, p. 66) que, em virtude da erosão do filtro da originalidade, passa a apresentar mais efeitos nocivos do que benéficos (BARBOSA, 2018, p. 46).

Marcelo Miguel Conrado (2013, p. 64) tece críticas à lei de direitos autorais, pois, segundo afirma, esta não cumpre nem o papel de proteção do autor diante da sua produção intelectual, especialmente na questão relacionada à autoria das obras, nem se presta, de forma efetiva, a propiciar o desenvolvimento cultural. Além do mais, com a mudança de paradigma social – advento da sociedade da informação – as obras e a autoria destas assume um papel cada vez mais coletivo e

¹⁵ Art. 5º, X, CF/1988: 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.

¹⁶ Veja-se, nesse sentido: BARBOSA, Fernanda Nunes. Direitos de autor na era digital: desvendando fronteiras entre tecnologia e arte a partir de um caso concreto. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

colaborativo, diluindo-se, portanto, os limites da autoria, conforme se verá no próximo tópico.

As violações aos direitos autorais também ficam menos sujeitas ao controle neste contexto, o que acarreta, a depender do entendimento adotado acerca da vinculação ou não das criações intelectuais aos direitos da personalidade, em violações ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo. 1º da Constituição Federal de 1988. Contudo, com o advento da internet, a necessidade de se conciliar (sem subjugar qualquer deles) os direitos autorais com o direito de acesso ao conhecimento parece o ponto fundamental e de difícil (mas não impossível) equação¹⁷.

4 OS DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE ACESSO E UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, trata diretamente das questões relacionadas aos direitos autorais e ao direito de acesso à informação, notadamente em seu artigo XXVII, itens 1 e 2, conforme transcrição:

¹⁷ “O jovem que pensa atentar contra o capitalismo e contra a noção de propriedade privada ao piratear livros e outras obras culturais em nome do acesso universal ao conhecimento atenta, acima de tudo, em certa perspectiva, contra o trabalho alheio, o trabalho do autor. Ao investir contra o tratamento da cultura como mercadoria apropriada por editores e outros atravessadores, imaginando apunhalar somente o mais perverso sistema de exploração da história humana, nada mais faz do que decretar a vitória do hipercapitalismo, o triunfo do consumidor egoísta sobre o produtor, apropriação do tempo de trabalho do criador sem contrapartida, consagração de um simulacro de liberdade, a liberdade de tomar posse. Retorno da dialética pela porta dos fundos? Será o hiperconsumidor, figura maior do hiperespetáculo, umbilical, egocêntrico e decidido a não pagar pelo que pode obter gratuitamente, o coveiro do produtor? Disso resultará uma sociedade emancipada da exploração ou uma nova exploração emancipada da sociedade?” SILVA, Juremir Machado da. **A sociedade medíocre. Passagem ao hiperespetacular: o fim do direito autoral, do livro e da escrita.** Porto Alegre: Sulina, 2012, p. 55.

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Com efeito, a experiência cultural, na qual incluímos também a histórica, tem sido considerada um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o integral desenvolvimento de sua personalidade (SOUZA, 2012, p. 47). Internacionalmente, o que então se conhecerá por “direitos fundamentais culturais” engloba diferentes categorias, dentre as quais o direito à liberdade de pesquisa e criação (STAMATOPOULOU *apud* SOUZA, 2012, p. 61).¹⁸

Outro marco normativo de *soft law* que pode ser destacado e que diz respeito à temática é a Declaração de Princípios da Cúpula da Sociedade da Informação, do ano de 2003, que, em seu capítulo 3, estabelece que todas as pessoas devem ter acesso à informação e ao conhecimento, contribuindo para fomentá-los na sociedade, sendo, a

¹⁸ Segundo Allan Rocha de Souza, “Os direitos culturais, enfim, podem ser vistos como aqueles que ‘o indivíduo tem em relação à cultura da sociedade da qual faz parte, que vão desde o direito à produção cultural, passando pelo direito de acesso à cultura até o direito à memória histórica’ (FERNANDES, 2008, p. 207). Nesta visão os direitos culturais são compostos do direito de produção cultural, direito de acesso à cultura, direito à memória histórica e ainda o direito à informação e o direito à participação nas decisões públicas sobre cultura (FERNANDES, 2008, p. 207). É possível, ainda, identificá-los a partir da Constituição e tentar listá-los, incorporando em seu conteúdo: (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; (b) direito à criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (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. (SILVA, 2001).” SOUZA, *op. cit.*, p. 62.

capacidade de todos para obter acesso e contribuir com informações, ideias e conhecimento, essencial em uma “Sociedade da Informação inclusiva” (item 24)¹⁹.

Ainda segundo o documento:

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. (item 25)

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. (item 26)

O acesso à informação e ao conhecimento pode ser promovido tornando as partes interessadas cientes das possibilidades oferecidas pelos diferentes modelos de software, incluindo os modelos proprietário, de código aberto e o software livre, a fim de ampliar a concorrência, o acesso pelos usuários e a diversidade de escolha, e permitir que todos os usuários desenvolvam soluções que melhor atendam às suas necessidades. O acesso a preço razoável ao software deve ser considerado um componente importante de uma Sociedade da Informação verdadeiramente inclusiva. (item 27)

¹⁹ Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGI-br_DocumentosCMSI.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

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. (item 28)²⁰

Os direitos autorais e o direito de acesso à cultura igualmente estão replicados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 15, aduzindo, expressamente, que todos devem participar da vida cultural, desfrutando do progresso científico, bem como trata das questões relacionadas à proteção dos direitos morais e materiais de toda a produção intelectual – científica, literária ou artística²¹.

Nota-se que, com o advento da era digital, em substituição à sociedade moderna, de matriz eminentemente industrial, a informação passa a alcançar renovado status para o desenvolvimento dos países, seja no campo econômico, seja no campo social. Portanto, ainda que não se descarte a proteção dos direitos dos autores das obras intelectuais, parece haver, atualmente, uma certa prevalência do direito de acesso ao conhecimento, no sentido de que todas as pessoas possam usufruir do conhecimento científico, cultural e artístico.

²⁰ Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGI-br_DocumentosCMSI.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²¹ “Art. 15 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

No entanto, embora se entenda e concorde que a legislação brasileira de Direitos Autorais possa se mostrar um tanto rígida (em especial para os novos tempos), dificultando em demasia o acesso à informação e à educação - o que a levou a ser considerada pela ONG *Consumers International*, em relatório publicado no ano de 2012, como uma das cinco piores leis autorais do mundo para o consumidor, considerando questões como o tempo de validade de tais direitos até a sua entrada em domínio público²² (70 anos contados da morte do autor) e as poucas exceções aos direitos autorais previstas em lei²³ - há um perigo real no esvaziamento de tais direitos, em detrimento tanto da própria educação e cultura como no retrocesso de direitos da pessoa humana.

Com efeito, o exemplo de Mônica Guise²⁴ é significativo da necessidade de avanços legislativos. Diz a professora da disciplina Propriedade Intelectual da Escola de Direito da FGV em São Paulo e Coordenadora do Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da mesma instituição:

Suponha que você esteja filmando um documentário em que entrevista um transeunte e o telefone dele toca. Mas o toque do

²² De forma esquemática, Karin Grau-Kuntz assim descreve: “Criação intelectual protegida = “domínio privado” (liberdade individual); criação intelectual não protegida = “domínio público” (liberdade coletiva); a expressão criação intelectual protegida é empregada em contraposição à criação intelectual não protegida, da mesma forma que a liberdade individual é empregada em contraposição à liberdade coletiva.” GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e direito de autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 6, p. 5-67, 2012, p. 8.

²³ Disponível em: <https://idec.org.br/em-acao/em-foco/brasil-e-5-colocado-entre-os-piores-regimes-de-direitos-autorais-do-mundo>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁴ *O Direito digital na era da informação. Ensaio publicado em parceria firmada entre a PÁGINA 22 e o Instituto Democracia e Sustentabilidade (IDS), que prevê a publicação mensal de textos sobre temas estratégicos para a construção da Plataforma Brasil Democrático e Sustentável.*[:] Disponível em: <http://pagina22.com.br/2013/10/09/o-direito-autoral-na-era-da-informacao/>. Publicado em 09 de out. 2013. Acesso em: 10 jan. 2020.

celular dele é o último sucesso da Beyoncé. Em tese, teria de pedir autorização para a editora da artista. Na prática, constituiria *fair use*, pois não fere o mercado potencial da cantora: supõe-se que ninguém vai deixar de comprar o CD da Beyoncé se escutar, durante 2 segundos, o *ringtone* com seu sucesso em um documentário.

Caso semelhante ao criado por Guise já foi objeto de julgamento pelo STJ, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão²⁵. Tratava-se de hipótese fática na qual uma tela fora utilizada para compor o cenário de um filme publicitário. A parte autora alegou exposição não consentida da obra, pleiteando indenização por danos morais. A despeito de ter reconhecido, de acordo com o artigo 28 da Lei de Direitos Autorais, caber à autora o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra artística, afirmou também que não se pode perder de vista que toda legislação sobre direito autoral tem como propósito o equilíbrio entre interesses igualmente relevantes, a saber, o fomento da produção intelectual e científica, por meio da proteção dos direitos materiais e morais dos autores, e o desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade. Com base nisso, a Corte desacolheu o pedido da autora, apontando que a própria Lei 9.610/98 estabelece limitações ao direito do autor/a, conforme se depreende do seguinte trecho:

O art. 46 da Lei n. 9.610/1998 estabelece limitação aos direitos autorais nos seguintes termos: não constitui ofensa aos direitos autorais (...) 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.

²⁵ STJ. **Recurso Especial n. 1.343.961/RJ**. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. J. 06/10/2015.

Percebe-se, assim, que somente uma leitura contemporânea dos institutos, contextualizada a partir da realidade social na qual os mesmos se inserem e à luz dos valores constitucionais e de direitos humanos é que se alcançará o equilíbrio necessário entre a proteção ao direito fundamental de autor e a promoção do acesso a direitos culturais da coletividade. Especificamente em relação ao ambiente da internet, consoante aponta GINZBURG (2014, p. 43), é fato que ela é “um instrumento *potencialmente* democrático”, mas que “em vez de reduzir as distâncias atreladas à hierarquia social, a internet as exacerba”. É nesse sentido que se defende que, se de um lado é importante não engessar os direitos autorais, sob pena de criar-se a censura e o empobrecimento cultural da sociedade – sobretudo, repise-se, em um cenário de amplo acesso como o da internet -, de outro deve-se permitir a operatividade de sua tutela quando presente a teleologia da lei, isto é, a proteção (e promoção) de criações originais²⁶.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade dita pós-moderna, cada vez mais digitalizada e em rede, nos traz novas formas de tecnologia, facilitando a obtenção de informações. Por vezes, a legislação deixa de acompanhar os avanços sempre crescentes, que se dão de modo muito rápido. Alguns softwares que são utilizados hoje, daqui a poucos anos tornam-se obsoletos, sendo substituídos por outros mais eficientes.

Cabe destacar que tanto a Declaração dos Direitos Humanos como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trazem a previsão dos direitos dos autores por suas produções intelectuais e o direito da sociedade de ter acesso a essas criações e produções intelectuais.

²⁶ Embora não seja objeto específico de aprofundamento nesta análise, consideramos que uma das críticas pertinentes que se faz neste contexto diz com a excessiva (porquanto prolongada) proteção aos direitos patrimoniais de autor no Brasil, que alcançam 70 anos após a sua morte.

Notadamente, parece haver-se desenvolvido socialmente uma certa prevalência para o direito de acesso à informação nessa era digital. Nesse sentido, a própria Declaração de Princípios da Cúpula da Sociedade da Informação, do ano de 2003, refere que a questão relacionada ao acesso das informações deve ter uma pequena prevalência, dado o contexto da sociedade atual, porém, sem descuidar das normas atinentes aos direitos autorais dos criadores do conhecimento e das obras, seja na literatura, nas artes, nas ciências e na música.

Todavia, defende-se aqui que os avanços narrados nas páginas iniciais desta breve exposição não podem representar a morte dos direitos autorais por meio da consideração, em abstrato, da supremacia do interesse coletivo e social por educação e cultura, na forma do acesso ao conhecimento, sobre os interesses do autor da obra intelectual. Mormente porque, consoante sinalamos no início desta exposição, a “coletividade” não é um grupo homogêneo. Quem, de fato, tem acesso a esse conhecimento? Será que está na proteção aos direitos autorais a sua barreira ou são, em realidade, outros os fatores que impedem o amplo acesso (barreiras econômicas e intelectivas) ao conhecimento, especialmente em países como o Brasil?

De modo algum pretendeu-se aqui pôr fim ao debate, senão contribuir para a sua investigação e aprofundamento, a partir de questionamentos e reflexões que se não são de todo originais, são, por outro lado, ignoradas por parcela significativa da sociedade, que vê nos direitos autorais apenas uma barreira ao acesso livre (e indiscriminado) ao conhecimento já produzido, desvalorizando toda a construção de direitos e garantias fundamentais dos criadores de conteúdo ao longo dos tempos e menosprezando outras circunstâncias, tais como o contexto econômico e intelectual concreto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor).

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro, Renovar. 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro, Renovar. 2010.

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos- autorais/>. Acesso em: 10 out. 2019.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento - I**: de Gutenberg a Diderot. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 20ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2019 (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, v.1).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte na armadilha dos direitos autorais**. 2013. 321 fl. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/32966/R%20-%20T%20-%20MARCELO%20MIGUEL%20CONRADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 dez. 2018.

DUARTE, Eduardo. Por uma epistemologia da comunicação. *In*: VASSALIO DE LOPES, Maria Immacolata (Org.). **Epistemologia da Comunicação**. São Paulo: Loyola, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas fundamentais dos direitos da personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, p. 45-59, jan/1983, p. 48. <http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/revista2.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GIDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GINZBURG, Carlo. A história na era Google. *In*: SCHÜLER, Fernando Luís; WOLF, Eduardo (Org.). **Pensar o Contemporâneo**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2014, p. 40-63 (Série Fronteiras do Pensamento, v.3).

GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e direito de autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 6, p. 5-67, 2012.

LESSING, Lawrence. **Free Culture**: how big data uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York: Penguin Press, 2004.

LYOTARD, Jean François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

LIXINSKI, Lucas. O direito moral de autor como direito de personalidade e a universalidade de sua proteção. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 7, v. 27, jul.-set. 2006, p. 49-79.

MIRANDA, Antonio e SIMEÃO, Elmira. Transferência de informação e transferência de tecnologia no modelo de comunicação extensiva: a babel.com. **Revista Información, Cultura Y Sociedad**. Buenos Aires, No. 10 (2004) 27-40.

MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo? Ensaio dobre o destino da humanidade**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Juremir Machado da. **A sociedade medíocre. Passagem ao hiperespectacular**: o fim do direito autoral, do livro e da escrita. Porto Alegre: Sulina, 2012.

SIMON, Imre. A Propriedade Intelectual na Era da Internet. **Revista de Ciência da Informação**, v. 1, n. 3. São Paulo: jun./2000. Disponível em: http://www.brapci.inf.br/_repositorio/2010/01/pdf_b4f09cbb7d_0007420.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

SOUZA, Allan Rocha de. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 29, n. 2, maio/ago. 2000. p. 71-77. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf?fbclid=IwAR0Hl0IRU5Qx298LWROoEmiCekc2XPpc-5VhbvLolgPZO2302JFwyZtFGLvA>. Acesso em: 16 dez. 2018.

A PARÓDIA E SUAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS SOB A ÓTICA DO DIREITO AUTORAL

Fernanda Marquerie Gebara¹

RESUMO: O presente artigo busca examinar a paródia à luz do direito de autor enquanto hipótese de limitação ao direito patrimonial e as principais implicações jurídicas sob o enfoque do direito autoral brasileiro. Para tanto, inicialmente, aborda-se o conceito de paródia e seus requisitos legais à luz do direito de autor. Em seguida, perpassa-se a examinar o conflito existente entre o direito autoral do autor da obra parodiada e a liberdade de expressão do criador da paródia, tendo em vista que a paródia tem como base o direito fundamental da liberdade de expressão. Ato contínuo, analisa-se a finalidade da paródia consoante dois julgados importantes do Superior Tribunal de Justiça à luz da regra dos três passos prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS. Ao final, conclui-se que a ponderação será a técnica utilizada para solucionar eventual conflito normativo envolvendo o instituto da paródia e a liberdade de expressão, bem como que o exercício da paródia pode ser levado a cabo desde que cumprida a regra dos três passos e observados os requisitos legais elencados no artigo 47 da Lei nº 9.610/98.

Palavras-chave: Direito de autor; limitações; paródia

¹ Mestre em Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias pela *Universidad Autónoma de Madrid (LL.M IP & IT)*. Graduada em Direito e pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduada em Propriedade Intelectual, Mídia e Entretenimento pela Escola Superior da Advocacia de São Paulo. Pesquisadora sênior do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A paródia propriamente dita é comumente encontrada na literatura, na televisão e, atualmente, nas redes sociais como uma atividade pautada no humor.

Devido à sua massiva presença em todas as esferas da sociedade, seu estudo ganha relevância, em especial por estar intrinsecamente relacionado à liberdade de expressão.

Nesse sentido, tudo que ganha destaque no cotidiano merece ser resguardado pelo Direito e assim o é o instituto da paródia. Não obstante, é um tema complexo que carrega consigo inúmeras peculiaridades próprias e suscitadoras de embates jurídicos.

Dessa forma, o presente artigo explana as principais especificidades e impasses inerentes à paródia enquanto limite legal ao direito de autor.

Para tanto, a seguir se verá uma breve análise dos requisitos legais da paródia, conforme preceituados pela lei autoral vigente, passando pelo conflito entre a liberdade de expressão do parodista e o direito autoral do criador da obra parodiada, e finalizando com o exame de dois julgados do STJ pertinentes à finalidade da paródia.

Por fim, antes de adentrar à análise deste estudo, vale informar ao leitor que a essência da paródia está atrelada à criação de uma atividade burlesca, a partir de uma obra já existente, a qual costuma ser amplamente conhecida pelo espectador. Ainda, segundo a lei autoral, a paródia é permitida de maneira excepcional, desde que não reproduza a obra originária nem lhe implique descrédito.

2 PARÓDIA ENQUANTO LIMITE AO DIREITO DE AUTOR

2.1 REQUISITOS LEGAIS DA PARÓDIA

Inicialmente, vale mencionar que o direito de autor congrega em si duas facetas dotadas de particularidades, quais sejam, os direitos moral e patrimonial de autor, aptos a caracterizá-lo como um direito *sui generis* por abranger concomitantemente um direito pessoal e um direito de propriedade. Assim, ao passo que o direito moral externa a personalidade do autor, o direito patrimonial reflete o resultado econômico da obra.

Em virtude da natureza pecuniária dos direitos patrimoniais, tem-se que o autor detém o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor sua obra, nos termos do artigo 28 da Lei nº 9.610/98 (LDA), sendo-lhe reservada a prerrogativa de transmitir, total ou parcialmente, seus direitos.

Não obstante, o aludido aspecto patrimonial não é absoluto e pode ser relativizado em prol do interesse público e da função social da obra autoral, garantindo a terceiros a utilização desta, em determinadas situações, sem prévia autorização de seu autor nem remuneração. Aqui, cumpre destacar que as limitações não devem ser interpretadas como caminho para a sociedade utilizar a obra de forma irrestrita, posto que os direitos morais de autor remanesçam inalterados e o seu uso deve observar a regra dos três passos, a qual será analisada ao final deste artigo, e ser compatibilizado com os direitos fundamentais.

Nesse ponto, surge o instituto da paródia, escopo do presente artigo.

A paródia é uma hipótese legal de limite ao direito de autor, elencada no artigo 47² da LDA. Contudo, seu uso não é ilimitado, im-

² “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.” BRASIL. Lei nº 9.610, de 14 de maio de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos

pondo-lhe a lei certos requisitos, a saber: a paródia não pode ser uma verdadeira reprodução da obra originária (obra parodiada) nem lhe implicar descrédito.

Em virtude do dispositivo legal, é possível depreender que a paródia é uma obra derivada em decorrência da vedação de “verdadeiras reproduções da obra originária” prevista no referido artigo 47. Dado que a paródia está pautada em elementos previamente existentes, estaria permitida de forma implícita uma apropriação parcial com limites. Vale consignar, aqui, que obra derivada consiste em uma criação intelectual nova resultante da transformação da obra primígena, conforme preceitua o artigo 5º, inciso VIII, alínea “g”, da LDA.

Ainda, o artigo 47 também disciplina que a paródia não pode acarretar em descrédito da obra originária, o que, na prática, constitui um critério subjetivo. Isto porque a paródia pode por si só dar azo ao descrédito, visto tratar-se justamente de uma atividade cômica apta a ensinar o deboche, a burla e, até mesmo, a deturpação da obra parodiada. Logo, o autor da obra parodiada poderia arguir ofensas aos seus direitos morais do artigo 24 da LDA.

Nesse sentido, Rodrigo Moraes (2008, p. 151) atesta:

Em primeiro lugar, a paródia não pode ser uma verdadeira reprodução da obra anterior. Nela tem de existir certo grau de criatividade, sob pena de ser considerada plágio. Em segundo lugar, ela não pode ridicularizar, maliciosamente, o autor da obra originária, depreciando a sua honra. Nem pode atingir direitos da personalidade de terceiros. A liberdade de expressão encontra limite na dignidade da pessoa humana, que não pode ser vilipendiada.

autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Publicado no **D.O.U.** de 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

Enquanto hipótese de uso livre de direito de autor, a paródia se pauta em obra prévia à qual são agregados novos elementos pelo próprio parodista, havendo, assim, diferenças entre a obra parodiada e a paródia propriamente dita.

Afinal, a paródia somente será interpretada como tal se seu espectador tiver subsídios de compreendê-la como paródia e ser capaz de relacioná-la, por meio de determinados elementos, com outra obra já existente; caso contrário, a paródia não será assim compreendida e o espectador se verá diante de uma obra nova sem quaisquer elementos identificadores que a atrelem à obra parodiada.

Como consequência, devido à sua própria natureza, tem-se que a paródia está intrinsecamente relacionada à liberdade de expressão³.

Dessa forma, Manoel Pereira (2011, p. 137-138) afirma que a paródia pode ser assim interpretada:

(...) um limite incidente sobre a obra tutelada em favor da liberdade de criação e não apenas da liberdade de informação. Isto porque a licitude da paródia está intrinsecamente ligada à associação da liberdade de criação com o direito de crítica. Além disso, a paródia, constituindo obra derivada, implica o aproveitamento substancial da obra preexistente, ainda que mediante a utilização de um recurso criativo, que é a imitação burlesca. Em outras palavras, a paródia deve refletir efetiva contribuição de seu autor.

Com efeito, é mister consignar que a liberdade de expressão do parodista não é um direito absoluto, podendo ser mitigado em prol de outros direitos como, por exemplo, dos direitos morais e patrimoniais do autor da obra parodiada. Logo, estar-se-á diante de um embate, a ser solucionado sob a ótica da ponderação de conflito normativo, en-

³ Não obstante o rico estudo acerca das liberdades constitucionais, a expressão *liberdade de expressão* em sentido genérico será utilizada para fins deste artigo.

tre o direito do autor da obra parodiada e a liberdade de expressão do criador da paródia, tal como se verá a seguir.

2.2 PARÓDIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como visto, a paródia carrega um embate jurídico entre dois preceitos constitucionais, qual seja, o conflito entre o direito de autor da obra originária e a liberdade de expressão do parodista.

De início, sob a ótica do direito internacional, tem-se que a liberdade de expressão está prevista no artigo 19⁴ da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e no artigo 13⁵ da Convenção

⁴ “Artigo 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁵ “Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Publicada no

Americana sobre Direitos Humanos, abarcando duas peculiaridades: a liberdade de ser informado e a liberdade de se expressar. Quanto ao viés internacional da proteção do direito de autor, este encontra-se respaldado, em especial, pela Convenção de Berna, dentre outros diplomas internacionais.

A proteção de ambos os direitos foi erigida a nível constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual o direito de autor encontra-se garantido no artigo 5º, incisos IX, X, XXVII e XXVIII, e a liberdade de expressão no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, e no artigo 220 da Constituição Federal.

Nessa esteira de pensamento, o Ministro Luis Roberto Barroso (*apud* PEREIRA DOS SANTOS, 2011, p. 131) assim prescreve:

A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação de pensamento humano. Sem embargo, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal. Da mesma forma, a expressão artística muitas vezes tem por base acontecimentos reais.

Como consequência, depreende-se que a liberdade de expressão abarca a liberdade de criação intelectual, intimamente relacionada aos direitos autorais e seus atributos, o que inclui a paródia.

Conforme explanado anteriormente, enquanto hipótese de uso livre de direito autoral, a paródia se assenta em outra obra autoral, previamente existente, introduzindo-lhe uma nova roupagem com

D.O.U. de 09 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

vistas à concepção humorística, o que demonstra a intersecção entre paródia e liberdade de criação visando o exercício da liberdade de expressão.

Ademais, considerando que o direito de autor não é absoluto em virtude da existência dos usos livres e de possíveis choques com outros direitos assegurados constitucionalmente, a liberdade de expressão também não o pode ser por existirem outros direitos no mesmo patamar hierárquico.

Em decorrência do anterior, surge o embate ora analisado.

A aludida colisão será sanada pela ponderação normativa, pautada no equilíbrio entre os interesses em jogo, sem a necessidade de um expulsar o outro do universo jurídico, dado que inexistente qualquer hierarquia entre eles.

Para tanto, posto que ambos os direitos ocupam o mesmo patamar hierárquico, o embate será dirimido pelo sopesamento entre os interesses colidentes, e o Direito os harmonizará a fim de identificar o direito prevalecente.

A mencionada harmonização está em consonância com a teoria da ponderação que, conforme ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, consiste em uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23).

Nessa linha de entendimento, Barcellos estipula três etapas que auxiliam o intérprete da norma a reconhecer qual será administrada ao caso concreto: a primeira consiste em determinar as normas conflitantes, a segunda abarca o exame da situação fática, suas particularidades e sua influência sobre as normas, e a terceira traduz-se na decisão (BARCELLOS, 2005, p. 91-92).

Portanto, referida técnica da ponderação revela-se em um instrumento apto para dirimir o enfrentamento entre o direito do autor da obra parodiada e a liberdade de expressão do parodis-

ta, sendo certo que um dos direitos contrapostos será ponderado ante o outro e terá sua incidência afastada na situação fática em jogo. Caberá, portanto, ao julgador avaliá-los, ponderá-los e harmonizá-los diante do caso concreto.

No mais, a título de exemplo, a ponderação foi aplicada no Recurso Especial nº 1.500.676, cujo ponto fulcral tratava do conflito entre a liberdade de expressão, instrumentalizada pela paródia de campanha publicitária, de um renomado jornalista, e o direito à honra e imagem da vítima, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

No caso, a suposta paródia relacionou um ministro do STF a uma operação criminal conduzida pela Polícia Federal, cuja valoração das provas pelas instâncias inferiores resultou na condenação do jornalista por abuso da liberdade de expressão “pois a postagem extrapolou o *animus narrandi* ao divulgar fato falso” (STJ, Recurso Especial nº 1.500.676, 2015, p. 13).

Embora o caso sob análise não trate especificamente do conflito entre paródia e direito autoral da obra parodiada, sua análise faz-se relevante devido aos limites da liberdade de expressão, que, valendo-se da paródia como seu principal instrumento, ensejou o conflito entre direitos da mesma hierarquia (direito da personalidade do ofendido, enquanto faceta da dignidade da pessoa humana, e liberdade de expressão).

Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, aplicou a técnica da ponderação, sopesando os interesses envolvidos na lide, e manteve a condenação da instância *a quo*, decidindo-se que a liberdade de expressão não é absoluta e, ainda, preceituou o quanto segue (STJ, Recurso Especial nº 1.500.676, 2015, p. 10):

A despeito de estar o direito à livre informação, sem qualquer censura, garantido no diploma constitucional, aquele que desbordar dos princípios da correção e imparcialidade fica res-

ponsável pelos danos causados pela informação/comentário/crítica, principalmente quando atingir direitos igualmente protegidos pelo legislador constituinte (direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, dentre outros).

No mais, *in casu*, a paródia foi utilizada como argumento facilitador para propagação de informações inverídicas, trazendo ao presente artigo uma nova perspectiva acerca de seu uso.

2.3 FINALIDADE DA PARÓDIA À LUZ DO STJ

Como percebido ao longo deste artigo, o instituto da paródia traz consigo ricos debates e tênues peculiaridades.

Embora a lei autoral discipline apenas dois requisitos, outra problemática atrelada à paródia trata da possibilidade de esta ter ou não finalidade comercial.

Referido tema foi analisado pelo STJ, tendo decidido em seus principais julgados recentes que a paródia pode ensejar lucro e ter finalidade eleitoral.

Nesse diapasão, analisaremos a seguir duas decisões importantes e, uma vez finalizada, teceremos alguns comentários.

A primeira decisão se refere ao Recurso Especial nº 1.597.678, cuja ação de origem foi proposta pela Universal Music, titular de 50% dos direitos autorais patrimoniais do autor Vinícius de Moraes, contra empresa do segmento hortifrutigranjeiro e uma agência de publicidade, por uso não autorizado de versos da canção “Garota de Ipanema” em campanha publicitária.

Em síntese, o polo passivo embasou sua defesa na paródia, sobrevindo contra-argumento da autora pautado na impossibilidade de se arguir paródia quando houver finalidade comercial, estando ela somente permitida para fins de estudo, crítica e polêmica. Para elucidar,

segue imagem⁶ da campanha publicitária debatida, que altera uma palavra da obra original (“coisa” por “couve”):



As instâncias inferiores acataram o argumento da paródia por atribuir comicidade à obra publicitária, sem implicar qualquer reprodução nem depreciação da obra musical.

Ato contínuo, em sede de Recurso Especial, decidiu-se, por unanimidade, que a análise acerca da licitude e conseqüente configuração da paródia “depende das circunstâncias fáticas de cada caso concreto bem como da apreciação feita pelo julgador, o que envolve um certo grau de subjetivismo ao aferir o preenchimento dos requisitos de comicidade, distintividade e ausência de cunho depreciativo exigidos pela lei” (STJ, Recurso Especial nº 1.597.678, 2018, p. 12).

Ainda, tendo em vista o cerne da lide, o STJ decidiu pela possibilidade de a paródia possuir finalidade lucrativa ou comercial por inexistir ofensa ao artigo 47 da LDA, o qual não a proíbe para a paródia tomar forma. Segundo a decisão, “não se extrai da lei, pois, o requisito

⁶ Fonte da imagem disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/287384/parodia-com-fins-comerciais-nao-viola-lei-de-direitos-autorais>. Acesso em: 07 set. 2021.

de que a criação possua finalidade não lucrativa ou não comercial, conforme defendido pela recorrente” (STJ, Recurso Especial nº 1.597.678, 2018, p. 8).

O segundo julgado é o Recurso Especial nº 1.810.440 que, na origem, se refere a uma ação ajuizada pela EMI Songs, como titular dos direitos patrimoniais da canção “O Portão”, de coautoria de Roberto Carlos e Erasmo Carlos, contra Tiririca, que criou jingle eleitoral da aludida canção, tendo como referência uma publicidade veiculada pelo grupo JBS-Friboi, a saber⁷:



O instituto da paródia foi alegado como defesa, mas a primeira e segunda instâncias condenaram o réu por infração autoral em virtude de alteração da letra original para fins eleitorais.

Em Recurso Especial, o STJ reformou o acórdão *a quo*, acatando que não houve violação aos direitos autorais e que o caso se tratava de paródia.

⁷ Fonte da imagem disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/03/tiririca-e-condenado-por-parodiar-o-portao-de-roberto-e-erasmo-carlos.html>. Acesso em: 07 set. 2021.

A análise dessa decisão é importante em virtude da finalidade autorizada para exercício da paródia.

In casu, o STJ decidiu que é irrelevante a finalidade da paródia para caracterizar sua licitude, podendo assumir fim político, educacional ou qualquer outro. Referida justificativa é polêmica e pode dar caminho a um uso irrestrito da paródia.

Em que pese o entendimento da nobre Corte em ambos os julgados, algumas considerações devem ser tecidas a respeito da interpretação da LDA e do sistema internacional de direito de autor.

Ao tratar-se de direitos de autor e as hipóteses dos usos livres (no caso, paródia), há que se analisar a própria finalidade da lei e sua intersecção com outros diplomas internacionais.

Nesse sentido, vale ressaltar a “regra dos três passos” (artigo 9.2⁸ da Convenção de Berna; artigo 13⁹ do Acordo TRIPS), por meio da qual o limite é aplicado como exceção, desde que a exploração da obra (no caso deste artigo, refere-se à obra parodiada) não afete sua exploração normal nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor da obra. O Brasil é signatário da Convenção de Berna

⁸ “Artigo 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.” BRASIL. Decreto nº 75.699, de 06 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, 1975. Publicada no **D.O.U.** de 09 de maio de 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁹ “Artigo 13. Limitações e Exceções. 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.” BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF, 1994. Publicado no **D.O.U.** de 31 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

e do Acordo TRIPS, tendo incorporado a aludida regra no artigo 46, inciso VIII, da LDA¹⁰.

No caso específico dos julgados acima, *a priori*, não parece ter havido um exame acerca do teste dos três passos. Tanto a Convenção de Berna quanto o Acordo TRIPS são as bases do direito autoral internacional e, considerando que o Brasil é signatário de tais diplomas, o sistema jurídico brasileiro deve observar e ser interpretado de acordo com as obrigações internacionais e, por conseguinte, analisar os limites de forma restritiva seguindo os cânones de tais diplomas.

A propósito, vale pontuar que o STJ já se pronunciou, quando do julgamento do Recurso Especial nº 964.404, que a regra dos três passos é de cumprimento obrigatório, consubstanciando em um critério para identificação dos limites ao direito de autor. Outrossim, referido julgado determina que a proteção do direito à propriedade autoral se prospecta depois de compatibilizado com os direitos fundamentais, sendo que “esta ponderação não pode, contudo, ocorrer de forma arbitrária, devendo observar rígidos critérios” (STJ, Recurso Especial nº 964.404, 2011, p. 6).

Ademais, o emprego das limitações ao direito de autor deve ser excepcional e contemplar a finalidade teleológica da LDA, cuja aplicação estaria justificada se houvesse risco à liberdade de expressão, fundamento este precípua da paródia.

Outrossim, o limite da paródia não aplicado de maneira especial, como exceção que o é, implica, por transversal, um prejuízo econômico

¹⁰ “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.” BRASIL. Lei nº 9.610, de 14 de maio de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Publicado no D.O.U. de 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

ao titular da obra. Em outras palavras, o uso não autorizado da obra enseja prejuízos aptos a inviabilizar a própria exploração econômica da obra, ainda que não haja a finalidade de perceber lucro. Este argumento torna-se mais evidente no caso envolvendo o Tiririca do que no caso da canção “Garota de Ipanema”, pois a obra parodiada foi utilizada para fins eleitorais vinculando-a a uma posição política que poderia macular a reputação do titular e do autor da obra.

Com efeito, ainda que ambos os julgados envolvam certo caráter de humor, e não compete ao Poder Judiciário avaliar a extensão do humor, lhe compete sopesar os interesses contrapostos. Em particular, no caso do Tiririca, decidir que a própria paródia pode assumir finalidade política, ou qualquer outra, implica, *a priori*, em um afastamento da aplicação da regra dos três passos, ensejando em um rompimento das regras internacionais às quais o Brasil é signatário.

Não bastasse, sob outra ótica, afirmar que a finalidade da paródia é indiferente para ser lícita é avalizar a paródia dissociada da característica principal que a lei lhe impôs, qual seja, a de limite ao direito autoral.

Embora ambos os casos tenham peculiaridades próprias e assumam roupagem distinta, se assemelham no cerne das lides, porque tratam da finalidade da paródia. Ao passo que o *caso Garota de Ipanema* discutia a finalidade comercial, o *caso Tiririca* debatia a finalidade eleitoral.

Diante do exposto, o estudo de tais julgados assume relevância prática pois reverberam na sociedade e já demonstram como o STJ pode decidir futuros casos envolvendo o limite da paródia.

3 CONCLUSÃO

Considerando o escopo deste artigo, restou constatada a complexidade do instituto da paródia e a riqueza de debates que dele podem advir.

Uma vez observados os requisitos da LDA, a paródia se consubstancia em uma criação lícita, exercida como medida excepcional ao direito de autor e materializada em decorrência da liberdade de expressão.

Nesse sentido, conclui-se que a paródia é uma obra derivada, pautada em elementos existentes, e que independe de autorização do autor da obra originária. Ainda, em caso de conflito, constata-se que a técnica da ponderação é o meio a ser empregado para dirimir eventual embate entre o direito autoral do autor da obra parodiada e a liberdade de expressão do parodista.

Ademais, segundo interpretação recente do STJ, resta consignado que a paródia pode assumir qualquer finalidade, seja comercial-lucrativa, seja política. Referido posicionamento carrega consigo críticas, em particular quando examinado em conjunto com o sistema internacional do direito de autor.

Não obstante, certo é que, uma vez observada a regra dos três passos e preenchidos os requisitos legais da paródia, esta pode ser exercida enquanto manifestação da liberdade de expressão.

Por fim, depreende-se do estudo levado a cabo por este artigo que o instituto da paródia apresenta implicações jurídicas ainda instáveis, cabendo à doutrina desenvolver critérios objetivos que possibilitem sua melhor aplicação pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Atualizada por Eduardo C. B. Bittar. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Publicada no D.O.U. de 09 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF, 1994. Publicado no D.O.U. de 31 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 75.699, de 06 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, 1975. Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 14 de maio de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Publicado no D.O.U. de 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404/ES**. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 15/03/2011. Publicação: DJe 23/05/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.500.676/DF**. Quarta Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgamento: 12/02/2015. Publicação: DJe 24/02/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382954&num_registro=201401994643&data=20150224&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.597.678/RJ**. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 21/08/2018. Publicação: DJe 24/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1741125&num_registro=201403219351&data=20180824&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.810.440/SP**. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 12/11/2019. Publicação: DJe 21/11/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1885634&num_registro=201802906429&data=20191121&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2021.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA NETTO, José Carlos. **Estudos e pareceres de direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GEBARA, Fernanda Marquerie. Parody exception and its main legal aspects according to copyright law. *In: IP and IT Law: a review of certain current issues*. Madrid: Bubok Editorial, p. 127-148.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antigüidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim (coordenador). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

REDAÇÃO DO G1. **Tiririca é condenado por parodiar 'O Portão', de Roberto e Erasmo Carlos**. Publicado em 19 de março de 2015. Disponível em: <http://>

g1.globo.com/musica/noticia/2015/03/tiririca-e-condenado-por-parodiar-o-portao-de-roberto-e-erasmo-carlos.html. Acesso em: 07 set. 2021.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. **Paródia com fins comerciais não viola lei de direitos autorais**. Publicado em 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/287384/parodia-com-fins-comerciais-nao-viola-lei-de-direitos-autorais>. Acesso em: 07 set. 2021.

Sites consultados:

Fonte da imagem disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/03/tiririca-e-condenado-por-parodiar-o-portao-de-roberto-e-erasmo-carlos.html>. Acesso em: 07 set. 2021.

Fonte da imagem disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/287384/parodia-com-fins-comerciais-nao-viola-lei-de-direitos-autorais>. Acesso em: 07 set. 2021.

ESTADO E GOVERNANÇA DIGITAL: OS CASOS DE TAIWAN E ÍNDIA¹

Ricardo Luiz Sichel²

Gabriel Ralile De Figueiredo Magalhães³

RESUMO: O presente artigo aborda o modelo de criação de uma sociedade virtual e a utilização da governança digital, para isso analisando os casos de Taiwan e Índia e traçando breves paralelos com o Brasil. Em meio à pandemia da COVID-19, passou-se a examinar comportamentos corriqueiros que ensejavam mudanças devido à necessidade de se frear o contágio do vírus. Ditas adaptações se confundem com a maior eficiência e abrangência trazidas pela digitalização de serviços, tanto privados, como da Administração Pública. Dessa forma, o estudo de ditos modelos de Estado digital, através de um levantamento qualitativo das mais diversas fontes, em prol de comparar dados entre os países traz uma contribuição para o desenvolvimento desse conceito no Brasil, sobretudo em épocas de crise. A partir dessa análise, o presente estudo pôde pontuar alguns fenômenos que aproximam e afastam o atual panorama brasileiro em relação aos países alvos, ressaltando-se o papel da propriedade intelectual nesse âmbito.

Palavras-chave: Estado Digital; Governança Eletrônica; Informatização.

¹ Artigo feito no âmbito do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual da **Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro** (UNIRIO).

Responsável pelo trabalho (envio): G. RALILE DE FIGUEIREDO MAGALHÃES

Área temática: IV – PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado

² Graduação em Direito pela UFRJ, mestre e doutor em Direito da Propriedade Intelectual pela Westfälische Wilhelms Univ, Münster (Alemanha), professor associado da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO e do Programa de Mestrado de Direito da UCAM/RJ.

³ MBA/E em Comércio Exterior (UFRJ), Bacharel em Relações Internacionais (PUC-Rio) e graduando em Direito (UNIRIO).

INTRODUÇÃO

O cenário de pandemia trouxe consigo diversas perguntas relativas às novas formas de relacionamentos sociais e institucionais. Todo um modelo, até então existente, passou por uma reavaliação, sendo certo, como ocorrido ao longo da história, que alterações nas formas de organização social se instauraram, afetando a forma de trabalhar, de participar politicamente na sociedade e de se relacionar socialmente.

A sociedade, com o baque da pandemia, vem buscando soluções para não entrar em completa paralisia. Atividades laborais exercidas de forma remota, o uso das mais diversas plataformas digitais para o aprendizado, reuniões virtuais de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tornam-se cada vez mais comuns. Ditas novas ferramentas, inclusive com utilização na área da saúde através do te-leatendimento, fazem antever uma mudança de comportamentos que terá repercussão em todas as áreas da vida social.

Nesse diapasão, surgem no cenário internacional estruturas de Estado baseados na digitalização de suas sociedades. Um dos casos mais marcantes, sem dúvidas, é a Estônia, país este que logrou uma digitalização de grande parte de suas atividades governamentais e de sua esfera privada. Contudo, exemplos de outros modelos em outros países também merecem destaque, bem como uma devida análise.

Dessa forma, o presente estudo busca averiguar as contribuições trazidas, tanto pela digitalização do Estado, como de sua governança, para o desenvolvimento econômico e social da sociedade, sua maior democratização e, sobretudo, a capacidade de adaptação frente aos momentos de crise, tal como no atual caso de pandemia, ressaltado o papel da propriedade intelectual nesse meio.

Pensando nisso, bem como visando traçar paralelos ao caso brasileiro, o presente estudo parte para a análise de dois cenários: Taiwan e Índia. O primeiro se trata de um país cujo histórico de planejamento governamental levou um país originalmente simples a ser um ex-

poente na área de tecnologia. O segundo, cuja similaridade geográfica e econômica o torna um bom objeto de comparação para o Brasil, com suas devidas proporções, é uma potência na área das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

Assim sendo, o presente estudo está dividido em cinco partes, ademais da presente introdução. A primeira parte faz um breve levantamento teórico sobre conceitos relacionados à digitalização do Estado. Depois, na segunda e terceira, respectivamente, são tratados os casos de Taiwan e Índia. Em seguida, a quarta parte faz uma breve análise do caso brasileiro e pontuais comparações aos casos anteriormente estudados. Por fim, a última parte conclui sobre a importância da digitalização do Estado para o atendimento às demandas públicas e privadas, além da utilidade da análise dos modelos estudados para fomentar-se esse processo no Brasil.

O estudo foi elaborado através da análise de diversas fontes, sobretudo qualitativas, como artigos, notícias e dados oficiais, contando também com alguns levantamentos quantitativos.

1 A DIGITALIZAÇÃO DO ESTADO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Atualmente, para muitos, é quase senso comum a relação entre tecnologia e desenvolvimento, visto que é por meio da primeira que se dão as mais recentes inovações na sociedade. Com as tecnologias o processo de globalização se intensifica cada vez mais, bem como o setor produtivo de cada Estado. A expressão “Indústria 4.0” cresce em destaque, sinalizando a utilização ascendente de novas tecnologias no setor secundário, o que ocorre também no setor primário, por exemplo com a automatização do campo, e terciário, com o aumento de serviços digitais, sobretudo aqueles prestados por *startups* e *fintechs*.

Visto isso, temos que a motivação para inovar, o desatrelar de arcabouços previamente estabelecidos e a concepção de novos modelos

com utilização da tecnologia impactam a sociedade. Esse incentivo encontra-se na segurança e suporte através dos direitos da propriedade intelectual, que versa sobre o intangível, a atividade intelectual. Isto é, esse ramo do direito compensa e gratifica o risco e dispêndio assumidos na atividade intelectual, trazendo um retorno econômico e uma proteção jurídica àquele que realiza a atividade inventiva.

Apesar de dito fenômeno ter forte influência no setor privado da sociedade, a esfera pública também vem se fazendo presente nesse processo e cada vez mais se utiliza das novas tecnologias, sobretudo as de informação e comunicação (TIC), para exercer sua governança. Esse último conceito, por sua vez, pode ser definido como o ambiente que requer um marco legal adequado, bem como processos eficientes, para permitir a resposta do governo às demandas de seus cidadãos (UN HABITAT, 2008 apud FALCO et al, 2018, p. 2).

Através dessa estratégia, busca-se maior eficiência no setor público e produtivo que podem ser resumidos em três fatores: eficiência administrativa e interoperabilidade; melhora na prestação de serviços; e um maior foco no cidadão, o que inclui maior democracia e participação (FALCO et al, 2018, p.7). Ainda, um elemento essencial que pode ser incluído nesse meio, sobretudo em tempos de crise, é o aumento da capacidade de adaptação de um Estado frente aos desafios impostos aos cidadãos. Por exemplo, na América Latina, aumentos relativamente pequenos na eficiência dos serviços pelo aumento da digitalização de processos e outras ações podem dar um impulso de 5,7 % no PIB da região em 10 anos, isto é, aproximadamente US\$ 325 bilhões em receita adicional (BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, 2020).

Trata-se, portanto, de uma tendência a ser seguida pelos Estados e que conta com o suporte de uma sociedade global cada vez mais conectada. Em 2018, a cobertura populacional do 4G nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi de 97%, fator esse essencial para a implementação de serviços e soluções digitais (CAVALLO; POWELL; SEREBRISKY, 2020, p.141). Por sua vez, na América Latina e Caribe essa porcentagem foi de 62%, porém com uma

velocidade de download disponível dez vezes mais lentas do que nos países da OCDE (CAVALLO; POWELL; SEREBRISKY, 2020, p.141).

Essa assimetria é apenas um dos pontos que demonstra que o processo de digitalização de um Estado possui diversos estágios, cada qual com sua denominação, assim indicando um processo que evolui de forma gradual e ascendente:

TABELA 1 – CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Dimensão	Definição	Indicador
E-Government	Introdução das TIC nas organizações do governo para alcançar eficiência administrativa e interoperabilidade, melhoria no serviço e foco no cidadão.	Eficiência administrativa. Interoperabilidade. Melhoria de Serviço. Foco no cidadão (transparência e confiança no governo).
Smart Government	Iniciativas realizada pelo governo para integrar as TIC a suas operações, funções, processos e relacionamentos com “stakeholders” na sociedade.	Modelo baseado em evidências e participativo no processo de decisão. Ascensão dos modelos sociais de comunicação promovidos pelas TIC.
Smart Governance	A capacidade de aplicação de tecnologia digital e atividades inteligentes no processamento de informação e tomada de decisão.	Elaboração de políticas com base em dados e evidências. Formas de governança abertas a colaborações e centradas no cidadão. Transformações promovidas pelas TIC.
Smart City Governance	Uma forma de governança inteligente que aloca de o direito de tomar decisões dos diferentes stakeholders (cidadãos em particular) e capacitando-os para participarem em processos de decisão efetivos e eficientes, assim visando melhorar a qualidade da vida nas cidades.	Colaboração, participação cidadã e evidência baseada em dados, tendo com isso a melhora da qualidade da vida nas cidades.

Fonte: Falco et al (p.23, 2018)

É de se perceber que o processo de digitalização de cada Estado pode ser diferentemente enquadrado em cada conceito. Ademais, em meio a tais conceitos, é possível também a delimitação de quatro tipos de interação: governo-governo; governo-cidadão; governo-negócios; e governo-trabalhador (MANOHARAN; SHANMUGAN, 2020, p. 2707-2709).

Ainda, e também pertinente ao tema, outros conceitos de digitalização de serviços são desenvolvidos, como o *e-voting*, *e-business* e *e-health*. O último, ligado à digitalização da saúde, ganha maior destaque sobretudo em tempos de pandemia, visto que tem como objetivo racionalizar tratamento para todos os grupos de pacientes, bem como sua segurança e recuperação (AHAMMED et al, 2017). Assim sendo, a digitalização do Estado é um conceito que deve ser cada vez mais estudado, bem como se deve analisar modelos de sucesso no mundo.

Contudo, é de se constatar que o processo de digitalização requer mais do que um processo de implementação, posto que diversas dinâmicas comuns ao cotidiano da sociedade passam a integrar um ambiente virtual aparentemente ilimitado, de maior dificuldade de controle e altamente dinâmico. Nesse aspecto, mais do que nunca, os direitos da propriedade intelectual requerem ferramentas e estratégicas para que sejam efetivamente aplicados, assim garantindo segurança jurídica.

É de se notar que, por exemplo, o meio digital amplifica o valor da marca, bem como torna o ativo protegido pelos direitos da propriedade intelectual mais vulnerável a roubo por meio de uma maior facilidade de falsificação e cópia (REUTERS, 2020). Dessa forma, não basta um processo acelerado e inconsequente de digitalização, posto ser imprescindível que os direitos aplicados fora do âmbito digital encontrem também correspondência no meio virtual. Isso faz parte da governança digital.

Sobre a governança digital em si, a mesma cada vez mais cresce no mundo sendo liderada pelos países mais desenvolvidos em tecno-

logia, principalmente TIC, sendo esperado que 60% do PIB mundial esteja digitalizado por volta de 2022 (REUTERS, 2020). Dessa forma, é se notar que casos de sucesso como esses merecem ser examinados em prol de servirem como base, levando em conta devidas adaptações, para a implementação de políticas similares em outros Estados. Assim sendo, passa-se a análise mais detalhada dos casos de Taiwan e Índia.

2 O CASO DE TAIWAN

Taiwan (conhecida também como República da China), hoje, sem dúvidas é um exemplo de potência tecnológica. Contudo, para compreender sua realidade atual, é preciso antes observar seu histórico de desenvolvimento nacional. Colônia japonesa até 1945, o país surge de conflitos internos pela busca de poder na China. Após a vitória do Partido Comunista Chinês liderada por Mao Tse Tung, o partido nacionalista rival Kuomintang foge do continente e se instaura na região insular onde hoje é Taiwan. Reivindicando o reconhecimento como a verdadeira China, apesar de ter pouco sucesso nesse objetivo, o país começa a traçar uma história de desenvolvimento fortemente apoiado pelo governo.

A evolução histórica de Taiwan pode ser dividida em cinco períodos (ERIKSSON, 2005, p.28): reforma agrária e reconstrução (1949-1952); industrialização pelo processo de substituição de importação (1953-1957); promoção das exportações (1958-1972); consolidação industrial e novo aumento das exportações (1973-1980); alta tecnologia e modernização (1981 em diante). Com esse processo, pelo menos até 2005, o país foi a única sociedade da região a eliminar a disparidade em nível de inovação, em vários aspectos críticos, em relação ao Japão e ao Ocidente (BREZNITZ, 2005, p.156).

Em meio a isso, o país lançou mão das seguintes estratégias para alcançar a tecnologia e inovação (KIM, 1998 apud ERIKSSON, 2005, p. 31): a construção de um recurso humano qualificado; a captação de

tecnologia de peso advinda dos países mais desenvolvidos; o incentivo à ciência e criação de capacidade tecnológica; e a capacidade de traduzir resultados de pesquisa em produtos comercializáveis.

Com isso, os resultados alcançados hoje são extremamente expressivos. Na lista das 100 empresas líderes em tecnologia do mundo, 13 são de Taiwan. O índice é admirável e muito superior ao da rival China que ocupa apenas 3 posições na lista. Por sua vez, de acordo com dados da OCDE (2019A), houve um aumento da participação do PIB em gastos com P&D de U\$27.542,61 milhões para U\$39.344,30 milhões entre 2011 e 2017. Nesse ponto chama a atenção os desafios traçados por Taiwan, com vistas ao desenvolvimento econômico (ERIKSSON, 2005): a construção de recursos humanos, a aquisição de tecnologia de países mais desenvolvidos, a capacitação científico-tecnológica e a conversão de pesquisas em produtos comerciáveis.

Não obstante, o país é uma das maiores potências na área de computadores e semicondutores, em 2003 contando com seis das trinta maiores empresas globais por venda do mundo (BREZNITZ, 2005, p.188), ademais da recente participação e articulação internacional na confecção de aviões. Os relatórios de 2018 da OMPI (BERGQUIST; FINK; RAFFO, 2018) indicam a presença de dois clusters entre os 100 maiores do mundo: a capital Taipei, na 40ª posição, e Tainan-Kaohsiung na 87ª.

Como é de se notar, em pouco tempo o país se tornou uma potência tecnológica e uma sociedade embutida em seus produtos, dessa forma induzindo a um processo de digitalização do Estado e de sua governança. Como já mencionado, o país conta com o *programa Digital Nation & Innovative Economic Development Program (DIGI+)* 2017-2025 com o objetivo de aprimorar a infraestrutura digital, reconstruir um governo digital voltado a serviços e construir uma governança da internet justa, ativa e igualitária em direitos (REPÚBLICA DA CHINA, 2020).

O movimento atualmente é conduzido pela Ministra da Digitalização Audrey Tang, profissional do setor, desde 2016 no poder. De

acordo com a Ministra, democracia e digitalização caminham juntos, o que é visível no fato de que a cobertura de internet 4G é garantida em 98% do território de Taiwan e é considerado um direito humano (ACERI, 2019). Dita política de acesso livre e código aberto levou o país a se classificar em primeiro lugar no *The Global Open Data Index* (ACERI, 2019). Ademais, o número de lojas no comércio eletrônico representa 53% dos usuários de internet e 43% da população (UNCTAD, 2019, p.11), mostrando assim também relação entre conectividade e negócios.

Com base nisso, diversas iniciativas têm sido implementadas, passando por áreas como inclusão social, educação, meio-ambiente, agricultura, inteligência artificial e economia. Sobre o último ponto, cabe destaque a digitalização do processo de abertura de empresas. É possível, inclusive para empresas 100% estrangeiras, o registro do negócio de forma online em apenas oito passos através do chamado *One Stop Shop Online* (ENSPYRE, 2021). É de salientar que o procedimento pode ser feito através de um escritório virtual e dura em média entre 4 e 8 semanas (LEANPUB, 2020).

Ainda, apesar de certas controvérsias quanto ao método de coleta e adoção de legislação pertinente, Taiwan pretende estabelecer a utilização de uma identificação digital em outubro de 2020, com finalidade de integrar serviços e posteriormente permitir a integração de informações aos órgãos de trânsito e sistema de saúde (CHENG-CHUNG; KAO, 2019). Dita iniciativa possui amplo diálogo com as já mencionadas medidas adotadas para contenção da COVID-19, sobretudo pelas iniciativas trazidas pela exposição *Healthcare+* que poderão integrar as soluções digitais à identidade virtual.

Por sua vez, no campo da cultura e educação, três projetos merecem destaque: bibliotecas virtuais, museus digitais e educação por meio da modalidade “aula invertida”, isto é, modalidade em que os alunos assistem aula de suas casas através da utilização das tecnologias TIC. Sobre o último ponto, é de se notar que ditas estratégias são adotadas como forma de aumentar o rendimento das escolas através

da inovação, assim garantindo o maior recebimento de recursos do governo (CHENG, WENG; 2017, p.9). Dita estratégia tem tido um retorno bem positivo no processo de aprendizagem, sendo assim efetiva e escalável (KARBACH et al., 2013 apud CHENG, WENG; 2017, p.9).

No que tange às bibliotecas virtuais, dita iniciativa tem origem na linha do projeto de “Infraestrutura Nacional de Informação” (NII em inglês), de 1994, cujos objetivos já alcançados incluem (KUU, 1999 apud KE; HWANG, 2000, p.336): disponibilidade de internet em todas as escolas primárias e de ensino fundamental; uma população com acesso à internet entre as maiores do eixo Ásia-Pacífico; e vigorosa produção de aplicativos para os mais diversos fins. Dessa forma, alguns dos benefícios trazidos pelas bibliotecas virtuais inclui a maior democratização do acesso ao conhecimento e a facilitação do processo de coleta de dados para pesquisa, inclusive por estrangeiros.

Por fim, os museus digitais seguem a lógica da preferência à disseminação da informação em relação à preservação de artefatos (HOOPER-GREENHILL, 1995 apud TANG, 2005, p.53). O *National Digital Museum Project* (NDMP), de 1998, foi implementada por instituições educacionais e culturais com o suporte do “Comitê Nacional de Ciência” e em menos de dez anos já contava com 28 projetos temáticos. Dessa forma, o programa aborda temas como a história de Taiwan, herança cultural chinesa, ciência, geologia, entre outros, que podem ser acessados por muitos usuários, de forma interativa e com grande facilidade de provisão de informação.

3 O CASO DA ÍNDIA

A Índia se torna um caso interessante de análise dado a sua dimensão territorial, ao quantitativo populacional e às disparidades regionais e sociais que a tornam, sob algum aspecto, bastante similar ao Brasil. Nesse sentido, o Governo da Índia deu início na metade final da década de 90 a um processo de ampliação de serviços, tendo o cidadão

como centro do processo. Nesse viés, foi incluído toda a base de informatização da sociedade, incluindo a logística ferroviária. (DIGITAL INDIA, 2020). Em 2006, foi lançado o programa intitulado E-governança, com 31 eixos programáticos, envolvendo a agricultura, saúde, educação, emissão de passaportes, atividades polícias e judiciárias, administração pública municipal e sistema tributário. (DIGITAL INDIA, 2020). Para tanto, deve ser levado em conta que a Índia tem uma população de 1.382.380.928 habitantes, com uma área territorial de 2.973.190 km². (WORLDMETER, 2020). O país ocupa, com 0.640, a 130^a colocação no IDH mundial (COUNTRYECONOMY, 2020)

O primeiro ponto a perquirir se refere a motivação do referido projeto. Para tanto, deve-se levar em conta fatores de ordem social e de inclusão, especialmente em áreas remotas do interior da Índia. Nessas áreas, por conta do analfabetismo, acaba-se esbarrando em uma dificuldade suplementar. O esforço do Governo da Índia, com participação de agências privadas, não-governamentais e da população local acabou por se deparar com óbice ligado a falta de conhecimento das ferramentas do mundo digital. Para tanto, a concepção de uma alfabetização digital acabou dando o suporte necessário para a implementação do projeto. O objetivo desta concepção é alfabetizar digitalmente 60 milhões de pessoas (NEDUNGADI, 2018, p.2).

Para a viabilização das metas definidas foram fixados projetos, pelo governo local, tendo resultados esperados. Em um primeiro desses, busca-se criar um sistema digital de identificação, condensando a documentação civil e reduzindo o uso do papel. Igualmente, foi criado o portal *my government* que engaja o cidadão no sistema de governança. Ainda, um sistema de saúde digital foi estabelecido, contendo, inclusive dados clínicos, valores pagos, registros indispensáveis para a prestação deste serviço. Buscou-se, por outro lado, agregar o sistema educacional no processo de informatização, com vistas a concessão de bolsas de estudo (GOSWAMI, 2016, p. 78).

O modelo passou logrou êxito no Estado de Kerala. Nessa unidade da federação indiana, apesar dos esforços desprendidos, obser-

va-se que a população tribal ainda se encontra marginalizada. Programas governamentais, com vistas a reduzir dita situação, baseiam-se em seis eixos de aprendizado (NEDUNGADI, 2018, p.3): informação, saúde, finanças, e-governança, e-segurança e educação digital.

Com base nas experiências feitas no Estado de Kerala, é possível observar os desafios vislumbrados. Trata-se de um projeto que se desenvolve a medida em que o processo de inclusão, em um sentido lato, vai sendo concebido. Nesse diapasão, os eixos acima acabam por propiciar uma melhora na qualidade de indicadores sociais.

Partindo para o exame das plataformas sociais instaladas na Índia, tem-se a dimensão da estrutura do projeto. A busca de um sistema digital visa garantir o aumento da eficiência administrativa, que se utiliza destas plataformas visando alcançar um maior número de usuários e, desta forma, viabilizar o processo de integração nacional. De forma a evidenciar o alegado, constatam-se diversas plataformas sociais instaladas na Índia, tais como *Google, Yahoo, Gmail, Orkut, YouTube, Facebook, Blogger, WordPress, Linkedin, Flickr e Twitter* (SLIDE-SHARE, 2020).

O adequado manejo das plataformas sociais traz, por outro lado, temática sensível, centrando-se no domínio dos dados do usuário que podem se revestir de meras informações superficiais, como, por exemplo, setor de consumo, serviços pesquisados, além de adentrar em outros aspectos da vida íntima, que um indivíduo entende incólume a observação alheia. Essa nova forma de exposição, resultante do caráter digital da sociedade, traz novos desafios, como também oportunidades, em especial se adicionado o fator da pandemia da COVID-19.

Abordando dito cenário de pandemia, em específico, a crise sanitária vem impulsionando o processo de digitalização no país, sobretudo pelo processo de distribuição de renda por plataforma digitais. De acordo com o *Reserve Bank of India*, no país são feitas 100 milhões de transações digitais por dia com um volume equivalente a US\$67 bilhões (SENGUPTA; SHARMA, 2020).

Por fim, cabe ressaltar que o processo de digitalização também adentrou o campo dos negócios, inclusive para investidores estrangeiros. De acordo com informações do Ministério de Assuntos Corporativos, o procedimento padrão para abertura de empresas pode ser realizado por meio digital através de processo simplificado, facilitando assim novos negócios (MINISTRY OF CORPORATE AFFAIRS, 2020).

4 O MODELO BRASILEIRO, CONSIDERAÇÕES E BREVES COMPARAÇÕES AOS CASOS ESTUDADOS

Por óbvio, é impossível considerar como totalmente idênticas as dimensões, o tamanho da população e a trajetória histórica e cultural entre os países analisados e o Brasil. No caso da Índia, em específico, há uma maior proximidade entre as realidades, permitindo uma maior similitude. Assim sendo, ditas distinções não impedem que se proceda a comparações, levando em conta os aspectos diversos, porém buscando fatos que se aplicam à realidade brasileira.

O Brasil, ao longo dos últimos anos, tornou-se um país com rápida expansão da internet, onde o número de dispositivos móveis, segundo dados oficiais, supera ao quantitativo da população: o país possui 225,6 milhões de celulares em atividade (TELECO, 2020). Evidentemente, existem fatores que dificultam o acesso à rede como a limitação de planos, posto que 50,50% destes são pré-pagos (ARBULU, 2018). Por outro lado, existem também outras restrições, como dificuldade no acesso a banda larga e limitação de franquia, que, em todo o caso, não deixam de caracterizar a penetração desta rede de dados móveis no Brasil.

A democratização da internet abre horizontes para a sociedade brasileira. Um exemplo no campo da educação é a Universidade Aberta do Brasil (UAB). Ela foi criada pelo Decreto nº 5.800/2006, tendo por fim o desenvolvimento da modalidade de educação a distância, com a finalidade de expandir e interiorizar a oferta de cursos e programas

de educação superior no País. Trata-se de um sistema arrojado e que democratiza o ensino, inclusive no aspecto de promover o desenvolvimento em regiões remotas do Brasil. Segundo dados do Ministério da Educação, esse projeto dispõe de 555 polos em todo o território nacional (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020).

Como demonstrado, então, já existem iniciativas no Brasil que contribuem para um projeto de governança digital, o que demonstra a possibilidade de um desenvolvimento mais imediato de certas áreas. Nesse ponto, e sobretudo devido à pandemia da COVID-19, talvez se possa pensar na evolução de um sistema digital de saúde e de criação e manutenção de empresas, atendendo com isso tanto a demandas sociais, como criando subsídios para a economia. Como foi visível no caso de Taiwan, tecnologia e integração digital são ferramentas fundamentais para o atendimento populacional e solução de emergências, tal qual a atual pandemia. De fato, no começo de 2020, o Brasil lançou a Câmara Saúde 4.0, parte do “Plano Nacional de Internet das Coisas” (IdC), uma instância dedicada a propor formas de promover a digitalização da saúde no país. Entre as intenções do Executivo está a integração de dados dos cidadãos que utilizam esses serviços, seja na iniciativa pública ou privada (JONAS, 2020).

Ainda no campo da saúde, o governo do Brasil lançou site para validação de atestados e receitas médicas, pelo qual a prescrição médica pode ser enviada em formato digital por e-mail e até por aplicativo de mensagem ao paciente, com total proteção dos dados pessoais, conforme a Lei 13.989/2000 e a Portaria da Telemedicina do Ministério da Saúde.

Contudo, apesar do enfoque dado a questões de saúde devido ao atual momento de pandemia, e de fato certa impulsão causada por ela, o Brasil aos poucos implementa um modelo de digitalização de seus serviços no mesmo viés do movimento *Digital India* e “DIGI+ 2017-2025”. A “Estratégia de Governo Digital” para o período de 2020 a 2022, instituída pelo Decreto 10.332/2020, visa a total digitalização dos serviços federais. Ainda, como forma de centralizar seus serviços e

informações oficiais digitalmente, o país em 2019 lançou o Portal Único do Governo (gov.br), reunindo cerca de 3000 serviços, 50% deles totalmente digitais (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

Contudo, é de se destacar que iniciativas para uma maior digitalização do Estado não são recentes, mas datam de certo tempo já. Em 2020, o País aprovou a “Proposta de Política de Governo Eletrônico para o Poder Executivo Federal”, bem como criou o Comitê Executivo do Governo Eletrônico (CEGE). Em 2004, novas diretrizes foram definidas para realinhar a Política de E-governo com prioridades como a promoção de participação pública e engajamento da população, no ano seguinte sendo aprovado os Padrões de Interoperabilidade do Governo Eletrônico (e-PING). Em 2008, foi aprovada a primeira versão da Estratégia Geral de Tecnologias da Informação e Comunicação e, de 2010 a 2015, a Estratégia Geral foi consecutivamente atualizada.

Dentro desse meio, serviços para beneficiar a economia e os negócios também estão inclusos. No caso do Brasil, é fato que o processo de estabelecimento de sociedades empresariais ainda é demasiadamente complexo e burocrático, bem como é cumprimento das obrigações fiscais, de pessoas ou empresas, e diversas atividades necessárias para a execução de negócios. Contudo, já se tem um princípio de arcabouço para soluções digitais.

Por exemplo, e saindo do âmbito Federal, algumas Juntas Comerciais permitem o processo de registro de empresas de forma totalmente digital, iniciativas essas também presentes na Índia e em Taiwan de forma ainda mais ampliada. Estados como Rio de Janeiro e São Paulo já instauraram processos digitais de abertura de empresas. Por exemplo, no caso de São Paulo, o processo de abertura é 100% digital e auto declaratório, logrando reduzir seu tempo de conclusão de 100 para 3,5 dias (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2020).

Também no campo econômico, diversas atividades podem ser feitas digitalmente junto à Receita Federal brasileira, desde declarações do Imposto de Renda até atividades de comércio exterior. Neste

aspecto, de fato, o Brasil inovou servindo, então, como modelo para outros países. Atividades de registro, acompanhamento e controle das exportações e importações de bens e serviços são feitas de forma totalmente virtual pelo Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCO-MEX)⁴ e Sistema Integrado de Comércio Exterior de Serviços (SISCO-SERV)⁵, respectivamente.

Ainda, também cabe destaque ao plano de digitalização da moeda nacional, o Real. Segundo o Presidente do Banco Central do Brasil, Roberto Campos, a ideia é substituir o dinheiro físico pelo digital, algo que não será rápido (RUBINSTEINN, 2020). Dessa forma, pontua-se que o Brasil ainda se encontra distante de outros países mais desenvolvidos em matéria de digitalização do Estado, mas ainda assim conta com diversas iniciativas e conquistas que qualificam no País a existência de uma e-governança no Brasil.

Por fim, cabe destaque a mais duas iniciativas. A primeira, no plano do judiciário, temos a instauração do processo eletrônico e sua regulamentação através da lei nº 11.419/2006. Essa transição de processo físico para eletrônico é uma tendência global e pode ser observada também na Índia (MEITY, 2018), abarcando diversas cortes no país, e em Taiwan, que já conta com possibilidade de processo eletrônico no setor administrativo para litígios fiscais e em matéria de propriedade intelectual (TIPLÓ, 2017). Nesse segundo ponto está outra iniciativa adotada pelo Brasil no âmbito administrativo, a digitalização dos processos relacionados a área de propriedade intelectual.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) lançou, em 2019, o “Plano PI Digital” que inclui 24 ações para desburocratizar o atendimento ao cidadão ao implantar novos recursos de tecnologia da informação e comunicação e tornar 100% digital os serviços ofertados (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019). Serviços incluem (INPI, 2020):

⁴ Criado em 1993.

⁵ Criado em 2012. Após suspensão prevista pela Portaria Conjunta Secint/RFB nº 25 de 2020, o Ministério da Economia anunciou o desligamento do Sistema.

peticionamento de pedido de registro de marca, patentes, topografia de circuitos integrados e desenhos industriais; consulta de ativos registrados e protegidos; averbar contratos; consulta a estatísticas e manuais; acompanhamento de processos; entre outros.

Contudo, apesar das benesses trazidas pelo processo de aprofundamento da digitalização governamental, social e econômica, crescem também os riscos associados a essa nova realidade. Primeiramente, paralelamente ao desenvolvimento dos fluxos digitais, tem-se um aumento de violações aos direitos da propriedade intelectual, sendo exemplos evidentes a reprodução ilegal de filmes, músicas e outras produções audiovisuais, usualmente através das chamadas plataformas de *streaming* (em nítida violação aos direitos autorais) e a venda e distribuição de produtos falsificados (assim atentando contra o direito marcário).

Visto isso, a necessidade de se adotar medidas, sejam governamentais, sejam empresariais, para o combate a esse fenômeno é primordial. Uma iniciativa de destaque foi feita pelo Conselho Nacional de Combate à Pirataria com o lançamento do “Guia de boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico” com o objetivo de orientar a adoção de boas práticas para combater a comercialização de produtos piratas. Uma das orientações do guia é o incentivo para que as plataformas de comércio eletrônico tenham uma política de uso e de prevenção e repressão à venda de produtos ilegais em seus ambientes de negócio e que efetivamente prevejam mecanismos para que os vendedores tenham um cadastro mínimo que permita sua devida identificação (MJ, 2020). Contudo, o Guia não prevê sanções ou penalidades, tendo o caráter de *soft law*.

Por outro lado, em paralelo a isso, cresce o risco relativo ao tratamento de dados pessoais. O cuidado necessário para a proteção desses dados, cada vez mais concentrados e difundidos pelo meio digital, torna-se tema de grande preocupação. Nesse sentido, em 2018, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709/2018), tendo a função de proteger os dados pessoais de todos os cidadãos no

Brasil ao mudar alguns artigos do Marco Civil da Internet e estabelecer novas regras para companhias e entidades públicas para o tratamento de ditos dados. Além disso, estabelece a LGPD que, a partir de agosto de 2021, violações às suas diretrizes gerarão multas de até 2% do faturamento bruto da empresa, no limite de R\$ 50.000,00.

Dessa forma, resta claro que a digitalização, para além do seu processo de implementação e alcance social, encontra dois desafios: o tratamento dos fluxos de informações e dados (justificando o papel da LGPD) e uma fortificação da aplicação dos direitos da propriedade intelectual que saem de um plano material cotidiano para um ambiente virtual, intangível e aparentemente ilimitado.

Por fim, quando analisados os três casos estudados no presente artigo, percebemos que a tendência pela digitalização do Estado alcança os diversos cantos do mundo. Em muito pode se notar similitudes entre todos os cenários, como é o caso de facilitação de abertura de empresas, serviços administrativos, serviços de saúde, entre outros, sobretudo devido às necessidades de distanciamento impostas pela pandemia. Assim sendo, o Brasil não fica atrás em estratégias e iniciativas para a digitalização do Estado e sua governança.

Contudo, é de se notar que nações mais desenvolvidas em tecnologia, sobretudo as TIC, conseguem maior amplitude de atuação, mais ferramentas para implementação de medidas e melhor qualidade e velocidade nos serviços. No que toca Índia e Taiwan, ambos países são notórios pelo desenvolvimento no setor, o que pode indicar uma vantagem competitiva a respeito. Com fins de mensurar uma breve comparação entre os três países, analisa-se a posição de cada país nos seguintes rankings internacionais:

TABELA 2 – COMPARAÇÃO ENTRE ÍNDICES INTERNACIONAIS

País	Índice de inovação global (2019)	Preparação para o comércio eletrônico (2019)	Inclusão do acesso à internet (2020)	Competitividade Digital (2019)
Brasil	66°	60°	34°	57°
Índia	52°	80°	46°	44°
Taiwan	-	-	27°	13°

Fonte: Dutta; Lanvin; Wunsch-Vincent (2019); IMD (2019); The Economist (2020); UNCTAD (2019)

Como é possível notar da Tabela 4, Taiwan é o país mais bem colocado, o que pode ser justificado pelo seu alto nível de desenvolvimento tecnológico. Entretanto, o país não aparece nos índices de inovação global e preparação para o comércio eletrônico, muito provavelmente pelas dificuldades trazidas pelo embate com a República Popular da China e falta de informação disponível. De qualquer forma, apesar de não contarem com uma posição nos índices, como elencado na análise de Taiwan, ambos rankings demonstram em seus estudos outros indicadores para o alto grau de evolução do país, seja pela presença de grandes clusters, pelo alto nível de produção científica e número de patentes, ou pelo alta participação no comércio eletrônico.

Por sua vez, a Índia se posicionou melhor em competitividade digital e inovação, o que pode ser explicado pelo seu maior desenvolvimento no setor de TIC. Contudo, é de se observar que o Brasil mantém um nível similar ao do país, vez que supera a Índia em preparação para o comércio eletrônico e inclusão do acesso à internet. Sobre o último ponto, cabe salientar que a Índia, como segundo maior país em população, pode enfrentar maiores desafios na questão em relação ao Brasil.

Visto isso, em um primeiro momento podemos perceber que o Brasil ainda está atrás em digitalização do Estado em relação a países

desenvolvidos, mas mantém certo grau de aproximação a países similares em economia e tamanho. Dessa forma, para obtenção de dados mais específicos, um estudo mais aprofundado que aborde de forma técnica setores específicos que passam pelo processo de digitalização é necessário para averiguar a real eficiência das distintas políticas adotadas pelos países estudados.

CONCLUSÃO

A presente análise leva em consideração o processo de digitalização do Estado, sobretudo as transformações ocorridas nas sociedades de Taiwan e Índia e sua breve comparação com o Brasil, logrando fazer uma breve comparação entre os casos destacando diferenças e convergências. Nos países asiáticos, dito fenômeno é uma decorrência de fatores locais e diferentes estratégias em relação àquelas adotadas pelo Brasil. Observadas as devidas diferenças, tem-se que o Brasil passou por um processo de informatização, onde merecem destaque o setor de bancos e a estrutura de tributação federal, sendo que esta última, em sua totalidade, deu-se usando os recursos da internet.

A estrutura instalada em Taiwan deu uma nova formatação da nova sociedade. A digitalização da sociedade acabou por marcar uma nova etapa de desenvolvimento econômico e social. A inclusão social e o crescimento econômico se fazem indispensáveis, principalmente levando em conta aspectos de natureza geopolítica, dada ao conflito potencial com a China (continental). Por sua vez, na Índia o projeto se depara com dificuldades na estrutura da sociedade. O analfabetismo digital cria dificuldades no estabelecimento de metas de inclusão. Apesar dessas dificuldades, o estabelecimento de eixos estruturantes acabou por viabilizar o projeto de modelo no Estado de Kerala. Trata-se de um desafio de enorme monta, dada as dimensões do país e da estrutura social, que neste aspecto, acaba por servir de modelo ao Brasil.

O cerne desses sistemas se preocupa com a lógica de priorizar o resultado. A burocracia e os procedimentos constituem o meio para se

alcançar um determinado fim e, portanto, não devem ter maior importância que as metas buscadas. A função da atividade estatal visa garantir que os objetivos de simplicidade se alcancem. Deve-se encarar que mudanças nas formas de organização do Estado sempre ocorram. Quando se estabelece uma nova metodologia, está se adequando sistemáticas, sem o comprometimento da legitimidade democrática, utilizando-se ferramentas derivadas do processo de inovação tecnológica. A participação nas dinâmicas da sociedade é o que constitui a integração social, não a forma de sua realização.

Contudo, o desenvolvimento de ambas sociedade e governança digitais também enseja uma efetiva aplicação dos direitos da propriedade intelectual, posto agora as dinâmicas se darem em um ambiente de muito menor controle e praticamente fácil e ilimitada amplitude (inclusive internacional), bem como requer um fiel e adequado tratamento de dados pessoais. Portanto, a relação entre esses temas e o processo de implementação do Estado digital necessita se terma de futuros estudos, posto estarem rigidamente entrelaçados.

Ademais, embora o número de dispositivos móveis no Brasil seja superior ao número de habitantes, deve-se observar que essa expansão gera distorções. De um lado, tem-se a democratização dos meios de comunicação, incluindo o acesso à internet. Por outro lado, há carências estruturais, com grande número de linhas pré-pagas, com franquia relativamente baixa de acesso à internet, além de problemas de acesso a redes móveis. As carências na infraestrutura dificultam e tornam precário o acesso à internet. Esse último, por sua vez, dificulta que o estabelecimento de procedimentos virtuais seja implementado.

De forma a estabelecer dita estrutura, deve-se aprofundar a pesquisa sobre os modelos de digitalização do Estado de sucesso, visando assim obter mais dados sobre seus sistemas. Como já elencado, países líderes em tecnologia, como Taiwan, e aqueles que se aproximam mais à realidade brasileira econômica e geograficamente e com forte potencial no setor, tais como a Índia, são exemplos de modelos que cada vez mais se desenvolvem e cuja análise implica uma grande contribuição

para o estabelecimento de um projeto de Estado digital brasileiro, com isso garantindo a facilitação de procedimentos e mecanismos na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ACERI, ELISA. **Digital Democracy in Taiwan: A Conversation with Minister of Digital Audrey Tang.** 2019. Disponível em: <https://news.johncabot.edu/2019/11/taiwan-digital-democracy-audrey-tang/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

AGÊNCIA BRASIL. **Portal único do governo já está disponível na internet.** 2019. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-07/portal-unico-do-governo-ja-esta-disponivel-na-internet%3famp>. Acesso em: 07 ago. 2020.

AHAMMED et al. **Contexts and Opportunities of e-Health Technology in Medical Care.** 2017. Disponível em: <https://jmrionline.com/jmri/article/view/62>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARBULU, Rafael. **Anatel: 98,2% da população brasileira tem acesso à internet móvel.** Canaltech, 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/anatel-982-da-populacao-brasileira-tem-acesso-a-internet-movel-122178/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Relatório BID: transformação da infraestrutura tem potencial de grandes ganhos.** 2020. Disponível em: <https://www.iadb.org/pt/noticias/relatorio-bid-transformacao-da-infraestrutura-tem-potencial-de-grandes-ganhos>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BERGQUIST, K; FINK, C; RAFFO, J. **Identifying and ranking the world's largest science and technology clusters.** Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2018-chapter14.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

BREZNITZ, DAN. **Innovation and the State - Development Strategies for High Technology Industries in a World of Fragmented Production: Israel, Ireland, and Taiwan.** 2005. 331 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Massachusetts Technology Institute, Massachusetts, 2005.

CHENG, YUNG-HSUN; WENG, CHIAN-WEN. Factors influence the digital media teaching of primary school teachers in a flipped class: A Taiwan case study. **South African Journal of Education**, Vol. 37, N° 1, Feb 2017.

CHENG-CHUNG, WENG; KAO, EVELYN. New Taiwan digital ID expected to be launched in 2020. **Focus Taiwan**, 2019. Disponível em: <https://focustaiwan.tw/society/201905160011>. Acesso em: 27 ago. 2020.

COUNTRYECONOMY. **Índia**. 2020. Disponível em: <https://countryeconomy.com/countries/india>. Acesso em: 01 set. 2020.

DER BUNDESWAHLLEITER. **Briefwahl**. Disponível em: <https://www.bundeswahlleiter.de/europawahlen/2019/informationen-waehler/briefwahl.html#aa068c2c-22dd-4852-ab4f-5a3160f3eb63>. Acesso em: 08 jul. 2020.

DIGITAL INDIA. **About Digital India**. 2020. Disponível em: <https://digitalindia.gov.in/>. Acesso em: 01 set. 2020.

DUTTA, SOUMITRA; LANVIN, BRUNO; WUNSCH-VINCENT, SACHA. Global Innovation Index 2019. **World Intellectual Property Organization**, p. 218-346, 2019. Disponível em: <https://www.globalinnovationindex.org/Home>. Acesso em: 28 ago. 2020.

DW. **Assim Taiwan conseguiu conter o surto de coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/amp.dw.com/pt-br/assim-taiwan-conseguiu-conter-o-surto-de-coronav%25C3%25ADrus/a-52759224>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ERIKSSON, S. **Innovation Policies in South Korea and Taiwan**. Suécia: Vinnova, 2005. 72p.

ENSPYRE. **How to start a business in Taiwan**. 2021. Disponível em: <https://startabusinesintaiwan.tw/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

FALCO et al. **Smart Governance in the Context of Smart Cities**: a literature review. *Information Polity*, p. 1-39, 2018.

GOSWAMI, HIMAKSHI. Opportunities and challenges of digital India programme. **International education and research jornal**, Vol. 2, N° 11, Novembro 2016, Ajmer: Ierj, 2016

GOVERNO DO BRASIL. **Governo Federal lança site para validação de atestados e receitas**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/sau->

de-e-vigilancia-sanitaria/2020/04/governo-lanca-site-para-validacao-de-atestados-e-receitas-medicas-geradas-pelo-servico-de-telemedicina. Acesso em: 07 ago. 2020.

GOVERNO DO BRASIL. **Instituto Nacional de Propriedade Industrial**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>. Acesso em: 28 ago. 2020.

HWANG, MING-JIU; KE, HAO-REN. The development of digital libraries in Taiwan. **The Electronic Library**, Vol. 18, N° 5, p. 336-346, 2000.

IMD. **World digital competitiveness ranking 2019**. p.40-41, 2019. Disponível em: <https://www.imd.org/wcc/world-competitiveness-center-rankings/world-digital-competitiveness-rankings-2019/#:~:text=The%20United%20States%20held%20on,%2C%20Sweden%2C%20Denmark%20and%20Switzerland>. Acesso: 28 ago. 2020.

KEDAR, MAHESHKUMAR SHANKAR. Digital India New way of Innovating India Digitally. **International Research Journal of Multidisciplinary Studies**, Vol. 1, p.1-10, 2015.

KURBATOV, OLEKSANDR. ISCI'2019: Information Security in Critical Infrastructures. In: GORBENKO, IVAN D. **ISCI'2019: Information Security in Critical Infrastructures**. Minden: ASC Academic Publishing, 2019.

LEANPUB. **Why Start A Business In Taiwan?** 2020. Disponível em: <https://leanpub.com/startabusinessintaiwan/read>. Acesso em: 26 ago. 2020.

LIAO, CALVIN ZHOU-PENG. Digital nation and innovative economic development program in Taiwan. Bocconi University, Itália. **IAC Online Journal CIO and Digital Innovation**, N° 2, p.20, dec. 2018.

MANOHARAN, BHUVANA; SHANMUGAN, VASANTHA. Role of Information and Communication Technology (ICT) for Rural Development through E-Governance Initiatives. **International Journal of Psychosocial Rehabilitation**, Vol. 24, N. 08, p. 2705-2713, 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Com novo plano, INPI terá serviços 100% digitais**. 2019. Disponível em: <http://antigo.inpi.gov.br/noticias/com-novo-plano-inpi-tera-servicos-100-digitais>. Acesso: 28 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Distribuição nacional dos 555 pólos da Universidade Aberta do Brasil**. 2020? Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index>.

php?option=com_docman&view=download&alias=346-uab&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 08 jul. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA – MJ. **Conselho Nacional de Combate à Pirataria lança “Guia de boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico”**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MINISTRY OF CORPORATE AFFAIRS. **Steps To Register A New Company**. Government of India, 2020. Disponível em: http://www.mca.gov.in/MinistryV2/incorporation_company.html. Acesso em: 01 set. 2020.

MINISTRY OF ELECTRONICS & INFORMATION TECHNOLOGY - MEITY. **e-Courts**. Government of India, 2018. Disponível em: <https://www.meity.gov.in/content/e-courts>. Acesso: 28 ago. 2020.

NEGUDANY, PREMA, **Towards an inclusive digital literacy framework for digital India** <https://www.emerald.com/insight/publication/issn/0040-0912>. Acesso: 01. set. 2020

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Chinese innovation**. Disponível em: http://oecdobserver.org/news/archivestory.php/aid/2496/Chinese_innovation_.html. Acesso em: 15 jul. 2019.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. **Empreenda mais fácil**. 2020. Disponível em: <http://empreendafacil.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em: 07 jul. 2021.

REPÚBLICA DA CHINA. **DIGI+ Taiwan**. 2020. Disponível em: <https://digi.taiwan.gov.tw/#framework>. Acesso em: 26 jul. 2021.

REUTERS. **Digitalization and Intellectual Property in the time of COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/sponsored/digitalisation-and-intellectual-property-in-the-time-of-COVID-19>. Acesso em: 07 jun. 2021.

RUBINSTEINN, GABRIEL. ‘Real digital vai substituir a moeda física’, diz presidente do BC. **Revista Exame**, 2020. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/cbdcs-moedas-privadas/real-digital-vai-substituir-a-moeda-fisica-diz-presidente-do-bc/>. Acesso em: 02 mai. 2020.

SENGUPTA, HINDOL; SHARMA, ANKITA. **COVID-19 has accelerated India's digital reset**. World Economic Forum, 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/08/covid-19-has-accelerated-india-s-digital-reset/>. Acesso em: 01 set. 2020.

TANG, MUH-CHYUN. Representational practices in digital museums: A case study of the National Digital Museum Project of Taiwan. **The International Information & Library Review**, n. 37, p. 51-60, 2005.

TELECO. **Estatística de celulares no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.teleco.com.br/ncel.asp>. Acesso em: 08 jul. 2020.

TERRA. **Taiwan está Preparada para a Era Pós-Covid-19 com Tecnologias Emergentes**. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.terra.com.br/amp/noticias/dino/taiwan-esta-preparada-para-a-era-pos-covid-19-com-tecnologias-emergentes,92fcd70b795305b540eebc4eb334f251meoyavw8.html>. Acesso em: 24 jul. 2021.

THE ECONOMIST. **The Inclusive Internet Index**. 2020. Disponível em: <https://theinclusiveinternet.eiu.com/explore/countries/performance>. Acesso em: 28 jul. 2021.

TIPLO. **Taiwan Judicial Yuan launches e-filing system for action initiation and briefs exchange**. 2017. Disponível em: https://www.tiplo.com.tw/en/tn_in.aspx?mnuid=1284&nid=46243. Acesso em: 28 jul. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **UNCTAD B2C E-commerce Index 2019**. Disponível em: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2586>. Acesso em: 01 ago. 2020.

VAHER, KRISTO. **Next generation digital Government architecture**. Fev. 2020. Disponível em: <https://projektid.hitsa.ee/download/attachments/34120852/Next%20Generation%20Digital%20Government%20Architecture.pdf?version=1&modificationDate=1582268586780&api=v2>. Acesso em: 08 jul. 2021.

VALENTE, JONAS. **Governo lança projeto para promover saúde digital**. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-01/governo-lanca-projeto-para-promover-saude-digital%3famp>. Acesso em: 25 jul. 2021.

VASSIL, KRISTJAN. Estonian e-Government Ecosystem: Foundation, Applications, Outcomes. **World Development Report**, p.2, 2016.

VIIK, LINNAR. **Guidelines and Roadmap for full deployment of e-governance systems in Africa**. International Cooperation and Development, jan. 2019. Bruxelas: União Europeia, 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **eHealth at WHO**. Disponível em: <https://www.who.int/ehealth/about/en/>. Acesso em: 24. Jul. 2021.

SLIDESHARE. **Decoding social**: how are social technologies changing business, media and society. 2020. Disponível em: <https://www.slideshare.net/2020social/2020-social-decoding-social-workshop-march-2010>. Acesso em: 24 jul. 2021.

WORLDOMETER. **Índia**. 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/world-population/india-population/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

A REGULAMENTAÇÃO AUTORAL E A PROMOÇÃO DA CULTURA DIGITAL NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: RECOMENDAÇÕES E CASOS NOTÁVEIS

*Lígia Loregian Penka*¹

*Marcelle Cortiano*²

RESUMO: Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a todos e todas são asseguradas a livre participação na vida cultural da comunidade, a fruição das artes e a participação do progresso científico, bem como a proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de produções científicas, literárias ou artísticas das quais seja autor ou autora. A partir dessa e de outras recomendações internacionais, a pesquisa objetiva examinar casos em que são aplicadas ferramentas de busca do equilíbrio entre a regulamentação da propriedade intelectual – particularmente o direito de autor – e os direitos de acesso à cultura e à ciência no ambiente digital. A hipótese de trabalho parte da premissa de que, na sociedade informacional, a regulamentação autoral deve ser pautada pela observância de sua função social, e o êxito deste objetivo está diretamente associado à implementação de ferramentas de acesso aberto e à consolidação de iniciativas de universalização do acesso à cultura. A partir do método hipotético-dedutivo, o percurso metodológico apoia-se

¹ Graduanda em Direito (PUCPR) e Design Gráfico (UTFPR). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI/UFPR e do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável NEADI/PUCPR.

² Mestranda em Direitos Humanos e Democracia (UFPR). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI/UFPR. Membro da Clínica de Direito e Arte da UFPR. Pesquisadora do 1º Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Eleitoral e Ciência Política do TRE/PR. Advogada e publicitária.

primeiramente em revisão bibliográfica e consulta normativa, procedendo à análise de casos internacionais notáveis com foco no continente europeu pela pluralidade de registros extensamente documentados. Conclusivamente, destaca-se o protagonismo do incentivo ao uso de licenças abertas nos casos exitosos para a promoção da participação cultural e científica no ambiente digital, e discute-se a possibilidade de uma leitura das regulamentações autorais pautada por sua função social, como forma de incentivar a criatividade e ampliar as oportunidades culturais pela inclusão sociocultural e pelo acesso aos conteúdos digitais.

Palavras-chave: Direito autoral; Acesso à cultura; Licenças abertas.

1 INTRODUÇÃO

Em 2014, a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou um prestigiado relatório em que buscou relacionar políticas públicas e a regulamentação do direito de autor e do *copyright*, discutindo também o impacto dessa relação no exercício dos direitos à ciência e à cultura (SHAHEED, 2014). A relevância da discussão vem de longa data, mas o documento foi especialmente celebrado por assinalar em âmbito global a premência da questão no contexto do avanço tecnológico, enfatizando a necessidade de elaboração de alternativas que promovessem tanto a proteção da autoria quanto a expansão de oportunidades para a participação da sociedade na vida cultural.

Além disso, a relação entre essas demandas não é recente, tampouco uma particularidade do modo de desenvolvimento informacional oportunizado pela revolução tecnológica. Em 1948 – antes, portanto, da popularização dos ambientes informacionais colaborativos da Internet – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU estabeleceu que “[t]odo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”, acrescentando, na sequência, que “[t]odo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor” (ONU, 1948, art. 27). Para Guilherme Carboni (2008, p. 101), o dispositivo “consagrou como

direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles”.

Em um contexto marcado pela intensa circulação de informação, potencializada pelas ferramentas tecnológicas e redes como a Internet, aspectos da participação na vida cultural e da propriedade intelectual adquirem novas dimensões. Por um lado, a ampliação das possibilidades comunicacionais é inquestionável, evidenciando significativos reflexos na extensão do compartilhamento de conteúdo cultural; por outro, a dinâmica dos ambientes digitais coloca em questão a própria lógica da regulamentação autoral, já que na Internet há contornos muito menos precisos para os criadores e consumidores de expressões culturais.

Evidentemente, o tema da busca pelo equilíbrio entre os direitos autorais e o acesso à cultura suscita numerosas questões, muitas das quais já foram extensamente abordadas pela doutrina, com destaque para as pesquisas que consideram as alternativas viáveis para a compatibilização dos distintos interesses. Para além da perspectiva puramente teórica, o presente estudo procura estruturar uma análise da instrumentalização dessas alternativas, apontando brevemente suas características básicas e discutindo exemplos práticos de sua aplicação no cenário internacional.

Para tanto, parte-se primeiramente do contexto normativo internacional – que abrange as Recomendações da ONU e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) – para apresentar quais alternativas se colocam como possíveis na promoção do acesso à cultura e à ciência no ambiente digital, sem que sejam desarrazoadamente comprometidas as garantias morais e patrimoniais dos autores. Para embasar a argumentação no campo prático, destacam-se as iniciativas mais relevantes para a consecução do propósito de equilíbrio buscado, incluindo as licenças Creative Commons e as plataformas Wiki. Com isso, objetiva-se examinar a viabilidade dessas aplicações em casos internacionais já consolidados, de

forma a analisar a efetividade do uso desses instrumentos na prática e registrar as constatações oferecidas pelos exemplos.

2 AS RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS PARA A PROMOÇÃO DA CULTURA DIGITAL

Para além da DUDH, é fundamental considerar outros diplomas internacionais que orientam a promoção dos direitos autorais e dos direitos de acesso, inclusive com foco específico na conservação do patrimônio cultural digital, que logicamente não figurou na previsão da ONU de 1948. Para este fim, mostram-se oportunos os documentos adotados pela UNESCO, uma agência especializada da ONU que, dentre outras atribuições, auxilia a formular e operacionalizar políticas públicas que estejam em sintonia com as estratégias acordadas entre os Estados-membros.

A escolha desta abordagem revela-se conveniente ao se considerar que “a percepção da inserção dos direitos autorais no campo da cultura é constatada pela própria atuação da Unesco como organismo do sistema das Nações Unidas encarregado da cultura”, o que a torna responsável “por vários tratados internacionais relativos aos direitos autorais”, seja isoladamente ou junto de outros organismos do sistema ONU, “tais como a própria OMPI” (WACHOWICZ, 2016, p. 8).

A partir dessa premissa, destaca-se primeiramente a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 2001. Ao reconhecer “valores que vão além de interesses individuais e têm natureza supraestatal” – demandando, portanto, atos de solidariedade dos Estados signatários entre si –, a Declaração consolidou os direitos culturais de terceira geração, juntamente a outros diplomas da mesma época (CUNHA FILHO, 2017, p. 182-183).

A necessidade de aplicar sistematicamente os princípios da Declaração deu origem à Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, adotada também pela Conferência

Geral da Organização em 2005. O diploma formalizou uma “possibilidade de se aperfeiçoar a regulação dos direitos autorais, possibilitando que seus benefícios sejam ampliados na sociedade informacional”, ao partir da compreensão de que “a proteção do direito autoral e a promoção da diversidade das expressões culturais não são ideias antagônicas e não se anulam diante dos direitos exclusivos dos autores sobre o bem intelectual” (WACHOWICZ, 2016, p. 8).

Dentre outros destaques, a Convenção define oito parâmetros básicos para guiar a promoção da diversidade das expressões culturais: do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; da soberania; da igual dignidade e do respeito por todas as culturas; da solidariedade e cooperação internacionais; da complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento; do desenvolvimento sustentável; do acesso equitativo; e, por fim, da abertura e do equilíbrio. Invariavelmente, todas essas diretrizes tangenciam o tema da participação na vida cultural da sociedade, mas o princípio do “acesso equitativo” demonstra-se especialmente sensível à questão ao determinar que o acesso isonômico a uma “diversificada gama de expressões culturais provenientes de todo o mundo”, bem como “o acesso das culturas aos meios de expressão e de difusão” representam elementos determinantes “para a valorização da diversidade cultural e o incentivo ao entendimento mútuo” (BRASIL, 2007, art. 2).

Por fim, ressalta-se a Carta da UNESCO sobre a Preservação do Patrimônio Digital de 2003, cujo conceito abrange “recursos culturais, educacionais, científicos e administrativos, bem como informações técnicas, jurídicas, médicas e outros tipos de informações criadas digitalmente ou convertidas em formato digital a partir de recursos analógicos existentes” (UNESCO, 2003, art. 1).³ Em linhas gerais, o documento expõe a questão do acesso atestando que “o propósito de

³ Tradução livre de: “*The digital heritage consists of unique resources of human knowledge and expression. It embraces cultural, educational, scientific and administrative resources, as well as technical, legal, medical and other kinds of information created digitally, or converted into digital form from existing analogue resources*”.

preservar o patrimônio digital é garantir que permaneça acessível ao público”. Para que isso seja factível, “o acesso aos bens do patrimônio digital, especialmente aqueles em domínio público, deve ser livre de restrições desarrazoadas” (UNESCO, 2003, art. 2).⁴

Naturalmente, as previsões regulatórias não abarcam a integridade e não acompanham a velocidade das transformações tecnológicas – e nem têm essa pretensão, dada a impossibilidade de concretizá-la –, restando ainda um percurso considerável a ser traçado. Não obstante, a exposição dos documentos internacionais brevemente relatados evidencia o posicionamento atribuído à cultura digital como verdadeiro elemento central do debate normativo, sobretudo quando se considera o direito de acesso às manifestações culturais pelas tecnologias de informação e comunicação (TICs).

3 ENTRE A PROTEÇÃO AUTORA E O ACESSO ABERTO: ALTERNATIVAS RELEVANTES DE INICIATIVAS, LICENÇAS E PLATAFORMAS

Apesar das recomendações supraestatais, a consolidação das dinâmicas da era do acesso – marcadas, dentre outras características, pela intensa criação e circulação de expressões culturais nas redes interativas do ciberespaço –, não se revelam necessariamente democráticas, inclusivas ou universais. A lógica capitalista aplicada ao modo de desenvolvimento informacional faz com que o controle do alcance da informação e do próprio conteúdo cultural compartilhado na rede concentre-se em atores específicos, como empresas de mídia que acabam por deter “um poder sem paralelo” (RIFKIN, 2001, p. 183).

⁴ Tradução livre de: “Article 2 – Access to the digital heritage. The purpose of preserving the digital heritage is to ensure that it remains accessible to the public. Accordingly, access to digital heritage materials, especially those in the public domain, should be free of unreasonable restrictions. At the same time, sensitive and personal information should be protected from any form of intrusion”.

Nesse contexto, a regulamentação do direito de autor e do *copyright* para reprodução e distribuição de manifestações e produtos culturais são diretamente impactadas, à medida em que o conteúdo digital está também submetido aos regimes de proteção autoral. Ainda que não seja o foco do presente estudo e que as diferenças entre as compreensões não prejudiquem o debate proposto, é oportuno, para fins investigativos, estabelecer uma breve distinção entre as noções de “direito de autor” e de “*copyright*” – derivadas, de maneira geral, dos regimes em que se desenvolveram.

Denis Borges Barbosa (2017, p. 583) esclarece que nos países da *common law* “o ramo autoral sempre teve um cunho mais empresarial, de proteção ao investimento, não à criatividade”. Isso resultou na ênfase à proteção do editor em face do autor, “elaborando um direito de cópia, ou *copyright*, pelo qual o autor – e não o editor – deteria a exclusividade de impressão”. José de Oliveira Ascensão (2004, p. 7) acrescenta que “isto conduziu a uma certa materialização do direito de autor. A base do direito era a obra copiável; a faculdade paradigmática era a da reprodução (*copyright*)”. Por isso, “a utilidade econômica da cópia passa a ser mais relevante que a criatividade da obra a ser copiada”.

A seu turno, o direito de autor (ou *droit d’auteur*, por sua origem vinculada à Revolução Francesa) aperfeiçoou “a proteção do autor em sua individualidade” (BARBOSA, 2017, p. 583), ao consagrar pela Convenção de Berna de 1886 os direitos morais e os direitos patrimoniais vinculados ao autor, ou seja, o duplo aspecto da proteção das criações intelectuais (STAUT JÚNIOR, 2006, p. 96-98). Essa tendência espalhou-se pelos “países do sistema romanístico”, em que “o elemento-base passa a ser a criatividade, portanto algo que respeita mais ao autor que propriamente à obra” (ASCENSÃO, 2004, p. 7).

Assim, em síntese, o *copyright* orienta-se pelo viés comercial, tutelando “o aspecto patrimonial da atividade intelectual”, enquanto “o sistema francês da Convenção de Berna, de orientação individualista, impõe a primazia do autor sobre a obra, protegendo o vínculo indissolúvel entre o produto autoral e o seu criador”. (STAUT JÚNIOR,

2006, p. 96-98). Em linhas gerais, portanto, as implicações da intensa circulação de conteúdo cultural no contexto da aceleração tecnológica alcançam ambas as abordagens, sendo a discussão orientada por uma ou outra perspectiva a depender do recorte geográfico em que se fundamenta o debate.

Despontam numerosas questões polêmicas que envolvem a relação entre a regulamentação da proteção autorial e a necessidade de promoção de amplo acesso às expressões culturais no ambiente digital, sobretudo quando interesses conflitantes estão em jogo. Para a discussão proposta, destaca-se especialmente a tendência de adoção de regramentos inadequados e dissonantes – e em alguns aspectos, até excessivos – por parte dos legisladores que acabam por ceder às pressões da indústria de conteúdo, correndo o risco de engessar a criatividade e a cultura livre e de desperdiçar as possibilidades ofertadas pelas tecnologias digitais (LESSIG, 2004, p. 184-208).

Com efeito, a regulamentação dos direitos autorais é sensivelmente relevante, pois assegura aos criadores de obras intelectuais os interesses morais e patrimoniais sobre seus trabalhos. Porém, no contexto da Internet, não se pode deixar de ter em conta os potenciais efeitos danosos que restrições excessivas à circulação de conteúdo cultural provocam nos direitos de acesso. Propõe-se refletir, portanto, sobre as “restrições desarrazoadas” que não devem obstaculizar o acesso ao patrimônio cultural digitalizado (UNESCO, 2003, art. 2). Em muitas ocasiões, esses controles derivam de disposições consideravelmente extensas em matéria de prerrogativas de exclusividade, que restam incompatíveis com o cenário desejável de ampla transmissão de conteúdo cultural na rede.

Evidentemente, para se discutir as experiências de países distintos, há que se levar em consideração também as particularidades de cada ordenamento jurídico – o que, por ora, excede o foco da investigação. Tendo como objeto de análise o contexto global, a presente argumentação baseia-se no supracitado artigo 27 da DUDH, que consagra como fundamentais os direitos à livre participação na vida cultural da

comunidade, à fruição das artes e à participação no progresso científico, bem como o direito à proteção dos interesses morais e materiais advindas da autoria obras científicas, literárias ou artísticas. O desafio de compatibilização desses aspectos é o eixo central da investigação: por vezes, tais garantias fundamentais demonstram-se incompatíveis, em especial no ambiente volátil da Internet, em que os contornos jurídicos outrora definidos podem se demonstrar difusos e mutáveis. Ainda que não seja possível aventar uma solução definitiva ou absoluta para o enfrentamento da questão, busca-se relatar alternativas concretas – aplicáveis e aplicadas, portanto – de proceder a essa compatibilização, procurando evidenciar aspectos que as tornam adequadas para a efetivação de direitos fundamentais.

Considerando a necessidade de ampliação da promoção do acesso às manifestações culturais no ambiente digital – reforçadas, inclusive, pelas recomendações internacionais, conforme pontuado – algumas iniciativas começaram a eclodir e se consolidaram no contexto sociocultural global, em especial no início do século XXI, à medida em que o uso da Internet se popularizou comercialmente. Uma dessas iniciativas foi a Creative Commons, “uma organização não-governamental internacional sem fins lucrativos, que visa promover o compartilhamento do conhecimento, da cultura e da criatividade” (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2020, p. 9).

Essa promoção é levada a cabo a partir da atribuição de licenças públicas, que são basicamente ferramentas jurídicas pelas quais os titulares dos direitos autorais determinam os termos da autorização para a utilização de obras sob sua titularidade. Respeitando os termos estabelecidos, a autorização é então concedida a qualquer pessoa que queira fazer uso daquele trabalho. Lawrence Lessig (2004, p. 282), um dos responsáveis pela fundação da iniciativa, relata que sua consolidação surgiu a partir do questionamento do sistema estrutural da propriedade intelectual mantido nos ordenamentos jurídicos modernos, e também como uma espécie de resposta aos direitos exclusivos à distribuição de conteúdo.

É oportuno notar, ainda, como a iniciativa veio na esteira da popularização dos conceitos do *software* livre, que deu seus primeiros passos na década de 80 do século passado como parte da proposta de criação de um sistema operacional que fosse “independente de licenças proprietárias de uso” (SILVEIRA, 2004, p. 16). Em consonância às recomendações internacionais pontuadas, o projeto colaborativo do Creative Commons defende que “o direito autoral deve garantir o acesso à cultura e ao conhecimento por meio do equilíbrio entre a proteção e o acesso às obras” (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2020, p. 10).

Destacando-se por oferecer aos criadores e detentores de prerrogativas autorais ferramentas em maior afinação com as dinâmicas da sociedade informacional em rede, a Creative Commons então consolidou-se e espalhou-se pelo globo, sendo amplamente aplicada em diversos países. Paralelamente, a organização também se dedica a firmar parcerias com instituições de ensino e de memória, além de desempenhar papel significativo no ativismo por reformas autorais nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, sempre com vistas à promoção do conhecimento livre e do acesso à cultura (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2020, p. 10).

A implementação da iniciativa e sua subsequente popularização evidenciam como o compartilhamento de conteúdo cultural pode ser intermediado pela aplicação de ferramentas que dialogam diretamente com as demandas socioculturais, sem que isso necessariamente signifique prejuízo à propriedade intelectual dos criadores. Isso ocorre porque a atribuição das licenças públicas propostas pela Creative Commons se dá sempre em observância aos dispositivos legais, sem qualquer violação dessas regras.

Indubitavelmente, tal característica não significa que os dispositivos legais contidos nos instrumentos internacionais e especialmente nos ordenamentos jurídicos locais não necessitem revisão e compatibilização às demandas da sociedade informacional e do acesso em rede. O que se busca reiterar, aqui, é que as licenças Creative Commons não constituem ofensa às normas instituídas, integrando de maneira

harmônica as alternativas de compartilhamento de conteúdo cultural. Nesse caso, porém, a autonomia oportunizada ao titular das prerrogativas autorais passa a ser o diferencial, colocando em perspectiva alguns aspectos demasiadamente rigorosos e limitantes das regulamentações de proteção autoral presentes nos ordenamentos jurídicos e questionados por Lessig.

Adicionalmente, além de poder optar dentre uma gama de modos de uso e reprodução mais versáteis e inclusivos, o autor ainda tem a alternativa de oferecer seu trabalho ao domínio público pelo “CC0”. A sigla refere-se a um instrumento jurídico que permite que uma pessoa dedique uma obra ao domínio público, renunciando a garantias autorais sobre aquele trabalho, dentro do que permite a lei. Com isso, é possível copiar, modificar, distribuir e executar o trabalho oferecido, até mesmo com finalidades comerciais.

Para além da possibilidade de atribuição de licenças mais consonantes à ampla circulação e acesso à cultura no ambiente digital, há que se considerar também a disponibilidade de ferramentas que podem viabilizar um alcance ampliado do público ao conhecimento e à informação cultural presentes na rede, como é o caso das plataformas Wikimedia. Trata-se de uma fundação sem fins lucrativos cujas plataformas representam um recurso chave para a difusão digital de acervos livres, de forma gratuita e com amplo alcance (AZZELLINI, 2021).

Ainda que a ferramenta mais conhecida desse grupo seja a Wikipedia – uma enciclopédia digital, livre e colaborativa que permite o acréscimo e a edição por qualquer pessoa na rede – a Wikimedia também aloja outros dispositivos, cada qual com sua funcionalidade específica: “o Wikimedia Commons, um repositório livre multimídia, o Wikisource, uma biblioteca digital de obras e fontes primárias, o Wiktionary, um dicionário multilíngue livre, um repositório de dados interligados, o Wikidata”, para citar alguns (VALENTE, 2017, p. 10). O projeto vem, portanto, ao encontro da demanda de disponibilização de conteúdo digital de forma aberta e acessível na Internet.

Em observância às recomendações internacionais anteriormente discutidas, uma maneira de se materializar a participação na vida cultural, a fruição das artes e a participação no progresso científico é, indubitavelmente, pela ampliação do alcance de informações antes restritas a determinadas parcelas do público. Nesse sentido, a digitalização e a disponibilização na Internet de conteúdo cultural representam “a possibilidade desses acervos serem divulgados e chegarem a públicos ampliados, não mais adstritos a limitações geográficas (e consequentemente financeiras)” (VALENTE, 2017, p. 2).

A Wikimedia também atua particularmente nesse sentido, levando a cabo projetos de colaboração entre instituições culturais e editores experientes do universo Wikimedia com a finalidade “de disponibilizar e compartilhar seus acervos online sob licenças livres, de forma que todos consigam ter acesso”, nas chamadas parcerias “GLAM-Wiki” (AZZELLINI, 2021, informação verbal). A sigla GLAM refere-se a galerias, bibliotecas, arquivos e museus (do inglês *galleries, libraries, archives, museums*) e a implementação dessa ferramenta promove a partilha das coleções institucionais nas plataformas Wiki. Como resultado, otimiza-se o uso e o reuso dos conteúdos culturais desses acervos, alcançando novos e diferentes públicos, “já que a Wikipedia é um dos sites mais visitados do mundo” (IBRAM, 2020, p. 81-82). A iniciativa demonstra especial relevância para a análise proposta, vez que o modelo de parceria GLAM-Wiki conta com a adesão de instituições nos cinco continentes, o que evidencia sua extensão global e seu reconhecimento no contexto internacional.⁵

Ainda no recorte proposto, é oportuno analisar mais detidamente como funciona o processo de disponibilização dos itens de acervos culturais nas plataformas Wikimedia, que ocorre em quatro etapas: política, legal, técnica e de difusão. A primeira refere-se à ratificação de parcerias com as instituições para que sejam iniciados os procedi-

⁵ Para a lista completa de instituições que aderiram ao projeto: WIKIPEDIA. Wikipedia: **GLAM/Projects**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:GLAM/Projects>. Acesso em: 2 out. 2021.

mentos de digitalização e disponibilização. Essa etapa envolve também uma remodelagem da cultura institucional, para que sejam compreendidos os benefícios da inserção dos acervos no ecossistema de acesso livre representado pela Wikimedia.

A etapa legal, particularmente relevante para o estudo ora empreendido, refere-se à necessidade de que todos os itens carregados na plataforma estejam nas supracitadas licenças Creative Commons ou em domínio público. Respeitar essa exigência é fundamental para que haja compatibilidade entre o conteúdo disponibilizado e a própria finalidade das plataformas Wikimedia, além de contribuir para a mitigação do problema da ausência de segurança jurídica no plano institucional, já que muitas das assessorias institucionais “não estão versadas em direito autoral, ou menos ainda em um entendimento do direito autoral voltado às instituições de memória” (VALENTE, 2017, p. 33). A atenção nessa etapa é determinante para aquelas instituições que desejam disponibilizar seus acervos sem que haja qualquer infração legal, inclusive incentivando-as a fazer parte dessa dinâmica desde uma perspectiva resguardada.

No decorrer da etapa técnica, trabalha-se sobre os processos de carregamento do conteúdo em si, procedimentos esses que foram sendo aprimorados ao longo dos vinte anos de operação da iniciativa. Por fim, a última etapa envolve a definição de estratégias de disseminação dos acervos digitalizados após seu carregamento para os bancos de dados e bibliotecas multimídias. Nessa fase, há um diálogo próximo com a instituição para a elaboração das atividades de difusão que farão as coleções chegarem ao público e serem efetivamente acessadas pelas audiências (AZZELLINI, 2021, informação verbal).

Ainda que as instituições de memória e cultura e os colaboradores que compõem as equipes envolvidas nessas tarefas reportem eventuais dificuldades, as possibilidades ofertadas pelas plataformas Wikimedia revelam-se significativamente favoráveis para a consecução do objetivo de participação na vida cultural. Paralelamente à disponibilização de bens culturais de maneira acessível e aberta na Internet, é

possível ainda agregar a essas peças informações relevantes de forma sistematizada – os metadados, adiante explorados –, permitindo uma coletânea de dados organizados referentes ao exemplar artístico digitalizado. Além de materializar o exercício do acesso ao conhecimento e à cultura para a coletividade, essa prática contribui enormemente a nível institucional, auxiliando instituições culturais e de memória que não têm condições de manter seu inventário atualizado pelas mais diversas razões (VALENTE, 2017, p. 22).

Ainda no âmbito das instituições, equacionar as disposições – o que se deseja fazer – e as possibilidades – o que se pode fazer – demonstra ser um fator central na dinâmica da digitalização e da disponibilização de conteúdo cultural na Internet, vez que podem estar envolvidos interesses de detentores dos direitos sobre as obras que estão nessas coleções. Na maioria das ocasiões, o espaço institucional abriga obras artísticas sob distintas condições de proteção autoral – domínio público, direitos autorais controlados pela instituição, licenças de uso aberto, proteção autoral desconhecida (obras órfãs) e direitos autorais controlados por terceiros –, resultando em tratamentos também distintos para a digitalização e divulgação de cada peça.

Se a instituição tiver a titularidade dos direitos, não deve haver entraves jurídicos, salvo eventuais dúvidas institucionais, para as quais recomenda-se o aconselhamento e a atuação de uma equipe multidisciplinar capacitada, com profissionais de suporte técnico e jurídico. Nesses casos, é aconselhável que a instituição opte por digitalizar e licenciar o conteúdo de seu acervo sob licenças Creative Commons, disponibilizando-o à coletividade e contribuindo com o enriquecimento do patrimônio cultural digital ao ampliar as possibilidades de acesso ao conteúdo cultural. No caso de trabalhos cuja titularidade seja de terceiros, porém, as instituições devem adquiri-la ou obter a autorização adequada dos titulares, para então tornar a digitalização da obra acessível ao público (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2020, p. 21).

Apesar das possibilidades supracitadas, Mariana Giorgetti Valente (2017, p. 8) destaca como a consolidação dos esforços institucio-

nais para compatibilizar interesses, digitalizar seus acervos e disponibilizá-los ao grande público ainda não ocorreu amplamente. Segundo a autora, nota-se “a ausência, ainda, de uma cultura generalizada de priorização das estratégias digitais”, que resulta em um planejamento geral institucional sem a previsão de “recursos específicos para digitalização e preservação digital”.

Diante destes desafios, a emergência de iniciativas como o OpenGLAM vem justamente ao encontro das demandas institucionais. Trata-se de uma articulação global da OpenKnowledge Foundation (OKFN), aliada ao Creative Commons, com a finalidade de prover o suporte adequado a instituições culturais que desejam disponibilizar seus acervos de maneira aberta para que sejam acessados, reutilizados e redistribuídos livremente.

A atuação do OpenGLAM é baseada em cinco princípios, cuja definição foi orientada pela premissa do “acesso livre e aberto ao patrimônio cultural digital”:⁶ (a) disponibilizar informação digital no domínio público utilizando uma ferramenta legal apropriada, como o CC0; (b) não atribuir novos direitos a digitalizações de obras cujos direitos autorais já estejam em domínio público; (c) na publicação de dados, explicitar claramente as possibilidades de reutilização e redirecionamento das descrições, do conjunto de dados como um todo e de subconjuntos do acervo; (d) na publicação de dados, usar formatos de arquivo abertos legíveis por máquinas, ou seja, capazes de ter seus dados extraídos por programas de computador; e (e) encorajar o envolvimento e a participação do público pela interação na Internet, inclusive colaborando com a curadoria da instituição.

Licenças como as Creative Commons, plataformas como a Wikimedia e iniciativas como o OpenGLAM, apenas para citar os exemplos

⁶ Informações extraídas da página da web dedicada ao OpenGLAM. CREATIVE Commons Brasil. Os 5 princípios do OpenGLAM – **CC Brasil**. Disponível em: <https://br.creativecommons.net/2019/09/24/os-5-principios-do-open-glam/>. Acesso em: 2 out. 2021.

detalhados, evidenciam a possibilidade de implementação prática de alternativas que visam ao atendimento das recomendações internacionais para a promoção do acesso à cultura e ao conhecimento. O que se busca, em última análise, é a consideração de caminhos menos excluídos do que aqueles propostos por muitas legislações autorais, mas sem que haja prejuízo aos direitos dos autores e criadores. Para que isso seja possível, deve-se proceder à implementação de ferramentas que compatibilizem os interesses da coletividade e dos detentores de direitos de exclusividade, mas sempre levando em consideração que os direitos de propriedade devem atender à sua função social.

4 CULTURA DIGITAL NA PRÁTICA: CASOS INTERNACIONAIS NOTÁVEIS

No cenário internacional, é possível constatar a aplicação das alternativas detalhadas em numerosos exemplos, que permitem atestar o potencial dessas ferramentas na disseminação de bens culturais no ambiente digital. Para analisar os casos com mais profundidade, cumpre preliminarmente apontar certas particularidades que diferenciam os acervos digitais de seus exemplares físicos, destacando sua relevância para a discussão proposta.

Quando se considera um acervo em sentido amplo, seja de galerias, bibliotecas, arquivos, museus ou outras coleções, refere-se aos “conjuntos de bens que contêm informações de diferentes áreas do saber, e promovem acesso ao conhecimento, educação e cultura, além de preservar a memória e identidade” (VALENTE, 2017, p. 1). Nas instituições de memória e cultura, esses objetos são “patrimonializados”, ou seja, são incorporados aos acervos institucionais passando a dispor de uma função documental com informações que os especificam naquela coleção física (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 50). O processo de transformação dos itens físicos em cópias digitais pelas atividades de digitalização dá origem, portanto, aos acervos digitais; conseqüentemente, o objeto “carrega essa natureza documental, a

qual é adicionada à sua imagem digital” (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 50).

Em contraste com os acervos físicos, os acervos digitais disponibilizados na Internet estão mais aptos a atingir públicos maiores, pela supressão das barreiras geográficas e mesmo financeiras que a rede representa (VALENTE, 2017, p. 2). Para Bettencourt e Marcondes (2018, p. 46), as características mais marcantes desses acervos são seus ampliados alcance e plasticidade, já que “podem ser acessados por qualquer usuário, a qualquer hora e desde qualquer lugar; também oferecem possibilidades inusitadas de uso, reuso e mixagem, inclusive como potencial para as chamadas indústrias criativas”.

Tais características advêm especificamente do acréscimo de metadados aos itens digitalizados. Trata-se de novas propriedades documentais que complexificam e valorizam o objeto, agregando informações como data de aquisição, origem, identificadores, dados sobre preservação e manutenção e inclusive informações referentes aos direitos de uso (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 50). Os metadados são, em síntese, “dados sobre outros dados [...], tornando mais fácil a sua organização, inclusive em linguagens inteligíveis por máquina” (LANA, 2021, p. 115). Portanto, essa atribuição de novas propriedades, resultante de um trabalho de curadoria institucional, repercute em potencialidades de acesso à informação e à cultura, na direção das recomendações internacionais previamente abordadas.

Quando se volta aos casos notáveis de acervos culturais digitais acessíveis ao público no cenário global, constata-se que sua origem é concomitante à popularização da Internet, no final do século XX. Desde 1994 nos Estados Unidos da América já se registra o desenvolvimento de tecnologias e a implementação de projetos-piloto pelo programa *Digital Library Initiative*, com “apoio de agências federais americanas como a NSF, DARPA e NASA” (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 46).

No continente europeu, as iniciativas de digitalização e disponibilização de conteúdo são também verificadas na mesma época, mas é

no início do século XXI que começam a ganhar corpo com mais ênfase. A acentuação foi resultado do programa *eContent – European Digital Content on the Global Networks*, fruto das recomendações da reunião do Conselho Europeu de 2000, em Lisboa (EUROPEAN COMMISSION, 2014), que introduziu as políticas públicas de digitalização de acervos no continente e culminou em desdobramentos como o Portal Europeu de Arquivos e a Biblioteca Europeia, antecessora da atual Europeia.

Os itens a seguir expõem destaques de projetos de digitalização e acervos digitais já implementados, com o propósito de averiguar as repercussões dessas iniciativas na busca pela realização dos direitos à cultura e à ciência, conforme as recomendações internacionais. Pelas limitações formais da pesquisa, o enfoque trazido debruça-se sobre dois exemplos largamente documentados no continente europeu – relevantes por seu pioneirismo e êxito –, além do caso mais abrangente do Google Arts & Culture, de alcance global.

4.1 EUROPEANA

A plataforma Europeia, fundada pela Comissão Europeia em 2005, é um exemplo constantemente referido pela doutrina nas investigações científicas sobre a digitalização de bens culturais e sua posterior disponibilização ao público para a efetivação dos direitos de acesso. Segundo o portal do projeto, a plataforma tem a missão de fortalecer o setor do patrimônio cultural em sua transformação digital, desenvolvendo conhecimento, ferramentas e políticas “para abraçar a mudança digital e incentivar parcerias que promovam a inovação”.⁷

Fruto de “um ambicioso programa”, com vistas a conservar e compilar “o precioso acervo cultural europeu, em grande parte em risco de perder-se” (ASCENSÃO, 2012, p. 63), a Europeia reúne e dispo-

⁷ Informações extraídas do Portal Europeia. EUROPEANA. Bem-vindo à Europeia Collections | **Europeana**. Disponível em: <https://www.europeana.eu/pt/about-us>. Acesso em: 12 set. 2021.

nibiliza digitalmente as coleções de numerosas instituições da União Europeia (MARTINS, CARMO, 2018, p. 204). Os dados que compõem a plataforma são provenientes de mais de 3000 equipamentos culturais europeus, tais como arquivos, bibliotecas, museus, galerias, centros de documentação, cinematecas, entre outros (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 54).

Uma parcela considerável do êxito do projeto reside na interoperabilidade entre os protocolos existentes (assim como ocorre com a *Digital Public Library of America*, nos EUA). Isso garante o acesso integrado aos diferentes acervos incluídos no portal, sem que seja necessária a imposição de um protocolo único de acesso (VALENTE, 2017, p. 6). No caso da Europeia, essa interoperabilidade é promovida a partir de interfaces de programação de aplicações (*Application Programming Interfaces – APIs*), que viabilizam e incentivam que terceiros reuses os dados mantidos na plataforma. Em síntese, essas *APIs* tratam-se de “formas padronizadas pela instituição mantenedora de um portal de acesso integrado através das quais diferentes programas aplicativos podem acessar os dados mantidos no portal de diferentes maneiras” (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 54).

A questão da possibilidade de reutilização dos dados é especialmente sensível, sobretudo quando se considera o acesso ao conhecimento com o propósito de promover a participação dos indivíduos na vida cultural da sociedade. Nessa perspectiva, a leitura atenta de casos como o da Europeia é particularmente instrutiva por ilustrar a possibilidade de que iniciativas de digitalização e disponibilização de conteúdo cultural sejam bem-sucedidas – inclusive em escala continental. Evidentemente, o sucesso da plataforma resulta de um percurso longamente planejado, que envolveu extensa articulação política de líderes da União Europeia até culminar em um projeto do Parlamento Europeu a partir da Comissão Europeia, responsável por implementar as decisões parlamentares.

Sem dúvidas, a articulação em nível continental foi um fator determinante para garantir a permanência da iniciativa e o apoio integra-

do entre as partes envolvidas (BETTENCOURT; MARCONDES, 2018, p. 57). Com isso, a Europeia não apenas consolidou sua relevância no continente, mas tornou-se também um caso reiteradamente abordado em estudos das áreas de digitalização de conteúdos, acesso integrado a acervos e preservação e transmissão do patrimônio cultural, entre outros campos de interesse.

Em 2018, uma pesquisa que explorou os impactos da implementação da plataforma identificou proveitos advindos das atividades ofertadas pela Europeia em pelo menos cinco setores da sociedade: as instituições culturais, o público em geral, a indústria do turismo, as indústrias criativas e os pesquisadores e instituições de ensino. No campo econômico, foi reconhecido que a importância dos serviços da Europeia para o continente “seria de aproximadamente 78.8 milhões de euros em um cenário de base, 59.6 milhões de euros em um cenário pessimista e 97.7 milhões em um cenário otimista” (MARTINS, CARMO, 2018, p. 209). As repercussões positivas que a Europeia representa à comunidade europeia vão, portanto, muito além da seara estritamente cultural, sendo percebidas em variados campos da sociedade.

4.2 RIJKSMUSEUM

O estudo de caso da Europeia conduz mais especificamente ao exemplo da instituição holandesa Rijksmuseum, um museu com mais de um milhão de obras dedicadas à arte e à história de seu país e que em 2011 decidiu implementar um projeto de digitalização de sua coleção. Para isso, empreendeu esforços junto à Fundação Europeia e passou a viabilizar o acesso a mais de duzentos exemplares de obras digitalizadas em altíssima resolução (VALENTE, 2017, p. 14), disponíveis em sua plataforma Rijksstudio sem restrições de acesso e utilização, já que correspondem a obras em domínio público. Inclusive, no estúdio virtual do museu, os visitantes são incentivados a interagir com o acervo, criando e fazendo a curadoria de suas próprias coleções

e exposições e reutilizando as imagens digitalizadas em novas criações que podem ser incluídas também na plataforma.⁸

Destaca-se, no caso do Rijksmuseum, o pioneirismo institucional em optar por “disponibilizar seu acervo sem quaisquer limitações de uso” em sua versão digital (VALENTE, 2017, p. 33), colocando à disposição do público obras em domínio público digitalizadas sem camadas adicionais de direitos exclusivos sobre a reprodução dessas obras. Com isso, o museu holandês foi na contramão de uma tendência “relativamente difundida de museus em reivindicar direitos exclusivos de reproduções digitais de trabalhos de domínio público que eles têm em suas coleções” (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2019).

A esse respeito, cumpre notar que a Diretiva (UE) 2019/790, ao reestruturar o regimento autoral na União Europeia, estabeleceu formalmente a proibição de que reproduções de obras de artes visuais em domínio público fossem objeto de incidência de novos direitos exclusivos, disposição inclusive já oportunamente analisada em detalhe pelas autoras (PENKAL; CORTIANO, 2021). No contexto anterior à intervenção legislativa, porém, a prática comum das instituições era a de reivindicar direitos exclusivos sobre essas reproduções, resultando na retirada do domínio público de reproduções de obras de arte cujo prazo de proteção já havia expirado – em manifesta inobservância ao interesse coletivo e à própria noção de domínio público. À época, portanto, o Rijksmuseum adotou uma postura arriscada e vanguardista, ainda que posteriormente a reforma europeia tenha formalizado a disposição.

Na ocasião da tomada de decisão para disponibilizar seu acervo ao público no ambiente digital, a visão institucional foi orientada pela convicção de que o acesso às imagens na rede não colocaria em risco a audiência presencial das exposições ou mesmo a própria subsistência

⁸ Informações extraídas do site da instituição. **RIJKSMUSEUM. Rijksmuseum Amsterdam**, home of the Dutch masters. Disponível em: <https://www.rijksmuseum.nl/en>. Acesso em: 16 set. 2021.

do museu; do contrário, seria um incentivo ao público ao aproximá-lo da experiência artística, motivando-o, inclusive, a adquirir ingressos para as mostras presenciais após conhecê-las virtualmente (PEKEL, 2014, p. 7).

A repercussão da escolha é notável: “junto com a enorme exposição, os benefícios para a reputação e a capacidade de participar de programas de patrocinadores mais econômicos superaram em muito as vendas reduzidas de imagens para o museu” (PEKEL, 2014, p. 14). Ou seja, ainda que o Rijksmuseum tenha deixado de gerar renda, na época, pelo licenciamento de reproduções das obras digitalizadas, conseguiu atrair uma considerável atenção para as atividades da instituição e, mais importante, contribuiu significativamente para a promoção do acesso do público à cultura e ao conhecimento, incentivando a participação dos indivíduos na vida cultural da sociedade.

O exemplo do Rijksmuseum evidencia a possibilidade de manutenção de diálogo entre os objetivos institucionais e as regras de proteção autoral locais – desde uma perspectiva crítica, mas sem implicar em sua violação –, além de constituir uma via para materializar o disposto nas recomendações internacionais. A partir desse raciocínio, é pertinente orientar-se pela busca da compatibilização dos interesses envolvidos com vistas à conservação do patrimônio cultural e à ampla disponibilização de conteúdos artísticos na Internet (CORTIANO, 2021), mas também com a finalidade de garantir ao público a fruição de bens culturais para além de acervos locais, considerando, inclusive, alternativas mais abrangentes.

4.3 GOOGLE ARTS & CULTURE

Ao se ampliar o foco da análise de casos, chega-se à plataforma de conteúdo cultural digitalizado de maior cobertura geográfica: o projeto sem fins lucrativos Google Arts & Culture, cujo objetivo é o de “divulgar os acervos culturais, obras de arte e documentos históri-

cos que estão fisicamente em museus e instituições a fim de tornar as obras de arte acessíveis às pessoas do mundo inteiro” (IBRAM, 2021). Por conta desse propósito, a iniciativa está presente em vasto território, abrangendo “parte dos Estados Unidos, da América Central, da América do Sul, da Europa, da Ásia e parte da Oceania” (MARTINS; SILVA, 2018, p. 207).

Desde 2011, a plataforma reúne e disponibiliza acervos culturais digitais de diversas instituições do globo, oferecendo visitas virtuais gratuitas às coleções. O desenvolvimento e a gestão dessa ampla biblioteca de mídia ficam a cargo do *Google Cultural Institute*, uma empresa particular com financiamento privado (MARTINS; SILVA, 2018, p. 205).

Segundo as informações do portal, o Google Arts & Culture auxilia a digitalizar, gerenciar e publicar gratuitamente os acervos online, caso haja interesse institucional em disponibilizar determinada coleção na Internet. O formulário de submissão faz questão, inclusive, de sublinhar a necessidade de que os conteúdos não estejam submetidos à proteção autoral: “Aceitamos apenas conteúdo livre de direitos autorais ou sem direitos autorais – você tem esse tipo de material em sua coleção que gostaria de publicar usando a plataforma do Google Cultural Institute?”⁹

O caráter global da iniciativa – que transcende os circuitos europeu e estadunidense anteriormente mencionados – é especialmente relevante quando se considera a possibilidade de contato com exposições menos conhecidas ou, em alguns casos, até geograficamente inacessíveis. É digno de nota, ainda, a aplicação de ferramentas tecnológicas para o aprimoramento das experiências virtuais da instituição e

⁹ Tradução livre de: “*We only accept copyright free or copyright cleared content – do you have this kind of material in your collection that you would like to publish using the Cultural Institute platform?*” Informações extraídas do Portal Google Arts & Culture. GOOGLE Arts & Culture. **About Google Cultural Institute**. Disponível em: <https://about.artsandculture.google.com/partners/>. Acesso em: 20 set. 2021.

do público, como é o caso da captação de imagens em altíssima resolução, que além de viabilizar a conservação da obra em uma reprodução adequada possibilita à audiência um contato totalmente novo com o exemplar digitalizado.

5 REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Os casos brevemente relatados, ainda que reflitam exemplos pontuais, expõem a possibilidade de aplicação prática de alternativas voltadas à promoção do amplo acesso à cultura e ao conhecimento no ambiente digital, nos termos recomendados pela ONU e pela UNESCO em suas manifestações.

No supracitado relatório de Farida Shaheed (2014, p. 21) para a ONU, inclusive, a relatora especial recomenda a promoção da participação cultural e científica pelo incentivo ao uso de licenças abertas, como as ofertadas pelo Creative Commons. Tais instrumentos têm sido amplamente utilizados como política institucional em diversas universidades, órgãos públicos, centros de pesquisa, museus, arquivos e bibliotecas (CREATIVE COMMONS BRASIL, 2020, p. 30). O licenciamento de conteúdo em CC permite a essas organizações o compartilhamento de suas produções com uma eficiência e impacto social maior, propiciando a divulgação do conhecimento, a promoção da cultura e o incentivo às artes e criatividade.

Como notado, a implementação das alternativas pontuadas é levada a cabo sem que haja violações das regulamentações autorais ou prejuízo para os detentores de direitos. É oportuno destacar, porém, como sua utilização coloca em perspectiva algumas disposições demasiadamente rigorosas e excludentes, decorrentes do paradigma fundado em bases individualistas sobre o qual se consolidaram os direitos de proteção autoral e bens intelectuais (STAUT JÚNIOR, 2018, p. 31).

Conforme sublinha com precisão Guilherme Carboni (2008, p. 95):

[...] tanto o *software* livre como as licenças *creative commons* não destroem o sistema de proteção autoral construído pelos tratados internacionais e pelas legislações internas dos diversos países [...]. Na verdade, ambos têm como mérito questionar um dos aspectos mais relevantes do direito de autor nos dias de hoje, que é exatamente o poder da indústria do entretenimento e da comunicação na distribuição das obras intelectuais. É nesse sentido que o *software* livre e as licenças *creative commons* também contribuem para que o direito de autor seja orientado para sua função social.

Ainda segundo Carboni (2008, p. 97), a função social do direito de autor destina-se à “promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo”. O encerramento deste período faz com que a obra passe a integrar o domínio público, podendo “ser utilizada livremente por qualquer pessoa”. Trata-se, portanto, de um direito de exclusividade limitado em relação à exploração econômica da obra.

Diferentemente dos direitos morais do autor – perpétuos e inalienáveis –, a exploração econômica decorrente dos interesses materiais do autor não configura um direito humano fundamental. Por isso, tal possibilidade não deve prevalecer quando confrontada com garantias fundamentais como o direito à ciência e à cultura. Nesse sentido, Shaheed (2014, p. 7) é bastante categórica ao criticar a atribuição da chancela de direito fundamental à proteção da propriedade intelectual, entendendo-a “falsa e enganosa”. Para a relatora especial da ONU, alguns “elementos das leis contemporâneas de propriedade intelectual vão além do que exige o direito à proteção da autoria, podendo até ser incompatíveis com o direito à ciência e à cultura”.

Adicionalmente, os interesses materiais dos autores não necessitam proteção perpétua. Em síntese,

o direito humano de proteção da autoria é perfeitamente compatível com uma abordagem do direito autoral que limite os termos de proteção no sentido de assegurar um domínio público

vigoroso de patrimônio cultural compartilhado, do qual todos os criadores são livres para extrair. (SHAHEED, 2014, p. 11).

As experiências detalhadas demonstram a veracidade desta afirmação e da noção de compatibilização de interesses em prol da realização dos direitos fundamentais. No caso da Europeia, além de benefícios para as instituições culturais e de ensino e para indústrias do turismo e criativas, percebeu-se também significativas repercussões no campo econômico. Além disso, o caso do Rijksmuseum demonstra como a renúncia da possibilidade de exploração econômica da propriedade intelectual gerida pela instituição pode se evidenciar mais vantajosa, tanto para o interesse público quanto para a gestão institucional.

6 CONCLUSÃO

A leitura combinada dos posicionamentos exarados pela ONU e pela UNESCO em suas recomendações evidenciam que uma das maneiras de materializar a participação na vida cultural, a fruição das artes e a participação no progresso científico ocorre pela ampliação do alcance de informações antes restritas a determinadas parcelas da sociedade. No contexto da era do acesso, caracterizado pelo modo de desenvolvimento informacional e pela emergência de novas tecnologias de difusão de bens culturais, essa materialização pode ser levada a cabo pela promoção ampliada do acesso à cultura e à ciência no ambiente digital.

A identificação de alternativas e a breve análise de casos notáveis no plano internacional atestam a existência de métodos de compartilhamento de conteúdo que dialogam de modo mais compatível com as demandas socioculturais vigentes, atendendo às recomendações internacionais e ao interesse público. No âmbito normativo, a regulamentação autoral deve ser pautada pela observância de sua função social, e o êxito deste objetivo está diretamente associado à implementação de ferramentas de acesso aberto e à consolidação de iniciativas de universalização do acesso à cultura.

Como pontuado, a exclusividade advinda da proteção jurídica da propriedade intelectual – incluindo os interesses patrimoniais relativos ao direito de autor – não constituem garantias fundamentais inalienáveis, diferentemente dos direitos humanos. Portanto, a aplicação dos direitos de propriedade intelectual deve atender ao interesse coletivo e ao bem-estar social, funcionando como um mecanismo de correção de distorções pela promoção do acesso da sociedade – e sobretudo dos grupos às margens das dinâmicas sociais – à cultura, à ciência e ao conhecimento.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. **Revista de Direito Autoral**, ano I, n. I, ago. 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões Críticas do Direito da Internet. *In*: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Org.). **Inclusão tecnológica e direito a cultura**. Movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 39-67.

AZZELLINI, Érica. **Integração de instituições à rede de projetos Wikimedia**. Transmissão online, 31 mar. 2021. Palestra proferida na mesa “Patrimônio Cultural Digital” no evento FILEALIVE/ARQUIVOVIVO. Disponível em: <https://alive.file.org.br/>. Acesso em: 2 out. 2021. (Informação verbal).

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**: Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BETTENCOURT, Angela M.; MARCONDES, Carlos H. Elementos para uma política brasileira de acesso integrado, utilização e preservação de acervos digitais em memória e cultura. **PragMATIZES**: Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura, ano 9, n. 16, p. 44-61, out. 2018/mar. 2019.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTIANO, Marcelle. As ferramentas digitais de acesso aberto como alternativas de conservação e transmissão do patrimônio cultural. *In*: WACHOWICZ, Marcos;

CORTIANO, Marcelle (Org.). **Sociedade Informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai, 2021. No prelo.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Implementando a Diretiva da União Europeia sobre o Direito de Autor: Protegendo o domínio público com o Artigo 14. 22 jul. 2019. Disponível em: <https://br.creativecommons.net/2019/07/22/implementando-a-diretiva-de-direitos-autorais-prottegendo-o-dominio-publico-com-o-artigo-14/>. Acesso em: 20 set. 2021.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Cartilha “O que você precisa saber sobre licenças CC”. 2020. Disponível em: <https://br.creativecommons.net/2021/02/02/nova-cartilhacbrasil/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Políticas públicas como instrumental de efetivação de direitos culturais. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 177-196, set./dez. 2017.

EUROPEAN Commission. Cordis EU research results. Multiannual Community programme to stimulate the development and use of European digital content on the global networks and to promote linguistic diversity in the Information Society 2001-2005. 5 mar. 2014. Disponível em: <https://cordis.europa.eu/programme/id/IS-ECONTENT>. Acesso em: 15 set. 2021.

IBRAM. **Acervos digitais nos museus**: manual para realização de projetos. Brasília: Ibram, 2020. Disponível em: <https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/Acervos-Digitais-nos-Museus.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

INSTITUTO Brasileiro de Museus – Ibram. Acervos Online. Disponível em: <https://www.museus.gov.br/acervos-online/>. Acesso em: 20 set. 2021.

LANA, Pedro de Perdigão. Sobre NFTs e esculturas imateriais: a contínua expansão das fronteiras do mercado artístico e o alcance do direito de autor. *In*: WACHOWICZ, Marcos; CORTIANO, Marcelle (Org.). **Sociedade Informacional & Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai, 2021. No prelo.

MARTINS, Dalton Lopes; SILVA, Marcel Ferrante; CARMO, Danielle do. Acervos em rede: perspectivas para as instituições culturais em tempos de cultura digital. **Em Questão**, Porto Alegre, v. 24, n. 1, p. 194-216, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.19132/1808-5245241>. Acesso em: 15 set. 2021.

PEKEL, Joris. Democratising the Rijksmuseum. Europeana Foundation, 14 nov. 2014. Disponível em: <https://pro.europeana.eu/post/democratising-the-rijksmuseum>. Acesso em: 20 set. 2021.

PENKAL, Lígia Loregian; CORTIANO, Marcelle. O artigo 14 da Diretiva (UE) 2019/790 e a proteção do domínio público. **Boletim do GEDAI**, v. 31, n. 2, maio/2021. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-artigo-14-da-diretiva-ue-2019-790-e-a-protecao-do-dominio-publico/>. Acesso em: 20 set. 2021.

SHAHEED, Farida. **Copyright policy and the right to science and culture**. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. A/HRC/28/57. United Nations Human Rights Council, 24 dez. 2014.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Software livre: a luta pela liberdade do conhecimento**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Aceleração tecnológica, direitos autorais e algumas reflexões sobre as fontes do direito. *In*: CODAIP – CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, v. 12, 2018, Curitiba. **Anais...** Curitiba: GEDAI, 2018, p. 27-39. Disponível em: <https://bit.ly/3l3dyf0>. Acesso em: 30 set. 2021.

UNESCO. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Charter on the Preservation of Digital Heritage. 15 out. 2003. Disponível em: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17721&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acesso em: 8 set. 2021.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 ago. 2021.

VALENTE, Mariana Giorgetti. Notas gerais sobre a digitalização de acervos no Brasil. *In*: FREITAS, Bruna Castanheira de; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Memórias digitais: o estado da digitalização de acervos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WACHOWICZ, Marcos. O “novo” direito autoral na sociedade informacional. *In*: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Os “novos” Direitos no Brasil**. 3. ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2016. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-novodireito-autoral-na-sociedade-informacional/>. p. 8. Acesso em: 2 set. 2021.

FANFICTIONS ENQUANTO OBRAS DERIVADAS NO DIREITO PORTUGUÊS

Laura Filgueiras Tavares¹

RESUMO: A produção de fãs, também conhecida como *fanfiction*, se tornou um fenômeno mundial. Fãs deixaram de ser meros expectadores e consumidores passivos das obras para se tornarem verdadeiros escritores e autores de histórias em que fazem um tributo aos autores das obras originais. Contudo, a produção de *fanfictions* não é uma unanimidade entre autores das obras nas quais os fãs se baseiam e tampouco entre pensadores jurídicos. Isto ocorre porque esse conteúdo transforma obras anteriores protegidas por Direitos de Autor, o que em tese acarretaria a necessidade de autorização do titular das obras originárias para que pudessem ser disponibilizadas ao público. O objetivo deste projeto é analisar se a *fanfiction* é uma obra transformadora, como se dá o exercício dos direitos autorais dela decorrentes e qual, afinal, é o seu enquadramento jurídico, levando-se em consideração o disposto no ordenamento jurídico português. A metodologia utilizada é qualitativa aplicada explicativa, por meio da revisão bibliográfica, o método é dedutivo, e a conclusão a que se chegou é a análise de cada obra deve ser feita caso a caso. Em princípio, a *fanfiction* pode ser enquadrada como obra derivada e terá o exercício dos direitos patrimoniais limitados em razão da necessidade de autorização do titular da obra originária. Apesar disso, o fã autor terá direitos defensivos sobre sua obra e sua autoria será reconhecida.

Palavras-chave: *Fanfiction*. Obra derivada. Transformação da obra.

I INTRODUÇÃO

Fanfiction é a produção de um fã feita para outro fã, tendo como ponto de partida uma obra anterior (BARENBLAT, 2011, 171-177). Em

¹ Advogada formada na UFRJ, mestranda em Direitos Intelectuais na Universidade de Lisboa (FDUL), pós-graduada em Direito Processual Civil na UFF.

geral, as *fanfictions* fazem parte da cultura de compartilhamento na internet e possuem diversos vieses que desafiam o Direito, principalmente o ramo da Propriedade Intelectual. A produção de histórias pelos fãs ganhou mais espaço com o advento da internet e permitiu que os usuários, geralmente consumidores passivos, passassem a assumir papel ativo na criação de conteúdo.

Contudo, a produção de *fanfictions* não é uma unanimidade entre autores das obras nas quais os fãs se baseiam e tampouco entre pensadores jurídicos. Isto ocorre porque esse conteúdo faz uso de obras protegida por Direitos de Autor, o que em tese acarretaria a necessidade de autorização do titular das obras originárias para que pudessem ser compartilhadas.

Apesar de serem escritas sem objetivo de auferir lucros, a possibilidade de comercialização é o que mais preocupa os autores das obras originais e os titulares dos direitos patrimoniais, que geralmente são grandes corporações. As *fanfictions* estão sob constante observação de grandes editoras e produtoras cinematográficas. Muitos *fanwriters*, depois que recebem propostas para publicação oficial de suas histórias, fazem modificações em seu conteúdo para que não infrinjam os direitos do autor da obra original.

Além disso, a importância das produções de fãs é tão grande que foram criadas organizações sem fins lucrativos com o objetivo de proteger seus trabalhos e obter orientações legais, como é o caso da *Organization for Transformative Works* (OTW), uma organização norte-americana, cujo objetivo é fornecer um software de código fonte aberto para que os fãs hospedem seus arquivos e possam se conectar com outros fãs (OTW, 2021)². Assim, dá-se o funcionamento da comunidade online dos fãs produtores de conteúdo: apesar de virtual, há tra-

² OTW - the Organization for Transformative Works. **Lord of the rings fanfiction está vindo para o ao3**. New York. 2021. Disponível em: <https://www.transformativeworks.org/?lang=pt-br>. Acesso em: 26 out. 2021.

ços de uma comunidade não virtual, inclusive pelo fato que possuem opiniões divergentes acerca da comercialização de suas obras.

Apesar da importância e do alcance, não encontramos um trabalho jurídico consistente o suficiente em Portugal que oferecesse um panorama dos aspectos jurídicos envolvendo uma *fanfiction*, que vão desde a transformação da obra até a liberdade de expressão. Além disso, há grande produção no campo do estudo das letras e da linguística (CARDOSO, 2019)³, que acabam por mencionar sem profundidade a questão dos Direitos de Autor.

O que se pretende nesse trabalho é analisar se uma obra de fã é uma obra derivada e como se dá o exercício dos Direitos de Autor dela decorrentes e qual, afinal, é o seu enquadramento jurídico, levando-se em consideração o disposto no ordenamento jurídico português. A metodologia utilizada é qualitativa aplicada explicativa, por meio da revisão bibliográfica, e o método é dedutivo.

II FANFICTION ENQUANTO OBRA TRANSFORMADORA

O poder de transformar a obra está enquadrado como um dos direitos de cunho patrimonial do autor da obra originária. Enquadrar uma produção de fã enquanto obra derivada não é tarefa fácil, pois é necessário avaliar o grau de interação que a obra nova possui com a obra anterior. E a doutrina não é unânime quanto à sua delimitação.

O Código de Direito de Autor e Direitos conexos enumera em seu artigo 3º, 1, “a” as obras equiparadas às originais, isto é, aquelas que são consideradas obras derivadas: *traduções, arranjos, instrumentações, dra-*

³ Veja, por exemplo, o trabalho de: CARDOSO, Lucas Dellamare Lopes. **Cultura da participação: a mobilização dos fãs na (re) construção narrativa do cânone literário: um ponto de vista da Harry Potter em Voldemort: origins of the Heir**. 2019. Tese de Doutorado. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28884/1/Dissertacao%20de%20Mestrado%20_%20Lucas%20Cardoso.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020.

matizações, cinematizações e outras transformações de qualquer obra, ainda que esta não seja objecto de proteção. Porém, ao dispor “outras transformações”, o Código deixa em aberto aquilo que podemos considerar como ato transformador.

Desde já é importante esclarecer que a transformação da obra é uma atividade intelectual criativa, que possui dois lados: o de proteção do autor da obra originária e o de proteção do autor da obra posterior, que terá seus direitos limitados em certa medida, uma vez que dependerá da autorização do criador da obra originária para exercer os direitos decorrentes de sua criação (GARRIDO FALLA, 2013, p. 61).

II.1 ORIGINALIDADE

Nas obras produzidas por fãs, há um tributo à obra precedente na obra por eles elaborada, mas este tributo vai depender de como a referência é feita. Em muitos casos, há apenas o uso de personagens; em outros há a modificação de uma cena, ou continuação da história, de modo que enquadrar todo o tipo de *fanfiction* em apenas uma forma de expressão seria leviano. Qual é, então, o grau de originalidade de uma *fanfiction*?

A atividade criativa é justamente o que levanta maior discussão, uma vez que as acepções de originalidade possuem vários sentidos. Na doutrina, existem duas acepções mais difundidas: a de originalidade objetiva e a de originalidade subjetiva (ou criatividade). Enquanto a primeira é mais aceita nos ordenamentos de *copyright*, a segunda é mais difundida entre os autores dos ordenamentos de *droit d'auteur* (AKESTER, 2013, p. 73/74). A primeira volta sua atenção à atividade laboral do autor, no sentido de que a obra posterior não pode ser uma cópia de outra anterior (havendo um requisito de novidade), enquanto a segunda, entende que a originalidade está ligada à personalidade do autor, de modo que ele consiga imprimir a sua marca, sua singularidade na obra (ASCENSÃO, 1992, p. 88).

Patricia Garrido Falla nos esclarece que a originalidade objetiva poderia restar esvaziada nas obras derivadas, uma vez que elas necessariamente partem de outras anteriores e o caráter de novidade não poderia ser atribuído a elas. Contudo, o que a autora propõe é que, nessa acepção, a novidade não seja absoluta, de modo que o que se exige é algum grau de novidade em relação à obra que a precede (2013, p. 97-103). Apesar disso, é da nossa opinião, que em maior ou menor medida, todas as obras derivadas ou originárias devem ser novas e possuir algum traço da personalidade do autor.

Nesse sentido, compreendemos que a transformação da obra e, por conseguinte, a expressão da originalidade do autor, pode se dar dois aspectos: tanto na forma interna, quanto na forma externa.

A transformação externa ocorre no formato expressivo, quando há passagem de uma modalidade para outra: da literatura para o cinema, do cinema para histórias em quadrinhos, etc. Essa transformação ocorre na forma que o público identifica e consome a obra, mas a trama original permanece **semelhante** à obra anterior: é possível identificar personagens, suas nuances e personalidades, linearidade, tempo, ritmo, trama e desenvolvimento da história.

A transformação interna, ao contrário, ocorre quando há alteração de algumas características e elementos da obra original, mas ainda sim é possível identificar a obra original na obra nova. Ocorre, por exemplo, quando há adaptação de um romance literário para o cinema e algumas mudanças são feitas para que a história fique mais aceitável pelo público: alguns personagens são cortados, alguns eventos não acontecem, outros são adicionados.

A transformação interna não depende da ocorrência da transformação externa, pois pode ocorrer dentro do mesmo gênero artístico, como é o caso da adaptação de uma obra literária para o público infantil. A transformação interna é típica de obras que possuem o elemento argumentativo, como obras literárias (GARRIDO FALLA, 2013, p. 120).

Entendemos, então, que as *fanfictions* constituem transformações tanto internas quanto externas, na medida em que ocorrem numa obra nova, com a intervenção de outra pessoa que não o autor original fazendo ajustes e contribuindo **criativamente** para a produção daquela nova obra, aumentando o grau de novidade da obra posterior (GARRIDO FALLA, 2013, p. 120; VIEIRA, 1993, p. 305).⁴ Por isto, não nos parece problemático afirmar que o criador de uma *fanfiction* é o autor de sua obra.⁵ Portanto, a princípio, uma *fanfiction* pode ser considerada uma obra derivada.

Esse desejo por reconhecimento enquanto autor vem em virtude do reconhecimento comunitário e individual de que o autor é o responsável por aquilo que escreve. Inclusive, há a regra de que outros *fanwriters* não podem utilizar da produção de outros fãs sem autorização desses, o que poderia parecer até paradoxal, uma vez que a cultura do *fanwriting* é a utilização de obras anteriores, quase sempre sem autorização (NICASSIO, 2015, p. 15).

II.2 MEIOS DE SE DEFINIR O GRAU DE CONEXÃO DE UMA OBRA POSTERIOR COM UMA OBRA PRECEDENTE

A legislação americana, diferente da portuguesa, nos parece estar mais a frente na definição do que são obras derivadas no que tange à previsão das *fanfictions*, vez que a *section 101* do *Copyright Act* dispõe sobre inúmeras formas consideradas obras derivadas, dentre elas a previsão de que obras feitas a partir de pessoas reais colocadas em

⁴ Este também é o entendimento do Professor Doutor José Alberto Vieira. Para o autor, a transformação precisa de adaptações criativas para que seja gerada uma nova obra, como o recorte de cenas e adaptação da linguagem nas obras cinematográficas e a correta análise linguística para que seja feita uma tradução.

⁵ É importante salientar que, nesse segmento de produção, a autoria também está relacionada ao discurso dos fãs nas comunidades virtuais. Em diversas comunidades de *fanfictions*, há o reconhecimento pelos fãs de que são donos dos seus trabalhos.

situações fictícias são consideradas obras derivadas⁶. É exatamente o que ocorre, por exemplo, com membros da Coroa Britânica, na *fanfiction* “A Prince in My Life”, na qual o Príncipe Harry é colocado em situações comuns como entrar em um restaurante para fugir da chuva.⁷

Na ausência de uma disposição concreta na lei, cabe à jurisprudência e à doutrina a análise daquilo que o artigo 3º, 1, a, entende como “outras transformações” e o grau de conexão que uma obra possui em relação a outra. Segundo José Alberto Vieira, para que uma obra seja caracterizada como derivada, é necessário que ela possua íntimo relacionamento com a obra transformada: deve ser possível identificar sua essência criativa. É necessário que a obra transformada seja reconhecível dentro da obra derivada (VIEIRA, 1993, p. 297).

Nesse mesmo sentido, Eric Gorman acrescenta que a obra transformadora não é uma simples imitação da criação originária, mas um trabalho que adiciona algo de novo, com uma nova expressão, significado ou mensagem (GORMAN, 2012, p. 309). José de Oliveira Ascensão ainda salienta que a transformação da obra coloca a obra derivada e a obra originária lado a lado, uma vez que a obra derivada é também uma obra original enquanto inovadora naquilo que adiciona à obra anterior (ASCENSÃO, 1992, p. 253). Então, como avaliar o grau de conexão de uma produção de fã em relação à obra originária?

Para responder a esta questão na análise de casos concretos, a doutrina e jurisprudência americanas desenvolveram o *substantial si-*

⁶ É a chamada *fictionalization*. US Code. Title 17. Chapter 1. Subject matter and scope of copyright. (...) A “derivative work” is a work based upon one or more pre-existing works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”.

⁷ SPIRIT FANFICS E HISTÓRIAS. **História Prince in My Life**. Disponível em: <https://www.spiritfanfiction.com/historia/prince-in-my-life-11104029/capitulo1>. Acesso em: 17 jan. 2021.

milarity infringement test (SPRIGMAN; HEDRICK, 2019, p. 573), que primeiro separa aquelas características da obra supostamente violada que não são protegidas pelos direitos de *copyright* - temas, ideias e fatos - daquelas que efetivamente são protegidas. Caso exista suficiente similaridade entre as características protegidas, o caso é levado a julgamento (SPRIGMAN; HEDRICK, 2019, p. 578), momento no qual se procura saber se as obras são tão similares que um *ordinary observer* concluiria que o réu se apropriou da obra do autor originário (RENNIE, 2014, p. 67-68).

Contudo, em razão das características próprias do sistema americano, os testes variam, de modo que alguns *Circuits* fazem uma análise quantitativa, isto é, o número de elementos colidentes entre as obras, como enredo, tema, clímax, diálogos, personagens e sequência de eventos, enquanto outros preferem uma análise qualitativa, o *total concept and feel* (RENNIE, 2014, p. 69). Isto é, uma impressão de conjunto, de modo que se for possível estabelecer uma identidade global, será possível falar em conexão de obras (GARRIDO FALLA, 2013, p. 99).

Ao fim e ao cabo, dizer que uma obra precisa ser reconhecível dentro da outra, é dizer que em alguma medida há reprodução dos elementos da obra anterior na obra nova, com adição de novas interferências (RUBENFELD, 2002).

A fim de elucidar a questão, damos como exemplo as obras de Maurício de Sousa, famoso desenhista e escritor brasileiro, autor da série “Turma da Mônica em Quadrões”. Somos da opinião de que as obras abaixo constituem uma transformação da obra original, sendo, portanto, obras derivadas, em razão da enorme semelhança e referência feitas entre elas, incluindo o gênero expressivo.

**FIGURA 1 - MAGALI E MÔNICA DE
ROSA E AZUL**



– Mauricio de Sousa, 2002.

FIGURA 2 - ROSA E AZUL,



Renoir, 1881.

No caso de uma *fanfiction*, em que são feitas poucas inserções, ou, por exemplo, é alterada a personalidade dos personagens, é mais fácil identificar a impressão de conjunto com a obra anterior. Contudo, no caso daquelas em que há um verdadeiro esforço criativo para, por exemplo, contar uma outra história a partir de uma cena ou a partir de uma fala do personagem, a definição de obra derivada é mais complexa.

Ainda há uma outra questão: em muitas produções de fãs, a única interseção com a obra anterior são os personagens, que são colocados em situações das mais variadas. Nesse caso, a depender de como o personagem foi construído na obra anterior, ele terá mais ou menos expressividade, de modo que a simples menção na obra nova já a caracteriza como desdobramento da história anterior.⁸

Personagens de histórias literárias são, em verdade, representações mentais do que se lê e de como foram delineadas suas características particulares pelo escritor, de modo que a sua transposição para um outro contexto não os faz perder seus traços marcantes. Apesar de não serem percebidos em sua imagem, como são os personagens de

⁸ Citamos como exemplo os casos dos Spin-offs.

histórias em quadrinhos, é possível que sejam protegidos em razão de sua originalidade, da forma como foram desenvolvidos e até mesmo em razão de seus nomes (GATTI, 1991, p. 575/590). Harry Potter é um dos maiores exemplos de expressividade de um personagem.

Em Portugal, um caso célebre envolvendo o personagem Asterix foi objeto de disputa, em razão do uso do personagem em uma propaganda publicitária. No acórdão⁹, restou definido que as personagens (de histórias em quadrinho) são personagens artísticas, e gozam de proteção pelo direito de autor em razão do artigo 1º. É da nossa opinião que o mesmo se aplica aos personagens literários, quando expressivos (REBELLO, 2002, p. 616).

Contudo, não é qualquer referência ao personagem da obra anterior que a caracterizará como obra transformadora. Caso a referência à obra anterior seja apenas pontual, ela não será considerada uma obra transformadora/derivada. O mesmo pode ocorrer numa *fanfiction* quando o personagem é apenas citado, sem possuir força dentro da narrativa. Há, por exemplo, o episódio número um da sétima temporada da série de televisão *Suits* que faz referência ao personagem Bobby Axelrod, da série *Billions*¹⁰.

Nesse exemplo, opera-se o fenômeno da intertextualidade, em que elementos da obra anterior são absorvidos na obra posterior, fazendo com que duas obras interajam entre si. De acordo com Manoel Joaquim Pereira dos Santos, a intertextualidade é um fenômeno típico das atividades criativas (SANTOS, 2011, p. 144). Por outro lado, há a inspiração, que é livre, por valer-se dos elementos não protegidos por direitos autorais, como o tema.

⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. 592/1999. Relator Fernandes de Magalhães.

¹⁰ Ambas as séries estão disponíveis no aplicativo de *streaming* Netflix.

III EXERCÍCIO DOS DIREITOS PELOS FANWRITERS E EXCEÇÕES AOS DIREITOS DO AUTOR DA OBRA ORIGINÁRIA

O CDADC confere aos titulares dos direitos autorais o exercício de direitos morais e direitos patrimoniais. No que tange ao presente trabalho, os direitos patrimoniais mais importantes são o direito de transformação, de comunicação ao público e de distribuição da obra, previstos nos artigos 68, n. 2, alínea “e”, “f” e “g”, do CDADC. O direito de transformação garante ao titular a prerrogativa de permitir adaptações, rearranjos e traduções, dentre outros, conforme visto no capítulo anterior.

O direito de comunicação ao público confere ao titular o direito de transmitir, ou ceder este direito, a um público geral e amplo e não somente aos núcleos privados e familiares. De acordo com o Tratado da OMPI, o direito de comunicação ao público inclui, além da difusão por rádio e televisão, a disponibilização pela internet (AKESTER, 2013, p. 106).

O direito de distribuição, por outro lado, confere ao titular a prerrogativa de disponibilizar cópias em diversos exemplares. No mundo digital, porém, tal prerrogativa acaba por possuir uma amplitude maior, tendo em vista a facilidade de compartilhamento digital, sem a necessidade de impressão. No que concerne às *fanfictions*, os próprios fãs podem distribuir seus trabalhos em diversas plataformas e, inclusive, via mensagens privadas.

A *fanfiction*, enquanto intrinsecamente conectada com a obra originária e caracterizada como uma obra derivada, daria aos fãs o reconhecimento de que são criadores das suas obras e, em tese, lhes daria a faculdade do exercício moral e patrimonial dos direitos supra-mencionados¹¹. Contudo, o obstáculo ao exercício dos direitos decor-

¹¹ A autoria significa direito de reivindicar a paternidade da obra a qualquer momento, nos termos do artigo 27º, que tem como presunção de que o autor da

rentes de autoria surge em virtude do grau de originalidade e interação das obras dos fãs com a obra anterior. Enquanto obra derivada, o exercício dos direitos será limitado.

Os direitos patrimoniais de distribuição e comunicação da obra ao público - e a exploração econômica da obra de forma em geral - em princípio dependerão da autorização do autor da obra originária, nos termos do artigo 3º e 195º, número 1, do CDADC. Inclui-se nesses direitos o *making available right*, já que as *fanfictions* são publicadas em websites comunitários online.

A dependência de autorização do autor da obra anterior não significa que a *fanfiction* deixa de ser qualificada como obra e nem deixa seus autores juridicamente desamparados. A transformação da obra para fins privados é permitida e não depende de publicação para que seja protegida enquanto tal. Porém, sem autorização, o titular da obra transformada apenas possui direitos defensivos perante terceiros (VIEIRA, 1993, p. 316).

Contudo, o CDADC estabeleceu zonas livres, isto é, situações em que teoricamente dependeriam de autorização do autor da obra originária para uso, mas que na verdade são permitidas pelo Código. Tais zonas livres foram estabelecidas no artigo 75º do CDADC e nos fazem questionar se a *fanfiction* poderia, de alguma forma, ali estar enquadrada.

Em princípio, não sendo as *fanfictions* reprodução¹² da obra anterior, mas sua transformação, que está disponível online a uma ampla gama de consumidores, entendemos que não constituem **uso privado** da obra transformadora, em que pese o seu caráter pessoal de tributo

obra é aquele cujo nome é associado a ela. Se um nome vem na capa de um livro, presume-se que aquele seja o nome de seu autor e, portanto, titular dos direitos de autor. A atribuição de autoria ainda é importante no momento do exercício de alguns direitos, como o direito de retirada previsto no artigo 62º do CDADC.

¹² O sentido dado à palavra “reprodução” neste trecho é reprodução integral, cópia servil.

do fã. Em realidade, não há uso da obra transformada, mas sim sua transformação e disponibilização ao público por meio da internet.

Também nos questionamos se a *fanfiction* pode ser enquadrada nas demais alíneas, em razão do seu caráter cultural e educativo. Também entendemos que não. Na maior parte das alíneas o Código pressupõe a reprodução da obra, em concreto, situação que não ocorre na produção de fã. Além disso, em momento algum o artigo 75º trata de transformação da obra, que é o caso das *fanfictions*.

III.1 USO LIVRE DE OBRAS TRANSFORMADORAS

Tendo em vista que o rol de exceções do artigo 75º do CDADC é interpretado de forma restritiva, a *fanfiction* não estaria ali enquadrada, por não se tratar de **uso** da obra, mas de transformação. Porém, não se pode negar que há na doutrina uma discussão acerca do uso livre de obra derivada (ou transformadora).

Em primeiro lugar, em razão da liberdade de expressão e do interesse público, obras derivadas poderiam ser comunicadas e distribuídas ao público independente de autorização do autor da obra original e até mesmo comercializadas (MCCUTCHEON, 2015, p. 192)¹³. Esta discussão põe em causa o equilíbrio entre direitos patrimoniais do autor e direitos fundamentais, que constituiriam uma limitação externa ao exercício dos direitos autorais e, por isso, ampliaria o rol de

¹³ Foi o que ocorreu no caso da bolsa Louis Vuitton v. Nadia Plesner. A pintora foi processada pela marca de bolsas de luxo em razão de uma estampa em diversas camisetas vendidas em seu site, que retratava uma criança negra subnutrida segurando um cachorro e uma bolsa da marca, com o intuito de fazer uma crítica política e social. Neste primeiro processo, a artista foi condenada a retirar de seu site a imagem e a interromper as vendas. Contudo, a artista elaborou uma segunda obra, uma pintura chamada Dafurnica, em que retratava diversas pessoas no entorno da mesma criança com a bolsa, fazendo com que o Tribunal de Apelação Holandês, decidisse que, apesar da existência de proteção por design para a bolsa da Louis Vuitton, havia um interesse público na obra, sendo que a expressão artística estava sendo usado com o fim de crítica política e social.

exceções. Isto é, direitos fundamentais de liberdade de expressão, informação e a promoção da cultura e educação seriam limitações fora das normas de direitos autorais a fim de permitir que a apropriação criativa das obras pudesse circular (GEIGER, 2021).

Na União Europeia, o caso *Ashby Donald e outros versus França*¹⁴, levado a julgamento no Tribunal de Direitos Humanos da União Europeia, lidou pela primeira vez com o equilíbrio entre o direito fundamental à liberdade de expressão e os direitos privativos dos autores. Em que pese este caso não se tratar de transformação de uma obra anterior, o Tribunal considerou que os limites aos direitos privativos estabelecidos e prescritos na lei devem ser equilibrados com a existência de interesse público. (GEIGER, 2021).

Ao tratar das *fanfictions*, alguns autores entendem que a prática de produção de fãs proporciona aos escritores a liberdade de criação¹⁵, o acesso à informação e a cultura. Nesse sentido, o exclusivo jurídico dado ao autor da obra original não poderia impossibilitar o desenvolvimento cultural e educacional da sociedade (MEDEIROS, 2019, p 94/95).

Christophe Geiger (2020, p. 16/18) salienta que para haver um justo equilíbrio entre direitos fundamentais e o direito privativo dos autores, os Tribunais das nações europeias tem entendido que a existência de um significado político e crítico pode fazer com que o direito à liberdade de expressão prevaleça. Para que haja essa prevalência, o

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Ashby Donald v. France*. Processo nº 36769/08 de 10 de janeiro de 2013.

¹⁵ A Constituição da República Portuguesa, no artigo 37º, assegura a liberdade de expressão (. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.), enquanto o artigo 42º assegura a liberdade de criação cultural (1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor).

interesse protegido deve ser proporcional e legítimo para atingir um interesse democrático. (GEIGER, 2020, p. 16/18).

Manoel J. Pereira dos Santos (2011, p. 155/156) faz uma crítica muito certa sobre este assunto. O autor salienta que a aceitação da transformação criativa ainda está inibida em razão de um pressuposto geral de que qualquer uso feito por terceiro é indiscutivelmente prejudicial ao autor. Nos ordenamentos romanísticos, em especial, o entendimento compartilhado é de que terceiros só podem se utilizar de obras protegidas nos casos expressamente previstos em lei, o que deveria ser revisto, a fim de permitir outras formas de utilização de conteúdo.

Os críticos desse tema ressaltam que o direito de autor não pode limitar os futuros criadores apenas porque se utilizam de obras preexistentes, pois em maior ou menor medida todos os artistas se baseiam de alguma forma em trabalhos precedentes (PESSERL, Alexandre; BERNARDES, 2012). A liberdade de transformação e criação é, ao fim e ao cabo, um direito permitido pelo sistema de Propriedade Intelectual como um todo, vide a permissão de registro de modelos de utilidade e o incentivo à superação das tecnologias anteriores no sistema de patentes (BARBOSA, 2014).

Além disso, o direito de autor, antes concebido com o fim de estimular a criatividade de proteger aqueles que pretendem viver das suas criações não pode ser um fator de impedimento para a criação de novas obras. Até por isso algumas iniciativas como o *Creative Commons* têm surgido e se tornado um sucesso, pois as exceções aos direitos patrimoniais previstos nas leis não têm sido suficientes para estimular a criatividade (GEIGER, 2007, p. 712) e resolver as tensões entre os direitos individuais do autor e o interesse público (REIS, 2011, p. 214).

A função social dos direitos autorais reside justamente aí e está intimamente ligada à sociedade informacional, em que as inovações tecnológicas passaram a possuir um papel central de difusão do conhecimento e promoção da cultura, com o compartilhamento de bens intelectuais (REIS, 2011, p. 217).

Na doutrina e jurisprudências americanas, o *fair use* é também utilizado para a análise da apropriação criativa, inclusive envolvendo as *fanfictions* (LIPTON, 2014, p. 425-466). Naquele ordenamento, duas são as formas de tratar as utilizações livres: através do rol do artigo 101 do Copyright Act, que prevê de forma geral os usos que normalmente seriam enquadrados como livres, e através do teste previsto na *section 107* do Copyright Act.

Para saber se o uso de uma obra protegida pode ser permitida pelo *fair use*, é necessário verificar a) o objetivo e a característica de uso, se é um uso comercial ou sem fins lucrativos para fins educacionais; b) a natureza da obra originária; c) o quanto a obra posterior utilizou da obra anterior como um todo; e d) os efeitos que poderiam gerar no mercado ou no valor da obra originária. Eric Gorman (2012, p. 301) explica que o *fair use* é um argumento defensivo utilizado para afastar a aplicação de condenação por violação de direito de autor. Primeiro o Tribunal precisa verificar se houve violação e, em seguida, verificar se essa violação se enquadra na exceção do uso livre.

Em que pese esta regra ser direcionada ao uso das obras, as Cortes americanas decidiram que também obras derivadas podem ser objeto de aplicação desta análise. Se as obras transformadoras (*appropriation arts*) preencherem os requisitos de acima expostos, então não há violação de direito de autor (*copyright infringement*). Além disso, obras que tenham o objetivo de criticar, comentar, serem utilizadas no ensino ou pesquisa não infringem direitos autorais. (GORMAN, 2012, p. 303).

Jed Rubenfeld (2002, p. 18), contudo, alerta que a análise dos limites do direito autoral não pode ser substituída pela aplicação do *fair use*. Isso porque o sistema desenvolvido pelo ordenamento norte americano tem um caráter essencialmente econômico e voltado aos interesses financeiros dos titulares dos direitos autorais. O autor ressalta que os direitos autorais têm sido constantemente alvo de análises que afirmam que seus limites dependem de uma análise “justa” e isso não pode ocorrer.

Alguns casos merecem atenção sobre este aspecto. Nos Estados Unidos, o caso envolvendo DJ Salinger e Fredrik Colting levou às associações American Library Association, Association of Research Libraries, Association of College and Research Libraries, The Organization for Transformative Works and The Right to Write Fund a protocolar uma manifestação de *amicus curiae* em defesa de Fredrik Colting, autor de uma continuação da obra “O apanhador no campo de centeio”, cuja autoria era de DJ Salinger. As associações defendiam a liberdade de expressão e a livre circulação de idéias e tentavam impedir que a circulação da obra transformadora fosse proibida.¹⁶

De fato, é o caráter comercial que possui ponto central envolvendo obras derivadas. Apesar de os mercados editoriais e cinematográficos fazerem propostas a depender da visibilidade que os criadores possuem nas diversas comunidades, é possível argumentar de forma defensiva que, tradicionalmente, a *fanfiction* não possui cunho econômico, de modo que a sua divulgação online não ameaça a exploração comercial da obra originária.¹⁷ Portanto, apesar de ser uma obra derivada, a produção de fã poderia ser feita livremente.

Entendemos que, em Portugal, em que pese o artigo 75º não tratar especificamente do uso de obra anterior com caráter transformativo, este é perfeitamente possível. Em razão do artigo 13 do acordo TRIPS/ADPIC¹⁸, a aplicação da regra dos três passos para o uso livre de obras anteriores em obras derivadas. Assim é que uma *fanfiction*

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Southern District of New York. Caso J.D. Salinger v. Fredrik Colting. Documento disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Salinger%20Preliminary%20Injunction%20Order.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁷ Tendo em vista que na Web 2.0 a maior parte das coisas é suscetível de gerar dinheiro, uma vez que os consumidores estão conectados e constantemente expostos à publicidade, as *fanfictions* possuem um grande potencial de monetarização.

¹⁸ *Artigo 13. Limitações e Exceções.* 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.

poderia escrita e publicada online desde que não obste a exploração normal da obra e não cause prejuízos injustificados ao titular do direito da obra originária.

Um argumento que poderia ser levantado, contudo, é que muitos dos titulares dos direitos autorais são grandes corporações que, provavelmente, não concederiam uma licença para a produção de *fanfictions*, em razão da lucratividade que obras derivadas da obra original geram ao detentor desses direitos. Rebecca Tushnet (1996, p. 670/671) adiciona que, ainda assim, muitas das *fanfictions* não competiriam no mesmo mercado das obras derivadas licenciadas pelos titulares, pois frequentemente adicionam elementos que não seriam permitidos pelos titulares originais, como erotização e morte de personagens.

Sobre o ordenamento português, José Alberto Vieira (2020, p. 138) ainda pondera que, em que pese não vir tratado no artigo 75º, o uso **privado** de obras transformadas é plenamente possível, de modo que o titular de direitos da obra transformadora não pode impedir seu uso. Entretanto, para o exercício dos direitos patrimoniais, é necessária a autorização do titular da obra originária.¹⁹

Aqui, entendemos que a produção de fãs, em que pese ser uma obra derivada e, em que pese ser comunicada ao público, não precisa de autorização do titular da obra originária para ocorrer. Isso porque nos filiamos ao entendimento de que as *fanfictions* estimulam a criatividade e a difusão da cultura, ao mesmo tempo em que estimulam a criação de vínculos entre os fãs. Também compreendemos que as *fanfictions* não possuem caráter comercial tradicionalmente e que eventualmente podem inclusive ajudar na venda das obras originárias.

¹⁹ É importante ressaltar que o trabalho desenvolvido pelos fãs e a cultura da transformação criativa em geral não pode ser confundida com plágio. Em que pese em alguma medida haver reprodução da obra anterior ou substancial referência à ela, o plágio está intrinsecamente ligado à paternidade da obra. É o ato de copiar uma obra e fazer parecer que seja de autoria de um terceiro e não do criador da obra original, conforme previsto no artigo 196, n. 1, do CDADC, algo que não ocorre na produção de fãs, visto que são um tributo aos autores e seus personagens.

No entanto, nada impede que os autores das *fanfictions*, ao pretenderem comercializar suas obras, façam as alterações necessárias para descaracterizá-las como obras derivadas. Foi o que ocorreu com a série Cinquenta Tons de Grey, da autora E. L. James e a série Crepúsculo, da autora Stephanie Mayer. A série Cinquenta Tons de Grey nasceu de uma *fanfiction* criada por E. L. James baseada na Saga Crepúsculo, cujos nomes dos personagens principais eram idênticos aos da sua história. Inicialmente e dentro da comunidade de fãs, a autora era identificada como Snowqueens Icedragons; Master of the Universe era o título de sua *fanfic*.

Com a visibilidade que ganhou, E. L. James modificou o nome dos personagens, retirou deles a característica de vampiros e adicionou uma boa dose de criatividade, publicando independentemente em seu site e, posteriormente, em formato de livros (RAY, 2020). De idênticas, as duas histórias apenas contêm o fato de que a mocinha inocente se apaixona por um rapaz rico, romântico, encantador, que a atrai para seu mundo peculiar. No caso de Crepúsculo, o mundo vampiresco. No caso de Grey, o mundo do sadomasoquismo.

III.2 PARÓDIAS

A paródia é um elemento central do discurso e um importante recurso artístico e político. No mundo digital, a paródia tornou-se um elemento de comunicação essencial, principalmente com a difusão dos “memes”. No entanto, o conceito de paródia e sua relação com as características humorísticas, burlescas e críticas nem sempre foram de fácil conceituação e deixam margem para interpretações discrepantes no que tange ao enquadramento de uma criação nesta exceção.

A paródia introduz-nos a um tema complexo que trata da tutela do humor pelo direito, pois a paródia é uma das formas de expressão que mais usa esse conceito. A abordagem jurídica do humor requer um balanceamento de diversos institutos, que vão dos direitos da per-

sonalidade à liberdade de expressão, do interesse público aos direitos de propriedade industrial, pois, quase sempre, a paródia esbarra em um direito de terceiro (BRANDÃO, 2018, p. 132/133).

Para o autor italiano Pierluigi Lax (2001, p. 72, tradução nossa), “a paródia deve ser reconhecível como tal, cuja característica é ser profana, crítica, cômica ou trágica, mas sempre ligada a uma obra anterior e a intenção da paródia deve ser igualmente explícita”. No âmbito da União Europeia, a o Tribunal de Justiça concorda que a paródia deve “evocar uma obra existente, apresentando diferenças perceptíveis relativamente à mesma, e, por outro, constituir uma manifestação humorística ou burlesca.”²⁰

Para Sabine Jacques (2019, p. 40), a paródia é multifuncional: pode ser cômica, crítica, promover uma crítica social ou política, irônica, fazer homenagens, e pode surgir dos mais variados temas ou estilos. O objeto da paródia pode ser a própria obra quanto seu estilo e pode ser musical. Menezes Leitão (2011, p. 93) esclarece que há a necessidade de um tratamento antitético do tema na paródia, pois havendo mera transformação ou reprodução, haverá necessidade de autorização do autor para tanto.

As obras que constituem paródias são protegidas pelos direitos autorais, desde que preenchidos os requisitos do artigo 1º do CDADC. Em que pese o CDADC possuir a particularidade de ter inserido a paródia e o pastiche no artigo 2º, n. 1, e classificá-los como obra nova e original, entendemos que a paródia é uma obra derivada, apenas elevada ao status de obra nova, cujo exercício dos direitos patrimoniais independerá da autorização do autor da obra originária²¹.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Grande Secção). Processo nº C-201/13. Caso Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen de 3 de setembro de 2014. Parágrafo 33.

²¹ Diferente é o entendimento de José de Oliveira Ascensão, para quem a paródia não é um limite ao direito de autor, pelo contrário. O autor comemora a decisão do CDADC de inserir a paródia no artigo 2º como uma obra autônoma, já que entende que de fato não há transformação da obra original pelo parodiador, mas uma nova

Enquanto a *fanfiction* constituir uma paródia, haverá proteção independente de autorização e seu autor poderá exercer os direitos daí decorrentes, tanto defensivos quanto morais e patrimoniais. Porém, o enquadramento da *fanfiction* enquanto paródia não é tarefa fácil, de modo que reforçamos a ideia de que a análise deve ser feita caso a caso. Pode haver a apropriação dos personagens que seriam colocados em situações cômicas e ridículas em outras épocas e eras, mas também há situações em que os personagens sofrem erotizações, o que dificulta o enquadramento no caráter crítico e humorístico (CAMELO, 2018, p. 41).

Contudo, a paródia, enquanto um limite ao direito autoral que foi elevado ao status de obra nova, parece ter tido um tratamento diferente das demais transformações criativas. Por mais esta razão é que reforçamos a ideia de que é preciso haver um pouco mais de disposição para permitir transformações que adicionem novos elementos aos trabalhos originais. Se a paródia pode ser feita sem autorização, por que razão as demais não poderiam? Por qual razão a paródia possui um valor artístico e comunicativo maior que os demais?

O estudo da paródia e seus congêneres é importante também porque a paródia passa das fronteiras do direito autoral e chega ao direito à honra e integridade da obra, que é um direito pessoal do autor da obra originária, previsto no artigo 56, n. 1, e 59, n. 1, do CDADC. Tal conexão foi analisada pelo Tribunal da Relação de Lisboa no caso “cantigas do avô cantigas”²².

Em que pese o Tribunal a quo ter compreendido que a modificação da obra era lícita, pois feita com o intuito de parodiar, o Tribunal da Relação compreendeu que naquele caso se estava “perante uma utilização de obra alheia para a criação de uma paródia, esta original mas

criação que se constitui em “tratamento antitético do tema”. ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 103/104.

²² PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 1598/10.0TVLSB.L1-6. Data do acórdão: 31/03/2011.

onde se inclui uma obra alheia”, cuja parte modificada desvirtuou, sem autorização, a obra original. Sendo então um caso de obra compósita, ainda com a intenção de parodiar, haveria a necessidade de autorização do autor.

Sobre este tema, é importante esclarecer que o direito à integridade possui quatro dimensões: o de destruição da obra, o de modificação da obra, o de transformação da obra e outros atos que eventualmente possam desvirtuar a obra original e atingir a honra e reputação de seu autor. Não importa quem efetivamente possui a titularidade dos direitos autorais. Em razão do reconhecimento da autoria e do conteúdo pessoal de direito de autor, o autor da obra original pode se opor (ou autorizar) tais atos (VIEIRA, 2020, p. 183/188).

Entendo que modificação é um direito de pessoal de preservar a estrutura interna da obra, isto é, o poder de impedir que um ajudante faça alterações no quadro de autoria do pintor, ou um editor faça modificações num livro que revisa: é uma alteração na linha de produção da obra, enquanto a transformação é uma adaptação ou alteração que ocorre tanto de forma externa quanto interna, conforme visto nos itens supras.

A paródia, enquanto obra derivada elevada ao status de obra nova, não pode constituir modificação, mas transformação que possui reflexos externos da obra originária, e limitar a transformação da obra sob o argumento de que poderia ofender o autor da obra original pode acabar sufocando as expressões criativas que surgem a partir dela. Christopher Geiger (2020, p. 16/18) faz uma crítica de que a obrigação de solicitar autorização para o criador da obra originária provavelmente impediria que artistas desenvolvessem seus trabalhos.

Sob este aspecto entendemos que a *fanfiction* poderia entrar em choque com os reflexos externos que o autor gostaria que sua obra tivesse e, sob esse aspecto, pode ser possível impedir a sua comercialização, mas não a divulgação como *fanfiction*. Há autores que, contudo, entendem que não existem limites temáticos para o exercício do humor, de forma que tudo pode ser desconstruído (BRANDÃO, 2018, p. 132/133).

IV CONCLUSÃO

Apesar de o fenômeno das *fanfictions* ocorrer desde muito antes da difusão da internet, foi com ela que este fenômeno se espalhou, inclusive para além das fronteiras terrestres. A melhor forma de analisarmos eventual existência de violação de direitos autorais não é tratando a *fanfiction* como gênero. Cada obra de *fanfiction* deve ser analisada dentro do gênero expressivo que se encontra e também no quanto de referência substancial a produção de fãs faz em relação à obra originária. O fato de serem chamadas de *fanfictions* apenas advém do fato de que são obras criadas por fãs. Nada mais. Ser uma *fanfiction* não lhes confere uma condição especial de imunidade.

Porém, foi visto que, em geral, a produção de fãs se caracteriza por fazer uma referência substancial à obra anterior, seja utilizando seus personagens, o cenário, ou inserindo novos elementos que conferem criatividade e originalidade na obra nova. Em princípio, a *fanfiction* pode ser enquadrada como obra derivada e terá o exercício dos direitos patrimoniais limitados em razão da necessidade de autorização do titular da obra originária. Apesar disso, o fã autor terá direitos defensivos sobre sua obra e sua autoria será reconhecida.

Em que pese ser uma obra transformadora, há uma parte da doutrina que defende que as exceções de direito de autor não são suficientes para permitir o exercício criativo a partir de obras anteriores, prática em que se encontra a produção e divulgação de *fanfictions*. Assim, defendem que a liberdade de criação, expressão e fomento da cultura devem ser balanceadas no caso concreto, com o objetivo de impedir que as normas de direitos autorais se tornem excessivamente patrimoniais e acabem por tolher a criatividade de terceiros.

Nos filiamos ao entendimento de que as *fanfictions* são capazes de difundir a criatividade, a informação e a cultura por meio das comunidades, fazendo com que os jovens se relacionem, ainda que virtualmente, criando redes de contato e de discussão, além de poderem encontrar um ambiente acolhedor para se expressarem. Portanto, en-

tendemos que podem ser publicadas online, por não terem caráter comercial e por, eventualmente, ajudarem na difusão das obras originárias. No entanto, em caso de comercialização, entendemos que devam ser levadas a cabo as alterações necessárias, a fim de descaracterizá-las como sendo obras derivadas.

Nesse sentido, entendemos que o presente trabalho é capaz de contribuir com situações litigiosas envolvendo obras derivadas oriundas de *fanfictions*, uma vez que demonstrou caminhos para se analisar o grau de interação entre obras e também os argumentos defensivos a serem utilizados em caso de conflito entre autores. Além disso, demonstrou como os direitos dos fãs podem ser exercidos em relação às obras criadas, posto que a autoria é reconhecida.

REFERÊNCIAS

AKESTER, Patrícia. **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**. Coimbra, Almedina: 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos conexos**. Coimbra Editora, Coimbra: 1992.

BARBOSA, Denis Borges. **Transformação Criativa**. 2014. Disponível em: <https://www.slideshare.net/DenisBarbosa1/uso-transformativo-da-obra-autoral>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BARENBLAT, Rachel. Transformative Work: Midrash and Fanfiction. **Religion & literature**, v. 43, n. 2, p. 171-177, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23347041>. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRANDÃO, Tom Alexandre. **Rir e fazer rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor**. São Paulo: Editora Foco, 2018.

CAMELO, Ana Paula; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. *Fanfiction* e paródia: uma tentativa de viabilização da produção de fãs em meio à ausência de reforma da lei de direitos autorais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 1, p. 20-48, 2018. p. 41. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/27444>. Acesso em: 9 jan. 2021.

GARRIDO FALLA, Patricia Mariscal. **Derecho de transformación y obra derivada**. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. p. 1-438, 2013.

GATTI, Serafino. La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia. **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**. Piccin Nuiva Libreria S.P.A. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 1991.

GEIGER, C. Fair Use' through Fundamental Rights: When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations. *In*: BALGANESH, Shyamkrishna; LOON, Ng-Loy Wee; SUN, Haochen (Ed.). **The Cambridge Handbook of Copyright Limitations and Exceptions**. Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3725013>. Acesso em: 9 fev. 2021.

GEIGER, Christophe. Copyright and the freedom to create – a fragile balance. **IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law**. V. 38. 2007.

GORMAN, E. D. Appropriate Testing and Resolution: How to Determine Whether Appropriation Art is Transformative Fair Use or Merely in Unauthorized Derivative. **St. Mary's Law Journal**, v. 43, 2012.

JACQUES, Sabine. **The Parody Exception in Copyright Law**. Londres. Oxford University Press, 2019.

LAX, Pierluigi. Comsizioni musicali com parole e parodia. *In*: **Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni**, Padova, Nuova Serie n.1(Gennaio-Marzo2001), p.67-74. 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 93.

LIPTON, Jacqueline D. Copyright and the Commercialization of *Fanfiction*. **Hous. L. Rev.**, v. 52, p. 425, 2014.

MCCUTCHEON, Jani. Designs, Parody and Artistic Expression-A Comparative Prespective of Plesner v. Louis Vuitton. **Monash UL Rev.**, v. 41, p. 192, 2015.

MEDEIROS, Juliana. **O fenômeno das fanfictions e o direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NICASSIO, Renato. "Writing from and for others": the fan fiction illegitimate authorship. **Between**, v. 5, n. 9, 2015. p. 03/04. Disponível em: <https://ojs.unica.it/index.php/between/article/view/1424>. Acesso em: 29 abr. 2020.

PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele Berger. **Transformação criativa na sociedade da informação**. 2012. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/transformacao_criativa_na_sociedade_de_informacao.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

RAY, Michael. "E.L. James". **Encyclopedia Britannica**, 19 Mar. 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/E-L-James>. Acesso em: 10 maio 2021.

REBELLO, Luiz Francisco. As personagens literárias e artísticas e o Direito de Autor. In: OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.) **Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso**. Escola de Direito da Universidade do Minho. Associação Jurídica de Braga. - [Minho]: Universidade do Minho, 2002.

REIS, Jorge Renato; PIRES, Eduardo. O Direito de Autor Funcionalizado. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos.(org.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RENNIE, Douglas Campbell. This Book Is A Movie: The Faithful Adaptation as a Benchmark for Analyzing the Substantial Similarity of Works in Different Media. **Or. L. Rev.**, v. 93, p. 49, 2014.

RUBENFELD, Jed. The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality. **Yale Law Journal**, p. 1-60, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4616&context=yjlj>. Acesso em: 01 fev. 2021.

SANTOS, Manoel J. Pereira. Direito de autor e liberdade de expressão. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos.(Coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPRIGMAN, Christopher Jon; HEDRICK, Samantha Fink. The Filtration Problem in Copyright's Substantial Similarity Infringement Test. **Lewis & Clark L. Rev.**, v. 23, p. 571, 2019.

TUSHNET, Rebecca. Legal fictions: Copyright, fan fiction, and a new common law. **Loy. LA Ent. LJ**, v. 17, p. 651, 1996. p. 670/671. Disponível em: <https://>

scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2936&context=facpub. Acesso em: 31 jan. 2021.

VIEIRA, José Alberto Vieira. **Pluralidade de Autores, Pluralidade de Obras e Criação da Obra Protegida pelo Direito de Autor**. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa (PT). 949 fls. 1993.

VIEIRA, José Alberto. **Direito de Autor**. Dogmática Básica. Coimbra: Almedina, 2020.

DECISÕES JUDICIAIS

ESTADOS UNIDOS. Southern District of New York. Caso J.D. Salinger v. Fredrik Colting. Documento disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Salinger%20Preliminary%20Injunction%20Order.pdf>

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 1598/10.0TVLSB.L1-6. Data do acórdão: 31/03/2011.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. 592/1999. Relator Fernandes de Magalhães.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Ashby Donald v. France. Processo nº 36769/08 de 10 de janeiro de 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Grande Secção). Processo nº C-201/13. Caso Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen de 3 de setembro de 2014. Parágrafo 33.

O DIREITO DE ACESSO À CULTURA COMO CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO E SUA NECESSÁRIA REINVENÇÃO NO PÓS PANDEMIA

Mariana Coelho Prado¹

Recomece (trecho)

*Quando a vida bater forte
E sua alma sangrar
Quando esse mundo pesado
Lhe ferir, lhe esmagar...
É hora do recomeço.
Recomece a LUTAR.*

*Quando tudo for escuro
E nada iluminar,
Quando tudo for incerto
E você só duvidar...
É hora do recomeço
Recomece a ACREDITAR.*

*Quando a estrada for longa
e seu corpo fraquejar,
Quando não houver caminho
Ne um lugar pra chegar... É hora do recomeço.
Recomece a CAMINHAR.*

Bráulio Bessa.

¹ Pós graduanda em direitos humanos e direito antidiscriminatório pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP. Bacharel em Direito. Advogada

RESUMO: O artigo analisa o Direito de acesso à cultura desde sua inserção no ordenamento jurídico nacional, bem como, as concepções sobre o que é cultura a partir de correntes que demonstram a amplitude do tema, buscando a inserção deste no cenário de um país periférico e completamente desigual que frequentemente falha em demonstrar a potência e a urgência de se efetivar a promoção e preservação da cultura brasileira em suas mais variadas manifestações. O artigo buscará ilustrar como poderia ser diferente se o país se dispusesse a evidenciar sua abundância e diversidade cultural até para que sirva como um apelo para que isso seja feito.

Palavras-chave: direitos culturais; acesso a cultura; difusão do conhecimento; ensino.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará analisar a perspectiva do Direito de acesso à cultura desde sua inserção no ordenamento jurídico nacional, bem como algumas concepções sobre o que é cultura a partir de correntes que demonstram a amplitude do tema, além da inserção deste no cenário de um país periférico e completamente desigual que frequentemente falha em demonstrar a potência e a urgência de se efetivar a promoção e preservação da cultura brasileira em suas mais variadas manifestações. O artigo buscará ilustrar como poderia ser diferente se o país se dispusesse a evidenciar sua abundância e diversidade cultural até para que sirva como um apelo para que isso seja feito.

O artigo será dividido em 3 capítulos, tendo como primeiro deles a introdução do tema, a inserção dele no campo dogmático e algumas definições do conceito de cultura, para que depois se analise como ocorre a efetivação desse direito no Brasil; o segundo versará sobre os impactos decorrentes da pandemia do Covid-19 no campo da Cultura e depois trará algumas ideias de reinvenção para o setor da cultura no pós pandemia e o terceiro destinar-se-á a conclusão do artigo. A linha de pesquisa adota mescla conceitos dogmáticos atinentes ao campo do Direito a artifícios da Arte, de modo a evidenciar como pesquisas que possibilitam ter uma certa versatilidade e interface entre áreas

que aparentemente não se conectam, fornecem mais oportunidades de discussão do que se houvesse a permanência de pesquisas tradicionais e meramente dogmáticas.

Diante disso tem-se como objetivo com o presente trabalho analisar o impacto que o acesso à cultura proporciona no caminho da emancipação de saberes. Para que isso seja feito buscou-se analisar a trajetória do acesso à cultura no Brasil a partir de uma pesquisa feita pela UNESCO sobre os impactos sofridos no setor da cultura e da criatividade com a pandemia e da análise do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos para que se proponha, conjuntamente, que a cultura tenha o devido destaque que realmente necessita para se reinventar um modelo de ensino e educação em Direitos de forma emancipatória e humanizadora.

1.1 A REGULAMENTAÇÃO NACIONAL DO DIREITO À CULTURA

Tratando-se da regulamentação do Direito à Cultura em âmbito nacional, deve-se afirmar que há fundamento legal responsável pela tutela e respeito à cultura nos artigos 5º, XXII, e 215 (BRASIL, 1988). Entretanto, por mais que inserido dogmaticamente no ordenamento jurídico brasileiro, a cultura é um conceito de difícil definição, visto que abrange os modos de ser, estar e ser comportar de povos de diferentes hábitos, costumes, etnias, raças.

Também há menção, na Constituição Federal, de que é competência comum, ou seja, compartilhada, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como de proporcionar os meios de acesso à cultura, educação, ciência, tecnologia, pesquisa e inovação, conforme artigo 23, III, V, CF (BRASIL, 1988).

Percebe-se, pois, em uma filtragem rápida feita pelos artigos da Constituição Federal, que a expressão cultura aparece diversas vezes,

todas elas atreladas ao dever de proteção ou difusão dos entes federativos. Há, inclusive, um capítulo específico que regula a cultura, juntamente da educação e do desporto, na Seção II da Constituição Federal. Ao que parece, pois, a cultura seria um dos itens que compõem o patrimônio imaterial que demandaria maior atenção e preocupação por parte do Estado. Infelizmente na prática não é o que acontece, visto que determinadas práticas culturais tornam-se criminalizadas em prol de outras, selecionadas para aparecerem por estarem, historicamente, associadas ao refinamento social.

É, pois, um típico caso em que o mundo do dever-ser e da normatização de condutas não evidencia o que ocorre na realidade, no mundo do ser, e não demonstra o que realmente vigora. Vive-se um tempo em que dilemas como grafite x pixo e o que dentre essas manifestações é considerado como arte pode potencializar a criminalização de condutas.

1.2 AS DIFICULDADES DE ACESSAR A CULTURA EM UM PAÍS PERIFÉRICO E DESIGUAL

Apesar de tão bem delimitada na Constituição Federal, a cultura, conceito que contempla tantas definições, é difundida e respeitada de forma diferente a depender do cenário e contexto político vigente no país. Do latim *colere*, que significa cultivar, a expressão possui ampla significação seja no campo das ciências humanas, seja no campo de definições acadêmicas. Entretanto, quase sempre a definição de cultura está correlacionada a um agrupamento, seja de pessoas, seja de animais, ou até mesmo de plantações (cultivo).

Dessa forma cultura pode se relacionar com um termo mais simples e singular, ora tudo aquilo que o ser humano elabora e produz simbólica e materialmente (BOTELHO, 2016, p.22), ou pode adotar uma dimensão mais presente nas ciências humanas, segundo a qual, dimensão sociológica da cultura se refere a um conjunto diversificado

de demandas profissionais, amadoras, institucionais, políticas e econômicas, o que a torna visível e palpável. Ela é composta por circuitos organizacionais variados e complexos, passando a ser naturalmente o foco de atenção de políticas culturais (BOTELHO, 2016, p. 22). E, até mesmo expressar uma definição ainda mais complexa, mas que abarca muito do que todos os termos tentam captar, ora como entendeu Mário Vargas Llosa, que cultura é tudo aquilo que faz da vida algo digno de ser vivido (LLOSA, 2013).

E, diante disso, o presente artigo adota a perspectiva de que cultura é, antes de tudo, um complexo de relações sociais (ITAÚ CULTURAL, 2017). Dessa forma analisar-se-á o impacto da difusão do acesso à cultura estando a cultura sempre imersa no tecido social. Afinal,

Se é certo que não se pode reduzir a cultura às condições da economia e da política, tampouco a separação total entre cultura, economia e política nos ajuda a compreendê-la. Os conflitos sociais e suas dimensões raciais, étnicas e religiosas giram em torno de diferentes formas de conceber e significar a realidade e, portanto, de definir posições individuais e coletivas diante da vida. Por outro lado, a dinâmica da economia torna-se incompreensível se apartada dos processos culturais.

E é exatamente nessa linha que, mesmo que a cultura enfrente dificuldades a depender da gestão que está no poder ou de outros adventos que não se pode prever, precisa resistir para que permita demonstrar seu valor e sua potência na sociedade. A cultura está intimamente relacionada com a constituição material da subjetividade, a formação do imaginário social e a união dos movimentos reais de economia e política. Nesse sentido, ao mesmo tempo que através da cultura se possa denunciar violações a direitos por meio de músicas, saraus, poesias, intervenções, a cultura promove a produção do conhecimento e o humaniza à medida que permite incluir, em suas práticas e manifestações, os semelhantes e os diferentes.

1.3 OS OBSTÁCULOS QUE SURTIRAM NO QUE TANGE AO ACESSO À CULTURA NO PÓS PANDEMIA

Acessar a cultura também é poder se libertar. Dependendo do quão amplo se considera a cultura, ela pode abarcar estilos musicais, filmes, cinema, dança, e tantas outras manifestações culturais que integram o patrimônio material e imaterial brasileiro. Isso, com o advento da pandemia, foi muito prejudicado, posto que as recomendações da Organização Mundial da Saúde para conter a disseminação e propagação do vírus eram todas ligadas ao isolamento social. E como pensar em eventos e espaços que celebrem a cultura, como teatros, casas de shows, cinemas, eventos ao ar livre para grande número de pessoas – que não unam um aglomerado de pessoas? Quase impossível.

Recentemente a UNESCO debateu sobre esses impactos da pandemia no setor cultural, reunindo artistas e autoridades que atuam em searas culturais e criativas no país. O evento foi denominado Webinar ResiliArt² Brasil e ocorreu em abril, sendo inserido, pois, nas celebrações do Ano Internacional da Economia Criativa para o Desenvolvimento Sustentável da ONU. O encontro apresentou também os resultados de uma pesquisa feita entre julho e setembro de 2020 em todo o território nacional e uniu o apoio da UNESCO no Brasil, do Serviço Social do Comércio (SESC), da Universidade de São Paulo (USP), do Fórum Nacional de Secretários e Dirigentes Estaduais de Cultura e de 13 Secretarias Estaduais de Cultura.

² Lançado no dia 15 de abril de 2020, o ResiliArt é um movimento internacional criado pela UNESCO como reação imediata à crise sem precedentes nos setores cultural e criativo provocada pela chegada da Covid-19. Com ele, busca-se dar voz à inquietação de milhares de profissionais das indústrias culturais e criativas que se encontram sem condições de produzir e gerar renda durante a pandemia. Em meio ao caos, o Resiliart promove um importante debate de alcance global com profissionais do setor, ao mesmo tempo em que lança luz sobre os artistas e suas estratégias de resiliência. Em um ano já realizou 240 debates e 110 países aderiram ao movimento. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/unesco-apresenta-pesquisa-impactos-da-pandemia-no-setor-cultural-e-promove-debate-em-evento>.

De acordo com o levantamento, as artes cênicas foram as mais afetadas, com a perda total de receita para 63% dos profissionais. Ainda segundo a pesquisa, nesse setor, a maioria dos artistas que atuam na área de circo (77%), em casas de espetáculo (73%) e no teatro (70%) perderam a totalidade de suas receitas entre maio e julho. Entre as Unidades da Federação, o Distrito Federal registrou as maiores perdas totais de receita entre maio e julho (59,2%), enquanto o Mato Grosso do Sul registrou o menor percentual (16%) (UNESCO, 2021).

Ainda de acordo com a pesquisa, percebeu-se, de acordo com exposições gráficas e quantitativas contidas no relatório, que:

No segundo semestre, a maior parte da amostra ainda acredita que perderá a totalidade da receita (38,6% entre agosto e outubro, e 30,6% entre novembro de 2020 e janeiro de 2021). Aqueles que acreditam em um aumento de menos de 50% em suas receitas oscilam positivamente de 7,7%, nos meses de agosto a outubro de 2020, a 12%, entre novembro de 2020 e janeiro de 2021. Os que projetam um aumento de 100% na receita nesse último período limitam-se a 1,8% da amostra. O setor das artes cênicas registra o maior ceticismo com a recuperação. No período de novembro de 2020 a janeiro de 2021, 44% dos participantes desse setor espera perder a totalidade de suas receitas. Por outro lado, o setor de design e serviços criativos é o menos pessimista. No mesmo período, 41% dos participantes esperam uma redução de menos de 50% em suas receitas, e 19% esperam um aumento de menos de 50%. Os participantes do Piauí são os mais céticos: 58,7% esperam perder a totalidade de sua receita; e os participantes do Mato Grosso do Sul são os menos pessimistas, com 37% esperando uma redução em sua receita inferior a 50%, e 13% apostando em um aumento de mais de 50%. Entre os indivíduos, 29,7% dos participantes acreditam que perderão a totalidade da receita no período de novembro de 2020 a janeiro de 2021, enquanto que, entre os coletivos, esse percentual se eleva para 35% (UNESCO, 2021).

Diante dessas dificuldades expostas, foi possível entender como foram afetados os trabalhadores da cultura, que tiveram que recorrer ao auxílio emergencial nos meses de maio e julho de 2020 por não estarem recebendo nenhuma outra forma de apoio. Como soluções apontadas pelos entrevistados na pesquisa, encontrou-se a obtenção de acesso a informações direcionadas ao setor e participação em redes/networking.

Além de auxílio financeiro, entre março e julho, 18,69% dos respondentes informaram que gostariam de obter acesso a informações direcionadas ao setor. A segunda necessidade apontada foi a participação em redes/networking, com 17,53%. A terceira necessidade foi a de acesso a informações sobre o que fazer no processo de reabertura. É de ressaltar que o apoio psicológico obteve 13,73% das respostas, quase igual aos 13,88% dos que responderam haver necessidade de consultoria e os 12,96% que necessitam de treinamento (UNESCO, 2021).

Em face a essas inúmeras dificuldades e obstáculos, refletiu-se sobre como sobreviveriam os espaços culturais em meio a essa crise sanitária, econômica e humanitária. Mas sabe-se, em contrapartida, que a cultura sempre apresenta soluções ou mesmo as inventa, posto que, de acordo com o Ferreira Gullar ao comentar sobre o papel da Arte, uma das mais importantes manifestações culturais: “A arte existe porque a vida não basta”.

2 DIREITO À CULTURA E HUMANIZAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO

É importante conectar o respeito à preservação e a facilitação do acesso à cultura como a chance de emancipar os saberes, principalmente tratando-se do ensino e educação jurídica, universo ao qual a presente pesquisa faz parte. Aliás, o termo cultura pode simbolizar,

também, a criação de uma metodologia que privilegia e respeite os Direitos Humanos, ora cultura universal de Direitos Humanos, algo inclusive previsto no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (UNESCO, 2007). Afinal, dentre os objetivos gerais do PNEDH, está: propor a transversalidade da educação em Direitos Humanos nas políticas públicas, estimulando o desenvolvimento institucional e interinstitucional de ações previstas no PNEDH nos mais diversos setores (educação, saúde, comunicação, cultura, segurança e justiça, esporte e lazer, dentre outros).

Nesse sentido evidencia-se a importância de se investir no desenvolvimento cultural do povo, o que nada mais é do que a construção de um futuro que permita a conscientização da população sobre a correlação entre o Direito à Cultura e a humanização do ensino do Direito. Nas palavras de Mario Vargas Llosa:

O desenvolvimento cultural de um povo é representando por sua civilização e corresponde também às transformações nas técnicas dominadas, nas relações sociais estabelecidas, nos fatores econômicos e de criação artística, acumuladas ao longo do tempo. Todo esse progresso e evolução nos diversos setores da vida social culminaram, de acordo com o autor, em uma civilização efêmera que, muitas vezes, pouco contribui para o avanço intelectual, sociocultural e econômico, interferindo sobremaneira na identidade cultural das sociedades modernas (LLOSA, 2012).

Isto posto torna-se nítido que ao ser uma prioridade do Poder Público e do sistema jurídico, a partir de um sistema de governança global em que coexista o trabalho de cooperação entre Sociedade Civil Organizada, Poder Público e Setor Privado, a cultura tem o poder de formar a identidade nacional do povo – algo que notoriamente ainda se persegue no Brasil desde a Semana da Arte Moderna de 1922. No Brasil se carece de um senso de pertencimento nacional e, por isso, entende-se que muitas das práticas e manifestações permanecem associadas ao nosso passado patriarcal, escravocrata, machista e desi-

gual. O papel da cultura como possível potencializadora do ensino, e, principalmente do ensino do Direito, é fazer com que o conhecimento do Direito seja facilitado de forma inclusiva e associada a realidade de quem o apreende. Afinal, de nada adianta propagar um conhecimento jurídico que dissemine e mantenha a mesma estrutura já vigente. O Direito pode, e deve, ser muito mais do que uma ilusão do poder.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA CULTURA NO PROCESSO DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO

A cultura precisa ter papel fundamental na construção de uma educação em Direitos Humanos e essa pode ser a reinvenção necessária para a cultura no pós pandemia. Quiçá se houver a ampliação da perspectiva da cultura e que ela esteja, como sempre devesse estar, atrelada à difusão do conhecimento e à democratização de saberes, a cultura possa ser potencializada.

E, dessa forma, quem sabe haverá maior possibilidade de aceitação de culturas e saberes populares perante os padrões já estabelecidos na sociedade. Até porque a educação pautada na disseminação de Direitos Humanos deve ser essencialmente popular para respeitar os processos de escuta ativa, diálogo e co-construção inerentes a metodologias freirianas. E isso se torna ainda mais urgente em um cenário de relativização da barbárie como é o atual. Há uma escala de valores que inclusive foram pautados na Constituição Federal de 1988 que não podem mais retroceder, e a defesa disso pode e é ainda mais forte quando feita por meio da Arte e da Cultura, novamente associando práticas artísticas e lúdicas ao Direito, que não precisa ser hermético como aparenta ser.

Felizmente, por mais que haja essa ameaça de retrocessos sociais, no limiar do século XXI, é possível alegar que as vertentes indígena, negra e popular com suas culturas e saberes, inclusive no plano da cognição estética, vêm estabelecendo desafios e ameaçando para-

digmas eternizados pela tradição ocidental (ITAU CULTURAL, 2017). É por isso que se torna cada vez mais urgente o investimento e promoção de uma cultura que dispute o valor humano e promova a insubordinação dos corpos imperfeitos, indesejáveis que são estigmatizados e ignorados pelo senso comum e pela cultura erudita ou cultura mais aceita ao longo da história. A cultura precisa evidenciar as diferenças e conectá-las para que se aprenda a aprimorar os relacionamentos a partir da construção de saberes com o outro.

A fim de se pensar na estruturação de uma cultura de Direitos Humanos que efetivamente subsidie Políticas Públicas, é necessário cogitar uma forma de pesquisa jurídica que permita o entrelaçamento do Direito e da Arte, ou seja da Arte como ferramenta de difusão e de ensino de cidadania e da justiça, especialmente consideradas as diversas formas de violências, opressão, injustiças e a ausência de reconhecimento (GORS DORF, 2014, p. 60).

Tal classificação se deve à perspectiva de que, dentre os ramos de pesquisa envolvendo Direito e Arte, existem 3 ramificações: o Direito na arte, o Direito da arte e o Direito como arte. A primeira diz respeito a como o Direito é representado nas obras de arte, a segunda é responsável por estabelecer as normas sobre direitos autorais, entre outros, e a terceira simboliza a interpretação do Direito como narrativa (BITTAR, 2020). E no presente artigo demonstrar-se-á a possibilidade de utilização da Arte como ferramenta de difusão e ensino da cidadania e justiça à medida que a Educação popular em Direitos Humanos é construída a partir da escuta ativa e governança entre agentes, desde os atendidos pelos operadores do Direito até os Defensores de Direitos Humanos.

É notório o fato de que, com a pandemia, falou-se muito sobre as novas formas de regular o Direito, a relação entre Direito e Tecnologia, a ascensão de *fake news*. Entretanto, antes dessas temáticas está, na realidade, aquilo que diferencia o operador meramente dogmático e técnico do Direito com aquele operador do Direito que se importa com a formação humanística, que se importa com o uso do Direito como

instrumento de transformação social, acesso à justiça, e como concretizador de Políticas Públicas em Direitos Humanos. E é esse debate, que se tornou mais urgente e óbvio na pandemia, que o presente artigo quer abordar.

Para tanto, a fim de entender o impacto que os defensores de Direitos Humanos tiveram na pandemia e porque é tão essencial cogitar novas formas e metodologias de pesquisa em direito, principalmente correlacionando Zetética e Dogmática, o artigo apresenta a potência da Educação Popular em Direitos Humanos e da Escuta ativa para a construção de Políticas Públicas.

Sendo assim, nas palavras de Barbora Bukovská, a defesa de Direitos Humanos precisa não ser hierárquica, mas sim de cooperação efetiva entre quem atende e quem é atendido, quem defende e quem é defendido:

(...) insisto aos defensores de direitos humanos que adotem modelos de ativismo diferentes e mais integrados, (...) que interajam com as vítimas de violações de direitos humanos de forma não hierárquica, que coopera efetivamente com elas e não apenas “advoga” em seu nome. Apenas esforços coletivos que estão intimamente ligados a comunidades e indivíduos que enfrentam situações de opressão e que ‘nutrem sensibilidades e habilidades compatíveis com a luta coletiva pela transformação social’ podem ser bem-sucedidos (BUKOVSKÁ,2008).

Uma recomendação para que haja a facilitação no processo de conhecimento e disseminação de uma cultura de valorização dos Direitos Humanos é seguir 8 pilares propostos pela Electi³, uma organização que prepara escolas, educadores, estudantes e famílias para os novos paradigmas de uma aprendizagem socioemocional. São eles: Planejar, olhar, sentir e planejar, Escutar para conectar, Presença ativa

³ Electi educacional. Disponível em: <http://electi.com.br>.

e responsabilidade, Fluxo de energia, Leitura de grupos e seus integrantes, Ambiente emocional positivo, Equilíbrio de poder, Relacionamento, afeto e comprometimento.

Esses pilares, pautados pela lógica do reconhecimento de que a formação humanística se constrói na relação com o outro, ou seja, em plena consonância com a escuta do público, algo já mencionado, e com a filosofia Ubuntu, contribuem para que o profissional do Direito desenvolva uma formação humanística pautada na difusão do ensino da cidadania e da justiça, corolários de nossa Constituição de 1988 quando se afirma, no artigo 3º, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária, III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

Sendo assim, tal como pautado pelos objetivos cruciais das políticas públicas, é dever sim do estudante, pesquisador e operador do Direito que se preocupe com sua formação também como cidadão crítico, em retribuir algo à sociedade e deixar nela alguma semente de melhoria. Afinal, não é na base dogmática e teórica do direito que o jurista aprenderá a resolver violações das mais complexas que acometem a população mais vulnerabilizada. E, por conta disso fica clara a angústia causada nos alunos e alunas de Direito ao se depararem com vidas cujos problemas não são solúveis por meio das medidas jurídicas tradicionais, que acabam por revelar as limitações da prática jurídica, do seu ensino dogmático, orientando-os a uma crítica do ensino jurídico, mas também, a uma crítica à postura da militância em Direitos Humanos a partir da prática jurídica (GOMES,2020).

Diante disso resta a cada aluno, estudante, operador, pesquisador do Direito, jurista, advogado, defensor de Direitos Humanos escolha qual caminho seguir dentro dessa seara que pode, ao mesmo tempo, ser uma ilusão de poder e propagar um sistema de justiça seletivo e hermético, ou um instrumento de transformação social calcado em metodologias ativas que privilegiem a escuta, o trabalho em redes, a

governança entre Poder Público, Sociedade Civil e Movimentos Sociais e represente a interlocução entre o Direito e a Arte.

Muitas das manifestações artísticas que comprovam que a arte é um potente instrumento de transformação social e que, com ela, o Direito se aproxima da realidade, são as recentes obras que homenagearam pessoas mortas pelo Coronavírus, intitulada “Inumeráveis”. Por essa exata razão que também abro o artigo com um poema do cordelista que elaborou a letra dessa música Inumeráveis, que fez o que poucas pessoas fizeram na pandemia, humanizaram algo tão dolorido como é o luto de quem perdeu entes nesse cenário triste.

O Direito, e com ele os operadores que o utilizam como ferramenta de trabalho e profissionalização, precisa estar disposto a ser lapidado. Tal como outras ciências ou searas do conhecimento, o universo dogmático da Justiça precisa se permitir humanizar, e através desse artigo tentou-se elucidar algumas maneiras de como fazer isso, seja por meio de práticas que Defensores de Direitos Humanos recomendam, seja aprendendo com profissionais e estudiosos da cultura, a como escancarar a realidade que o palco, as obras, e as palavras não permitem mascarar.

2.2 CULTURA COMO SABER EXPERIENCIADO

Dessa forma, ao longo de tudo que foi exposto, entende-se que no pós pandemia é necessário que se reinvente o modo de viver em sociedade. Depois de tanto tempo afastados, isolados cada um em sua própria casa ou em seu próprio refúgio, será preciso reaprender a conviver. E nada melhor para isso do que experimentar coletivamente uma nova cultura. Muito se disse sobre um novo normal, embora o normal que existia antes da pandemia seja o mesmo que o de hoje, mas agora mais escancarado.

O Brasil é sabidamente um país machista, patriarcal, racista, e de passado escravocrata e aristocrático. E infelizmente a manutenção dos

privilégios parece ainda tão presente que o sonho de extingui-la parece distante. No entanto, é pela luta popular coletiva e através de uma cultura que preserve e efetive a educação em Direitos Humanos e a partir da lógica da alteridade e do reconhecimento de que toda e qualquer relação humana se dá pela interação de pessoas completamente opostas, que imperará a valorização de toda e qualquer manifestação cultural e que o conhecimento se democratizará. O início desse artigo se propôs a definir o termo “cultura” para diferentes áreas do saber, e agora, em sua finalização, a pesquisa, munida dessas mesmas fontes, tem como convite a provocação de que se construa, coletivamente, uma nova cultura do pós pandemia, uma nova cultura para o ensinar o Direito.

É, portanto, papel dos estudantes, das Universidades, entidades e representantes da Sociedade Civil, retribuir algo à sociedade, e, principalmente, aos mais vulneráveis, que são a os que mais sofreram com a pandemia e a imposição, necessária, de isolamento social. Mas isso precisa ocorrer de forma colaborativa, dialogada, participativa, visto que não se deve admitir que lutar pela efetivação de Direitos Humanos é salvar os invisibilizados, mas sim, possibilitar, por meio das lutas, feitas com o público defendido, mais dignidade e transformação social a eles e com eles.

É comum que os defensores de Direitos Humanos queiram encaminhar demandas, litigar, mas, antes disso é necessário que nos formemos para escutar a população e aprendamos com ela a como podemos construir soluções. De acordo com a filosofia africana Ubuntu, “Eu sou porque tu és”, é a partir dessa lógica do reconhecimento de si no outro, diferente mas similar a você, que haverá a possibilidade de construção de uma cultura de defesa aos Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em plena pandemia vislumbra-se o cenário de desigualdade estruturante que sempre existiu, mas que com essa crise foi escanca-

rada. E o ponto central desse dilema é que não se pode deixar que passemos ilesos à crise humanitária que foi exposta com a pandemia do coronavírus, momento em que a população de rua aumentou, os despejos continuaram mas por conta da pandemia apresentaram espanto na população, momento em que voltou-se à linha da miséria, mas em que o número de milionários também aumentou. Sabidamente não se retornará a um estado normal de coisas mesmo porque esse estado nunca existiu. Não é normal ter pessoas que não têm Direitos Humanos respeitados, não é normal atravessar a rua mais rápido ao se deparar com alguém em situação de rua. Não é normal termos medo do outro que é invisibilizado e tornou-se vulnerabilizado também por omissão e culpa nossa.

É a hora de nos formarmos e assumirmos que carecemos de uma capacidade relacional, interdependente e colaborativa que permita potencializarmos as capacidades dos outros em prol do bem comum. Precisamos urgentemente dar voz e espaço, disseminar a filosofia Ubuntu para aprendermos a construir pontes que promovam a dignidade, respeitem os valores da justiça, solidariedade e reconciliação de forma a derrubar os muros e obstáculos que nos separam. A palavra Ubuntu é uma combinação de termos: “Ntu”, significa pessoa, e “Ubu”, significa tornar-se². E é a partir do reconhecimento do outro como sujeito dos mesmos Direitos Humanos que eu, que nos tornaremos pessoas. É urgente lembrarmos que ninguém pode se sentir invisível e, para isso, precisamos cultivar um profundo sentido de respeito por cada pessoa.

Hoje eu aprendo a ser defensora de Direitos Humanos porque permito despir-me de preconceitos e aprender com as histórias de vida que me acompanham ao longo do ativismo social, da militância, da formação de liderança na academia Ubuntu. É essa mensagem que acredito que todos os defensores de Direitos Humanos precisem repassar a cada pessoa que tem por perto, que é a de que somos cada um de nós porque somos todos. Afinal, como disse o grande líder inspirador Nelson Mandela: “Tudo parece impossível até que seja feito”, Faça-

mos, pois, a defesa do óbvio, sejamos defensores de Direitos Humanos diariamente, tenhamos resiliência para tal e, façamos esse exercício de cidadania que é nos assumirmos como defensores de Direitos Humanos incompletos, mas em constante construção e lutemos arduamente para que seja concretizada uma cultura humanizadora do ensino de Direito no pós pandemia.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. **Semiótica, Direito & Arte. Entre teoria da justiça e teoria do Direito**. São Paulo: Almedina, 2020.

BUKOVSKÁ, Barbora. **Perpetrando o bem**: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos. Sur revista internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/nr7mGhkGt59DJF96dgTKvFP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 set. 2021.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

Construir pontes UBUNTU. **Para uma liderança servidora**. Projeto Erasmus + nº 2017-3-PT02-KA205-004651. 2018-2019. Disponível em: <https://www.ubuntuleadersacademy.org/pt/publicacoes/livro>. Acesso em: 12 set. 2021.

FORTE, Ana Castro; SANTOS, Júlio; ANZINI, Patricia. **Pilares do Método UBUNTU. III**. Resiliência. Academia de Líderes Ubuntu.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**. 2012. Objetiva. Rio de Janeiro.

Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Comitê Nacional de Educação em Direito Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

Portal UNESCO. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/unesco-apresenta-pesquisa-impactos-da-pandemia-no-setor-cultural-e-promove-debate-em-evento>. Acesso em: 05 out. 2021

Revista Observatório Itaú Cultural. N. 21. Nov. 2016/maio2017. São Paulo: Itaú Cultural. 2017.

REALIZAÇÃO:



APOIO:



MINISTÉRIO DA
CIDADANIA

