



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

**ANAIS DO XIV 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](mailto:gedai.ufpr@gmail.com)  
Site: [www.gedai.com.br](http://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 – Flacso/Argentina

**Capa:** Marcelle Cortiano

**Projeto gráfico e finalização:** Sônia Maria Borba

**Diagramação:** Bruno Santiago Di Mônaco Rabelo

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

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

#### EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL

Disponível em: [www.gedai.com.br](http://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**

**ANAIIS DO XIV CODAIP**

Congresso de direito de  
autor e interesse público

UFPR • GEDAI • UNICURITIBA

Curitiba



2021

O XIV 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, acatou as medidas sanitárias impostas de restrição de mobilidade e de isolamento social, sendo realizado totalmente *on-line* entre os dias 3 a 6 de novembro de 2020, 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, poderão participar 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, poderão participar 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 vai ao encontro de outras iniciativas já realizadas pelo GEDAI/UFPR e tem como objetivo principal estimular uma abordagem crítica e profunda acerca do Direito da Propriedade Intelectual.

Na sua 14ª edição, contou com a participação de mais de 50 (cinquenta) especialistas internacionais, além de 130 (cento e trinta) palestrantes nacionais, que apresentaram suas ideias e reflexões, fomentando debates e discussões *on-line* sobre as novas fronteiras na sociedade informacional.

O CODAIP contou ainda com quase 2.000 participantes *on line*, consolidando o evento como um dos mais importantes realizados no país, com impacto internacional. Além de agregar vários eventos concomitantes a saber:

9ª OFICINAS DE DIREITO AUTORAL

9º WORKSHOP DOS GRUPOS DE PESQUISA

3º MINICURSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

2º CONCURSO PROFESSOR JOSÉ DE OLIVEIRA 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 8 (oito) capítulos, a saber:

- Inteligência Artificial e Autoria
- Direito Autoral e sua Dogmática
- Direito Autoral, INTERNET e Tecnologia
- Direito à Cultura, à Informação e Limites Constitucionais
- Direito Autoral Tecnologia e Arte
- Direito Autoral, Biblioteca Digital e Tipos de Licenciamento
- Propriedade Intelectual, Inovação e Conhecimento
- Propriedade Intelectual, Concorrência e Mercado

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

Os anais do XIV 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 XIV CODAIP foi promovido pelo o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR) em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e 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 XIV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo.

Por fim, renovamos nossos especiais agradecimentos ao Centro Universitário UNICURITIBA que, por mais este ano, recebeu o CODAIP, qual ofereceu todo o conforto e modernidade de suas instalações para a realização do Congresso. Com o lançamento desta obra o GEDAI/UFPR tem a maior satisfação em poder contribuir para o aprofundamento de questões fundamentais para o estudo da Propriedade Intelectual e para o desenvolvimento do país.

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

Coordenação Científica:

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

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

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

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

# SUMÁRIO

## Capítulo I

### **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA**

**A COST-EFFECTIVE AND WELFARE-ENHANCING PUBLIC POLICY:  
INCORPORATING AI-ENABLING EXCEPTIONS AND LIMITATIONS  
TO LATIN AMERICAN COPYRIGHT LAWS ..... 17**

Maximiliano Marzetti

**DIREITOS AUTORAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:  
REFLEXÕES ACERCA DA AUTORIA DE OBRAS INTELECTUAIS  
POR AGENTES NÃO HUMANOS ..... 39**

Dalila Raquel Garcia Cordeiro

**DIREITO DE AUTOR E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OS LIMITES DA  
PROPRIEDADE INTELECTUAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL..... 60**

Laís Adriele Todescatto Kerller | Simone Hérvila Dias Silva

**A ATRIBUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:  
DESAFIOS E SUA EFETIVIDADE ..... 77**

Caroline Salah Salmen | Marcos Wachowicz

**NOVAS TECNOLOGIAS E AUTORIA: A QUEM PERTENCEM  
OS DIREITOS AUTORAIS DE OBRA CRIADA POR MEIO DE  
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL? ..... 100**

Gabriele Aparecida de Souza e Souza | Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

**O REQUISITO DA ORIGINALIDADE DO DIREITO AUTORAL  
NAS OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ..... 123**

Thales Boechat Nunes Leira

**A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, O AUMENTO DA POTÊNCIA  
HUMANA E OS IMPACTOS SOBRE A ATIVIDADE INVENTIVA ..... 148**

Caroline Somesom Tauk



## Capítulo II

### **DIREITO AUTORAL E SUA DOGMÁTICA**

**DROIT DE SUITE (DIREITO DE SEQUÊNCIA): CENTENÁRIO NA FRANÇA E VINDOURO CINQUENTENÁRIO NO BRASIL ..... 172**

Rodrigo Moraes | Isabelle Azevedo

**A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS EM NARRATIVAS TRANSMIDIÁTICAS POR MEIO DOS CONTRATOS ..... 206**

Jordana Siteneski do Amaral | Salete Oro Boff

**GOVERNANÇA PRIVADA DOS DIREITOS AUTORAIS: OS LIMITES ENTRE CERCAMENTO E COMBATE À PIRATARIA ..... 224**

Juliana Novaes Bueno de Camargo

**DIREITOS AUTORAIS NA PÓS-MODERNIDADE, PENSAMENTO SISTÊMICO E ERA DO IMPACTO ..... 242**

João Paulo Jamnik Anderson | Jéssica Jane de Souza

**O PAPEL DO RECONHECIMENTO MORAL DO AUTOR NA CULTURA DIGITAL..... 264**

Alejandro Knaesel Arrabal

**A DOCTRINA DA EXAUSTÃO DE DIREITOS E OS SUPORTES IMATERIAIS..... 280**

Guilherme Torres Peretti

**OS ALICERCES DO SISTEMA AUTORAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIAGNOSE E PROGNOSE DO CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS AUTORAIS ..... 301**

Matheus Victor Sousa Soares | Thalia Ferreira Cirilo

**ABUSO DO DIREITO NOS CONTRATOS DE DIREITOS CONEXOS NA DUBLAGEM BRASILEIRA: CAUSA DE NULIDADE CONTRATUAL ..... 325**

Hiago Andrioti Cordioli | Luciana Lopes Canavez

## Capítulo III

### **DIREITO AUTORAL, INTERNET E TECNOLOGIA**

**MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y TRATADOS DE LIBRE  
COMERCIO: UN ANÁLISIS DESDE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO .....352**

Jorge Luis Ordelin Font | Salete Oro Boff

**DISSEMINAÇÃO VIRTUAL E DIREITO DE IMAGEM:  
UM ESTUDO SOBRE O USO DE MEMES NA INTERNET .....368**

Bruno Felipe Barboza de Paiva

**BLOCKCHAIN E OS ATRIBUTOS DA TRANSPARÊNCIA  
E CONFIANÇA COMO ELEMENTOS CENTRAIS NO  
REGISTRO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL  
SOBRE *SOFTWARES* .....393**

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira | Fabiana Faraco Cebrian

**A TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA NA ERA DA PROTEÇÃO  
DOS DIREITOS AUTORAIS E AS REDES SOCIAIS .....411**

João Paulo Borean Pelissari | Marcos Wachowicz

**DIREITO DE AUTOR NA INTERNET: MECANISMOS DE  
PROTEÇÃO E ACESSO ÀS OBRAS INTELECTUAIS .....440**

Flávia Holz Angst

**BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE  
DOS PROVEDORES DE INTERNET E OS DIREITOS DE AUTOR .....458**

Bibiana Biscaia Virtuoso | Heloisa Molitor

**AS LIVES NO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19  
E A COBRANÇA PELO ECAD .....473**

Roberta de Carvalho Ferreira Rodrigues

## Capítulo IV

### **DIREITO À CULTURA, À INFORMAÇÃO E LIMITES CONSTITUCIONAIS**

**O RESGATE DA MEMÓRIA CULTURAL A PARTIR DO  
USO DA TECNOLOGIA DE REALIDADE AUMENTADA  
EM PATRIMÔNIOS CULTURAIS .....492**

Bianca Amorim Bulzico | Cinthia Obladen de Almendra Freitas

**A RETÓRICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS AUTORAIS  
NAS DISPUTAS SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..... 509**

Nayara F. Macedo de Medeiros Albrecht

**DILEMAS DO AUTOR DE MATÉRIA JORNALÍSTICA: O DIREITO  
AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO ..... 528**

Susana Carleto da Rocha | Rangel O Trindade

**A REFORMA EUROPEIA DOS DIREITOS AUTORAIS  
E SEU POTENCIAL LIMITADOR DA LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET ..... 555**

Elisa Calado de Carvalho Dias | Diogo Rais Rodrigues Moreira

**E SE EU MORRER, QUAL SERÁ O DESTINO DA  
MINHA HERANÇA DIGITAL? ..... 577**

Germann Gabriella Amorim Ferreira

**LEIS FEDERAIS DE PROMOÇÃO AO AUDIOVISUAL  
SOB A PERSPECTIVA DA DIVERSIDADE CULTURAL ..... 601**

Filipe Ewerton Ribeiro Teles

Antonio Wilton da Silva

**BENS PÚBLICOS E DIREITOS AUTORAIS: O DOMÍNIO  
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS INTELECTUAIS  
E TUTELA DO DIREITO DE ACESSO À CULTURA ..... 618**

Natália Rossigalli Déo

## Capítulo V

### **DIREITO AUTORAL, TECNOLOGIA E ARTE**

#### **GHOST-WRITERS E DIREITO AUTORAL: POSSÍVEL EQUIPARAÇÃO AOS DIREITOS CONEXOS E ARTISTAS EXECUTANTES? .....637**

Hiago Andrioti Cordioli | Marcelo Miguel Conrado

#### **OS DIREITOS CONEXOS DE AUTOR NO CYBER ESPAÇO: UM RECORTE SOBRE O STREAMING NO DIREITO COMPARADO .....654**

Jaqueline San Galo | Giovanna Martins Sampaio

#### **O NOVO NORMAL DA LIVE STREAMING E AS NUANCES DA ARRECADAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NA MÚSICA .....670**

Fernanda Rangel | Yasmin Condé Arrighi

#### **A OBRA DE ARTE APLICADA SOB O ASPECTO DA PROTEÇÃO AUTORAL .....691**

Ana Luiza Azevedo Pires

#### **DIREITO AUTORAL NAS HISTÓRIAS EM QUADRINHOS: O CASO SHAZAM! .....710**

Lucas da Silva São Thiago

#### **LIMITES AO USO DE *SAMPLE* NA OBRA MUSICAL SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....728**

Hanna Kheren Cremaschi | Larissa de Lima Vargas Souza

#### **ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E O ACESSO À CULTURA: ASPECTOS DA DIGITALIZAÇÃO E DA DIFUSÃO DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS NA INTERNET .....751**

Marcelle Cortiano

#### **O *SAMPLE* MUSICAL: LIMITES ENTRE ÀS EXCEÇÕES AO DIREITO DE AUTOR E O PLÁGIO .....772**

Ana Luiza Azevedo Pires

## Capítulo VI

### **DIREITO AUTORAL, BIBLIOTECA DIGITAL E TIPOS DE LICENCIAMENTO**

#### **A PRODUÇÃO CIENTÍFICA SOBRE PLÁGIO INDEXADA NA BIBLIOTECA DIGITAL SCIELO ..... 798**

Paula Carina de Araújo | Fabiane Führ

#### **POLÍTICAS DE DIREITOS AUTORAIS EM REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS: UM ESTUDO À LUZ DA “VIGILÂNCIA LÍQUIDA” ..... 817**

Eduardo Graziosi Silva

#### **DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: MAPEAMENTO ACERCA DA IMPLEMENTAÇÃO DAS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* NOS PERIÓDICOS A1-A2 DA ÁREA DO DIREITO. .... 834**

Fernanda Oliveira Santos | Michelle Souza Canavarro

#### **REGIMES DE APROPRIAÇÃO E O DIREITO AUTORAL SOBRE BASES DE DADOS ..... 853**

Miguel Bastos Alvarenga

#### **UMA ANÁLISE PANORÂMICA DO PL 3968/1997 EM REGIME DE URGÊNCIA E SEUS APENSOS ..... 875**

Leon Queiroz Ramos | Luís Henrique Dutra Mageste

#### **A REVOGAÇÃO DA LEI ESTADUAL 14.058/2003: O ESTADO DO PARANÁ ESTÁ LIVRE DO SOFTWARE LIVRE? ..... 894**

Jesse Geraldo Arriola Junior | Marcos Wachowicz

#### **A ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS QUE VERSAM SOBRE ATIVOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL ..... 906**

Liz Beatriz Sass | Tobias Pereira Klen

## Capítulo VII

### **PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E CONHECIMENTO**

**PROTEÇÃO AUTURAL PARA MODELOS DE VESTUÁRIO?  
(AC. DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO  
CASO COFEMEL/G-STAR (C-683/17) DE 12.09.2019).....923**

Maria Victória Rocha

**AS INVENÇÕES IMPLEMENTADAS POR PROGRAMA DE  
COMPUTADOR NO BRASIL: ANÁLISE SOBRE ATUALIZAÇÃO  
DAS DIRETRIZES DE EXAME DO INPI OBJETO DA CONSULTA  
PÚBLICA Nº 3 DE 14 DE AGOSTO DE 2020.....945**

Heloísa Gomes Medeiros | Letícia Canut

**CUMULAÇÃO OU COEXISTÊNCIA? A SOBREPOSIÇÃO DE  
DIREITOS SOBRE O DESENHO NO BRASIL .....967**

Lucas Ludgero de Geus

**CONHECIMENTOS E EXPRESSÕES TRADICIONAIS: UMA CRÍTICA  
À DESPOSSessão DA PROPRIEDADE INTELECTUAL .....984**

Lucas Silveira Duarte | Lucas Moser Goulart

**A FUNÇÃO SOCIAL DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA:  
PERSPECTIVAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO  
ABACAXI TURIAÇU NO ESTADO DO MARANHÃO ..... 1006**

Débora Gomes Bandeira | Thamires Rodrigues Guimarães

**PANORAMA DA PRODUÇÃO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL  
EM PATENTES RELACIONADAS À PANDEMIA DE COVID-19..... 1028**

Thiago Negrão Chuba | Gabriela Simões Pazelli

**O VALE DO PINHÃO COMO CASE DE INTEGRAÇÃO  
ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E AGENTES DA INOVAÇÃO  
PARA O INCENTIVO À INOVAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO  
TECNOLÓGICO EM CURITIBA..... 1047**

Eduardo Oliveira Agostinho | Diogo Kastrup Richter

## Capítulo VIII

### **PROPRIEDADE INTELECTUAL, CONCORRÊNCIA E MERCADO**

#### **A CONCORRÊNCIA NO AMBIENTE PRIVADO À LUZ DO DIREITO: CONCEITOS E APLICAÇÕES ..... 1073**

Beatriz Brito Beserra

#### **O *DESIGN* E A PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO AUTURAL PARA A INDÚSTRIA ..... 1082**

Claudia Lopes Tolentino

#### **INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A INOVAÇÃO: DO FINANCIAMENTO À INSOLVÊNCIA..... 1103**

Kharen Kelm Herbst | Giovani Lofrano Alves

#### ***PAY FOR DELAY*: CONDUTAS COLUSIVAS DE DETENTORES DE PATENTES DE FÁRMACOS VS MEDICAMENTOS GENERICOS..... 1119**

Neide Bueno

#### **CONDIÇÕES PARA A CUMULAÇÃO DE PROTEÇÃO ENTRE DESENHO INDUSTRIAL E DIREITO AUTURAL: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA CUMULAÇÃO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O BRASIL A PARTIR DO PARADIGMA EUROPEU..... 1138**

Laura Delgado Duro

#### **PROPRIEDADE INTELECTUAL: VALOR CORPORATIVO GLOBAL E ESTRATÉGIA DAS EMPRESAS..... 1164**

Leonardo Cordouro

#### **O PAPEL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM CONFLITOS ECONÔMICOS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA GEOPOLÍTICA E DO DIREITO INTERNACIONAL ..... 1183**

Bruno Martins | Fabiano Gonzaga



## Capítulo I

# **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA**



# »»» A COST-EFFECTIVE AND WELFARE-ENHANCING PUBLIC POLICY: INCORPORATING AI-ENABLING EXCEPTIONS AND LIMITATIONS TO LATIN AMERICAN COPYRIGHT LAWS

Maximiliano Marzetti<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** In this article I'm going to refer to a narrow subset of intellectual property public policy, what I call AI enabling exceptions and limitations to copyright law. The objective of this article is to encourage the debate about the convenience to adopt, and the ideal scope of, new AI enabling exceptions and limitations to copyright law in Latin American countries, similar to the text and data mining exceptions recently incorporated by EU law but avoiding some of its evident shortcomings.

**Key words:** INTELECTUAL PROPERTY – EXCEPTIONS AND LIMITATIONS – LATIN AMERICAN

## 1 INTRODUCTION

The *fourth industrial revolution*<sup>2</sup> or *second machine age*<sup>3</sup> both refer to a new paradigm resulting from a confluence of technologies that rely on automated exchanges of data by intelligent autonomous machines. Let's call machines, and software, capable of autonomous human-like cognitive activities Artificial Intelligence (hereinafter, AI).

---

<sup>1</sup> Assistant Professor of Law, IESEG School of Management. Adjunct faculty at the Latin American School of Social Science (FLACSO) Argentina and research associate at the Centre for Interdisciplinary Studies of Industrial and Economic Law (CEIDIE) at the Law School of the University of Buenos Aires. The author may be contacted at [m.marzetti@ieseg.fr](mailto:m.marzetti@ieseg.fr).

<sup>2</sup> Vid. Schwab, K. (2016). The fourth industrial revolution. World Economic Forum.

<sup>3</sup> Vid. Brynjolfsson, E., & McAfee, A. (2014). **The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies.** W. W. Norton.

AI is no longer only a subject circumscribed to science-fiction films, such as the *Metropolis*, *Terminator*, *Ex Machina*, or *Westworld*, but is already having an impact in our daily lives. Virtual assistants like Amazon's *Alexa*, Apple's *Siri*, Microsoft's *Cortana*, Samsung's *Bixby*, to name a few, all rely on different AI technologies. Moreover, it was an AI development, *BlueDot*, the first to ring the alarm of the Covid19 pandemic, way before the World Health Organization did.<sup>4</sup>

A more formal definition says AI is “*the science of making computers do things that require intelligence when done by humans*”.<sup>5</sup> AI technology has been characterized by periods of wax and wane, called *summers and winters*. In the last years, it seems we have started a new summer period. Present-day AI technologies, such as natural language processing (the technology behind *chatbots*), machine learning, neural networks, and deep learning are flourishing, as statistics on patent application suggest (vid. infra).

Technological change is in the DNA of capitalism. According to the famous words of Schumpeter, the “*process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism*”.<sup>6</sup> New technologies will make existing ones obsolete. AI has the potential to disrupt markets and societies, creating in the process winners (those who adapt fast to it) and losers (those that do not). The same fate may befall countries. Thus, countries too must prepare for the AI revolution, in order to remain competitive in a global marketplace. An important area is policy, laws, and regulations are *public goods* that, if properly calibrated, can provide a competitive advantage to entrepreneurs and companies while, at the same time, minimize the potential negative impact of this technology in jobs and society in general. Absent a proper regulatory framework, AI developers, entrepreneurs and investors may migrate to countries with more favorable laws (*regulatory arbitrage*).

---

<sup>4</sup> Vid. Marc Prosser (2020, February 5). **How AI Helped Predict the Coronavirus Outbreak Before It Happened**. Retrieved April 28, 2020, from <https://singularityhub.com/2020/02/05/how-ai-helped-predict-the-coronavirus-outbreak-before-it-happened/>.

<sup>5</sup> Vid. Jack Copeland. (2000). **What is Artificial Intelligence?** Retrieved December 7, 2019, from [http://www.alanturing.net/turing\_archive/pages/Reference%20Articles/What%20is%20AI.html].

<sup>6</sup> Vid. Schumpeter, J. (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. **Harper and Row**, p. 83.

In this article I'm going to refer to a narrow subset of intellectual property public policy, what I call *AI enabling exceptions and limitations to copyright law*.

The objective of this article is to encourage the debate about the convenience to adopt, and the ideal scope of, new AI enabling exceptions and limitations to copyright law in Latin American countries, similar to the *text and data mining exceptions* recently incorporated by EU law but avoiding some of its evident shortcomings.

## 2 AI - RISKS AND OPPORTUNITIES FOR LATIN AMERICA

Reports about the future impact of AI in the economy and society tend to be of two types, optimistic or pessimistic. However, both types coincide in the fact that AI's potential to alter the current *status quo* seems unavoidable. Given the prognosis, what can Latin American countries expect? Un uncertain future scenarios could also be an opportunity for socio-economic development.

On the optimistic side, a report published by Accenture emphasizes AI's potential to solve two of the region's chronic economic problems, namely, overreliance on the export of commodities in international trade and, a productivity deficit, i.e. total factor productivity increases in Latin America have been lower than in other regions.<sup>7</sup> A report published by an Argentinian think tank, CIPPEC, suggests that early adoption of AI technologies may lead to an increase of economic growth of up to 4.4% in the next decade.<sup>8</sup>

On a more negative side, a report by PricewaterhouseCooper suggests Latin America will benefit less than other regions of the world from AI-related initiatives.<sup>9</sup> A more recent report by PricewaterhouseCooper maintains

<sup>7</sup> Vid. Ovanessoff, A., & Plastino, (2017) E., **Accenture, How Artificial Intelligence can drive South America's growth.**

<sup>8</sup> Vid. Albrieu, R., Rapetti, M., López Brest, C., Larroulet, P., & Sorrentino, A., CIPPEC, (2019). **Inteligencia artificial y crecimiento económico.** Oportunidades y desafíos para Argentina.

<sup>9</sup> Vid. PricewaterhouseCoopers. (2017). Sizing the prize. What's the real value of AI for your business and how can you capitalise?

the same pessimistic tone.<sup>10</sup> Oxford Insights<sup>11</sup> has published a report on the state of governmental AI-readiness in Latin American, concluding that the countries of the region are quite unprepared. To date, only two Latin American countries have devised comprehensive strategies to promote AI, Mexico in 2018<sup>12</sup>, and Uruguay in 2019.<sup>13</sup>

### 3 COPYRIGHT LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

AI-related inventions are on the rise. A recent WIPO study suggests patents are playing an increasingly important role in this area. AI-related inventions have been on a constant increase since 2013.<sup>14</sup> For instance, patent applications related to *machine learning*, have grown 26 percent annually between 2011 and 2016. In addition, the ratio of scientific papers to inventions in the area of AI fell from 8:1 in 2010 to 3:1 in 2016, which seems to suggest a shift from basic science to scientific applications, usually a signal of a mature technology.

Certainly, copyright law is not meant to incentivize inventions. Its purpose and *raison d'être* are different. However, copyright law may be key to AI. A topic that has recently attracted a lot of attention is whether autonomous AI systems can be considered authors, from the perspective of copyright law. For the moment, the answer in most jurisdictions seems to be negative.<sup>15</sup> Moreover, copyright law plays a key role in the training or education of AI, whether supervised or unsupervised learning, as is the case of machine learning algorithms.

---

<sup>10</sup> Vid. PricewaterhouseCoopers. (2018). The macroeconomic impact of artificial intelligence.

<sup>11</sup> Vid. Oxford Insights. (2019). **Government Artificial Intelligence Readiness Index**. Retrieved from <https://www.oxfordinsights.com/ai-readiness2019>.

<sup>12</sup> Vid. Estrategia de Inteligencia Artificial, 2018, <https://datos.gob.mx/blog/estrategia-de-inteligencia-artificial-mx-2018?category=noticias&tag=nula>.

<sup>13</sup> Vid. public consultation initiative for digital government in Uruguay, <https://www.gub.uy/participacionciudadana/consultapublica>.

<sup>14</sup> Vid. WIPO. (2019). Technology Trends – Artificial Intelligence.

<sup>15</sup> For a US perspective on this topic, vid. the US Court of Appeals for the 9th Circuit opinion in *re Naruto v. Slater* (no. 16-15469, 2018) and the US Copyright Office Practices, Third Edition, Section 306 “The Human Authorship Requirement”.

Like human intelligence, AI is in its origin a *tabula rasa*. Parents buy their children books, toys, and puzzles to help them learn to read, write, and do basic arithmetic operations. AI also needs access to different sources, including copyrighted works, to learn and improve its cognitive capabilities. Intelligence, whether human or not, needs inputs (existing knowledge) to generate outputs (new knowledge). Works in the public domain are free to use and usually gratuitous (though not always), but they tend to be of limited use for the training of algorithms due to their age (legal reforms that constantly extend the duration of copyright exacerbates the problem). Conversely, most of the contemporary literary, scientific, and even artistic works, are protected by copyright. Unlike human minds, AI has potentially an endless capacity to process information (data and works), to come up with new correlations, patterns, and information. Actually, the broader the pool of input AI receives, the more precise, useful, and less biased the output it produces. Therefore, there is academic and industry consensus that, in order to promote AI, new exceptions and limitations to copyright law are needed to enable the full potential of this technology.

#### **4 WHY LATIN AMERICAN COUNTRIES NEED NEW AI-ENABLING EXCEPTIONS AND LIMITATIONS?**

Let's imagine the following scenario, a new AI-powered system is being developed to accelerate the discovery of new drugs to treat victims of the Covid19 virus. Such an AI system, to perform its function, would need to carry out text and data mining activities (hereinafter, TDM) at a large scale. TDM refers to "automated analytical techniques to analyze text and data for patterns, trends and other useful information"; moreover this technique "usually requires copying of the work to be analyzed".<sup>16</sup>

Thus, to carry out TDM activities, such an AI system would have to access, read, and make copies (acts of reproduction) of countless copyrighted scientific papers. Moreover, all or parts of those works would have to be adapted or compiled into new works or formats (creating derivative works).

---

<sup>16</sup> [GOV.UK.. Exceptions to copyright. Retrieved November 29, 2020, from <https://www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright#text-and-data-mining-for-non-commercial-research>].

In principle, in the absence of an exception or limitation, any act of reproduction or the making of derivative works must be authorized by the rightsholder. This is an absolute right. Thus, in the absence of a license from the rightsholder, the company developing the AI system either should refrain from using copyrighted works (defeating its *raison d'être*) or infringe copyright law and risk being sued by copyright holders.

None of the two previous options are desirable. The first deprives society of potentially useful and life-saving outcomes, the second one violates *lex lata*. For reasons to be discussed *infra*, relying exclusively on the market (*ex-ante* licensing) is suboptimal too. Thus, the best solution is the introduction of an exception or a limitation to copyright law that will allow the mining and extraction of useful meaning from copyrighted works.

Existing exceptions and limitations, like the *droit de courte citation*, are not suitable neither is sufficient for AI systems. This type of exception usually only allows quoting or citing a small part of a copyrighted work, while AI systems, to perform their role properly, need to access, reproduce and even modify substantial parts or entire works.

A properly crafted AI-enabling exception or limitation may allow data mining, among other AI-related uses of a broad spectrum of copyrighted works, not just text, but also sounds, images, videos, and databases. Therefore, a new and specifically-tailored exception and limitation to enable uses of copyrighted works by AI is not an optional but fundamental *sine qua non* requirement to the lawful development of this technology<sup>17</sup>.

## 5 EXCEPTIONS AND LIMITATIONS ARE MECHANISMS FOR ECONOMIC EFFICIENCY

In Latin America, the debate for and against exceptions and limitations to copyright law has become senseless, masquerading vested interests and political agendas. Two camps confront each other, with antagonistic positions. In one corner, the copyright industries fiercely reject any concession, fearing

---

<sup>17</sup> For a European, slightly outdated view, *vid.* Better rules on Text and Data Mining are needed to maximize the potential of Artificial Intelligence in Europe | LERU. (n.d.). Retrieved November 11, 2020, from <https://www.leru.org/news/better-rules-on-text-and-data-mining-are-needed-to-maximise-the-potential-of-artificial-intelligence-in-europe>.

a domino effect that may erode their already dwindling profits. In the other corner, an eclectic group of moderate and extremists<sup>18</sup>, fail to organize and structure a coherent discourse. To do so they should resort to *Law and Economic*<sup>19</sup> types of arguments, that they a priori reject, and certainly ignore. Unfortunately, for a rational discussion of law and legal institutions, in most Latin American countries the *Law and Economic* approach has failed to make significative and sustainable inroads.

Add to this lack of leadership, understanding of political will by the regulator, and the irrational debate usually ends up in a deadlock.<sup>20</sup> Of course, this logic does not replicate in exactly the same way in every country, as evidenced, for instance, by different degrees of incorporation of exceptions and limitations for libraries and archives across countries in the last decade (vid. infra).

What some copyright holders do not seem to realize is that the real problem is not adding new (reasonable) exceptions and limitations to copyright law, but rampant and generalized infringement, in particular by new generations of users. Certainly not all, but probably much of today's copyright infringement could be attributed to the absence of a balancing of rights between copyright holders and users. Moreover, copyright infringement, particularly online, is either undetected or, even if detected, rarely punished, which makes the conduct rational (from the perspective of the infringer). However, rampant and generalized disregard for copyright law not only harms copyright holders but the entire legal system and the social fabric of society in the long run, as the rule of law is weakened and pierced. Anomie, a phenomenon magisterially exposed by Nino, is at the root of the protracted sub-optimal level of development of Latin American

---

<sup>18</sup> Some of which, echoing P. J. Proudhon, even claim the abolition of copyright law. For a recent rehash of the same ideas, vid. *La propriété intellectuelle, c'est le vol!* Smiers, J. (September 2001), *Le Monde diplomatique*, 2001.

<sup>19</sup> Seminal works of this school of legal thought include Posner, R. A. (1972). *Economic analysis of law*. Little, Brown; Calabresi, G. (1970). *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press; Coote, R., & Ulen, T. (1988). *Law and Economics*. Berkeley Law Books. For applications to civil law legal systems, vid. Mackaay, E., & Rousseau, S. (2008). *Analyse économique du droit*. Dalloz.

<sup>20</sup> This author experienced first-hand this dynamic while participating in the ultimately botched attempt to reform the Argentinian copyright Act that began in 2015 and ended abruptly, without any modification.

countries.<sup>21</sup> The sociological dimension of copyright infringement deserves a deeper study that I'm capable of.

The *Law and Economics* school teaches that the rationale for exceptions and limitations to copyright law (*fair use* and *fair dealing*, in common law jurisdictions) is economic efficiency. According to Landes and Posner *transaction costs*<sup>22</sup> (i.e., all the costs, monetary and not, including opportunity cost, incurred to do something) are the reason behind most exceptions and limitations.<sup>23</sup> For instance, let's think of all possible transaction costs for an AI developer to negotiate *ex-ante* licenses to reproduce and/or adapt all the copyrighted works necessary to train an algorithm. To most AI developers, these costs would be unsurmountable and may discourage them from developing the technology. Moreover, for a developer is difficult if not impossible to assess in advance what works an AI algorithm will require to access. This is another reason to favor exceptions and limitations instead of the licensing approach. The latter may be too restrictive and result in flawed and even biased algorithmic output.

For the sake of explanation, let's refer to the exception and limitation know as *droit de courte citation* or right to quote, which is normally an exception to the exclusive right of reproduction. In principle, copyright law is absolute. This implies that only the author or rightsholder can authorize others to reproduce, distribute, or communicate to the public her work. Therefore, in the absence of *ex-lege* permission to reproduce a reasonable amount of a copyrighted work, there will be very little or no citations of other's works, negatively affecting socially beneficial activities such as teaching, research, commentary, or criticism. Then, granting automatic *ex lege* permission to quote a copyrighted work becomes an efficient solution. In this particular case, there is no economic loss to the author since absent an *ex lege* permission, there would be no substitutive market transaction

---

<sup>21</sup> Vid. Nino, C. S. (2005). Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino. Ariel.

<sup>22</sup> Any license negotiation will be affected, in the real world, by positive transaction costs, in addition to the financial costs of the license (i.e., royalties). In this sense vid. the still relevant paper by Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, 3.

<sup>23</sup> Vid. Posner, R. A., & Landes, W. M. (2003). The Economic Structure of Intellectual Property Law. **Harvard University Press**.



(e.g., no paid license, due to the high transaction costs and low expected utility involved). Thus, the author loses nothing, and the readers win, this is an outcome that economists call *Pareto efficient*.

Exceptions and limitations may also benefit authors, as the proliferation of reviews, commentaries, or critical pieces, that cite parts of the original work, may lead to an increase in sales of the latter. Another example, a book review to be credible must be impartially written. Had the author the exclusive right to authorize quoting small passages from her work even for purposes of literary review or criticism, nobody would trust the impartiality of such a review, because the author of the quoted work would only grant licenses to reviewers that would paint her work in a favorable light.

In a similar way, a parody may also promote the parodied work, as long as the former is not a substitute for the original work.

Depoorter and Parisi, authors that belong to the same epistemological paradigm as Landes and Posner but have a European perspective, suggest a different economic rationale to justify new exceptions and limitations to copyright law.<sup>24</sup> Without dismissing the transaction cost theory discussed supra, these authors state that even in situations of low or zero transaction costs, exceptions and limitations to copyright law would still be necessary to counteract the potential strategic behavior of copyright holders, in particular, to avoid problems of *anticommons*,<sup>25</sup> i.e. a situation in which a proliferation of property rights may lead to sub-optimal use of the works.

I believe Depoorter and Parisi's doctrine better captures the potential dynamic between copyright holders vis-à-vis AI developers. Owners of large quantities of works, such as book publishers (a market highly concentrated by the so-called "big five" publishers at a worldwide scale), may behave strategically, leading to hold-up problems. In this situation, an AI developer may not be able to access the quantity or quality of works it needs, negatively affecting the accuracy of the output produced.

---

<sup>24</sup> Vid. Depoorter, B., & Parisi, F. (2002). Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation. **International Review of Law and Economics**, 21(4), 453–473.

<sup>25</sup> The term *anticommons* was popularized by Heller, M. A. (1998), in The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, 111(3), 621–688.

New exceptions and limitations, like the recent TDM ones instituted by the EU, may serve to avoid strategic behavior by copyright holders that may negatively affect the development of AI systems. However, as we may see infra, the EU approach is objectionable and does not solve all the issues.

## 6 EXCEPTIONS AND LIMITATIONS FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COMPARATIVE LAW

In the last years, some countries have added new exceptions and limitations to promote AI. TDM refers to automated processes to create new information, patterns, trends, and correlations from the analysis of existing text and data. As said earlier, AI systems need inputs (text, data, etc.) to create output, i.e., to learn. Hugenholtz goes as far as to suggest that *“much of the current and future development in artificial intelligence, therefore, depends on text and data mining”*.<sup>26</sup>

Contents to be mined may include raw data (in principle, not subject to any particular form of IPR)<sup>27</sup> but also text, images, pictures, and any other type of creative work that may be protected by copyright.

TDM activities involving copyrighted content will require at least an act of reproduction, and sometimes also adaptation (i.e., the creation of a derivative work) which fall under the sphere of exclusive control of the copyright owner. Therefore, in the absence of an explicit authorization by the copyright holder (such as a license), any reproduction, adaptation, or other act may amount to infringement. The potential threat of litigation may act as a Damocles’ sword to law-abiding AI developers, disincentivizing investments, research, and development in the area. It is to avoid this from happening that some countries have already legislated ad hoc exceptions and limitations to enable the use of copyrighted Works by AI.

---

<sup>26</sup> Vid. Hugenholtz, B. (2019, July 24). The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4) - Kluwer Copyright Blog. Retrieved April 28, 2020, from <http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>

<sup>27</sup> However, access may be restricted by trade secrets, contractual provisions or technical protection measures.

Already in 2014 the UK amended the Copyright, Designs and Patent Act and added a new exception for making copies (reproduction) of works for text and data analysis for non-commercial research.<sup>28</sup>

*Copyright, Designs, and Patents Act 1988*

*29A Copies for text and data analysis for non-commercial research*

*(1)The making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that—*

*(a)the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose, and*

*(b)the copy is accompanied by a sufficient acknowledgment (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).*

*[Omissis]*

The US *fair use doctrine*, codified into Section 107 of the US Copyright Act, provides a list of four factors that a judge must appreciate determining, on a case by case basis, whether copyright law has been infringed or the unauthorized use has to be tolerated by the copyright owner. The open texture of the US is certainly more flexible than the civil law's rigid and closed list of exceptions and limitations.

*[Omissis], the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—*

*(1)the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*

*(2)the nature of the copyrighted work;*

---

<sup>28</sup> Vid. section 29A of the UK Copyright, Designs and Patent Act 1988.

*(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*

*(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*

*The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*

Most scholars consider TDM activities are covered by fair use,<sup>29</sup> in particular after the decision of the US Court of Appeals for the Second Circuit that upheld Google Books' project of mass digitization of copyrighted works *in re Authors Guild v. Google, Inc.* (804 F.3d 202, 2015).

Japan amended its Copyright Act in 2018.<sup>30</sup> Article 30-4 permits to access copyrighted works for extraction, comparison, classification, or other statistical analysis of language, sound, or image data, or other elements of which a large number of works or a large volume of data is composed, and computer data processing. Article 47-4 exempts from copyright infringement the making of incidental electronic copies of works. Finally, article 47-5 permits to use of copyrighted contents for data verification purposes in connection to research.

The recent EU *Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market* introduced two new exceptions that are mandatory for member countries. These two exceptions must be transposed into their domestic laws. Article 3 establishes a broad and specific TDM exception for non-profit scientific research, whereas article 4 provides a more general but narrower TDM exception, subject to some restrictions, for everyone else.

*Article 3 Text and data mining for the purposes of scientific research*

*1. Member States shall provide for an exception to the rights provided for in Article 5(a) and Article 7(1) of Directive 96/9/EC, Article 2 of Directive*

<sup>29</sup> Vid, inter alios, Carroll, M. W. (2019). Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful. **UC Davis Law Review**, 53. 2019.

<sup>30</sup> Vid. Japanese Copyright Act no. 48 of May 6, 1970, as amended by Act No. 72 of July 13, 2018.

*2001/29/EC, and Article 15(1) of this Directive for reproductions and extractions made by research organisations and cultural heritage institutions in order to carry out, for the purposes of scientific research, text and data mining of works or other subject matter to which they have lawful access.*

*2. Copies of works or other subject matter made in compliance with paragraph 1 shall be stored with an appropriate level of security and may be retained for the purposes of scientific research, including for the verification of research results.*

*3. Rightholders shall be allowed to apply measures to ensure the security and integrity of the networks and databases where the works or other subject matter are hosted. Such measures shall not go beyond what is necessary to achieve that objective.*

*4. Member States shall encourage rightholders, research organisations, and cultural heritage institutions to define commonly agreed best practices concerning the application of the obligation and of the measures referred to in paragraphs 2 and 3 respectively.*

#### *Article 4 Exception or limitation for text and data mining*

*1. Member States shall provide for an exception or limitation to the rights provided for in Article 5(a) and Article 7(1) of Directive 96/9/EC, Article 2 of Directive 2001/29/EC, Article 4(1)(a) and (b) of Directive 2009/24/EC and Article 15(1) of this Directive for reproductions and extractions of lawfully accessible works and other subject matter for the purposes of text and data mining.*

*2. Reproductions and extractions made pursuant to paragraph 1 may be retained for as long as is necessary for the purposes of text and data mining.*

*3. The exception or limitation provided for in paragraph 1 shall apply on condition that the use of works and other subject matter referred to in that paragraph has not been expressly reserved by their rightholders in an appropriate manner, such as machine-readable means in the case of content made publicly available online.*

*4. This Article shall not affect the application of Article 3 of this Directive.*

This is the second time an EU Directive has established a mandatory exception, which somehow signals the strategic importance the EU places in AI.<sup>31</sup>

Because TDM exceptions refer to non-expressive uses of copyrighted work, in principle, they do not compete with the original one. In other words, in economic terms, this exception does not create a substitute good for the original work. Moreover, the EU exception makes it a mandatory prerequisite for text and data mining activities to have lawfully acquired a copy of the work. Thus, in principle, it does not unduly prejudice the economic interests of the copyright holder. Moreover, the power of the rightsholder is reinforced in the case of TDM activities carried out by for-profit institutions, as the copyright holder retains the right to deny authorization in this case. This provision has been criticized as unnecessarily restrictive.

Therefore, all things considered, the two brand new EU mandatory exceptions may probably be insufficient if not useless, according to some scholars. Article 3 has been criticized for leaving out of the scope of the broad exception for-profit activities, which negatively affects AI entrepreneurs, SMEs, MNCs, and even media companies. Article 4, in turn, can be foreclosed and its purpose may be entirely defeated, as the copyright owner could opt out of the TDM exception, in which case the only lawful way to perform TDM over copyrighted works would be to negotiate a license.<sup>32</sup> This leaves the door open for copyright holders to behave strategically to the detriment of AI developers, a risk already mentioned by Depoorter and Parisi in their paper. The risk of strategic behavior may require a broader exception than the one legislated by the EU.<sup>33</sup> Last but not least, being a Directive, it has to be transposed to the domestic legal systems of member countries. Different national transpositions may create a disharmonizing effect, which is the opposite of what the Directive intended.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> The first EU-wide mandatory exception is found in art. 5.1 of the Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society allows temporary acts of reproduction, which are transient or incidental and an integral and essential part of a technological process

<sup>32</sup> Vid. Hugenholtz, B., note 26 supra.

<sup>33</sup> Vid. supra note no. 24.

<sup>34</sup> Vid. [CITIP blog. Conference on the Directive on Copyright in the Digital Single Market - Insights from the 'exceptions' panel: Copyright (un)harmonization? Retrieved November

Isolated and disarticulated national and regional exceptions to enable AI technologies, like the ones undertaken by the UK, Japan, or the EU, maybe welcome but in the end, may not be adequate in a global market where investments in AI research and development are becoming increasingly transnational. Therefore, some scholars have suggested that the time may be ripe to discuss a multilateral treaty on exceptions and limitations to enable AI activities, perhaps under the auspices of WIPO.<sup>35</sup>

Last but not least, exceptions that enable AI technologies, such as TDM, may not only incentivize private investments but may also have a broader social impact. As mentioned earlier, if the training set of data (including works) is not sufficiently large, AI output may be biased.<sup>36</sup> Thus, there is another angle to advocate AI exceptions and limitations, as they act as an antidote against algorithmic discrimination due to limited training datasets. Unlike discrimination by humans, discrimination by algorithms is difficult to detect, is opaque. Private AI algorithms are usually protected by trade secrets, contract law, and/or technical protection measures. Broad enabling exceptions and limitations for AI may avert this risk by allowing access to the broader pool of data. The broader the training dataset, the less likely an algorithm would produce an unwanted biased output.

## 7 THE ASYMMETRIC TREATMENT OF EXCEPTIONS AND LIMITATIONS IN LATIN AMERICA

The treatment of exceptions and limitations to copyright law in Latin American can be considered asymmetric. For instance, and just to name a few examples, the Argentinian Copyright Act no. 11.723, that dates back

---

29, 2020, from <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/conference-on-the-directive-on-copyright-in-the-digital-single-market-insights-from-the-exceptions-panel-copyright-unharmonization>].

<sup>35</sup> Vid. Flynn, S., Geiger, C., Quintais, J., Margoni, T., Sag, M., Guibault, L., & Carroll, M. W. (2020, April 20). **Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action.**

<sup>36</sup> Vid. Amanda Levendowski. (2018). How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem. **Wash. L. Rev.**, 93(579).

to 1933, has a limited and outdated set of exceptions and limitations<sup>37</sup>, the Brazilian Copyright Act no. 9.610 a slightly broader set<sup>38</sup>, and the Chilean Copyright Act no. 17.336 of 1970 has probably the largest one in the region, after its amendment by Act no. 20.435 of 2010.<sup>39</sup>

A report by Crews, first published in 2015 and updated in 2017, concerning copyright limitations and exceptions for libraries and archives, confirms the disparity.<sup>40</sup> According to this study, Argentina and Brazil belong to a minoritarian group of 28 countries (from a study pool of 191) that have no specific exceptions or limitations for libraries or archives. Conversely, Chile and Peru, have incorporated many to facilitate the function of libraries and archives, without infringing copyright law.

To the knowledge of this author, after a brief but not necessarily exhaustive analysis of the WIPO Lex Database Search<sup>41</sup>, no Latin American country has yet incorporated any specific exception or limitation to copyright law to enable or facilitate the training or education of AI systems, such as EU's recent TDM exceptions. At this point, it's worth noting how quickly technology evolves, which makes it even more challenging for the legislator to catch up, even when is willing to do so. For instance, the Chilean reform of 2010 included many exceptions to enable (then) new or recent technologies, such as reverse engineering of computer programs (art. 71 "o" b) and transitional or accessory reproduction of works for the purpose of transmission in a network (art. 71 "p"). None of these, neither of other exceptions and limitations included in the Chilean law, serve today the needs of training and AI algorithm that requires access to creative works.

Seen from this perspective, a flexible and open-ended system, like US-style fair use, may seem like a preferable regulatory option. Some scholars

---

<sup>37</sup> Namely, arts. 9 (back-up copy of a licensed software), 10 (*droit de courte citation*, capped to 1000 words or 8 musical compasses), 27 (political discourses), 28 (news) and 36 (performance of works by official bands, reproduction and distribution of works in special systems for blind or visually impaired persons).

<sup>38</sup> Vid. articles 46, 47 and 48 of the Brazilian Copyright Act no. 9.610.

<sup>39</sup> Vid. art. 71, letters "a" to "t" of the Chilean Copyright Act no. 17.336.

<sup>40</sup> For a complete analysis, vid. Kenneth D. Crews. (2017). **Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives**: Updated and Revised.

<sup>41</sup> [<https://wipo.lex.wipo.int/en/main/legislation>].



have pointed out that, in principle, there may be no normative or institutional constraint for a country belonging to the *droit d'auteur*-civil law tradition to adopt a system similar to US fair use. However, in practice, due to other institutional and social constraints, including the preparation and role of judges, to include a US-style *fair use* clause to Latin American copyright legislations seem chimeric, to say the least. Other authors have suggested, with a certain degree of pragmatism, that it may still be possible to reach some middle ground between the inflexibility of the civilian model of exceptions and limitations and the open texture of the US *fair use*.<sup>42</sup> This is an avenue a reasonable legislator may like to consider.

Given the sterile and groundless debates this author has experienced, it may seem necessary to recall that exceptions and limitations are not incompatible with international commitments in the area of copyright law, as long as they are compliant with the so-called *three-step test*. This standard is repeated in many international texts, most notably in Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (exclusively in relation to the right of reproduction), in article 13 of the TRIPS Agreement, with a broader scope (encompassing all “exclusive rights”), and also in article 10 of the WIPO Copyright Treaty (in relation “to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty”). Moreover, and contrary to the prevailing interpretation of the *three-step test* standard in Latin America, a group of notable scholars has recently highlighted its compatibility, as it is, with a more *balanced* interpretation capable of better balancing the interests of copyright holders, users, and other stakeholders.<sup>43</sup>

Last but not least, Argentina, Paraguay, and Uruguay still enforce a system of *domaine public payant*, which requires the payment of a special fee (actually, a tax) to a state agency in order to publish, translate, adapt, etc., works in the public domain. Thus, the *domaine public payant* may become an

---

<sup>42</sup> Vid., *inter al.*, Senftleben, M. R. F. (2017). The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provisions. **American University International Law Review**; and Bernt Hugenholtz, P., & Senftleben, M. R. F. (2011). Fair Use in Europe. In search of flexibilities.

<sup>43</sup> Vid. Geiger, C., Geiger, C., Hilty, R., Griffiths, J., & Suthersanen, U. (2010). Declaration A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In **Copyright Law. JIPITEC**, 1(2). Retrieved from <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621>

additional hurdle to educate AI systems.<sup>44</sup> In these countries, an assessment of the impact of the paying public domain regimes on AI practices may be required.

Exceptions and limitations are a complement, not the antithesis, of copyright law and neighboring rights. Both are necessary elements of a sustainable knowledge economy, like two sides of the same medal. In this regard, the US may be taken as an example. This country, still the most innovative and creative one in the world, which aggressively advocates strong enforcement of US copyright abroad, at the same time, safeguards the most generous fair use in the world. The US *fair law* has been the enabler of Schumpeterian “*creative destruction*” in the form of new disruptive technologies. Sometimes, even at the expense of copyright holders, such as in the famous *Betamax case* concerning video cassette recording technology<sup>45</sup> or, more recently, concerning the incredibly ambitious *Google Books* digitization project.

Ideology or vested interest should not determine policymaking. In his last book, Olson warned that countries whose legislatures become captured by interest groups and legislate mostly in their interests, and not for the general welfare, are doomed to decline and poverty.<sup>46</sup> Reality seems to validate Olson’s theory. As it was mentioned *supra*, reasons for new exceptions and limitations (including to enable AI technologies), without undue prejudicing legitimate interests of copyright owners, are rooted in good economics.

## 8 FINAL REMARKS

Latin America is the most unequal continent in the world.<sup>47</sup> Without a proper and holistic legal framework, AI may increase this inequality. At the same time, AI brings the promise to increase the productivity and competi-

---

<sup>44</sup> For an economics-minded critique of the *domaine public payant*, vid. Marzetti, M. (2019). Paying for works in the public domain? The “*domaine public payant*” in the 21st century. GRUR Int., (343).

<sup>45</sup> Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 1984.

<sup>46</sup> Vid., in this regard, Olson, M. (2008). *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*. Yale University Press.

<sup>47</sup> Vid. World Economic Forum. (2016). Latin America is the world’s most unequal region. Here’s how to fix it. Retrieved December 6, 2019, from [<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/inequality-is-getting-worse-in-latin-america-here-s-how-to-fix-it/>].

tiveness of Latin American firms, and in doing so to generate jobs, growth, and wealth.

For this to happen governments must provide public goods, such as legal rules. Of course, rules must also be properly enforced. AI enabling exceptions and limitations are some of the rules necessary to prepare for the new paradigm of industry 4.0. It is the moment for Latin American legislators to start discussing passing new exceptions and limitations to their copyright laws to enable AI.

There are many advantages to be expected from doing so, such as,

- 1, Cost-effectiveness. This a low-cost reform, it requires no infrastructure.
2. Foreseeable favorable impact on the nascent Latin American AI-industry. Having exceptions will send the right signals to the market and potential investors.
3. No negative economic effect on copyright holders. For the reasons described supra, these exceptions do not impose any monetary loss to the rightsholders. In general terms, they preclude no alternative market transaction and may even provide some benefits, due to incentives to lawfully acquired those works in the first place.
4. Promotes a culture of law-abidingness. This is particularly necessary in relation to intangible assets, where anomy in the region is endemic.

Legal reform is perhaps the most cost-effective and less resource-intensive initiative a government can implement. However, reasonable rules have a tremendous impact on the choices of firms and individuals.

Incorporating AI enabling exceptions and limitations is a cost-effective way for Latin American regulators to incentivize developments, investments, and jobs in this area. Comparative law and foreign legal scholarship suggest new exceptions and limitations to enable TDM and other non-expressive uses of copyrighted works by AI systems is a necessary area of reform.

Moreover, Latin American countries willing to incorporate such exception to their legal system can benefit from regulatory changes already in force and already discussed abroad. For instance, the restrictive model of the

recent EU TDM exceptions, which seriously limits the effect of such exceptions for for-profit developers, could be left aside.

Even if discreetly optimistic, this author is no naïf. There should be no space for magical realism in legal scholarship. Incorporating the best possible exception and limitations to Latin American copyright laws to promote lawful AI R&D, without taking at the same time other fundamental steps to improve technical and scientific education, macroeconomic stability, access to credit, legal certainty, and respect for the rule of law, among others, would not bring about the promise of AI. Political will and decisive actions are necessary not to miss the boat to the next industrial revolution.

Yet, incorporating exceptions and limitations to promote lawful computational analysis of copyrighted works is a necessary step in the right direction, and a cost-effective one. A small legal reform that may have a potentially big impact on AI development in the region.

Developing countries do not need to create these exceptions *ex novo*. They could, and should, stimulate legal reform on the coattails of developed nations. After all, ideas are not copyrightable and most domestic laws are excluded from copyright protection (with some notable exceptions)<sup>48</sup>. This is another aspect that makes legal borrowing appealing. Certainly, I'm not advocating blind copy-pasting. A legal transplant to be successful, like a real plant (from where the metaphor comes), needs to find all the nutrients in its new soil, as well as favorable conditions for development.<sup>49</sup>

Latin American regulators should start debating now which new exceptions and limitations to incorporate into their respective copyright laws to promote AI R&D and prepare their societies to profit the most from the upcoming *algorithmic economy*. Comparative law and foreign legal scholarship provide a blueprint. Of course, there are different alternatives to choose from. As seen *supra*, the EU model may be too restrictive, or even counter-productive.

---

<sup>48</sup> For instance, the UK still enforces Crown copyright. However, certainly to promote access to legal texts, the UK introduced in 2010 Open Government Licenses to access and re-use works, and information created by the public sector.

<sup>49</sup> For the conditions of successful legal transplants, *vid. Mattei, U. (1994). Efficiency in legal transplants: An essay in Comparative Law and Economics. International Review of Law and Economics, 14(1), 3–19.*

Thus, Latin American countries have the opportunity to come up with a better set of AI enabling exceptions and limitations. Local experts should adapt foreign legal institutions to the needs, constraints, and culture of each specific country. This paper was never aimed at discussing the technical details of the ideal set of AI-enabling exceptions and limitations that Latin American copyright laws require. Such a discussion would require a much longer paper. Moreover, Latin American countries are not the same. Discussions should take place also at the national level in each jurisdiction. In sum, that's a discussion that academics from each country must continue. My humble purpose has been to spark this conversation in the region.

## REFERENCES

- ALBRIEU, R., RAPETTI, M., LÓPEZ BREST, C., LARROULET, P., & SORRENTINO, A., CIPPEC, (2019). **Inteligencia artificial y crecimiento económico**. Oportunidades y desafíos para Argentina.
- BRYNJOLFSSON, E., & MCAFEE, A. (2014). **The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies**. W. W. Norton.
- DEPOORTER, B., & PARISI, F. (2002). Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation. **International Review of Law and Economics**, 21(4), 453–473.
- FLYNN, S., GEIGER, C., QUINTAIS, J., MARGONI, T., SAG, M., GUIBAULT, L., & CARROLL, M. W. (2020, April 20). **Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action**.
- GOV.UK. Exceptions to copyright. Retrieved November 29, 2020, from <https://www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright#text-and-data-mining-for-non-commercial-research>
- HUGENHOLTZ, B. (2019, July 24). The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4) - Kluwer Copyright Blog. Retrieved April 28, 2020. <http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>
- HELLER, M. A. (1998), in The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, 111(3), 621–688.
- JACK COPELAND. (2000). **What is Artificial Intelligence?** Retrieved December 7, 2019, from [http://www.alanturing.net/turing\\_archive/pages/ReferenceArticles/What is AI.html](http://www.alanturing.net/turing_archive/pages/ReferenceArticles/What%20is%20AI.html)

MARC PROSSER (2020, February 5). **How AI Helped Predict the Coronavirus Outbreak Before It Happened**. Retrieved April 28, 2020, from <https://singularityhub.com/2020/02/05/how-ai-helped-predict-the-coronavirus-outbreak-before-it-happened/>

OVANESSOFF, A., & **Plastino**, (2017) E., Accenture, How Artificial Intelligence can drive South America's growth.

OXFORD INSIGHTS. (2019). **Government Artificial Intelligence Readiness Index**. Retrieved from <https://www.oxfordinsights.com/ai-readiness2019>.

POSNER, R. A., & LANDES, W. M. (2003). The Economic Structure of Intellectual Property Law. **Harvard University Press**.

SCHUMPETER, J. (1942). Capitalism, Socialism and Democracy. **Harper and Row**, p. 83

SCHWAB, K. (2016). The fourth industrial revolution. **World Economic Forum**.

SENFTLEBEN, M. R. F. (2017). The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provisions. **American University International Law Review**; and BERNT HUGENHOLTZ, P., & SENFTLEBEN, M. R. F. (2011). **Fair Use in Europe**: In search of flexibilities.

# »»» DIREITOS AUTORAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES ACERCA DA AUTORIA DE OBRAS INTELECTUAIS POR AGENTES NÃO HUMANOS

Dalila Raquel Garcia Cordeiro<sup>1</sup>

**RESUMO:** A revolução pós-industrial e o desenvolvimento de artefatos tecnológicos conduziram a mudanças no processo criativo de bens intelectuais, implicando em uma rediscussão da função autor no direito autoral. A autoria, centrada na figura do indivíduo humano, tornou-se alvo de debates e rediscussões, ante a existência de inovações científicas, como aplicações de inteligência artificial, capazes de criar obras artísticas com autonomia e independente de interferência humana. Objetivou-se, portanto, analisar a possibilidade de reconhecimento da autoria por agentes não humanos sob o óbice da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98). Para tanto, examinou-se a partir de uma perspectiva histórica a consolidação da autoria centrada na pessoa humana e os processos sociais que conduziram a sua normatização. Apresentou-se, também, o conceito de inteligência artificial, além de casos emblemáticos de agentes computacionais criadores de obras artísticas. Por fim, analisaram-se propostas ao reconhecimento da autoria por agentes não humanos, como a solução adotada pela legislação autoral britânica. Concluiu-se que devido à complexidade e transdisciplinaridade do tema, faz-se necessário aprofundar as discussões sobre a questão e analisar as implicações no ordenamento jurídico como um todo, antes de propor soluções efetivas ao dilema.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais. Autoria. Inteligência Artificial.

## INTRODUÇÃO

Segundo Manuel Castells, temos vivido na chamada era do conhecimento ou sociedade informacional. Esta era pós-industrial tem sido palco

---

<sup>1</sup> Pós graduada em Direito nas Novas Tecnologias. Certificado de Conclusão pela Harvard Law School no curso *CopyrightX*. Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

de inúmeras transformações nos mais variados espectros, principalmente quanto ao acesso, produção e compartilhamento de bens intelectuais.

O surgimento de novos ramos da ciência como a Inteligência Artificial tem propiciado o desenvolvimento de artefatos tecnológicos que, devido ao seu caráter disruptivo, tem fomentado indagações acerca de certos paradigmas antropocêntricos antes incontestáveis, pois questionam a singular capacidade humana de produzir conhecimento e arte. Neste sentido, algumas aplicações de inteligência artificial têm apresentado notória capacidade de produzir obras intelectuais, especificamente artísticas, com elevado grau de autonomia e independência de interferência humana.

Por sua vez, a Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/98) restringe a autoria de obras intelectuais à pessoa física. Tal regramento se deve à influência de ideais modernistas, principalmente românticos, nos quais atribuíram com exclusividade à pessoa humana a aptidão para produzir criações com originalidade e criatividade. Contudo, tais ideais iluministas que consagram o autor como gênio singular tem sido objeto de críticas, amparado pelos avanços tecnológicos e por reconsideração de certos paradigmas.

O presente trabalho tem por escopo analisar a autoria de obras intelectuais produzidas por agentes não humanos, mais especificamente, por aplicações de inteligência artificial. Para tal fim, analisa-se os fundamentos históricos e jurídicos que consolidaram a autoria assentada na pessoa humana, e as razões pelas quais encontram-se em discussão hoje. Considera-se, também, em que consiste a inteligência artificial como novo ramo da ciência e examina-se exemplos pontuais de agentes computacionais e suas criações artísticas.

Por fim, apresenta-se propostas ao reconhecimento da autoria por agentes não humanos, como a solução adotada no Reino Unido, assim como suas implicações na propriedade intelectual e na sociedade como um todo, uma vez que as reflexões desencadeadas pelo tema exploram temáticas que ultrapassam a esfera do direito autoral e demandam por respostas de viés multidisciplinar.

## **1 AUTORIA**

A Lei nº 9.610/98, que regulamenta a matéria do direito autoral no Brasil, apresenta um capítulo próprio para dispor acerca da autoria. De modo



conciso, o capítulo II da Lei de Direitos Autorais aponta quem pode ser autor de obra intelectual e, ainda, estabelece algumas modalidades de autoria.

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

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

Objetivamente, a Lei de Direitos Autorais brasileira reconhece como autor apenas a pessoa física. Admite-se, em contrapartida, a autoria de pessoas humanas em quaisquer que sejam suas condições físicas e mentais, sem exceções ou limitações. Por outro lado, a pessoa jurídica não pode ser considerada autora, embora a LDA apresente uma ressalva, estabelecendo “que o que seria aplicável às pessoas jurídicas em determinados casos é a proteção concedida ao autor, e não que a pessoa jurídica assumiria a figura de autor de uma determinada obra” (SCHIRRU, 2019, p. 10).

Devido à influência de ideais modernistas na legislação autoral brasileira, a autoria é vinculada à figura do humano criador, traduzindo-se na legitimidade de um agente ser reconhecido como autor de uma criação intelectual. Em contraposição, a titularidade apresenta-se como a capacidade de gerenciar certos direitos relativos a uma obra, seja ela científica, artística ou literária.

Neste sentido, a autoria não necessariamente garante a tutela sobre os direitos de uma criação, posto que o autor pode transferir, de forma permanente ou temporária, os direitos patrimoniais de sua obra ou perdê-los, quando esta ingressa em domínio público. A lei autoral brasileira ainda reconhece a possibilidade de uma obra possuir mais de um autor, como no caso das composições musicais, em que a autoria é compartilhada entre dois ou mais criadores.

Nesta perspectiva, as obras audiovisuais recebem tratamento próprio, ou seja, admite-se como coautores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou líteromusical e o diretor, e como coautores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual<sup>2</sup>. Também são assegurados direitos àqueles que participam indivi-

<sup>2</sup> Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998): “Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor. Parágrafo

dualmente de obra coletivas, ficando a cargo do organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva<sup>3</sup>.

Nota-se que a Lei de Direitos Autorais privilegia a figura da pessoa humana como autora. Além disso, as exceções ao modo de produção individual, como a coautoria, não são suficientes para acolher os modos de criação artística e intelectual do mundo pós-revolução tecnológica.

Desta forma, para compreender o fenômeno da autoria, não basta debruçar-se na legislação autoral. Torna-se relevante, então, dizer que a autoria não pode ser compreendida como um fato natural consumado no decorrer do processo histórico. Pelo contrário, a noção sobre autoria é construída no devir histórico (SASS, 2015, p. 80). Isto é, seus contornos são reflexos de um processo histórico-social que suscita revisitação para atender às demandas atuais advindas da sociedade da informação.

## 2 CONSTRUÇÃO SÓCIO-JURÍDICA DA AUTORIA HUMANA

Muito antes das mudanças proporcionadas pela invenção da tipografia, a oralidade era o meio no qual a cultura e o conhecimento eram transmitidos e compartilhados na Antiguidade. A circulação das criações artísticas, científicas e literárias dava-se por via oral, sendo transmitidas de geração para geração por seus intérpretes, artistas responsáveis por manter o elo entre o conhecimento e a comunidade.

As obras produzidas na tradição oral dependiam, sobretudo, da habilidade de seus intérpretes em reproduzi-las e compartilhá-las com a comunidade. Durante esse processo, era comuns que acréscimos, alterações e adaptações fossem realizados nas obras pelo pelos transmissores, de forma

---

único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual”.

<sup>3</sup> Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998): “Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas. § 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada. § 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva. § 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução”.

que as constantes modificações nas criações tornavam mais difíceis, e de certo modo, irrelevante a identificação do autor.

A transição da cultura oral para a escrita não implicou em nenhuma mudança substancial da função do autor, pois muito embora a produção escrita tenha facilitado a identificação dos autores e estabelecido um vínculo destes com as obras, a autoria ainda não operava como um elemento que garantia status e reconhecimento aos criadores.

Durante boa parte da Idade Média a função do autor restringia-se a de mero interlocutor entre a vontade divina e a sociedade. O período era marcado pela influência da Igreja Católica, de modo que a produção intelectual deveria atender aos anseios de Deus e refletir seus dogmas, afastando quaisquer reivindicações de autoria ou originalidade dos autores.

Na verdade, na Antiguidade e na Idade Média, nem todas as obras eram relacionadas aos autores, porquanto, à exceção daqueles a quem se atribuía o caráter de “autoridade”<sup>7</sup> (o que ocorria com mais frequência na área científica), vigorava geralmente o anonimato, comum na literatura. (SANTOS, 2014, p. 108).

A criação da imprensa, por Gutenberg, no século XIV, representou um marco temporal e simbólico ao direito de autor. Aliado ao desenvolvimento da Modernidade, assentada na individualidade do sujeito, forneceu-se as bases para a constituição da visão de autoria como um processo centrado no indivíduo. Assim, os séculos XVIII e XIX, impulsionados pelo Renascimento e, principalmente, pelo Romantismo, assistiram a uma readequação da função do autor, deslocado de sua posição secundária, e por vezes desconhecida, para figurar como gênio criador.

Por outro lado, a ampla distribuição das obras impressas não auferia um proveito econômico satisfatório na visão dos editores, ante a ausência de normas jurídicas que os resguardassem da concorrência desleal e, conseqüentemente, da cópia ilegal. Além disso, as classes dominantes recebiam perder, ou verem reduzidos, seu poder político e social com a distribuição em massa das obras impressas, como conseqüência de uma circulação mais livre e ampla de conhecimento.

O advento dos direitos autorais deu-se, então, a partir de uma comunhão de interesses políticos e econômicos, cujo propósito consistia em estabelecer limites à difusão de informações, por parte das elites, bem como auferir lucro por parte dos livreiros. Salienta-se, portanto, que a tutela jurídica dos direitos de autor consistiu inicialmente numa demanda daqueles que detinham interesse em explorar economicamente uma obra intelectual.

Assim, esclarece Sérgio Branco (2007, p. 15) que “no século XVI começam a ser atribuídas licenças aos livreiros para que publiquem determinados livros. Do mesmo modo, exige-se do livreiro que tenha autorização do autor para publicar sua obra”. Em contrapartida, paulatinamente os autores passaram a almejar a tutela dos direitos patrimoniais de suas obras, como uma resposta à parca remuneração paga pelas editoras.

Nesse contexto, em 1694, na Inglaterra, tem por fim a censura e, conseqüentemente, o monopólio das editoras na edição e distribuição de obras intelectuais. Anos mais tarde, em 1710, publica-se o Estatuto da Rainha Ana, que adquiriu notoriedade por estabelecer regras de caráter genérico à edição das obras impressas, afastando definitivamente os privilégios anteriormente concedidos aos livreiros.

É a partir desse momento que o Direito Autoral desenvolve-se conjuntamente com a construção da figura do gênio-criador, cunhada no Romantismo. Assim, o sistema jurídico incorpora as noções, por exemplo, de originalidade e de individualidade da obra. Constrói-se, dessa maneira, o paradigma hegemônico quanto à matéria, o qual é eminentemente moderno e romântico, (...) não acompanhando as teorias contemporâneas acerca do fenômeno da autoria. (SASS, 2015, pgs. 93 e 94)

Percebe-se, portanto, que a autoria centrada na figura humana consolidou-se num período em que prevalecia os ideais românticos de exaltação do sujeito moderno. Desta forma, algumas regulamentações incorporaram o ideário da Modernidade, como o Estatuto da Rainha Ana, que representou um marco ao direito de autor, pois o elevou à condição de titular do direito patrimonial de uma obra intelectual. Nesta lógica, a criação intelectual re-

presentaria uma extensão da própria personalidade do autor, justificando o caráter personalista do direito autoral.

Em contrapartida, ao longo do tempo, o surgimento de artefatos tecnológicos, como a câmera fotográfica e, mais recente, o computador, introduziram mudanças no processo criativo, acrescentando questionamentos ao debate sobre as noções de autor e obra. Isto é, se por um lado às criações intelectuais deixaram de ser produtos imateriais imutáveis, diante da existência de obras interativas e abertas, permitindo sua constante mutação e revisão, a autoria se viu desvinculada de um sujeito único criador perante novas possibilidades para o ato criativo, como a coautoria ou obras coletivas.

Destaca Santos (2014, p. 107) que as noções de autor, criador, criação e obra não necessariamente são similares, pois a legislação autoral, influenciada pelos ideais românticos, não protege toda criação humana tampouco reconhece certos tipos de autoria. Isto é, a ausência de reconhecimento legal não afasta a existência de certos tipos de autoria e de obra intelectual, uma vez que o Direito não logra alcançar a realidade fática e suas transformações.

### 3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A capacidade inventiva e a criatividade humana são aspectos que costumam ser evidenciados ao se analisar obras intelectuais. Tais elementos são vistos como traços da própria humanidade, características que distinguem o *homo sapiens* de outras espécies animais. Contudo, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da inteligência artificial tem fomentado questionamentos a alguns paradigmas que, até então, apresentavam-se como irrefutáveis.

A Inteligência Artificial consiste em um ramo particular da ciência, uma vez que alberga elementos da matemática, computação, linguística, neurociência e, inclusive, filosofia em seus fundamentos. Por ser uma área de pesquisa intrinsecamente interdisciplinar, conceituar Inteligência Artificial torna-se um desafio, tendo em vista que nenhuma definição será suficiente para alcançar todas as perspectivas e abordagens relativas ao tema.

Não obstante, para fins deste artigo, destacaremos o conceito cunhado por Stuart Russell e Peter Norvig (2013) no qual definem a inteligência artificial como um agente racional e/ou inteligente. Nas palavras dos autores:

Um agente é simplesmente algo que age (a palavra *agente* vem do latino *agere*, que significa fazer). Certamente todos os programas de computador realizam alguma coisa, mas espera-se que um agente computacional faça mais: opere sob controle autônomo, perceba seu ambiente, persista por um período de tempo prolongado, adapte-se a mudanças e seja capaz de criar e perseguir metas. Um agente racional é aquele que age para alcançar o melhor resultado ou, quando há incerteza, o melhor resultado esperado. (RUSSELL; NORVIG, 2013, pgs. 27 e 28)

Neste sentido, uma aplicação de inteligência artificial não se caracteriza apenas por sua capacidade de emular o pensamento e comportamento humano, mas por ser capaz, após receber certos estímulos em determinado meio, de criar e entregar resultados direcionados a um objetivo, tal qual um ser humano. Posto isso, introduz-se uma nova perspectiva na qual o ser humano não se apresenta como único agente apto a agir racionalmente e a produzir criativamente, visto que sendo criadas condições, uma aplicação de inteligência artificial é capaz de realizar o mesmo.

Embora seja uma comparação que desperte reflexões e questionamentos, o fato é que aplicações de inteligência artificial têm produzido bens intelectuais com elevado grau de autonomia e criatividade. Como, então, um agente computacional, pode aprender e criar racionalmente?

As aplicações de inteligência artificial são sistemas de computador constituídos basicamente por algoritmos. Os algoritmos são “um conjunto de instruções matemáticas, uma sequência de tarefas para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado” (KAUFMAN, 2018). Esse conjunto de instruções, por sua vez, formam as linhas de códigos que constituem um programa de computador. Em síntese, constituem os elementos que formam uma aplicação de inteligência artificial.

Embora esse processo de criação de linhas de código, chamado de programação, seja mais complexo do que nos cabe comentar, é necessário destacar que existem alguns métodos, como o *Machine Learning*, na qual a inteligência artificial pode aprender e se aperfeiçoar sem a intervenção humana. A partir do *Machine Learning*, surgiu outra modalidade de programação denominada *Deep Learning*.

O *Deep Learning* representa um dos maiores avanços nas pesquisas em inteligência artificial, pois se baseia em redes neurais artificiais, ou seja, verdadeiras simulações dos neurônios biológicos humanos. “Este subcampo da Inteligência Artificial dá aos computadores a capacidade de aprender sem serem explicitamente programados” (KAUFMAN, 2018). Isto é, independente de interferência humana e com certo grau de autonomia, através do *Deep Learning* os agentes computacionais podem aprender, criar e executar tarefas que, inicialmente, eram desempenhadas apenas por seres humanos.

#### 4 ESTADO DA ARTE

Para a análise da autoria de obras produzidas por agentes não humanos, neste caso por inteligência artificial, faz-se necessário adotar alguns critérios, tais como o nível de autonomia do sistema e de interferência humana durante o processo criativo, pois são estes os fatores que, primordialmente, irão contribuir para identificar o autor de uma criação.

Considerando que a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e de as aplicar no mundo exterior, independentemente do controle ou da influência externa; considerando que esta autonomia é de natureza puramente tecnológica e que o seu grau depende do modo como o nível de sofisticação da interação do robô com o seu ambiente foi concebido (PARLAMENTO EUROPEU, 2017, p. 5)

Assim é que uma aplicação de inteligência artificial, dependendo do grau de sofisticação de seu sistema bem como do seu modo de aprendizagem, pode muito bem aperfeiçoar-se, independentemente de qualquer ação humana, sendo capaz de criar com originalidade uma obra intelectual, artística e científica.

Neste sentido, algumas criações artísticas já foram produzidas por agentes computacionais sem diferenciar-se em nada daquelas criadas pelos descendentes do *homo sapiens*. O notável pintor holandês, Rembrandt, talvez não se espantasse se em pleno século XXI um robô reproduzisse em

uma tela a óleo suas pinceladas tão características. Literalmente, foi o que sucedeu com o projeto “*The Next Rembrandt*”<sup>4</sup>.

O objetivo da iniciativa, fruto de uma parceria entre a *Microsoft* e o Banco *ING*, era homenagear o artista holandês de uma forma inovadora, através da criação de uma obra de arte por inteligência artificial que replicasse fidedignamente o estilo e traços do pintor. Para tanto, o sistema analisou dados de mais de 300 pinturas elaboradas por Rembrandt, em busca de fatores como gênero, idade e posição do rosto na tela.

O intuito era realizar um mapeamento preciso do estilo e das preferências do autor para obter elementos comuns entre as obras e, assim, poder reproduzi-las em uma única pintura. A obra final, uma pintura de um homem caucasiano branco, com idade entre 30 e 40 anos, portando trajes escuros, além de refletir os padrões artísticos de Rembrandt, foi impressa em 3D para tornar mais autêntica a composição da tela.

A aplicação de inteligência artificial utilizada no projeto utilizava algoritmos de *Deep Learning*, ou seja, embora o agente computacional tenha baseado-se na obra do pintor holandês para produzir sua própria criação, o processo de elaboração da pintura foi praticamente desprovido de interferência humana. A partir deste método de aprendizagem o sistema é capaz de aprender e aperfeiçoar-se por si próprio, como um aprendiz que após replicar as obras de seu mestre é capaz de reproduzir suas próprias obras.

Semelhante ao projeto “*The Next Rembrandt*”, um coletivo francês denominado *Obvious*, tornou-se notoriamente conhecido no mundo da arte, em 2018, por ser o primeiro a colocar a venda em leilão uma pintura produzida por inteligência artificial. O quadro intitulado “Retrato de Edmond de Bellamy”<sup>5</sup>, retrata um homem em vestes escuras com rosto indecifrável, com um estilo que reflete pinturas produzidas entre os séculos XIV a XX.

A aplicação de inteligência artificial criadora da tela foi programada para realizar uma busca de obras produzidas entre os séculos passados e, partir de uma análise de dados, criar uma pintura totalmente original, capaz

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:35: .

<sup>5</sup> Disponível em: <https://obvious-art.com/edmond-de-belamy.html>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:45:



de superar um teste do próprio sistema criado para distinguir obras produzidas por agentes humanos ou computacionais, como uma espécie de releitura do próprio teste de Turing<sup>6</sup>.

É interessante salientar que o objetivo do coletivo *Obvious*, formado por três programadores franceses, consiste em desafiar os limites da inteligência artificial através da arte, suscitando reflexões acerca das capacidades criativas de agentes computacionais em contraposição ao processo criativo humano.

Ainda que se questione acerca do nível de interferência humana no processo criativo, senão na programação, dos algoritmos utilizados nas iniciativas *"The Next Rembrandt"* e do coletivo *Obvious*, uma vez que em ambos casos foram utilizados bases de dados pré-existentes e definidas por humanos, é inquestionável que o próprio sistema, a partir de métodos de aprendizagem como o *Deep Learning*, foram capazes de se autoaperfeiçoar e criar de forma autônoma um produto intelectual e artístico.

Nesta mesma linha, o agente computacional autônomo Benjamin, foi o primeiro sistema de inteligência artificial que se tem conhecimento a elaborar de forma autônoma o roteiro de um filme. O curta-metragem, chamado *Sunspring*<sup>7</sup>, foi um dos títulos em exibição no festival de filmes de ficção científica *Sci-Fi London*<sup>8</sup>, ocorrido em 2016. O roteiro criado pela inteligência artificial narra a história de três personagens, vivendo em um triângulo amoroso, num cenário futurista.

O curta-metragem, com aproximadamente 9 minutos de duração, seguiu fielmente o roteiro elaborado pela inteligência artificial, inclusive quanto ao comportamento e entonação dos personagens em cena. Considera-

<sup>6</sup> O teste de Turing, proposto por Alan Turing (1950), foi projetado para fornecer uma definição operacional satisfatória de inteligência. O computador passará no teste se um interrogador humano, depois de propor algumas perguntas por escrito, não conseguir descobrir se as respostas escritas vêm de uma pessoa ou de um computador. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 25)

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LY7x2lhqjmc>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:46

<sup>8</sup> Disponível em: <https://news.sci-fi-london.com/festival/2016>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:47

do uma das 10 melhores criações do festival, *Sunspring* surpreendeu não só pelo método de criação do roteiro como também pela originalidade da obra.

O processo de elaboração do roteiro deu-se de forma semelhante aos outros casos, o sistema de inteligência artificial foi “alimentado” com roteiros de diversos outros filmes de ficção científica, como o famoso *Blade Runner*, a partir do qual Benjamin, de modo totalmente autônomo, sem direcionamentos ou interferência humana, pode criar o roteiro do curta-metragem. Apesar de ter recebido algumas críticas devido a certa incoerência lógica dos diálogos, o fato é que o agente computacional Benjamin criou uma obra artística totalmente original e criativa.

Um exemplo paradigmático de obra intelectual produzida por inteligência artificial é o caso do sistema AARON<sup>9</sup>, criado pelo artista plástico inglês Harold Cohen. AARON é uma aplicação de inteligência artificial programada para pintar autonomamente através de uma mão robótica. Para tanto, Cohen criou um suporte mecânico com a tradicional tela de pintura sobre ao qual AARON reproduz sua arte. Além disso, a mão robótica é composta por um pincel tipicamente utilizado por artistas humanos, sendo capaz de misturar e alternar entre distintas cores.

A pintura final produzida pelo sistema, em termos de composição de tela, em nada se diferencia das tradicionais pinturas elaboradas por pessoas humanas, pois AARON utiliza-se dos mesmos materiais para compor as obras, diferentemente do processo utilizado no projeto “*The Next Rembrandt*”, no qual a tela final foi criada em uma impressora 3D.

Tal como um mestre ensina um aprendiz, Harold Cohen instruiu Aaron com noções básicas e essenciais das imagens, como composição de objetos e elementos corporais. Contudo, isso não significa que Cohen tenha traçado padrões e estabelecido limites à criação do sistema, pois “AARON é autônomo, no sentido de que pode fazer suas próprias escolhas a partir do seu conhecimento básico programado por Cohen”. Assim sendo, não há interferência humana durante o processo criativo, cabendo ao agente computacional estabelecer por si próprio os parâmetros criativos de suas criações.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.haroldcohen.com/aaron/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:47

Além disso, Harold Cohen não se denomina autor das pinturas elaboradas por Aaron, apenas do próprio código do sistema. Em uma análise aprofundada sobre a aplicação de inteligência artificial, Ligia da Silva (2007) tece as seguintes considerações:

[...] Quando pensamos no AARON, a primeira impressão que temos, por ser uma máquina, é que ele irá reproduzir imagens a partir de um banco de dados criado por Harold Cohen, mas esse pensamento é errôneo; o modo de produção através da inteligência artificial não permite que AARON produza imagens repetidas. As imagens produzidas por AARON são providas de originalidade, podendo apresentar a hipótese de serem obras de arte com suas auras preservadas, por serem obras únicas; que se aproximam da idéia de obra de arte que se tem tradicionalmente na estética ocidental [...] (SILVA, 2007, p. 69)

Os casos analisados acima demonstram que as pesquisas e os projetos desenvolvidos em inteligência artificial têm expandido algumas fronteiras e explorado questões sensíveis ao ser humano, contribuindo para desconstruir alguns paradigmas e revisar certos conceitos que até então eram irrefutáveis. Logo, não sendo possível frear o avanço das mudanças tecnológicas e de suas diversas implicações na esfera social, não resta alternativa senão repensar as soluções e respostas aos dilemas introduzidos por tais transformações.

## **5 PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES**

Diante das questões introduzidas, o conseqüente passo consiste em apresentar propostas à autoria por agentes não humanos, em outras palavras, por aplicações de inteligência artificial. No entanto, como se tentou demonstrar, as discussões acerca deste tema são dotadas de complexidade e interdisciplinaridade, pois exploram assuntos que extrapolam a matriz jurídica, e pedem por uma compreensão de matérias com bases e fundamentos próprios, como a ciência da computação.

Devido às peculiaridades que o reconhecimento da autoria por um agente computacional pode produzir no direito autoral, torna-se imprescindível ampliar e aprofundar o debate sobre o tema, além de pensar em possíveis alternativas à questão. Neste sentido, o Reino Unido colocou-se à

frente das discussões, estabelecendo regras à autoria de obras produzidas por agentes computacionais em sua legislação autoral: o *Copyright, Design and Patents Act (CDPA)*<sup>10</sup> de 1988.

A resposta ao dilema apresenta-se na Seção 9 (3)<sup>11</sup> do CDPA, que trata exclusivamente da autoria, e dispõe que “no caso de trabalhos literários, dramáticos, musicais ou artísticos gerado por computador, o autor deve ser considerado como a pessoa pela qual são tomadas as providências necessárias para a criação da obra”. Isto é, ainda que a autoria de fato pertença à aplicação de inteligência artificial, a legislação autoral britânica determina que o titular dos direitos autorais seja o responsável pelo sistema.

Embora o CDPA não especifique quais são as providências necessárias, presume-se que se trata da criação do código do programa, na qual são inseridos todos os dados e informações indispensáveis ao funcionamento da aplicação e realização de seu escopo final, ou seja, de uma obra intelectual. Nesta lógica, a autoria do “Retrato de Edmond de Bellamy” seria do Coletivo *Obvious*, e o autor das pinturas elaboradas pelo sistema AARON, seria Harold Cohen.

Destaca-se, também, que o CDPA não confere direitos morais às obras criadas por programas de computador, por conseguinte, aos sistemas de inteligência artificial, conforme previsto na Seção 79 (2)<sup>12</sup>. Além disso, a Seção 178<sup>13</sup> apresenta uma definição de obra gerada por agente computacional, na qual seria “aquela gerada em circunstâncias tais que não há autor humano na obra”.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:48

<sup>11</sup> Original em inglês: “In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:48

<sup>12</sup> Do original em inglês: (2) The right does not apply in relation to the following descriptions of work— (a) a computer program; (b) the design of a typeface; (c) any computer-generated work. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/79>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:49

<sup>13</sup> Do original em inglês: “computer-generated”, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/178>. Acesso em: 10 jan. 2020, às 09:50

Apesar do notável pioneirismo ao regulamentar a autoria e a tutela de obras produzidas por agentes não humanos, percebe-se que o CDPA sustenta-se nas premissas modernistas do gênio singular. Por esta perspectiva, independentemente do grau de interferência e de autonomia do sistema de inteligência artificial, a autoria será sempre humana. Por outro lado, ao retomarmos a análise de alguns casos, como do sistema AARON, outras possibilidades se apresentam.

AARON é um caso paradigmático, por ser uma aplicação de inteligência artificial notoriamente autônoma e por produzir obras com originalidade e criatividade. Segundo Guilherme Carboni (2015, p. 17) o caso AARON se enquadraria na concepção de meta-autoria, na qual “o meta-autor cria um sistema ou processo gerador de significados e não uma obra específica”. Neste sentido, o meta-autor seria o responsável por conceber o sistema, ou a aplicação de inteligência artificial, e definir seu escopo geral. O sistema seria então o meio pelo qual o meta-autor se expressaria e produziria significados.

A meta-autoria está relacionada aos novos processos criativos advindos das mudanças tecnológicas e nos meios de comunicação, como as obras colaborativas. Assim, artefatos tecnológicos são inseridos no processo criativo como uma forma de expressão, de tal forma que deixam de ser apenas um meio para tornarem-se fim. No caso do sistema AARON, embora Harold Cohen não assuma a autoria das obras produzidas pelo sistema, as noções gerais de pintura da aplicação foram definidas pelo artista. Para Carboni (2017, p.18) “cabe questionar se ele não poderia ser considerado coautor das imagens, pois, apesar de atuar com autonomia, o programa AARON cria sobre regras e estilos por ele determinados previamente”.

A meta-autoria, como proposta à solução da tutela originária de obras produzidas por inteligência artificial, apresenta algumas deficiências. Em primeiro lugar, se uma aplicação de inteligência artificial pode ser coautora com um agente humano, conseqüentemente não haveria óbices para o reconhecimento de sua autoria de modo autônomo. Além disso, o conceito de meta-autoria não se apresenta como o mais adequado para os casos em que sistemas de inteligência artificial criam obras intelectuais

com elevado nível de autonomia e prescindindo de interferência humana, como é o caso AARON.

É que a meta-autoria parte do pressuposto de que um agente humano seria o mentor de uma ideia e o agente computacional o executor da obra, a partir de orientações previamente inseridas no sistema. Contudo, analisando o conceito sob o óbice da lei 9.610/98, ideias e estilos estéticos não são passíveis de tutela autoral<sup>14</sup>, portanto, a atuação do agente humano na criação da obra deve ser suficiente para ser constatada sua colaboração. Percebe-se, então, que a proposta introduzida pela meta-autoria não é das mais simples, pois implica o próprio reconhecimento da autoria por um agente não humano.

Antes de adentrarmos em uma terceira proposta ou alternativa, é necessário salientar o que dispõe a legislação autoral brasileira sobre a autoria. Segundo a lógica da Lei de Direitos Autorais, a autoria é delimitada à pessoa física, humana, sendo impossível o reconhecimento como autor de animais ou agentes computacionais. Logo, um sistema como AARON jamais seria reconhecido como autor de obra intelectual, tampouco como coautor em paralelo com Harold Cohen.

Por sua vez, a Lei 9.609/98, em que pese estabeleça o tratamento jurídico aos programas de computador, é silente quanto à tutela de obras produzidas por *softwares*. Sendo assim, ainda que a titularidade dos direitos sobre um programa de computador possa recair sobre pessoa jurídica<sup>15</sup>, não há respostas quanto à autoria das obras criadas por inteligência artificial. Logo, diante das propostas apresentadas, uma terceira alternativa seria o próprio reconhecimento da autoria por um agente não humano, como uma aplicação de inteligência artificial.

---

<sup>14</sup> Lei 9.610/98: Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais [...].

<sup>15</sup> Lei 9.609/98: Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

Lei 9.610/08: Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Nesta lógica, o reconhecimento da autoria de um agente computacional não poderia dar-se sem a análise de alguns requisitos, tais como: nível de interferência humana, autonomia do sistema e previsibilidade dos resultados. Isto é, dever-se-ia considerar o nível de sofisticação de um sistema e sua capacidade de tomar decisões, que podem ser elevadas, como nos casos de aplicações de inteligência artificial que utilizam o *Machine Learning* e *Deep Learning* como método de aprendizagem.

Por fim e não menos importante, no que tange à previsibilidade dos resultados, “havendo imputação por um resultado final, poderia se falar em uma autoria por parte do programador, que estaria utilizando um sistema de IA como mera ferramenta” (SCHIRRU, 2019, p.21). Em contrapartida, nos casos com elevado grau de imprevisibilidade do resultado final, presumir-se-ia a autoria ao programa, e não ao seu programador.

Não obstante, o reconhecimento da autoria por um agente computacional implica também na discussão de outros elementos fundamentais aos direitos autorais, por exemplo, seriam conferidos direitos morais as obras criadas por inteligência artificial? E quanto à tutela das obras produzidas, recairiam ao responsável pelo sistema, assim como definiu a legislação autoral britânica? Tais questionamentos merecem uma reflexão aprofundada e tampouco apresentam respostas definitivas.

Para se considerar um sistema de inteligência artificial como um sujeito de direito, a discussão necessariamente deverá passar pelo debate a respeito da possibilidade ou não de se atribuir a tais sistemas alguma forma de personalidade, seja em formato equiparável às pessoas físicas, pessoas jurídicas ou até mesmo sob a existência de uma nova figura, como seria o caso da criação de uma pessoa eletrônica. (SCHIRRU, 2019, p. 8)

Percebe-se, portanto, que o debate é amplo e complexo, uma vez que demanda por uma revisão não só do direito autoral, como do ordenamento jurídico em si. Assim, em que pese o estranhamento que o reconhecimento da autoria por agentes não humanos ou computacionais possa provocar, é fato que o tema demanda por respostas, diante dos inevitáveis avanços das tecnologias e dos meios de comunicação.

## CONCLUSÃO

A revolução tecnológica da era pós-industrial tem fomentado a inovação e estimulado o desenvolvimento de projetos científicos que desafiam e questionam certas crenças e paradigmas. Os direitos autorais não poderiam ficar imunes a tais mudanças, uma vez que constituem o pilar de sustentação dos direitos dos autores.

Por consequência, a autoria tem sido objeto de rediscussões, haja vista que o desenvolvimento de artefatos tecnológicos, como a câmera fotográfica e o computador, assim como o surgimento de novos ramos da ciência, como a inteligência artificial, tem proporcionado novas possibilidades ao ato criativo, ampliando, portanto, os limites da noção de autor.

A autoria foi fundada com base no mito do gênio singular e não acompanhou as mudanças ocorridas no cenário criativo, como aquelas introduzidas pelas tecnologias da informação. Como consequência, a legislação autoral, em especial a brasileira, tem ignorado a produção criativa de bens intelectuais que não correspondam ao paradigma do gênio-humano, criando um cenário de desestímulo à inovação e produção intelectual ante a ausência de tutela jurídica que atenda as novas definições de autor e, inclusive, de obra.

A inteligência artificial como novo ramo da ciência tem ampliado limites que até pouco tempo acreditava-se que não seriam ultrapassados por uma máquina. A partir de métodos de programação sofisticados, como *Machine Learning* e *Deep Learning*, aplicações de inteligência artificial tem logrado criar obras de arte com elevado grau de autonomia e prescindindo de interferência humana.

Assim, aplicações de inteligência artificial como AARON e Benjamin têm demonstrado que programas de computador podem produzir bens intelectuais com criatividade e originalidade. Devido ao evidente caráter disruptivo de tais projetos, uma vez que afrontam certos paradigmas, faz-se necessário propor algumas soluções de cunho jurídico. Algumas propostas, como a prevista na legislação autoral britânica, embora não reconheça a autoria de fato das aplicações de inteligência artificial, garante a tutela sobre



os bens produzidos por agentes computacionais, deixando-o a cargo do responsável pelo sistema.

Constata-se, portanto, que é necessário rever os fundamentos que sustentam a autoria com base na ideia do gênio singular e excluem hipóteses já demonstradas de autoria por agentes não humanos. A legislação autoral, bem como o ordenamento jurídico com um todo, não será capaz de frear o avanço das novas tecnologias, mas pode influenciar e dirigir seus resultados e suas consequências. Neste sentido, reconhecer a autoria por agentes não humanos, como a inteligência artificial, pode ser o primeiro pilar de uma estrutura jurídica que ademais de cumprir com sua função social de promover o acesso ao conhecimento, incentiva o desenvolvimento tecnológico.

Igualmente, salienta-se também que o reconhecimento da autoria por agentes não humanos não se traduz em uma redução de direitos, ou mesmo do prestígio social, aos autores humanos, pois apenas admite uma dentre as inúmeras possibilidades que o ato criativo pode se realizar, sem desmerecer o trabalho ou esforço intelectual de outrem. Deste modo, a solução adotada pela lei autoral britânica pode ser um espelho para se pensar em alternativas a autoria por agentes computacionais, uma vez que assegura a tutela dos bens intelectuais produzidos.

Por fim, é importante frisar que as reflexões sobre o reconhecimento da autoria por agentes não humanos, como aplicações de inteligência artificial, transitam entre inúmeros saberes, que vão além das questões relativas à propriedade intelectual. Diante do elevado grau de autonomia que alguns robôs têm apresentado e considerando as perspectivas de aprimoramento e sofisticação da inteligência artificial, têm-se discutido acerca da criação de uma personalidade jurídica para robôs, como debate-se na União Europeia.

Posto isto, conclui-se que a discussão ao qual este artigo se propõe a somar compõe uma rede multifacetada e transdisciplinar de reflexões desencadeadas com o desenvolvimento tecnológico. Logo, embora não seja possível apresentar propostas definitivas e assertivas sobre certos dilemas, diante da complexidade e abrangência das respostas perseguidas, busca-se oferecer alternativas, senão traçar direcionamentos, às inevitáveis mudanças do porvir.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Sergio. **Direitos autorais na Internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei do Software**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1988. **Lei de Direitos Autorais**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2019.

CARBONI, Guilherme. Direitos autorais E Novas Formas De Autoria: Processos Interativos, Meta-Autoria E Criação Colaborativa. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**, Ano I, Vol. I, Janeiro-Junho 2015. Disponível em: <<http://institutedea.com/artigo/biblioteca/direitos-autorais-e-novas-formas-de-autoria-processos-interativos-meta-autoria-e-criacao-colaborativa/>>. Acesso em: 28/12/2019.

CARNEIRO, Rafael. **Obra de arte feita com inteligência artificial vai a leilão**. 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/08/obra-de-arte-feita-com-inteligencia-artificial-vai-leilao.html>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

CREATIVE AI: The robots that would be painters. Disponível em: <<https://newatlas.com/creative-ai-algorithmic-art-painting-fool-aaron/36106/>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. **A Tutela Jurídica de Trabalhos Criativos feitos por Aplicações de Inteligência Artificial no Brasil**. 2019. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Lukas-Ruthes\\_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf](http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Lukas-Ruthes_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

KAUFMAN, Dora. **Os meandros da Inteligência Artificial: conceitos-chave para leigos**. 2018. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MANS, Matheus. **Curta-metragem ‘Sunspring’ é o primeiro do mundo a ser escrito por sistemas de algoritmos**. 2016. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/cinema,curta-metragem-sunspring-e-o-primeiro-do-mundo-a-ser-escrito-por-sistema-de-algoritmos,10000058729>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MERIGO, Carlos. **Com inteligência artificial, ING e Microsoft criam um Rembrandt “original”**. 2016. Disponível em: <[https://www.b9.com.br/ultimas-noticias?pagina=1&sub=1&is\\_ajax=true](https://www.b9.com.br/ultimas-noticias?pagina=1&sub=1&is_ajax=true)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 144 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. **Disposições de Direito Civil Sobre Robótica**: Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Estrasburgo, Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html#title1](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

PETERANDERL, Sonja. **Arte de Código Inteligência Artificial**. 2017. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul/mag/21114134.html?forceDesktop=1>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Tradução Regina Célia Simille de Macedo.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ASCENSÃO, José de Oliveira; JABUR, Wilson Pinheiro. **Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-151. (GVlaw). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502205345/>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

SASS, Liz Beatriz. Autoria na Sociedade Informacional: Fim do Gênio Criador? In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito Autoral & Marco Civil da Internet**. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 79-107. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/direito\\_autoral\\_e\\_marco\\_civil\\_na\\_internet\\_ebook.pdf](http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/direito_autoral_e_marco_civil_na_internet_ebook.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência Artificial e o Direito Autoral: o Domínio Público em Perspectiva**. 2019. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

SILVA, Ligia da. **AARON: um experimento de co-autoria desenvolvido pelo meta-artista Harold Cohen**. 2008. 111 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós- Graduação Interunidades em Estética e História da Arte, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

UNITED KINGDOM. **Copyright, Designs And Patents Act**. United Kingdom, Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/1>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

VICENTE, Álex. **Inteligência artificial desafia a arte**: Obra realizada com algoritmos pelo coletivo francês Obvious é vendida por 1,5 milhão de reais. 2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/26/cultura/1540577952\\_910752.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/26/cultura/1540577952_910752.html)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

# DIREITO DE AUTOR E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OS LIMITES DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Laís Adrielle Todescatto Kerller<sup>1</sup>

Simone Hérvila Dias Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar a conexão entre o direito de autor e a inteligência artificial a partir da propriedade intelectual na sociedade informacional. O trabalho traz à baila conceitos necessários para o entendimento da problemática, como a compreensão da sociedade informacional. Para isso, a pesquisa descritiva e bibliográfica utiliza-se do método hipotético-dedutivo, em busca das vertentes que abordam e analisam o fenômeno em questão. Por conseguinte, aponta-se os resultados encontrados sobre o questionamento principal, no que tange à possibilidade ou não de proteção pelo direito de autor das criações das inteligências artificiais. No mais, diante do cenário de surgimento de novas tecnologias informacionais, demonstra-se como soluções o domínio público, uma vez que muitas vertentes consideram a inexistência de tutela direta destas produções pelo direito de autor.

**Palavras-chave:** Sociedade informacional; Inteligência artificial; Domínio Público.

## 1 INTRODUÇÃO

A inteligência artificial é uma realidade da pós-modernidade. Os trabalhos criativos advindos de IA, atualmente, são resultados de pouca ou nenhuma intervenção não-humana, embora sejam fruto do trabalho de algoritmos programados por um humano (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019). O

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNDB. Integrante do Grupo de Pesquisa Estudos em Direito e Inovação. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Insper E-mail: todescattolais@gmail.com

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNDB. Integrante do Grupo de Pesquisa Estudos em Direito e Inovação. E-mail: simonehervila@gmail.com.

tema torna-se instigante diante da análise jurídica do direito autoral, principalmente pelo advento das novas tecnologias da informação e comunicação que são os pilares da sociedade informacional (CASTELLS, 2011).

Discute-se sobre o domínio público como o espaço exclusivo para a permanência destas obras, em face da “dificuldade em se argumentar pela existência de direitos de autor para as inteligências artificiais” (LANA, 2019, p. 24). Diante do contexto acima apresentado, questiona-se se é cabível tutela jurídica do direito autoral sobre a produção advinda pelos sistemas de inteligência artificial.

Quanto à metodologia, este trabalho alinha-se com o método hipotético-dedutivo conforme Lakatos e Marconi (2003), cujo problema inicial desperta o surgimento de conjecturas necessárias para solucionar este problema. Dessa forma, na tentativa de encontrar a resposta mais próxima do real, o pesquisador realiza testes de falseamento, eliminando erros.

Conforme ensina Gil (2002), quanto aos objetivos, o trabalho é descritivo, analisando as teorias envolvidas e estudando as características do fenômeno e, quanto aos procedimentos técnicos, sustenta-se através de pesquisa bibliográfica com livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos (monografia, dissertação), para compreender as vertentes que teorizam a inteligência artificial e, conseqüentemente seus reflexos nos direitos autorais.

Em primeira análise a respeito da possibilidade de conferir tutela jurídica às obras provenientes de sistemas de inteligência artificial, é possível notar uma incompatibilidade do conceito de autor uma vez que são autores, pela Lei de Direitos Autorais, pessoas físicas criadoras de obras literárias, artísticas ou científicas com a natureza da Inteligência Artificial.

Nesse sentido, vale ressaltar que as proteções à propriedade intelectual foram criadas no intuito de incentivar novas produções e recompensar o criador pela iniciativa. As proteções às obras advindas de sistemas de inteligência artificial não poderiam, por si só, servir de estímulo à produção de novos conteúdos passível de estimular o desenvolvimento econômico e social da população.

Assim, em fria análise, não seria possível uma proteção direta da obra com o sistema de inteligência artificial. Além disso, parte-se para análise dessas obras em permanência de domínio público.

## **2 BREVE SÍNTESE SOBRE AS NOVAS TECNOLOGIAS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL E O DIREITO DE AUTOR**

É cediço que a internet aproxima os indivíduos a qualquer espaço e tempo e propaga uma infinidade de conteúdos no mundo. Essa conectividade advém de um novo paradigma da sociedade contemporânea e suas transformações tecnológicas. Para isso, debate-se que a presença de uma Quarta Revolução Industrial, na qual entre os seus defensores encontra-se o autor Klauss Schwab (2016).

Para este autor, a Quarta Revolução Industrial estrutura a revolução digital englobando avanços tecnológicos como inteligência artificial, nanotecnologia, sequenciamento genético, internet mais ubíqua e móvel, entre outros. Desse modo, é um momento novo que se diferencia das outras revoluções predecessoras conectando sistemas inteligentes em categorias físicas, digitais e biológicas (SCHWAB, 2016).

Esta metamorfose está mais que evidenciada na atual conjectura econômica, a exemplo dos setores bancário, educacional, da assistência médica e de consultorias jurídicas, agregando-se em uma nova estrutura organizacional, de forma que o fator intrínseco para o desenvolvimento da economia é a própria informação como substituta dos recursos que anteriormente estruturavam as sociedades voltadas para a agricultura e indústria (BIONI, 2020).

Deveras esclarecedor que durante toda a evolução social, o conhecimento e a informação constituem elementos substanciais para qualquer hipótese de desenvolvimento, visto que todo processo produtivo se respalda em determinado grau de conhecimento e processamento de informações (CASTELLS, 2011).

A distinção é que, atualmente o tratamento da informação é direcionado para a melhoria contínua do próprio “processamento da informação” em um ciclo de interação ininterrupta entre as fontes de inteligência e a aplicação de meios tecnológicos que objetivam a melhora da gestão do conhecimento e o processamento da informação (CASTELLS, 2011).

Nesse sentido, a nova forma de interação social requer que a informação se propague de forma mais eficiente, assim, o avanço tecnológico

possibilitou uma troca de dados que ignora qualquer barreira de geográficas e geopolíticas.

As tecnologias de informação, comunicação e computadores, francamente desenvolvidas em torno da internet, são as bases para toda a indústria dos programadas de computadores e serviços de informação que cresce massivamente em tempos hodiernos (GONÇALVES, 2019).

Desta feita, sob a atual dinâmica social que se desenvolve ao redor da informação, é possível alegar a vigência da sociedade informacional, essencialmente conectada com as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), a exemplo dos computadores e celulares, do acesso à internet, entre outros. É uma inédita conjectura onde os indivíduos gozam de uma interação com um conjunto cada vez maior de dados, viabilizando maior autonomia de escolha em razão da facilidade de armazenamento, tratamento, transporte e disposição de informações de maneira original (RAMINELLI; RODIGHIERI, 2016).

Contata-se que a presença dessas novas tecnologias caracteriza o que o sociólogo espanhol Manuel Castells (2011) denominou de Sociedade da Informação, as chamadas tecnologias da informação e da comunicação que estruturam a sociedade em rede em um sistema mundial. Para ele a sociedade e a tecnologia estão entrelaçadas mutuamente, uma vez que é a sociedade que determina a tecnologia (CASTELLS, 2011). Assim:

Como alega Castells, a concepção de rede é diretamente relacionada ao novo paradigma das tecnologias de informação. Da perspectiva brasileira, essa constatação tem que ser relativizada. Uma influência forte de atitudes e padrões pré-modernos, em um contexto de uma sociedade industrial moderna, pode também apoiar estruturas de rede. No entanto, de acordo com a argumentação de Castells, a localidade e a proximidade física perdem sua importância para sustentar redes sociais em função da disseminação da internet. (FREY, 2003, p. 14).

Este autor destaca que o surgimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC's) interferem no núcleo estrutural da sociedade, cuja informação tem um grande valor de troca no mercado econômico. É um processo de transformador que a sociedade moderna experimenta desde os anos

1980, com a predominância de uma forma organizacional em rede em vários setores da vida social (FREY, 2003). As tecnologias digitais estão se tornando cada vez mais sofisticadas e integradas ocasionando transformações sociais, econômicas e políticas.

Desta forma, atualmente, há autores que defendem a Quarta Revolução Industrial como atual processo transformador da sociedade, em contrapartida, a par das controvérsias, frisa-se a importâncias das tecnologias de informação e comunicação (TICS) como processo multidimensional que abrange várias dimensões, como sociológicas, políticas e econômicas que fortalecem a vigência do quarto momento revolucionário e tecnológico na sociedade.

E as relações jurídicas diante desse avanço tecnológico se adequaram à nova realidade. Pode-se dizer que a tecnologia foi um fator imprescindível nesse processo de mudança de paradigma, o que na seara da propriedade intelectual não seria diferente, ramo que pode ser conceituado levando-se em consideração a sua dimensão temporal, territorial, bem como a segurança jurídica (INPI, 2017). Quanto à estes aspectos, tem-se que:

Em sua dimensão temporal, os direitos de propriedade intelectual são concedidos por prazos estipulados legalmente de modo que o titular possa explorar economicamente com exclusividade os bens e os processos produtivos decorrentes deste direito. Enquanto os aspectos morais do direito de propriedade intelectual se estendem por um tempo indeterminado, os aspectos patrimoniais são confinados a um limite temporal determinado, após o qual a obra pode ser explorada livremente. O escopo do direito varia de acordo com o objeto protegido: cada objeto abarcado pela propriedade intelectual apresenta uma delimitação de proteção definida por lei. (BRASIL;INPI,2017). O aspecto da segurança jurídica significa que o direito de propriedade intelectual evita que terceiros possam explorar indevidamente a obra sem a prévia autorização do titular do direito. Com relação à territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, é importante ressaltar que embora os objetos protegidos pelo Direito de Autor tenham validade internacional, aqueles protegidos pela Propriedade Industrial somente tem validade no país de depósito, desde que analisado e concedido, segundo os trâmites legais. Dessa forma, caso se queira exportar e



comercializar produtos já patenteados em outros países, por exemplo, é necessária a obtenção de patentes nestes países para garantir ao titular a exploração econômica em cada um desses países (SARINHO, 2018, p. 13-14).

A par disto, o direito de autor, uma das ramificações protegidas pela propriedade intelectual, protege a expressão da pessoa física de uma obra científica, artística ou literária, bem como a pessoa jurídica nos casos previsto em lei, como aduz o art. 11 da Lei de Direitos Autorais. Denis Borges Barbosa leciona que as formas de expressão é o objeto da tutela jurídica não abrangendo as ideias (2013).

Historicamente, quanto à autonomia deste direito “deve ser incluído como o sexto ramo especializado do Direito Civil (...) Ocupa-se este dum sector da actividade normal dos particulares, centrado na criação literária e artística (...)” (ASCENSÃO, 2012, p. 30). O mesmo autor destaca que essa evolução ocorreu ao longo do século XXI. Para Bittar (2015), o direito de autor é ramo de direito privado que regula as relações jurídicas que são originadas do uso econômico de obras intelectuais estéticas, incluídas na literatura, nas ciências e nas artes.

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.610/1998 protege os direitos de autor e os análogos (conexos). Regula os limites, liberdades e proibições, como os textos de tratados ou regulamentos, títulos e ideias, por exemplo, que não são objeto da tutela por este ramo do direito. Frisa-se que o direito de autor no Brasil é inspirado no sistema francês, com ênfase na proteção dos direitos patrimoniais e morais da obra do criador (BARBOSA, 2013).

Pela lei, a titularidade pertence apenas ao ser humano, para ser considerado autor, como se vê no art. 11 da referida lei. Logo, a criação do autor é protegida embora violações possam ocorrer em razão da dificuldade de responsabilização advinda com as transformações digitais. Não obstante, a tecnologia possibilita a expansão de possibilidades aos autores, assegurados os direitos de personalidade, haja vista que “a partir do momento que o autor cria sua obra este tem a proteção moral” (MOLITOR, 2019).

Uma das características do direito de autor, diz respeito à garantia de remuneração dos titulares de direitos das obras, desse modo, protegendo a criação, a disseminação da arte, do conhecimento e da cultura (VIRTUOSO, 2020). Assim:

Há duas formas dos autores serem remunerados: a) a partir da gestão individual de direitos e b) a partir da gestão coletiva de direitos autorais. A primeira alternativa é o exercício individual dos seus direitos. Nestes casos, há um contrato entre o autor ou intérprete e aquele que traz a obra ao mercado<sup>27</sup>. Este contrato pode ser de cessão de direitos (quando há a completa transferência dos direitos), licenciamento (permissão para a utilização da obra, podendo ser exclusiva ou não exclusiva) ou quando há a transferência de direitos em razão de obras encomendadas (VIRTUOSO, 2020, p. 22).

### **3 NOTAS SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Frente a sociedade informacional, vê-se a imersão na sociedade em rede, a qual detém a informação como cerne da atual economia, bem como o eixo estruturante substancial ao aprimoramento das relações interpessoais

A escalabilidade de tais ramos de atividade se fundamenta em seu caráter essencial às outras indústrias e serviços que atendem a nova mola propulsora da econômica, os serviços.

Por este motivo, a necessidade de consumir informações confiáveis para que os novos modelos de negócios pudessem funcionar de forma efetiva fez com que surgissem pesquisas e desenvolvimento no manuseio da informação, ou melhor, no tratamento e coleta dos dados anteriores à composição da própria informação (GONÇALVES, 2019).

Em virtude das pesquisas realizadas, foi possível perceber que as aplicações de mecanismos confiáveis de busca e tratamento da informação aumentou de forma considerável com a utilização da Inteligência Artificial. Os pesquisadores e programadores da área costumavam, antes das amplas pesquisas sobre a temática, utilizar-se de mecanismos não automatizados de busca de dados, a produção dos dados era derivada de um processo de

curadoria e manualmente inseridos em uma base de treinamento (GONÇALVES, 2019).

As técnicas “manuais” de produção de dados são bastante eficazes, entretanto, mostram-se obsoletas em relação aos programas de computador que passaram a exibir de forma contundente um melhor índice de precisão nos dados retirados diretamente da fonte, sem processo de curadoria realizada por humanos. Para que a sistemática funcionasse com mais exatidão se fazia necessário que a quantidade de dados passíveis de processamento fosse grande o suficiente para que os resultados gerados ganhassem maior precisão (GONÇALVES, 2019).

Noutro bordo, no que tange à conjectura de uma sociedade informacional, percebe-se a presença de um “mecanismo” intrínseco à tecnologia do tratamento de dados e sua performance, os sistemas de Inteligência Artificial.

Primeiramente, é necessário trazer à baila o conceito de sistema de inteligência artificial utilizado durante o raciocínio para melhor elucidar a tese desenvolvida. Tal conceituação é a adotada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE na recomendação de princípios para o uso responsável de IA, da qual o Brasil é signatário, qual seja: “um sistema de IA é um sistema baseado em máquina que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões, recomendações ou decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais” (TAUK, 2020).

Neste diapasão, percebe-se em um primeiro plano que os sistemas de IA são máquinas que, através de determinações estabelecidas pelo ser humano, configuram-se como instrumentos que conseguem executar tarefas cujo resultado é derivado de um processo lógico, de maneira a gerar produtos dotados de cunho decisório.

Entretanto, em uma reflexão mais substancial, a questão se torna complexa quando os sistemas de IA reproduzem um resultado inovador sem que haja a identificação de um inventor humano, consoante os critérios tradicionalmente adotados pela legislação de propriedade intelectual. Trata-se da hipótese de uma invenção gerada de maneira autônoma pelo sistema de IA ultrapassando as decisões previstas pelo inventor humano

quando da determinação dos algoritmos geradores do produto final (DIVINO; DE JESUS, 2020).

Nesta linde, o exame acerca da possibilidade de um sistema de IA ser considerado como inventor e dispor de determinada propriedade intelectual se torna cada vez mais relevante na conjectura da sociedade em rede.

Outrossim, frise-se que o TRIPS, um dos mais relevantes acordos internacionais de propriedade intelectual, estabeleceu padrões globais para proteção de direitos autorais e da propriedade industrial onde não há nada que expressamente proíba ou autorize proteção a invenções criadas por máquinas, tão somente a definição de que é considerada patenteável a invenção que seja nova, envolva um passo inventivo e seja capaz de aplicação industrial (TAUK, 2020).

Sob a ótica da vertente que defende o reconhecimento de sistemas de IA como inventores, sustenta-se que na hipótese da invenção criada pela máquina de forma autônoma, bem como preencher os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial necessários para a patenteabilidade, de igual maneira à propriedade criada por um humano, a máquina igualmente deve ser considerada inventora (TAUK, 2020).

Ademais, defende-se com este raciocínio que a identificação do inventor advém previamente a quaisquer direitos morais ou patrimoniais sejam conferidos, motivo pelo qual a razão de um sistema de IA não ter direitos sobre a propriedade intelectual não o impediria de ser reconhecido como inventor.

Desta feita, reconhecendo-se o sistema de IA como inventor, a titularidade da patente e o exercício dos direitos patrimoniais desta decorrentes, repousaria sobre o proprietário do sistema de IA, seu programador ou seu usuário, ressaltando-se que não necessariamente são o mesmo indivíduo, razão pela qual, preconiza-se que tal titularidade seja conferida àquele que propicie o resultado econômico mais efetivo, uma vez que a principal função da propriedade intelectual é incentivar a inovação, a divulgação de informações e o desenvolvimento tecnológico e econômico, o que conseqüente, fundamenta o gasto de recursos financeiros na pesquisa, já que o titular poderá deter a exploração financeira do invento com exclusividade até a exploração (DIVINO; DE JESUS, 2020).

Antagonicamente à tese supracitada, entende-se que na hipótese de determinada pessoa não gozar da qualidade de inventora, visto que não houve intervenção humana na respectiva invenção, bem como não se enquadrando como inventor o tocante sistema de IA, conclui-se que a invenção não seria patenteável - conclusão adotada pelo Escritório Europeu de Patentes no caso Dabus (DIVINO; DE JESUS, 2020).

Tal conceito cinge-se na questão da legitimidade do artífice da invenção para requerer a patente e ser o titular dos direitos decorrentes de sua concessão, nos termos do art. 6º da Lei de Propriedade Intelectual.

Neste fito, mediante a consideração dos sistemas de IA como inventores e titulares da patente, estes deveriam ter a possibilidade de se manifestar em ações judiciais, bem como autorizar licenças e celebrar contratos, consoante a inteligência dos arts. 52 e 61, da LPI. Todavia, na impossibilidade de o fazerem, a solução detectada defende que o titular da patente é o dono da máquina que executou a invenção, seja pessoa física ou jurídica – hipótese novamente evidenciada no caso Dabus.

Contudo, cumpre ressaltar que há um relevante entrave existente em tal teoria consistente no empecilho legal tocante à relação empregatícia ou contratual para prestação de serviços, visto que inexistente tal hipótese na relação entre o proprietário e sua máquina.

Por oportuno, é óbvio que as alterações que a Inteligência Artificial provoca não são pequenas. Como consequência, o direito carece de acompanhar as novas formas de interação que surgem em uma sociedade dinâmica, logo, o direito do autor também perpassa por uma crise de identidade frente à configuração das tecnologias que, por meio do processamento de dados, simulam uma espécie de tomada de decisão.

Os programas de inteligência artificial já são capazes de produzir telas com características e técnicas semelhantes à grandes pintores da história, escrever novelas que participam de competições à prêmios literários e produzir músicas similares às produzidas por humanos (LANA, 2019).

Esse tipo de criação por iteração não humana remete uma necessidade contundente de revisão não apenas dos conceitos atinentes à autoria de obras criativas, mas também sobre o domínio público e as razões basilares para a existência do sistema de proteção às propriedades intelectuais (LANA, 2019).

Neste sentido, faz-se necessário atentar sobre um dos principais casos que permeiam a criação de obras por inteligências artificiais, onde o caso emblemático mais recente certamente diz respeito ao Dabus, um sistema de inteligência artificial programado sem uma finalidade específica, como uma espécie de máquina criativa. Em 2019, o criador do sistema ingressou com dois pedidos de patentes, sendo ele o titular e o Dabus como inventor.

A equipe responsável pela análise dos pedidos alega que, pelos sistemas convencionais de identificação de autoria, não seria possível descobrir quem seria o “inventor” das criações ocorridas no sistema Dabus, desse modo, não seria possível ingressar como inventor em nome do “criador” da inteligência, uma vez que a elaboração das invenções as quais se pleiteava patente foram obras do próprio sistema de inteligência artificial, sem qualquer intervenção humana (TAUK, 2020).

Em janeiro de 2020, o Escritório de Patentes Europeu, órgão responsável pela análise desses pedidos na União Europeia compreendeu que, a despeito das invenções cumprirem com todos os requisitos de patenteabilidade, os dois requerimentos foram negados. A justificativa do órgão se fundamenta na interpretação da norma europeia de que apenas pessoas físicas poderão ser identificadas como inventoras de uma criação, também arguíram que a limitação às pessoas físicas como inventoras é um entendimento que segue padrões internacionais e referenciou duas decisões dos tribunais dos Estados Unidos e do Reino Unido em temáticas similares (TAUK, 2020).

De igual forma, o Escritório de Patentes Europeu também refutou o pedido de direito à invenção ao criador do sistema Dabus como seu “empregador”, a alegação do órgão discorreu no sentido de compreender que sistemas de inteligências artificiais não podem ser empregados, portanto não há transmissão de um possível direito à invenção (TAUK, 2020).

Nesse sentido, pode-se concluir que os órgãos reguladores do tema compreendem que as criações provenientes de Inteligências Artificiais, ainda que sem qualquer interferência humana, restam em domínio público e não carecem de proteção estatal.

## 4 DOMÍNIO PÚBLICO

É possível afirmar que muitas respostas direcionadas às indagações acerca da autoria ou não das produções inteligências artificiais defendem a não possibilidade de se reconhecer direito a eles ou no máximo conceder tutela jurídica aos humanos que estejam envolvidos nessas produções. De logo, vê-se que não há a proteção direta de direito de autor às obras criadas por computadores.

Nesta esteira de raciocínio, a vertente que disserta a favor da capacidade de sistemas de inteligência artificial serem inventores não necessariamente determinam a titularidade da patente para a inteligência artificial responsável pela criação, visto que a identificação do inventor advém previamente a quaisquer direitos morais ou patrimoniais sejam conferidos, motivo pelo qual a razão de um sistema de IA não ter direitos sobre a propriedade intelectual não o impediria de ser reconhecido como inventor.

Assim, possibilitando ao sistema de IA a qualificação de inventor, a titularidade da patente e o exercício dos direitos patrimoniais desta decorrentes, repousaria sobre o proprietário do sistema de IA, seu programador ou seu usuário, ressaltando-se que não necessariamente são o mesmo indivíduo.

Por tal motivo, preconiza-se que tal titularidade seja conferida àquele que propicie o resultado econômico mais efetivo, uma vez que a principal função da propriedade intelectual é incentivar a inovação, a divulgação de informações e o desenvolvimento tecnológico e econômico, o que consequentemente, fundamenta o gasto de recursos financeiros na pesquisa, já que o titular poderá deter a exploração financeira do invento com exclusividade até a expiração (DIVINO; DE JESUS, 2020).

Desta feita, percebe-se sob a ótica da corrente a favor da IA como inventora a “função social” da propriedade intelectual como fomentadora de desenvolvimento econômico e, por sua vez, estando a inteligência artificial intrinsecamente atrelada à conjectura dos negócios existentes na sociedade informacional, é evidente a necessidade de patentes para as criações advindas de sistemas de IA objetivando a valorização intelectual e tutela desta propriedade para o proveito econômico.

Portanto, o cerne da objeção para as invenções advindas de sistemas de IA estarem em domínio público repousa na segurança jurídica propiciada aos titulares da propriedade intelectual para que possam usufruir economicamente do invento e, conseqüentemente aquecer as relações econômicas, incentivar a inovação, a divulgação de informações e o desenvolvimento tecnológico, sob pena de banalização do instituto e retrocesso do atual patamar existente na sociedade em rede, derivado de um comportamento desidioso das instituições e da falta de competitividade empresarial.

Desse modo, em virtude da constatação da dificuldade em atribuir às criações das inteligências artificiais proteção autoral, discute-se, portanto, a permanência delas no domínio público, assim:

Considerando os riscos e incertezas da criação de direitos *sui generis* evidenciadas na Diretiva da base de dados, parece que a posição mais segura e condizente com o sistema da União Europeia, e especialmente o português, é que as obras criadas por inteligência artificial pertençam ao domínio público, aliada à elaboração de um direito conexo que tenha como base os fins buscados pelo artigo 39º do CDADC, reforçando o acesso fácil de baixo custo, aumentando a competitividade criativa e estimulando a produção de conhecimentos. (LANA, 2020, p. 25).

A Lei de Direitos Autorais – LDA prevê alguns casos em que as obras estão em domínio público, ou seja, não possuem mais a proteção dos direitos patrimoniais, entre eles a hipótese de autor desconhecido, com as ressalvas em lei. Além disso, pela mesma lei, sabe-se que estão em domínio público todas as obras de criação humana não protegidas pelo direito de exclusiva, por exemplo, como aqueles presentes no rol do art. 8º da referida lei.

Destaca-se que o uso do termo domínio público está constantemente interligado a um antagonismo com interesse de mercado, até mesmo o próprio direito autoral, no entanto, tal ligação não se mostra verdadeira:

A expressão “domínio público” é comumente empregada em contraposição à expressão “direito de autor”. Esgotado o prazo de proteção, a obra protegida, diz-se, entra no “domínio público”. Assim compreendido, o “domínio público” estaria para o direito de autor em uma relação



de oposição, o que, por sua vez, pressupõe antagonismo de conteúdo. Este raciocínio perderá todo o sentido no momento em que for considerada a premissa de que não há *creatio ex nihilo* (criação do nada). Esta visão exige que passemos a compreender a obra intelectual como um produto cultural, i.e., não mais em relação de oposição com o “domínio público”, mas em interação com ele (GRAU-KUNTZ *apud* SCHIRURAU, [?], p. 17).

Os direitos do autor, enquanto parte da propriedade intelectual, pressupõe a necessidade de ser raciocinado conforme a função social da propriedade intelectual, a qual assevera que a proteção promovida pela tutela estatal às obras e criações, para que tenha razão de existir, precisa promover o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, as proteções jurídicas promovidas pela tutela dos direitos autorais devem atender a duas ordens de interesses centrais: o criador e a sociedade. Os interesses do criador giram em torno da remuneração pelo trabalho para alcançar a criação. Já os objetivos da sociedade são voltados para suprir as necessidades de desenvolvimento da educação, pesquisa, cultura, comunicação, desenvolvimento sociocultural e para auxílio na formação e construção da pessoa e da dignidade humana (SOUZA, 2009).

Assim, a despeito da legislação atual não abarcar as hipóteses de criação por inteligências artificiais, ainda que o titular dos direitos seja uma pessoa natural ou jurídica, há a necessidade de raciocinar com base nos interesses da sociedade e do “titular” ou do criador/patrocinador do sistema de IA. Visto que a ausência tutela significa na atualidade a redução voluptuosa em investimentos e aprimoramentos tecnológicos, o que não parece pactuar com a sociedade informacional que necessita de informação para garantir direitos fundamentais e aprimorar o desenvolvimento socioeconômico.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do advento de novas tecnologias de informação e comunicação, observa-se a preocupação em manter a proteção do direito autoral. Logo, a lei de direitos autorais protege a criação, a expressão humana, embora esta não seja estendida às ideias. Com o advento da internet, novos

paradigmas urgem trazendo contextos jurídicos distintos, entre eles, a inteligência artificial.

É bem verdade que se torna difícil afirmar se há ou não proteção jurídica às criações geradas pela inteligência artificial, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se visualiza legislação existente para responder para tal questionamento. Pela legislação brasileira, sabe-se que somente pessoas físicas podem ser consideradas como autoras de obras protegidas.

Além disso, observou-se que o domínio público é constantemente atrelado à proteção autoral como antagonico, o que não é bem verdade e nem pode ser visto como uma exceção ao sistema legal. Haja vista vários questionamentos que rodeiam o tema em questão, no momento se tem a certeza que o debate não se esgota e nem está solucionado de maneira pacífica.

Logo, conhecer a tecnologia de inteligência artificial é imprescindível para se possa atrelar uma regulação jurídica adequada e esteja à altura dos desenvolvimentos tecnológicos da sociedade informacional, uma vez que sejam atendidos os interesses da sociedade e do titular de uma criação, além do incentivo ao desenvolvimento econômico.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Direito de autor e Direitos conexos**. 1. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

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

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; DE JESUS, Luiz Henrique Soares. A Proteção Dos Direitos Relativos À Propriedade Industrial de Inteligência Artificial: Reflexões Nas Legislações Brasileira E Estrangeira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 6, nº 3, 2020.

FREY, Klaus. Desenvolvimento sustentável local na sociedade em rede: o potencial das novas tecnologias de informação e comunicação. **Revista de Sociologia e Política**, núm. 21, novembro, 2003, pp. 165-185. Universidade Federal do Paraná Curitiba, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/238/23802111.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Lukas Ruthes **A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pósgraduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: [https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Lukas-Ruthes\\_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf](https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Lukas-Ruthes_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf). Acesso em: 01 out. 2020

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **A propriedade intelectual e o comércio exterior**: conhecendo oportunidades para seu negócio. [Rio de Janeiro]: INPI, [2017?]. Disponível em: [www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/pi\\_e\\_comercio\\_exterior\\_inpi\\_e\\_apex.pdf](http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/pi_e_comercio_exterior_inpi_e_apex.pdf). Acesso em: 10 out. 2020.

LANA, Pedro de Perdigão. **A Questão da Autoria em obras produzidas por Inteligência Artificial**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Revista Estudos Doutorado&Mestrado. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/a-questao-da-autoria-em-obras-produzidas-por-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 02 set. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOLITOR, Heloísa Augusta Vieira. Uma breve análise do Direito Moral do Autor nas recentes rescisões do Superior Tribunal de Justiça. **Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. UFPR, Paraná. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/06/053-UMA-BREVE-ANALISE-DO-DIREITO-MORAL-DO-AUTOR-NAS-RECENTES-DECSOES-DO-SUPERIOR-TRIBUNAL-DE-JUSTICA.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A Proteção de Dados Pessoais na Internet no Brasil: Análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, dez., 2016. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/61960>. Acesso em: 27 mar. 2020.

SARINHO, Maria Wanick. **Propriedade intelectual e serviços digitais por assinatura sob a ótica do Direito Internacional**. Dissertação (Mestrado) – Universidade

Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/33943>. Acesso em: 10 out. 2020.

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

SOUZA, Allan Rocha. Os direitos fundamentais, os direitos autorais e a busca pelo equilíbrio. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. (Org.) **Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

TAUK, Caroline. **A Era Das Máquinas Criativas: A Proteção Patentária De Invenções Geradas Por Sistemas De Inteligência Artificial (The Era of Creative Machines: Patent Protection for Inventions Generated by Artificial Intelligence Systems)**. Available at SSRN 3554433, 2020.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência Artificial e o Direito Autoral: o domínio público em perspectiva**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

WACHOWICZ, Marcos; Gonçalves, Lukas Ruthes. **Inteligência artificial e criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2019. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/inteligencia-artificial-criatividade-novos-conceitos-na-propriedade-intelectual/>. Acesso em 01 set. 2020.

VIRTUOSO. Bibiana Biscaia. **A gestão coletiva de direitos de autor no Brasil e União Europeia: o princípio da transparência no ambiente digital** [meio eletrônico]. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-principio-da-transparencia-na-gestao-coletiva-de-direito-autoral-no-ambiente-digital/>. Acesso em: 10 out. 2020.

# »»» A ATRIBUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS E SUA EFETIVIDADE

Caroline Salah Salmen<sup>1</sup>

Marcos Wachowicz<sup>2</sup>

**RESUMO:** Diversas são as discussões acerca da Inteligência Artificial (IA), que vem evoluindo cientificamente e tecnologicamente pois a IA está aprendendo cada vez mais rápido e independente de uma instrução específica, atuando de forma autônoma. Neste contexto, o presente estudo possui a finalidade de verificar os motivos e requisitos que podem levar ao reconhecimento da IA como sujeito de direitos, além dos motivos e da necessidade de se atribuir personalidade jurídica a ela. Para isso, analisamos os conceitos jurídicos de homem, pessoa e personalidade. Posteriormente, apresenta-se o conceito e as características principais da IA, além de abordar os possíveis riscos e danos que dela possam derivar. Por fim, examina-se as posições dos que defendem e criticam a atribuição da personalidade jurídica à IA. Por meio método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que, a médio prazo, não se verifica a necessidade de conceder o status de sujeito de direito à uma IA, muito menos lhe conferir personalidade jurídica, pois existem medidas que podem ser tomadas a fim de prevenir ou reparar eventuais danos ocorridos, tais como o registro da IA e a obrigatoriedade de um regime de seguros.

**Palavras-Chave:** Inteligência Artificial; personalidade jurídica; direito civil; sujeito de direitos

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil, do Consumo e Processo pela Universidade Positivo. Advogada. Pesquisadora e membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: carolinesalmen@gmail.com.

<sup>2</sup> 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-líder do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao CNPq.

## 1 INTRODUÇÃO

A Inteligência Artificial (IA) é uma evolução das novas Tecnologias da Informação de Comunicação (TICs), é possível notar que a grande parte da população ainda a associa com a ficção científica, em robôs, máquinas dominando as pessoas e destruindo a humanidade.

Cada vez mais, os sistemas de IA têm se infiltrando em nossas vidas diárias, pois está presente nos computadores, celulares, televisões, automóveis e diversas outras áreas. Também já podemos nos deparar com um campo vasto onde a IA não se limita em apenas executar tarefas, tais como os assistentes digitais como *Siri*, *Cortana* e *Google Now*; carros autônomos; enfermeiras-robôs e, inclusive, casas automatizadas (*Smart Home*), como o dispositivo por comando de voz *Echo*, da Amazon, que inclui uma assistente virtual chamada *Alexa*, capaz de responder a perguntas e de controlar objetos conectados (como eletrodomésticos ou lâmpadas). Essas e outras tecnologias são conhecidas e seu uso vem crescendo exponencialmente.

Os sistemas de inteligência artificial são diferentes de outros algoritmos (programas) comuns devido à sua singularidade, uma vez que são capazes de aprender de forma independente, acumular experiência e apresentar soluções diferentes baseadas na análise de várias situações, independentemente da vontade do desenvolvedor, ou seja, é capaz de operar de forma autônoma. Wachowicz; Gonçalves (2019, p.58), definem:

(...) programas de Inteligencia Artificial foram criados para emular o raciocínio humano em diferentes atividades, como jogar xadrez ou fazer traduções. Assim existe uma variada gama de maneiras de programá-los. (...) A partir do método Machine Learnig, o qual utiliza de dados para ensinar uma aplicação de IA de determinada atividade, desenvolveu-se uma modalidade de programação mais complexa denominada Deep Learning.

Esse avanço tecnológico com a implementação da IA nas atividades humanas na sociedade informacional<sup>3</sup> pode facilitar a vida das pessoas, mas

<sup>3</sup> Gostaria de apresentar a distinção analítica adotada no presente estudo que foi feita por CASTELLS entre as noções de Sociedade de Informação e Sociedade Informacional com

a falha no gerenciamento dessa tecnologia pode levar a grandes ameaças, prejuízos e danos.

Com o crescente avanço da tecnologia, é possível vislumbrarmos uma era com robôs e outras manifestações de IA (cada vez mais potencializada e aprimorada) mais inteligentes que os humanos. Devido a rapidez das mudanças talvez não seja possível que, em nível geral, as pessoas se deem conta do processo em curso, somente tendo consciência do ocorrido quando a situação se consolidar ou estiver em vias disso. Contudo, os acadêmicos, cientistas, os governos de países mais ricos e, como não poderia deixar de ser, as empresas, estão atentas aos fatos e levantando discussões.

As relações humanas e o Direito não são mais os mesmo que há 70 anos atrás. As transformações sociais, culturais, econômicas e políticas exigem do Direito uma constante renovação, que deve respeitar o passado, para não cometer os mesmos erros, porém, vislumbrar o futuro, pois certas respostas antigas não respondem às inquietações sociais.

Devido à sua capacidade de tomar decisões de forma independente, a IA baseada em sistemas como *Machine Learning* ou *Expert Systems* não podem mais ser tratadas como objeto que somente pode ser influenciado por humanos. Assim, esse status legal de “objeto” é apenas um atributo temporário, que deve mudar com o tempo? Qual a necessidade e a possibilidade de se atribuir personalidade jurídica para IA? Nosso Direito já abarcaria essa possibilidade ou seria necessário produzir novas normas? Portanto, o objetivo do artigo é analisar se a IA pode ser considerada um sujeito de direito, a possibilidade e necessidade de se atribuir a ela uma personalidade jurídica.

---

conseqüências similares para economia da informação e economia informacional. (...) Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise.” CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. vol. I São Paulo : Paz e Terra, 1999, p. 46.

## 2 CONCEITOS JURÍDICOS DE HOMEM, PESSOA E PERSONALIDADE

O Homem tem sido o ponto de partida e de chegada do Direito. No mundo todo e historicamente, o Direito é visto sob a perspectiva antropocêntrica, no qual o Direito é feito pelo Homem, para o Homem e em razão do Homem.

O paradigma fundamental do Direito, como de resto quase tudo de origem humana, é o seu antropocentrismo. Vasconcelos (2006, p. 06) aduz que sem o Ser Humano não haveria Direito. Essa visão do mundo antropocêntrica, de tudo que se viu nos últimos séculos, especialmente com o surgimento da ciência, do iluminismo e do positivismo, é limitada e, em um curto espaço de tempo, pode vir a sofrer forte abalo caso as previsões, baseadas em dados técnicos e empíricos, chegarem a se concretizar e surgirem máquinas realmente inteligentes.

Com o surgimento da tecnologia, esse paradigma está sendo questionado. CASTRO JÚNIOR (2009, p. 18) afirma que as máquinas estão se tornando não apenas onipresentes e onipotentes, mas, sobretudo, inteligentes, talvez a ponto de se igualar aos seres humanos e, mesmo superá-los, tornando-se oniscientes. O autor também defende que poderá chegar o dia em que a IA ultrapasse o ser humano em capacidade cognitiva, racional, como já fazem em força física, e atinjam o nível de consciência de sua existência própria.

O fato do Homem ser racional e poder governar com autonomia, ciente e consciente de tudo que o cerca, do que é, do que pode, do que realiza, do que quer, permitia considerar, enquanto espécie, superior às demais. Por isso os seres humanos são sujeitos de Direito e não objeto do Direito, haja vista que na escala evolutiva teria atingido o ápice. O Direito, reflexo da sociedade, classifica as pessoas e somente depois de muitos séculos, com o advento do cristianismo é que se passou a conceber a ideia de sujeito de direitos.

Costa (2013, p.77) afirma que a relação jurídica é constituída por três elementos, sendo eles o sujeito de direitos, o objeto e o vínculo de atributividade, sendo esses elementos abstratos e estáticos nas relações jurídicas. Leciona Cordeiro (2004, p.16) que:



Historicamente, não é possível definir ou explicitar, de modo cabal, a pessoa através do ser humano: além de “pessoa” só recentemente ter se tornado um conceito manuseável, seres humanos havia que não eram reconhecidos como “pessoas”. Dogmaticamente, também não há uma correspondência: temos hoje pessoas – as referidas pessoas coletivas – que não são seres humanos. E o próprio ser humano ainda não nascido – juridicamente denominado “nascituro” – não tem sido, civilmente, considerado como pessoa idêntica às demais.

Considerando essa generalidade do termo, o sujeito de direito pode se manifestar de acordo com a roupagem legislativa que lhe for atribuída. Portanto, enquanto sujeito de direitos, Pessoa é conceito mutável, em evolução. Tanto assim, que mulheres, negros, judeus, índios e outros grupos, mesmo em períodos históricos recentíssimos, tenham sido privados da condição de Pessoa, ainda que da mesma espécie que os grupos exercentes do poder político.

Na história do Direito, a Pessoa tem sido elemento central na tratativa do Direito. Etimologicamente, conforme o dicionário Houaiss, pessoa é:

lat. *persóna*, ae ‘máscara de teatro; p.ext., papel atribuído a essa máscara, caráter, personagem; indivíduo; pessoa gramatical’; f.divg. pop. de *persona*.

Verificando assim, percebe-se que não há nenhuma relação direta entre pessoa e Ser Humano. A origem do termo é atribuída às comédias e tragédias antigas pois *persona* era uma máscara que servia de adorno para que os atores desenvolvessem seus papéis, passando, depois, a designar os próprios seres atuantes em cena, as personagens. Dessa forma, CASTRO JÚNIOR (2009, p. 79) afirma que pessoa é um objeto que exerce um papel atribuído em uma encenação, que pode muito bem ser transferido para o papel que se desenvolve ou exerce no teatro da vida, onde todos exercem determinados papéis. Nesse mesmo sentido Hans Kelsen (2009, p.94) defende que seria errado identificar uma pessoa natural pelo status biológico de ser humano, porque a pessoa natural é uma mera personalização das normas jurídicas que garantem direitos e impõem obrigações que regem o comportamento humano.

Dos séculos III d.C a VI d.C., também denominado de período pós-clássico, houve a evolução técnica do emprego do termo “pessoa” para o termo “personalidade”, havendo uma ruptura técnica, conforme COSTA (2013, p. 79) afirma:

Esta ideia perdurou até o período pós-clássico, no qual o vocábulo passou a designar o homem, enquanto ser dotado de personalidade jurídica, adquirindo assim uma acepção técnica. Tem-se, nesse momento, um conceito jurídico de pessoa desvinculado das outras acepções dadas ao termo, passando a designar o ente ao qual são atribuídos direitos e obrigações.

O ser pessoa naquele momento histórico resultava não de um fato da natureza, mas de um ato de personificação jurídica que só a ordem jurídica poderia praticar. Houve uma cisão entre os conceitos de ser humano e pessoa, este último não designava mais a generalidade dos seres humanos, mas apenas a parcela desses seres que fosse livre (*status libertatis*) e ser cidadão romano (*status civilitatis*). Apenas a estes privilegiados era outorgada a personalidade.

É preciso lembrar que em Roma a dicotomia entre pessoas e coisas era relativa, tendo evoluído para atingir valor normativo, não se tolerando mais tratar pessoas como coisas e vice-versa. Foi o cristianismo, pela sua origem histórica em época na qual os judeus eram perseguidos, escravizados e tratados como objetos, que a personalidade passou a ser reconhecida a todos os Homens, incluindo os judeus.

Fazendo um brevíssimo histórico do tratamento jurídico no Código Civil Brasileiro, Grinberg (2008, p. 67) alega que o conceito de pessoa marcou as discussões sobre o projeto do Código Civil de 1916 porque se vinha de recente abolição da escravatura e se convivia com ex-escravos e seus descendentes. O projeto de Teixeira de Freitas, como todos os demais projetos de Código trazia diferenciações entre as pessoas, notadamente no atinente à aquisição de direitos. CASTRO JÚNIOR (2009, p. 83-84) nos recorda que sob o Código Civil de 1916 havia mulheres mais cidadãs do que outras, porque, na Lei Comum se via o tratamento diferenciado para as diversas “mulheres”: honesta, solteiras, casadas, viúvas, desonestas, etc, assim, cada uma detinha um plexo de direitos diferente, níveis diversos de cidadania .

Nesse sentido, nos termos da lei, o conceito de pessoa não se vincula a uma determinada espécie ou estrutura e sim a um ente titular de direitos e obrigações, até porque, o direito não pode cristalizar uma posição sobre algo que pode ser modificado pela evolução natural ou tecnológica, além disso, deve servir para pessoas individuais e coletivas. Tanto é assim que existem as pessoas jurídicas e ninguém se choca com essa denominação, da mesma forma que não causa espanto aceitar alguns direitos para quem não seja pessoa como: o espólio, o condomínio, as casas legislativas, a massa falida, o nascituro etc.

Não será a primeira vez que um conceito apropriado ou criado pelo Direito com base em situações da vida real (ontológico), evolui com as mudanças, como, aliás, o próprio conceito jurídico de pessoa. Em alguns países algumas situações bem peculiares já ocorreram: em 2015, advogados da *Non-human Rights Project* anunciaram que, pela primeira vez na história, a Suprema Corte de Manhattan havia reconhecido dois chimpanzés<sup>4</sup> (Hércules e Leo) como pessoas jurídicas. Em 2017, o Parlamento da Nova Zelândia declarou como pessoa jurídica um rio<sup>5</sup>, uma decisão tomada pela primeira vez no mundo.

O Código Civil brasileiro adotou o entendimento baseado na Teoria da capacidade civil, na qual se funda na aptidão de um ente em desempenhar as atividades da vida civil, fracionando em duas linhagens: capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito consiste na aptidão de se adquirir direitos e o exercer em sociedade, seja por si ou por meio de outrem. A capacidade de fato representa a competência para exercer a capacidade de direito, de forma completa ou incompleta, ou seja, uma pessoa com capacidade de fato incompleta não está apta a exercer todas as atividades da vida civil sem auxílio.

O legislador, no código civil de 2002, classificou Pessoa em duas categorias: pessoas naturais e pessoas jurídicas. Pessoa Natural é todo aquele nascido da espécie humana, que, com nascimento com vida, passa a ser

<sup>4</sup> <https://www.conjur.com.br/2015-abr-25/justica-eua-reconhece-status-pessoa-chimpanzes-dia>

<sup>5</sup> [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/03/16/interna\\_internacional,854699/nova-zelandia-concede-personalidade-juridica-a-rio-venerado-por-maor.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/03/16/interna_internacional,854699/nova-zelandia-concede-personalidade-juridica-a-rio-venerado-por-maor.shtml)

dotado de direitos e deveres, salvo o nascituro que tem seus direitos assegurados antes mesmo do seu nascimento<sup>6</sup>. A partir desta disposição, foi preceituado as diferentes capacidades civis nos artigos 3º ao 5º do Código Civil, porém, não se confundem com os atributos das pessoas naturais, dessa forma, os direitos e deveres da vida civil não deixam de existir diante de uma capacidade civil maior ou menor, somente torna a ser utilizar com certas limitações, com o único objetivo de preservar os direitos do indivíduo.

Já a Pessoa jurídica viabilizou que toda reunião de pessoas, pensamentos ou coisas, possa ser elevada à condição de pessoa. Está prevista no artigo 40 do Código Civil e varia conforme sua natureza, podendo ser pública ou privada, e conforme seu gênero. Reale (2013, p. 249) afirma que “as pessoas jurídicas, como todas as estruturas que a experiência do Direito vai modelando através da história, têm por pressuposto a boa-fé e a satisfação de reais interesses privados e coletivos”.

De um modo geral, a personalidade jurídica é regulada no direito como sendo a aptidão para exercer direitos e assumir obrigações, distinguindo os seus titulares, (sujeitos de direito) dos objetos de direito. Essas duas categorias não se confundem, pois uma depende da outra para existir tendo em vista não ser possível falar de sujeito de direitos sem que haja os correspondentes objetos desses direitos. De igual forma não existem objetos de direito sem que haja o seu titular. CASTRO JÚNIOR (2009, p. 104) lembra que é certo que a pessoa humana tem sua personalidade jurídica atrelada a um fato jurídico, enquanto a pessoa jurídica o tem vinculado ou decorrente de um ato jurídico. Essa é uma importante análise que nos possibilita afirmar que a pessoa jurídica é uma ficção<sup>7</sup>, uma criação, como resultado da evolução econômica e social da sociedade “que passou a exigir uma forma de especialização do patrimônio material voltada para o desenvolvimento de atividades próprias com riscos previamente calculados”.

Vale ressaltar que o art. 45 do Código Civil não enuncia expressamente que a pessoa jurídica nasce com o registro apropriado pois a locução empregada no referido artigo é “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de

<sup>6</sup> Artigos 1º e 2º da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002).

<sup>7</sup> Lecionam os Professores Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze que a teoria da ficção desenvolveu-se a partir da tese de Windscheid sobre direito subjetivo e teve Savigny

direito privado [...]”. Portanto, segundo o Código Civil, apesar do registro da sociedade ser um ato constitutivo isso serve para efeitos legais e não jurídicos. Ou seja, o Direito brasileiro admite a existência da pessoa jurídica antes do registro, que serve para que se lhe atribua a capacidade jurídica de, para fins previstos na Lei, poder titularizar direitos e assumir obrigações. Assim, o Direito reconhece que a existência real da pessoa jurídica começa antes do registro, tanto assim, que se o registro ocorrer até trinta dias da criação da pessoa jurídica, seus efeitos retroagem para alcançar a data inaugural, de surgimento no mundo real dessa sociedade.

Nesse sentido, CASTRO JÚNIOR (2009, p. 110) destaca que a pessoa jurídica existe independentemente do registro, porém, esse lhe garante personalidade e capacidade jurídica. Com isso, nota-se a separação entre a personalidade jurídica e a pessoa, conceitos que não se confundem, como, também, não se confunde o de ser humano com pessoa, esta sim, dotada de personalidade jurídica, nos termos da Lei civil.

Logo, verificando a letra da lei, se a IA preencher minimamente os caracteres necessários, insistir em se atribuir a condição de pessoa apenas a um Ser Humano, será devido a prevalência do paradigma do antropocentrismo e CASTRO JÚNIOR (2009, p. 25), ao defender um direito robótico, declara que “ultrapassar o paradigma antropocêntrico no qual se admita, isolada ou concomitantemente com os humanos, seres não humanos, não (integral ou parcialmente) biológicos, como titulares de direitos, é questão que exige absoluto desapego – não desprezo – à própria humanidade e à dos outros e pleno pensamento científico, calcado na lógica adequada”.

Um ente que surgiu de um fato jurídico, por ato volitivo de pessoas físicas, com concepção resultante não de atos jurídicos, mas de evento físico ocorrente no mundo de modo independente de qualquer vontade ou ato humano, não haveria de gozar do mesmo *status* dos seus criadores? Explica-se, qual *status* haverá de ter uma máquina, dotada de inteligência semelhante ou superior a humana, fruto de interações lógicas em programa de inteligência artificial, cujo resultado não está determinado minuciosamente, mas genericamente, embora com todos os passos coerentes?

### 3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Desde os primórdios foi difícil conceituar o que é a IA, justamente pelo seu próprio nome, apontado como pretensioso por certos pesquisadores, e considerando a dificuldade em definir o que significa a própria inteligência. Alan Turing, em 1950, a fim de trazer uma definição satisfatória de inteligência, propôs “O teste de Turing”, cujo método era uma pessoa interrogar um computador com perguntas e respostas baseado nas mais diversas saídas, sem que esta soubesse que estava “conversando” com um computador ou não. Assim, o computador só passaria no teste se a pessoa não conseguisse distinguir se era um computador ou outro ser humano. Turing definiu um comportamento inteligente como sendo “a habilidade de um sistema alcançar um desempenho ao nível de um ser humano em todas as tarefas cognitivas, de forma a conseguir enganar uma pessoa que o estivesse a interrogar” (TURING, 1950, p. 460).

Ainda que Alan Turing, tenha dado os primeiros passos para o que conhecemos por inteligência artificial, o termo só veio a ser cunhado anos mais tarde em 1956, em uma conferência de *Dartmouth College*, em que John MC-CARTHY (1959, s.p) a utilizou no convite para o referido evento.

Na década de 80, Elaine Rich (1988, p.1) expôs que a Inteligência artificial consiste em fazer os computadores realizarem tarefas nas quais, e nos dias atuais, os seres humanos ainda são melhores do que as máquinas. Num sentido amplo, a inteligência artificial é o esforço contínuo de fazer com que as máquinas pensem e interajam como os seres humanos, sendo divididas em classes como IA (fraca) onde respondem de forma lógica e raciocínio automatizado, IA (forte) ou IA (geral) quando uma máquina realiza qualquer tarefa cognitiva que um humano realiza.

A Inteligência Artificial Fraca (*Artificial Narrow Intelligence*) representa a teoria de que um sistema de inteligência artificial não seria capaz de verdadeiramente raciocinar e resolver problemas. Na ótica desta vertente, Searle (1998, p.8) afirma que “sistemas de inteligência artificial podem agir de forma inteligente, ou agir como se fossem inteligentes, como se mentes tivessem, mas sem ser, de fato, entidades genuinamente inteligentes”. Nesse caso, os sistemas de inteligência artificial seriam capazes, somente, de simular comportamentos inteligentes, desde que previamente fornecidas bases

pré-determinadas para suas escolhas. Esta é a IA que encontramos diariamente nas nossas rotinas, tais como reconhecimento facial, de lugar, objetos, animais, utilizadas também na forma de *chatbot*<sup>8</sup>.

Já a Inteligência Artificial Forte (*Artificial general intelligence*) representa a criação da forma de inteligência baseada em computador, capaz de raciocinar e resolver qualquer problema. Essa vertente teórica considera ser plenamente possível não apenas ter um sistema capaz de produzir informação nova, mas a criação de uma máquina consciente, afirmando que os sistemas artificiais inteligentes podem replicar a mentalidade humana, de forma genuína. Neste caso, estes sistemas não seriam apenas simulações de inteligência, mas entidades realmente inteligentes.

De acordo com Price (2018, p.21) “agora temos uma nova tecnologia poderosa para lidar [...] para nossa própria segurança, precisamos apontar na direção certa e levá-los a agir bem para nós”. Turing (1950) afirmou também que:

“o comportamento de uma máquina é, com frequência, tão imprevisível que ela não deixa transparecer a sucessão das instruções elementares que lhe deram origem. Assim, ainda que a atividade de uma máquina resulte daquilo que se lhe ordenou, ainda que ela seja o reflexo fiel disso, a rapidez do cálculo e a multiplicidade das operações executadas fazem com que sejamos incapazes de reconstituir, apenas a partir da observação de seu comportamento, a sequência das instruções às quais obedece uma máquina. De certo modo isso significa que existe uma outra coisa naquilo que resulta de uma máquina, além daquilo que lhe foi fornecido”.

Portanto, ainda que a atividade de uma máquina resulte daquilo que foi ordenado e mesmo que seja o reflexo fiel, a rapidez do cálculo e a multiplicidade das operações executadas pode resultar na incapacidade de reconstruir a sequência das instruções às quais obedece uma máquina apenas a partir da observação de seu comportamento. “De certo modo isso significa que existe uma outra coisa naquilo que resulta de uma máquina, além daquilo que lhe foi fornecido” (TURING *apud* CASTRO JÚNIOR, 2013).

---

<sup>8</sup> Programa de computador que simula uma conversa humana para qual fora programado previamente.

Quando as máquinas forem tão inteligentes quanto os humanos, nesse exato momento já poderá tê-los superado, em virtude das diferenças existentes entre humanos e robôs. Kurzweil (1999, p.13) explica o porquê:

No momento em que os computadores atingirem um nível de inteligência comparável ao dos seres humanos, com certeza já terão nos ultrapassado. Por exemplo, se uma pessoa aprende francês, não pode transferir imediatamente esse aprendizado para outra. Isso acontece porque, para nós, esse processo exige uma sucessão de padrões terrivelmente complexos de interconexões entre neurônios e também entre as concentrações de bioquímicos conhecidos com neurotransmissores, que permitem o tráfego de impulsos entre neurônio. Não podemos promover a transmissão rápida desses padrões. Mas um download acelerado permitirá que nessas criações não-biológicas partilhem imediatamente o que aprenderam com bilhões de outras máquinas.

Do século XX ao XXI, a IA progrediu e está evoluindo muito. Através do Aprendizado de Máquinas é possível até replicar os pensamentos e ações do ser humano, com conjunto de técnicas que buscam reproduzir algumas capacidades específicas do cérebro humano em máquinas, como raciocínio, aprendizado e detecção de padrões. Ela permite aos computadores pensarem em problemas específicos quase como seres humanos, aprendendo e podendo, em alguns casos, decidir sozinhos.

A utilização diária da IA, operada por meio da utilização de algoritmos, pode ser usada para prever fatos gerais sobre a economia, natureza ou política, como também o comportamento individual. Ela pode ajudar a prever quem será o próximo presidente, quais regiões estão mais propensas à propagação do vírus da zika, quando será o próximo terremoto no México, qual a probabilidade de termos uma crise econômica na próxima década, quem é o time favorito para a Copa do Mundo, qual a probabilidade de determinado prisioneiro reincidir em um crime, a probabilidade de uma pessoa gostar de certo filme e qual a capacidade de pagamento dos clientes de uma empresa, por exemplo. (ZARSKY, 2013, p. 1505)



De igual forma, com a materialização da inteligência artificial, corporificada em um robô, entendido este como um autômato ou dispositivo automático, cujas funcionalidade, mobilidade e capacidade de comunicação e aprendizagem variam consoante os modelos, cada vez mais providos de IA (DIAS PEREIRA, 2019, P. 25). ‘

O robô muitas vezes é construído com imagem e aparência humana, parecendo merecer uma tutela distinta de uma simples coisa, pois pouco a pouco as pessoas estão expostas e se relacionam com robô. Segundo Coppin (2017, p.21) “No Japão, em 2006, quando o cão robô AIBO saiu de linha no mercado, seus os donos, principalmente os idosos, chegaram a fazer velório para seus amigos maquinais”. A empresa *Hanson Robotics* desenvolveu um robô humanoide intitulado Sophia, que possui a capacidade de reproduzir aproximadamente 60 expressões faciais, contar piadas e aprender com as interações que participa. Além disso, ela consegue desenvolver conversas diretas com as pessoas e manter debates sobre assuntos complexos, como temas existenciais. Em 2017, durante um evento chamado *Future Investment Initiative*, Sophia recebeu o título de cidadã da Arábia Saudita, um país onde as mulheres não podiam dirigir até o 2018 e ainda precisam da permissão do homem para tirar o passaporte, por exemplo.

O que nos espera amanhã, em um mês, ano, dez ou vinte anos?

Alguns países comentam sobre a necessidade de a população se acostumar a se relacionar com (e através de) máquinas cada vez mais inteligentes. O Japão, por exemplo, menciona, explicitamente no plano nacional de robótica, como objetivo a criação de uma “sociedade livre de barreiras para robôs”<sup>9</sup>.

Robôs foram criados por pessoas, portanto, suas ações uma mera execução de comandos e de programação prévia. A utilidade dos robôs é inegável; no entanto, o que nos preocupa são os graves riscos associados ao uso

---

<sup>9</sup> De acordo com os termos da New Robot Strategy, elaborada pelo Ministério da Economia, Comércio e Indústria japonês: “a society and structure must undergo a transformation to take full advantage of robots. [...] Having said that, it is crucial to meet the requirements for a society where human and robots can coexist and cooperate on a daily basis for the maximization of robot capacities. Such kind of society can be called ‘robot barrier-free society’ which should realized.” Disponível em: [http://www.meti.go.jp/english/press/2015/pdf/0123\\_01b.pdf](http://www.meti.go.jp/english/press/2015/pdf/0123_01b.pdf). Acesso em: 07 ago. 2020.

desses robôs, pois os sistemas contendo IA tem se tornando cada vez mais presentes e começam a causar danos e, inclusive, mortes. Em 2015, um sistema do Google, através de um aplicativo de reconhecimento de fotos, erroneamente marcou pessoas negras como gorilas<sup>10</sup>. Neste mesmo ano, um robô inteligente da Volkswagen matou um trabalhador que tentou fazer reparos na máquina, pois não tinha consciência que existia um humano ali<sup>11</sup>. Em 2016, o dono de um Tesla “semiautônomo”, que possui uma função que faz o carro andar sozinho em algumas condições de estrada, morreu após colidir com um caminhão<sup>12</sup>. Mais recentemente, em 2018, uma mulher também faleceu depois de ser atropelada por um carro autônomo da Uber<sup>13</sup>

Não apenas isso, podemos chegar em um o momento em que iremos nos deparar com criaturas tão ou mais inteligentes que os humanos, assim, deveremos estar preparados para, em termos jurídicos, lidar com a questão e isso poderá implicar na superação do paradigma antropocêntrico, que, inclusive, já vem sendo afastado pelas diversas descobertas científicas e pela nova forma de compreender o Homem como uma criatura em meio a outras que merecem respeito, uma vez que neles se reconhece alguma forma de inteligência, como ocorre com os animais, atualmente dignatários de tratamento jurídico cada vez mais, por assim dizer, em consonância com o paradigma antropocêntrico, “humano”. Essa conquista ou esse estágio evolutivo das espécies e cultura humana permite divisar alguns direitos para animais, bem cuidados pela doutrina do direito animal. (CASTRO JÚNIOR, p.26)

Também é necessário que o Direito avance também para buscar compreender o que são máquinas inteligentes e como o ordenamento jurídico deve reagir à sua progressiva inserção na sociedade. Se o robô (materializa-

---

<sup>10</sup> ARADA, Eduardo. **Fail épico**: sistema do Google Fotos identifica pessoas negras como gorilas. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/google-fotos/82458-polemica-sistema-google-fotos-identifica-pessoas-negras-gorilas.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>11</sup> FERRARI, Bruno. **Robô mata funcionário da Volkswagen na Alemanha**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/07/robo-mata-funcionario-da-volkswagen-na-alemanh.html>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>12</sup> AGRELA, Lucas. **Acidente marca a primeira fatalidade envolvendo um veículo tecnológico**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/carro-autonomo-da-uber-mata-mulher-nos-estados-unidos>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>13</sup> **Mulher morre nos EUA após ser atropelada por carro autônomo do Uber**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/03/mulher-morre-nos-eua-apos-ser-atropelada-por-carro-autonomo-do-uber.html>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ção da IA) tem um *corpo*, possui um *comportamento emergente* e gera *envolvimento social*, qual seria sua natureza jurídica? Teriam eles direitos e deveres próprios? Seria correto então conceder ao mesmo alguma forma de personalidade jurídica? A concessão de cidadania por um país a um robô significa que, de um ponto de vista jurídico, pela primeira vez a máquina poderá ser equiparável a um ser humano em direitos e deveres?

Diante de tantos questionamentos, é notório que existe um fato que demanda intervenção jurídica para regular as relações que se travam ao seu derredor, sejam preliminares, sejam no seu curso, sejam posteriores.

#### **4 A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA A IA**

A regulamentação jurídica que envolve os sistemas de IA é importante, não apenas por causa de ameaças, mas também pela necessidade de se regular as relações jurídicas que mudam à medida que a sociedade interage mais ativamente com a IA em rápida evolução (incluindo robôs).

A sociedade já utiliza intensivamente e cotidianamente a tecnologia que possui IA, já existe uma dependência excessiva da tecnologia, mas há uma lacuna na compreensão de que a interação humana com a tecnologia pode ser benéfica e prejudicial do ponto de vista jurídico. ČERKA et. al (2017, p. 6-7) cita exemplos, que valem a pena destacar:

- Os smartphones são extremamente utilizados, embora se saiba que ser proprietário de um telefone significa tornar a vida privada de alguém acessível a outros e, portanto, nossa privacidade está em risco;
- Carros autônomos e sua introdução no mercado têm sido objeto de extensas discussões, embora nenhuma decisão unânime tenha sido tomada quanto à responsabilidade em casos de acidentes envolvendo esses carros;
- As pessoas estão sendo incentivadas a compartilhar seus dados relacionados à saúde com pulseiras ou relógios inteligentes, embora esses itens, fazendo parte da Internet, interajam com outros dispositivos e divulguem as informações para quem busca lucrar com isso;
- O mundo observa com admiração a *Smart home* (casas automatizadas), esperando que, no futuro próximo, nossas casas sejam intelligen-

tes, permitindo o controle de todos os aparelhos com o toque de um botão, mesmo que o proprietário esteja a centenas de quilômetros de distância. No entanto, não se pensou no fato de que um toque de um botão não apenas executaria o comando do operador, mas também enviaria os dados para aqueles que coletam e analisam as informações para elaborar perfis e construir dados quanto aos hábitos dos usuários.

Em 2015, o *Future of Life Institute* enviou uma carta aberta<sup>14</sup> abordando os desafios e ameaças representadas pela IA: “Seus membros — e defensores, entre os quais Bill Gates, Elon Musk e Stephen Hawking — estão preocupados que, conquistas cada vez mais sofisticadas em IA aumentam especialmente onde se cruzam com os avanços da tecnologia de robótica autônoma - e não se dá atenção suficiente à segurança”.

Visando iniciar os debates e trazer recomendações de Direito Civil e Robótica pautadas em princípios éticos mínimos que devem ser respeitados ao desenvolver, programar e utilizar robôs providos de inteligência artificial, o Parlamento Europeu, em 2017, editou a Resolução 2015/2103 (INL) que possui uma relevante utilidade jurídica, considerando seu papel de vanguarda. O texto aponta para a necessidade de regular o desenvolvimento de robôs autônomos e inteligentes, com a recomendação de que se considere a criação de uma espécie de personalidade jurídica para robôs (PARLAMENTO EUROPEU, 2017)

Há uma pergunta que precisa ser feita: por que devemos imputar personalidade jurídica à IA? Os defensores desta ideia alegam que é necessário criar um tipo especial de pessoa jurídica para a IA porque, considerando o nível de desenvolvimento tecnológico existente e potencialmente existente, os conceitos legais de responsabilidade civil não são mais adequados para seu objetivo principal: o de garantir justiça e proteger aqueles cujos interesses estão em jogo.

Isso porque se é questionado e debatido como seria possível controlar os sistemas de IA para que eles não interfiram nos direitos dos outros (mesmo motivados por boas intenções); e como podemos garantir que os danos

---

<sup>14</sup> “Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence: an Open Letter”, disponível em: [http://futureoflife.org/AI/open\\_letter#signatories](http://futureoflife.org/AI/open_letter#signatories)

causados por esses sistemas sejam compensados, visto que, se considerado um objeto, a IA não seria capaz de compensar o dano, seria necessário julgar que outra pessoa (sujeito de direito) seja responsável pelo dano. Alguns podem acreditar que essas questões levantadas podem ser resolvidas, responsabilizando os desenvolvedores, operadores ou produtores de um Sistema de IA. Outros podem pensar que seria suficiente reprogramar ou desligar o sistema.

Contudo, não é tão simples responsabilizar os desenvolvedores, operadores ou produtores da IA devido às características específicas de tais sistemas, ou seja, sua capacidade de tomar decisões autônomas, independentemente da vontade de desenvolvedores, operadores ou produtores, bem como sua capacidade de aprender, ganhar experiência e agir de forma autônoma. Se os erros cometidos pela IA forem fáceis de identificar, assim também será fácil identificar o responsável, porém, esse não é o caso da IA que age de forma autônoma. Se tais sistemas tomam decisões independentes, há uma grande dificuldade em determinar do nexo de causalidade entre a decisão imprópria do sistema e as ações de seu desenvolvedor, operador ou produtor.

ČERKA et. al (2017, p. 5) destacam a importância de observar que existe o risco da responsabilidade, de uma decisão independente de uma IA, ser transferida para seu produtor e, finalmente, para o programador, ou seja, o elemento final na cadeia de responsabilidade. Nesse caso, o ônus da responsabilidade seria desproporcional para essa pessoa. Assim, esse ônus excessivo da responsabilidade legal pode levar ao medo e falta de vontade do programador de revelar sua identidade em público, ou impedir o progresso do desenvolvimento da tecnologia.

Para os defensores da atribuição de personalidade jurídica a um ente dotado de IA, a regulamentação jurídica da interação e das relações entre indivíduos e a tecnologia seria menos complicada se a IA tivesse personalidade jurídica, pois permitiria separar a IA de seus operadores, fabricantes, desenvolvedores / programadores. A pessoa jurídica significa simplesmente que a IA poderia ser levada a sério pelos tribunais: poderia ser tratada como um objeto apartado dos seres humanos que a desenvolvem, assim como é a personalidade jurídica de uma empresa.

Ademais, defendem que separar a IA dos indivíduos, ou seja, conceder personalidade jurídica à IA, não interferiria no progresso tecnológico e tornaria o processo legal. Embora sem possuir capacidade de expressar sua vontade de maneira usual para pessoas físicas, a IA poderia receber o status de sujeito de direito como “sujeito de direito derivado e artificial”. ČERKA et. al (2017, p. 6) alega que devido à natureza específica da IA (operação baseada em algoritmo), caso sejam consideradas sujeitos de direito, o escopo de seus direitos e de obrigações não será necessariamente o mesmo que o escopo de direitos e obrigações dos outros sujeitos de direito. Semelhante às pessoas jurídicas de empresas, esses sistemas serão apenas o resultado das atividades de outras pessoas, assim, a IA só poderia ter direitos e obrigações estritamente definidos pelos legisladores.

Contudo, a ideia de atribuir personalidade jurídica à IA tem sido fortemente contestada. Vários “Especialistas em Inteligência Artificial e Robótica”, em abril de 2018, publicaram uma carta aberta afirmando que conceder aos robôs o status de pessoas jurídicas assim como as corporações seria de fato um erro terrível. De acordo com o texto, se os robôs de IA fossem “pessoas eletrônicas responsáveis por causar quaisquer danos que possam causar, na formulação da resolução do Parlamento da UE de 2017, devemos estar prontos para enfrentar dois tipos de abuso que podem surgir à custa dos direitos humanos - humanos usando robôs para se protegerem de responsabilidades e os próprios robôs violando inexplicavelmente os direitos humanos legais” (Bryson et al *apud* Pagallo, 2018, p. 8)

Seguindo a mesma linha de pensamento está Pagallo (2018), que também defende que “no médio prazo, [devemos] pular qualquer hipótese de conceder aos robôs de IA plena personalidade jurídica”, argumentando que a personalidade pode ser facilmente substituída por outras soluções legais, como seguros ou registros.

Diante deste contexto, revela-se pertinente a Teoria de *deep-pocket*<sup>15</sup>, muito utilizada nos Estados Unidos, que traz a ideia que toda empresa que possui atividades que apresentam riscos mas que, ao mesmo tempo, são lucrativas e importantes para sociedade, deve compensar os danos causados com o lucro obtido. Assim, aquele que tem o *deep-pocket* deve ser o garan-

---

<sup>15</sup> Tradução literal: bolso profundo

tidor dos riscos inerentes sendo determinado um seguro obrigatório de danos (ČERKA et al., 2015, p.376).

No mesmo sentido desta Teoria, a resolução da União Europeia, que regula a responsabilidade civil pelos atos da IA, também destaca que uma solução possível e provável, tendo em conta a complexidade do tema, deve ser a instituição de um regime de seguros obrigatórios, como já acontece, por exemplo, com a circulação de automóveis nos países-membros, que deverá impor aos produtores ou aos proprietários de robôs a subscrição de um seguro para cobrir os potenciais danos que vierem a ser causados pelos seus robôs, sugerindo, ainda, que esse regime de seguros seja complementado por um fundo de compensação, para garantir, inclusive, a reparação de danos não abrangidos por qualquer seguro (UNIÃO EUROPEIA, 2017, s.p).

Quem defende a atribuição da personalidade jurídica à IA defende que essas soluções jurídicas, seguros e registros, alegam que não exclui a necessidade da personalidade pois as pessoas jurídicas têm seguros garantidos com maior facilidade e o seu registro é obrigatório. Registro e seguro não são alternativas à personalidade da IA, mas acréscimos a ela (Laukyte, 2019, p. 5).

No Brasil, pelo Direito Civil, em um primeiro momento, as consequências seriam ruptivas com a ordem estabelecida atualmente, havendo a necessidade de adequar a personalidade jurídica dentro de uma das personalidades já existentes, o que no aspecto prático a aproxima mais da personalidade natural ou criar uma personalidade jurídica (eletrônica). Contudo não é possível a importação *ipsis litteris*, de conceitos, elementos e tratamentos dados às pessoas naturais para os sistemas de IA, devendo estes, de forma mais coerente, serem desenvolvidos em uma legislação específica, caminho que o Parlamento Europeu já tem dado os primeiros passos.

## 5 CONCLUSÃO

As evoluções tecnológicas têm revolucionado a sociedade em uma velocidade muito grande, alterando a forma de comunicação, as posições de trabalho, estudo, consumo etc. Atualmente, a interação entre humanos e a Inteligência Artificial (IA) é uma realidade, que será cada vez maior e mais profunda. Está claro que ainda não se é possível determinar os limites da IA

e o quanto ela pode progredir a ponto de, por exemplo, ultrapassar a inteligência humana. Os Sistemas de IA são vistos apenas como objetos e questão da responsabilidade por danos causados por ações dos Sistemas de IA permanece incerta.

Apesar das críticas, não existe óbice jurídico para a consideração da IA como sujeito de direito, contudo é necessária haver uma ruptura epistemológica, para a transposição do especismo que produz a exclusão de qualquer sujeito que não seja o Ser humano ao considerá-los coisas, e não lhes atribuir personalidade jurídica. A mudança de paradigmas é um processo que implica em uma mudança de concepção dos conceitos pré-estabelecidos. O conceito e extensão dos significados jurídicos dependem muito do contexto das experiências de cada indivíduo e de cada sociedade.

O tema proposto demanda atenção pela sua complexidade e pelos potenciais efeitos no ordenamento jurídico que, como regulamentador das relações sociais, deverá ter um papel determinante para garantir maior segurança jurídica às relações travadas e proteger a sociedade dos possíveis danos.

Contudo, verifica-se que é necessário que os estudos da legislação aplicada à Inteligência Artificial tenham progresso, com amplo debate e participação multissetorial, a fim de compreender como lidar com convívio com esta nova forma de tecnologia, a necessidade – ou não – de atribuir personalidade jurídica à IA ou apenas desenvolver melhor as normas jurídicas, para que, de um lado, não frear o desenvolvimento científico e, de outro, prevenir a ocorrência de danos, a fim de resguardar os princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 1995.

ASARO, Peter M. ***The Liability Problem for Autonomous Artificial Agents***. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Liability-Problem-for-Autonomous-Artificial-Asaro/1d9a46e825b6533593c357956c754cd0d9259f10>. Acesso em: 06 mar. 2020.



ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Isaac%20Asimov-2.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BARBOSA, Miranda Mafalda. **Inteligência artificial, e-persons e direito**: desafios e perspectivas. Congresso Direito e Robótica, organizado pelo grupo de investigação Contrato e Desenvolvimento Social, no âmbito do projeto UID/DIR04643/2013 «Desafios sociais, incerteza e direito», desenvolvido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/6d03901f9052/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRUNDAGE, et al. (2018). **The Malicious Use of Artificial Intelligence**: Forecasting, Prevention, and Mitigation. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/323302750\\_The\\_Malicious\\_Use\\_of\\_Artificial\\_Intelligence\\_Forecasting\\_Prevention\\_and\\_Mitigation](https://www.researchgate.net/publication/323302750_The_Malicious_Use_of_Artificial_Intelligence_Forecasting_Prevention_and_Mitigation). Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Direito e pós-humanidade**: quando os robôs serão sujeitos de direito. Curitiba: Juruá, 2013. p. 152

CAVALIERI Filho, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, Ed. Atlas, 2008.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. *Liability for damages caused by Artificial Intelligence*. **Computer Law & Security Review**, 2015. Disponível em: <http://isiarticles.com/bundles/Article/pre/pdf/138204.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Tradução e revisão técnica: Jorge Duarte Pires Valério. [Reimpr]. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral, v.I, tomo III. Pessoas: Almedina, 2004.

COSTA, Lorena Xavier da. **Sujeito de direitos e pessoa: conceitos de igualdade?** Legis Augustus, v. 4, n. 2, 2013.

DIAS PEREIRA, Alexandre. **Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias**. Estudos Vol. I. GESTAL: Coimbra, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, v. 7.

DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world**. New York: Basic Books, 2015.

ECONOMIST, The. **How Machine Learning Works**. 2015. Disponível em: <https://www.economist.com/the-economist-explains/2015/05/13/how-machine-learningworks?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/>. Acesso em: 13/07/2020.

GARDNER, Howard. **Inteligências múltiplas**: a teoria na prática. Porto Alegre: 1995.

GATES, Bill. Um robô em cada casa. **Scientific American Brasil**, edição especial n. 25, 2008, p.6-8.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**, Volume XI, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Coimbra: Almedina, 2006

KURZWEIL, Ray. **The age of intelligent machines**. 3.reimp. Cambridge: MIT Press, 1999.

LAUKYTE, Migle. *AI as a Legal Person*. In **Proceedings of International Conference on Artificial Intelligence and Law** (ICAIL 2019). ACM, New York, NY, USA, 2019.

LEHMAN-WILZIG, Sam N. **Frankenstein Unbound: towards a legal definition of artificial intelligence**. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/229067941\\_Frankstein\\_unbound\\_Towards\\_a\\_legal\\_definition\\_of\\_artificial\\_intelligence](https://www.researchgate.net/publication/229067941_Frankstein_unbound_Towards_a_legal_definition_of_artificial_intelligence). Acesso em: 17 abr. 2020.

LIMA, C. M.; LABIDI, S. **Introdução à inteligência artificial**. São Luiz: FAPEMA, 1999.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993.

MCCARTHY, John. **What is Artificial Intelligence**. Nov 2007. Disponível em: <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html>. Acesso em: 14 maio 2020.

MUEHLHAUSER, Luke; SALAMON, Anna. **Intelligence explosion: evidence and import**. 2012. Disponível em: <https://intelligence.org/files/IE-EI.pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

OLHAR DIGITAL. **As diferenças entre inteligência artificial, machine learning e deep learning**. 2017. Disponível em: [https://olhardigital.com.br/alem\\_da\\_infra/noticia/as-diferencas-entre-inteligencia-artificial-machine-learning-e-deep-learning/72678](https://olhardigital.com.br/alem_da_infra/noticia/as-diferencas-entre-inteligencia-artificial-machine-learning-e-deep-learning/72678). Acesso em: 17 maio 2020.

PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014.

PAGALLO, Ugo. **Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems**. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rsta.2018.0168>. Acesso em: 17 maio 2020.

PIAGET, Jean. **Biologia e conhecimento**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do

Parlamento Europeu. **Revista Brasileira de Pol. Públicas**, Brasília, Vol. 7, nº 3, 2017. Disponível em: [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf). Acesso em: 01 ago. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

REALE, Miguel. **A Constituição e o Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguel-reale.com.br/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

RICH, Elaine. **Inteligência artificial**. Tradução de Newton Vasconcellos; Revisão Técnica de Nizam Omar. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. Tradução da Terceira Edição, por Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

SEARLE, John. **O mistério da consciência**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 2016. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/371105950/Klaus-Schwab-A-Quarta-Revolucao-Industrial>. Acesso em: 02 dez. 2019.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

TURING, Alan Mathison. **Computing Machinery and Intelligence**. Mind 49: 433-460, 1950. Disponível em: <https://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.  
\_\_\_\_\_. **Computação e Inteligência**. Tradução de Fábio de Carvalho Hansem. 1996. Disponível em: <https://luciomarfernandes.wordpress.com/2013/06/22/computacao-e-inteligencia-alan-turing-traducao-de-fabio-de-carvalho-hansem/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes. **A Inteligência Artificial e Criatividade. Novos conceitos na Propriedade Intelectual**. GEDAI/UFPR:Curitiba, 2019

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu**, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Estrasburgo, 2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-20170051+0+DOC+XML+V0//PT#BKMD-12>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ZARSKY, T. *Transparent predictions*. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 2013.

# »»» NOVAS TECNOLOGIAS E AUTORIA: A QUEM PERTENCEM OS DIREITOS AUTORAIS DE OBRA CRIADA POR MEIO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

Gabriele Aparecida de Souza e Souza<sup>1</sup>

Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier<sup>2</sup>

**RESUMO:** Na sociedade contemporânea, diversos são os avanços oriundos do desenvolvimento e implementação de sistemas de inteligência artificial (IA), nada obstante, também muitas são as inquietações decorrentes do seu uso. Possível hoje a criação de obras, como músicas, pinturas e textos, por meio de sistema de IA, o estudo que se segue tem por objetivo analisar a quem pertencem, à luz do Direito Autoral brasileiro, os respectivos direitos de autor, sem olvidar, desde logo, a possibilidade de que a legislação pátria não responda satisfatoriamente a essa questão. Para os fins propostos neste artigo, através de pesquisa bibliográfica e adotando-se como método, primordialmente, o dedutivo, a problemática é exposta em três itens. No primeiro deles, aponta-se em que consiste a IA e seus principais modos de funcionamento. No segundo, indicam-se usos concretos que já se fizeram dessa tecnologia no processo de criação de obras, como na concepção de músicas e na produção textual – para ilustrar a discussão, relatam-se os casos *The Next Rembrandt*, *Flow Machines* e *Dreamwriter*. Por fim,

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Observatório de Direitos da Personalidade e Inovação da Universidade Federal de Santa Catarina (ODPI-UFSC). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Santa Catarina (NUPPI-UFSC). Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). E-mail: gabrieleaparecida.souza@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor em Direito, Estado e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Professor Adjunto no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC). Coordenador do Observatório de Direitos da Personalidade e Inovação da Universidade Federal de Santa Catarina (ODPI-UFSC). E-mail: mikhail.cancelier@ufsc.br.

examina-se, sob a ótica do Direito Autoral brasileiro, se pode um sistema de inteligência artificial ser considerado autor, sendo, por conseguinte, merecedor da respectiva tutela jurídica.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais. Inteligência Artificial. Autoria.

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que nas últimas três décadas as pesquisas em torno de desenvolver e aperfeiçoar tecnologias de aprendizado de máquina ganharam forte impulso – com a abertura comercial da Internet, possibilitou-se aos usuários o compartilhamento de seus interesses na rede e, por conseguinte, aumentou substancialmente o volume de dados disponíveis com os quais a inteligência artificial pode aprender<sup>3</sup>. Na sociedade contemporânea, de fato, a inteligência artificial já é uma realidade, encontrando-se no dia-a-dia sob formas diversas – por exemplo, está em assistentes virtuais-pessoais como a *Alexa* e a *Siri*; também, nas redes de *streaming*, como a *Netflix* e o *Spotify*, sugerindo conteúdos personalizados; e em aplicativos de geolocalização, como o *Google Maps* e o *Waze*, indicando a rota menos congestionada e calculando o tempo da viagem; por fim, está em *softwares* de reconhecimento facial utilizados por órgãos de segurança em alguns lugares.

Tendo em vista que, hoje, já existem inteligências artificiais capazes de criar obras, tais como pinturas, músicas e textos, o presente estudo tem por objetivo precípuo analisar a quem pertencem, à luz do Direito Autoral brasileiro, os respectivos direitos de autor. Eis o questionamento central deste trabalho: sistemas de aprendizado de máquina podem ser titulares de direitos autorais no Brasil? Não se olvida, cumpre salientar, o fato de que a Lei nº 9.610/1998, talvez, não responda satisfatoriamente ao questionamento posto, considerando, inclusive, a adoção pela mencionada norma de uma visão antropocêntrica no que se refere à autoria – somente poderiam ser autoras,

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, Wilson Engelmann e Deivid Augusto Werner (2019, p. 152) observam: “A Inteligência Artificial [...] está em processo exponencial de crescimento, graças às estruturas globais organizadas em rede [...]. As sociedades em rede são, conforme Manuel Castells, aquelas onde se fazem presentes, abundante e fortemente, as tecnologias de comunicação e informação, a permitir a formação do que chama o autor de “um sistema de nós interligados”. Tais tecnologias, embora tenham começado a “tomar forma nos anos 60” (CASTELLS, 2005, p. 17 e 20), popularizaram-se, de fato, a partir dos anos de 1990, com a abertura comercial da Internet no mundo (BARROS, 2013).

conforme expresso no texto legislativo, pessoas físicas. Contudo, deseja-se refletir sobre a necessidade premente de compreender o tema em sua complexidade, pois logo os juristas serão confrontados com situações nas quais se depararão exatamente com esta questão.

Para os fins propostos neste artigo, através de pesquisa bibliográfica e adotando-se como método, primordialmente, o dedutivo, a problemática é exposta em três itens. De fato, a ideia de criar-se autômatos não é recente, de longa data é o propósito dos seres humanos de projetarem suas habilidades mentais em outras entidades. Nessa perspectiva, no primeiro item, aponta-se em que consiste a inteligência artificial e quais são seus principais modos de funcionamento, necessária a compreensão sobre o objeto com o qual se está lidando no presente estudo. No segundo item, com o intuito de propiciar mais subsídio aos debates, indicam-se usos concretos que já se fizeram dessa tecnologia no processo de criação de obras, como na concepção de músicas e na produção textual – para ilustrar a discussão, relatam-se os casos *The Next Rembrandt*, *Flow Machines* e *Dreamwriter*. Por fim, no terceiro e último item, examina-se, sob a ótica do Direito Autoral brasileiro, se pode um sistema de inteligência artificial ser considerado autor, sendo, por conseguinte, merecedor da respectiva tutela jurídica – máquina e autoria são (in) compatíveis?

## 1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA): O QUE É E COMO FUNCIONA?<sup>4</sup>

Hoje, experimentam-se diversos avanços com o uso de sistemas de inteligência artificial (IA, daqui por diante) em atividades cotidianas, ainda que nem todas as suas aplicações sejam, *a priori*, perceptíveis. Ela está presente, por exemplo, nas músicas e filmes sugeridos pelas redes de *streaming* de áudio e vídeos, como são o *Spotify* e a *Netflix*, respectivamente (CABRAL, 2018). Também, encontra-se em aplicativos de geolocalização, “calculando” a melhor rota a partir da avaliação das variáveis existentes (EISHIMA, 2020). Na agricultura – que, em si, é uma das atividades mais antigas a ser realizada pela Humanidade –, pode auxiliar agricultores na tomada de decisão sobre

<sup>4</sup> “Muitas vezes ouvimos dizer que a técnica em si mesma não é nem boa nem má, e que tudo o que conta é o uso que fazemos dela” (LÉVY, 2010, p. 59).

o plantio, ao identificar problemas na qualidade do solo (BONA, 2019); e, na área de saúde, pode ser utilizada na automatização de diagnósticos, permitindo que se dê início aos respectivos tratamentos médicos de forma mais ágil (SILVA, 2019).

Sabendo-se, pois, que inúmeros são os impactos gerados por essa tecnologia, afinal, o que é a IA? A respeito da nomenclatura “inteligência artificial”, relacionada a esses sistemas, o termo foi cunhado originalmente por John McCarthy, quando, em 1955, organizou, juntamente com Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon, conferência a tratar dessa temática – a *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (SILVA, 2019, p. 35; MCCARTHY et al, 1955). Nos moldes da proposta feita por eles, o evento – a se realizar no verão do ano seguinte na *Dartmouth College*, em Hanover-New Hampshire, nos Estados Unidos – e o estudo com ele relacionado teriam como o mote a ideia de que cada aspecto da aprendizagem, ou qualquer outra característica da inteligência, pode, em princípio, ser descrito com tanta precisão que uma máquina pode ser construída para simulá-la<sup>5</sup>. E assim ocorreu.

A despeito disso, Alan M. Turing (1950, p. 433), embora sem fazer expresso uso da nomenclatura “inteligência artificial”, já havia lançado alguns anos antes da conferência de McCarthy, em 1950, o questionamento *podem as máquinas pensar?*<sup>6</sup>, refletindo, nesse contexto, sobre a possibilidade de que máquinas pudessem imitar o comportamento humano (TURING, 1950, p. 425). Aliás, algo que parece comum às definições atribuídas à IA – senão a todas, a grande parte delas – é que o intuito humano em desenvolvê-la parece mesmo ser o de criar máquinas “com cognição” a mais próxima possível da cognição humana, o de construir entidades informáticas capazes de raciocinar, aprender, comunicar e tomar decisões a partir das situações postas, ou seja, agir com inteligência (ENGELMANN et al, 2019, p. 155; SILVA, 2019, p. 37; STEIBEL et al, 2019, p. 51; RUSSELL et al, 2013).

---

<sup>5</sup> Trecho original, em inglês: “The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it” (MCCARTHY et al, 1955, p. 2).

<sup>6</sup> Trecho original, em inglês: “I PROPOSE to consider the question, ‘Can machines think?’” (TURING, 1950).

Nilton Correia da Silva (2019, p. 36) lembra que, atualmente, no contexto da inteligência artificial, há variados direcionamentos e focos, diversas subáreas a depender do objetivo almejado com o seu eventual uso. Nesse sentido, menciona o autor, por exemplo, a existência da *Lifelong Learning*, da *Reinforcement Learning*, da *Continuous Learning* e da *Transfer Learning*, subáreas que se voltam à criação de modelos matemáticos através dos quais se possa mimetizar o aprendizado humano continuamente; cita a *Explainable Artificial Intelligence*, focada em não apenas tornar a IA capaz de solucionar problemas, mas, também, em torná-la apta à elucidação, por meio de dados que traga à tona, sobre como chegou a determinada solução; explana, ainda, sobre as Redes Neurais Artificiais como uma das principais subáreas da IA, através do qual se pretende mimetizar em linguagem de máquina o funcionamento do sistema nervoso humano. Subáreas há muitas mais: *Machine Learning*, *Deep Learning*, entre outras (ENGELMANN et al, 2019, p. 156).

Entendendo-se, nesse rumo de pensamento, a complexidade e a técnica envolvidas no desenvolvimento dessa tecnologia, importa, no presente trabalho, destacar o seu modo de funcionamento do ponto de vista operacional, ou seja, observar que a sociedade da informação fornece, e de forma perene, os dados de que precisa a máquina para aprender. Com efeito, nesse seu mister, o desenvolvimento e o aprimoramento dos sistemas de IA nos dias atuais em muito têm sido realizados e beneficiados graças às características da sociedade contemporânea, que é informacional e comunicacional – sobremaneira a partir dos anos de 1990, com o surgimento da *world wide web* (BOFF et al, 2018, p. 30), quando usuários da Internet passaram a acessá-la mais facilmente e a nela disponibilizar uma enormidade de dados, os quais servem de subsídio para o aprendizado desses sistemas de IA. Impossível ignorar o papel da Internet no que diz respeito aos avanços nessa área.

A contemporaneidade, como leciona Manuel Castells (2005, p. 20), é tempo em que as sociedades encontram-se estruturadas em rede. A sociedade em rede, por sua vez, “é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação [...] e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação [...]”. A Internet, da sua parte, é importante espaço de facilitação para a formação dessas redes, uma vez que lá os indivíduos podem se agregar, se relacionar e se comunicar, dando vazão a um processo de



hiperconexão<sup>7</sup> em incessante avanço. Essa hiperconexão, vale dizer, dá-se hoje não apenas entre pessoas, mas ainda entre pessoas e máquinas, e entre máquinas. Pois bem, nesse emaranhado que surge dessas relações virtuais, encontra-se de tudo<sup>8</sup>. “Com uma sociedade que fica cada vez mais on-line, sempre conectada, dormir tornou-se uma atividade secundária” (LEMOS, 2012, p. 224).

De fato, no cotidiano das sociedades informacionais, sentir os efeitos das novas tecnologias é algo que se impõem a todos. A esse respeito, Mikhail Cancelier:

O desenvolvimento de novas tecnologias é uma constante na realidade de qualquer ser humano. Não importa o nível socioeconômico, o grau de escolaridade ou o ambiente em que vive, com maior ou menor intensidade, todos são diariamente expostos a inovações. O “novo” é rápida e bruscamente inserido à rotina de seus “consumidores”, que, em velocidade semelhante, se adequam à novidade, criando verdadeira dependência dessa (OLIVO, 2013, p. 17).

Assim ocorre, também, no que diz respeito às IAs. Cumpre salientar, nada obstante, como indica Jean-Gabriel Ganascia (2018): parece haver um mal-entendido quanto aos contornos da tecnologia em comento, que, no imaginário geral, já possuiria habilidades suficientes para superar, em todos os aspectos, a inteligência humana – o que não corresponde à realidade, “pelo menos por enquanto”. Na sociedade em rede hodierna, todavia, existe,

<sup>7</sup> A respeito da hiperconectividade e alguns de seus impactos, Eduardo Magrani (2018, p. 21) aponta: “O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always-on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo *hiperconectividade* está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-machine*, H2M) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação. Há, nesse contexto, um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados”.

<sup>8</sup> “Imagine ter acesso a todos os artigos e materiais de classe dos professores da Universidade de Havard ou do MIT (*Massachussets Intitute of Technology*), tudo de graça e disponível na internet. Loucura? Há alguns anos talvez. Atualmente, é um fato consumado” (LEMOS, 2012, p. 132).

como visto, um ambiente propício a isso – à inteligência artificial e ao seu incremento. Destaque-se, ainda: mesmo longe de se alcançar um sistema de IA completamente autônomo, os impactos da tecnologia hoje disponível já têm sido muitos – sociais, mas também de cunho econômico<sup>9</sup> e ético<sup>10</sup>, para citar alguns. No presente trabalho, a problemática exposta é de ordem jurídica: conforme o Direito Autoral brasileiro, a quem pertencem os direitos de autor no que se refere a obras criadas através dessa tecnologia?

Importante salientar, pois, que, a despeito dos avanços nas pesquisas relacionadas a IAs, ainda não existem nos dias de hoje sistemas de IA capazes de mimetizar integralmente a capacidade cognitiva humana por meio de máquina, mas apenas aqueles voltados a realizar atividades específicas, como, por exemplo, proceder ao reconhecimento facial em fotos do *Facebook* ou gerar respostas automáticas inteligentes para *e-mails*, como é o caso do provedor *Gmail*. Entretanto, é fato que alguns robôs já desempenham tarefas específicas melhor do que os humanos – a título de ilustração, mencione-se o *IBM Watson*, que, em 2011, venceu programa de perguntas e respostas a despeito dos competidores-gente e que, depois disso, continuou a ser aperfeiçoado, de modo que essa IA consegue realizar diagnósticos de câncer com maior índice de acerto se comparado à precisão dos médicos (CABRAL, 2018).

## 2 CRIAÇÕES POR MEIO DA IA: O FUTURO NO PRESENTE

Ao que parece<sup>11</sup>, é natural do ser humano projetar expectativas para futuro, imaginar acontecimentos para daqui a alguns anos. A criança: *quan-*

---

<sup>9</sup> Dentre os impactos sociais, mas também econômicos oriundos da IA, cite-se a incessante “digitalização da vida” – em havendo surgido a Internet por volta dos anos de 1960, acabou-se por abrir um espaço para a coletivização dos dados, compartilháveis, a partir de então, em forma de *bits* (CANCELIER, 2017, p. 39). Nessa esteira, notam-se os incontáveis arquivos de áudio, vídeo e imagem disponíveis na rede, capazes de influenciar ou modificar comportamentos, bem como de gerar renda aos produtores de seus conteúdos. Conforme Ronaldo Lemos (2012, p. 267-258), já se começa a questionar e estudar: “Como a internet muda o cérebro das pessoas?”.

<sup>10</sup> A respeito de preocupações de ordem ética quanto ao uso da IA, Fabiano Hartmann Peixoto (2020, p. 33) ressalta: “Uma IA benéfica (que busque trazer benefícios para a humanidade) deve apresentar a inclusão de etapas éticas nos processos de verificação, validação, segurança e controle”.

<sup>11</sup> Afirmção por constatação empírica.

do eu crescer... O estudante: *quando eu me formar...* O pesquisador: *quando eu descobrir...* E daí por diante... Em se tratando de tecnologia, essa relação entre o tempo e as expectativas aparenta, contudo, ser muito mais abreviada: o presente, ambicioso, corre em busca do futuro em velocidade desenfreada; quer-se o futuro não apenas sem demora, mas para já. Por esse motivo, “Quando alguém se debruça sobre qualquer questão tecnológica do presente, faz isso correndo o risco de que o próprio objeto da reflexão fique obsoleto (ou deixe de existir ou acabe “fora de moda”)” (LEMOS, 2012, p. 5). No presente trabalho, analisando-se questões pertinentes à inteligência artificial, certamente corre-se esse risco. Compreendendo-se, entretanto, que essa dificuldade do tema é parte do modo como a tecnologia opera, entende-se que isso não deve afligir, mas motivar, seus pesquisadores.

Pois bem, através da IA<sup>12</sup>, os seres humanos anseiam projetar suas habilidades, como percepção, memória e raciocínio, em uma entidade artificial. Essa pretensão, a bem da verdade, não é nada recente<sup>13</sup>, mas, em 1950, ganhou importante espaço com o questionamento de Turing (1950) – *Podem as máquinas pensar?* – e, posteriormente, em 1956, com a conferência *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, organizada por McCarthy, Minsky, Rochester e Shannon (MCCARTHY et al, 1955). Nada obstante, arrebatador para fins de desenvolvimento dessa tecnologia, foram a criação e popularização das tecnologias da informação e comunicação, sobretudo a internet, cuja abertura comercial no mundo se deu ao final da década de 1980 (BARROS, 2013). Com isso, o ingrediente substancial de que necessitam os sistemas de IA para se ampliarem e aperfeiçoarem, qual seja a formação e a disponibilização de um *Big Data*<sup>14</sup> em incessante atualização, passou a estar à mesa e em abundância.

---

<sup>12</sup> V. item 1 (“Inteligência artificial (IA): o que é e como funciona?”).

<sup>13</sup> Conta-se sobre esse propósito existir já nas mitologias egípcia e grega. A título de exemplo, observa-se a figura de Talos, por volta do ano 400 a.C – ele seria um autômato, um “robô inteligente”, um “guardião gigante e alado feito de bronze”, que teria como função proteger a ilha de Creta de invasores (SILVA, 2019, p. 37).

<sup>14</sup> O *Big Data* é, conforme Salete Oro Boff et al (2018, p. 201), alicerce para o tratamento de dados. Consiste em um enorme banco de dados que, analisados através de uma lógica, permitem, por exemplo, compreender relações sociais complexas e dinâmicas, porque se dispõe de informações para tanto, mas também possibilita classificar pessoas segundo preferências determinadas, o que pode levar a processos discriminatórios.

Com efeito, hoje, muito já é possível realizar por meio da utilização da IA. Nesse rumo de pensamento, para melhor identificar a problemática apresentada no presente estudo, bem como para ilustrar a discussão teórica nele trazida, observem-se os seguintes casos em que sistemas de inteligência artificial “criaram” obras artística, musical e científica: a) o Projeto *The Next Rembrandt*; b) “Daddy’s Car”, a música “estilo Beatles” composta pela *Flow Machines*; e c) o artigo da *Dreamwriter*, a IA da *Tencent*, e a demanda por *copyrights*.

#### a) o Projeto *The Next Rembrandt*

Rembrandt Harmenszoon van Rijn, conhecido apenas por Rembrandt, foi um pintor e gravurista nascido em 15 de julho de 1606, na cidade de Leiden, na Holanda. Na infância, conta-se, “enquanto seus irmãos foram enviados para o estudo de ofícios, ele, que já gostava muito de desenhar e pintar, foi matriculado na Escola Latina de Leiden aos 7 anos de idade”. Em sua adolescência, foi educado e ensinado pelo pintor acadêmico Jacob Isaaxszoon van Swanenburgh sobre lições como preparo de tintas, montagem de telas e técnicas básicas de pintura (MARTINS, 2016). Considerado um grande expoente da pintura barroca europeia do século XVII, algumas de suas obras são “A ronda noturna”, datada de 1642; “O retorno do filho pródigo”, de 1662; e a “A lição de anatomia do Dr. Tulp”, de 1632. Sua obra era, e ainda é, apreciada por muitos, entre outros motivos, pelo seu estilo único e pelos efeitos de luz e sombra por ele utilizados (FUKE, [20??]). Rembrandt faleceu em 4 de outubro de 1669, deixando para a posteridade mais de sete centenas de obras de arte de sua autoria.

Em 2016, portanto mais de trezentos anos após a morte do pintor holandês, anunciou-se ao mundo o projeto “The Next Rembrandt”, realizado em colaboração pela instituição financeira ING, pela empresa de tecnologia Microsoft, pela Universidade Tu Delft e pelo museu Mauritshuis. A questão central do projeto, como anunciado: *Pode o grande mestre ser trazido de volta para criar mais uma pintura?*<sup>15</sup> Em suma, o trabalho ora em comento se deu em quatro etapas. Primeiramente, reuniram-se os dados necessários e, após a digitalização em alta resolução de 346 pinturas (MERIGO, 2016), exa-

<sup>15</sup> Tradução livre; trecho original, em inglês: “Can the great master be brought back to create onde more painting?”. Para conhecer o projeto *The Next Rembrandt*, em suas etapas de desenvolvimento, v. NEXT REMBRANDT, 2020.

minaram-se e estudaram-se as respectivas obras do artista, “pixel por pixel”; por segundo, observando-se que Rembrandt pintou mais retratos do que qualquer outro objeto, determinou-se como objetivo-sujeito final: obter, por meio de IA, um retrato de um homem caucasiano com barba, entre 30 e 40 anos, vestindo roupas pretas com um colarinho branco e um chapéu, direcionada a sua vista para o lado direito (NEXT REMBRANDT, 2020).

O terceiro passo, depois disso, foi, então, desenvolver um *software*, uma IA, capaz de entender o estilo de pintura feito por Rembrandt – precisava-se fazer com que a máquina compreendesse, em forma de algoritmos, as características de suas obras, em diversas ordens, desde o aspecto geométrico até os materiais que o artista utilizava. No estudo realizado, tamanha a precisão almejada, levou-se ainda em consideração que as pinturas não têm apenas duas dimensões – altura e largura –, mas, ainda, uma terceira – profundidade –, conseguindo-se determinar, inclusive, entre outros resultados, a quantidade de tinta liberada na tela. Assim, na quarta e última etapa, realizada a impressão de trinta camadas de tinta, uma sobre a outra, o projeto obteve, então, o desfecho ambicionado: a produção de uma pintura, como se descreve, fiel ao estilo de Rembrandt<sup>16</sup> (NEXT REMBRANDT, 2020).

b) *Daddy’s Car*, a música “estilo Beatles”, composta pela *Flow Machines*

Em 2016, um *software* de IA compôs “Daddy’s Car”, a primeira música do mundo feita por essa tecnologia. Batizada de *Flows Machine*, essa IA consubstancia-se em projeto de pesquisa desenvolvido pelo Laboratório de Ciência da Computação da Sony – a Sony CSL – e tem como propósito declarado a criação de novas músicas com seus cocriadores usando tecnologia de aprendizado de máquina de última geração<sup>17</sup>. Eis que, alimentada com um enorme banco de dados, pode ela aprender sobre diversos estilos e técnicas musicais e, assim, produzir, ela mesma, canções inéditas. Depois do processo de criação, pode então um ser humano se dedicar a fazer arranjos, escrever

<sup>16</sup> “The final height map determined how much ink was released onto the canvas during each layer of the printing process. In the end, we printed thirteen layers of ink, one on top of the other, to create a painting texture true to Rembrandt’s style” (NEXT REMBRANDT, 2020).

<sup>17</sup> Tradução livre; trecho original, em inglês: “Flow Machines is committed to creating new music with its creators using state-of-the-art machine learning technology” (FLOW-MACHINES, 2020).

letras, realizar melhorias, enfim, dar à produção “toque humano” (DEMARTINI, 2016). Desde “Daddy’s Car”, já foram compostas diversas outras obras musicais com a IA<sup>18</sup>.

Pois bem, no caso de “Daddy’s Car”, é possível até que se lembrem alguns, ao ouvir a música, de *The Beatles* e do estilo musical adotado pela banda inglesa formada por John Lennon, Paul McCartney, George Harrison e Ringo Starr (DEMARTINI, 2016). Nada obstante, apesar das eventuais semelhanças, os garotos de Liverpool não tem nesta canção qualquer participação autoral. Além do trabalho da *Flow Machines* nesta composição, a letra e a produção de “Daddy’s Car” foram feitas “com auxílio de carne e osso” pelo compositor francês Benoît Carré (CATRACA LIVRE, 2016). Em 2018, portanto dois anos após a criação da música ora em comento, foi, então, lançado o álbum de nome “Hello World”, constituído por 15 faixas, todas compostas com a IA *Flow Machines* – o primeiro criado com os recursos de inteligência artificial (NOGUEIRA, 2018).

c) o artigo da *Dreamwriter*, a IA da Tencent, e a demanda por *copyrights*

A Tencent é empresa chinesa cuja área de atuação está relacionada precipuamente à tecnologia e ao seu desenvolvimento, possuindo investimentos em vários segmentos relacionados a ela, como o ramo de *games*<sup>19</sup> e de comunicação<sup>20</sup>, além da sua participação em outras empresas do setor<sup>21</sup>. Conforme dados do ano de 2018, trata-se da quinta marca mais valiosa do mundo, estimada em US\$ 178 milhões, estando, nesse quesito, atrás apenas das marcas *Google*, *Apple*, *Amazon* e *Microsoft* (WAKKA, 2018). Pois bem, a Tencent já possui uma inteligência artificial que pode chamar de sua, e não

<sup>18</sup> Algumas delas encontram-se disponíveis em <https://www.flow-machines.com/>. Acesso em: 23.set.2020.

<sup>19</sup> No ramo de *games*, a Tencent é conhecida, por exemplo, por ser, hoje, a dona da Riot Games, “aquela que deu ao mundo o megassucesso *League of Legends*” (PRATA, 2014).

<sup>20</sup> É, também, desenvolvedora do aplicativo *WeChat*, que, à semelhança do *WhatsApp*, tem como funcionalidade o compartilhamento de mensagens instâncias, mas além disso, possibilita, entre outros, a realização de transferência de dinheiro – *WeChat Pay* –; o acesso a serviços públicos – *Public Services* –; o agendamento de consultas médicas – *Health* –; a compra de ingressos de cinema – *Movie Tickets*; entre outros (MACIEL, 2020).

<sup>21</sup> “Pense na Tencent como um conglomerado tecnológico em rápido crescimento. A empresa detém participação de 5% na Tesla, 12% no Snap, 10% no Spotify, 6% na Activision Blizzard e 1% no Uber” (BICUDO, 2018).

é de hoje. A IA *Dreamwriter*, como se chama, existe desde setembro de 2015 e consiste em uma tecnologia capaz de produzir, ela própria, textos sobre os mais variados assuntos. Em notícia veiculada pela *International Intelligent Robot*, contou-se ter a equipe do projeto *Dreamwriter* confirmado a repórteres a seguinte informação:

[...] o volume médio anual real de notícias escritas pelo *Dreamwriter* ultrapassou 500.000 artigos e 80 milhões de palavras. Tomando 15 de novembro de 2018 como exemplo, os robôs escreveram um total de 1.298 notícias sobre o tempo, 773 notícias sobre finanças, 546 acerca de carros, 126 sobre imóveis e 76 sobre esportes<sup>22</sup>.

Em agosto de 2018 aconteceu de uma plataforma *online* de conteúdo publicar, sem autorização, texto sobre finanças escrito pela *Dreamwriter*, que, por sua vez, se baseou em índices da bolsa de Shanghai, dados pertinentes ao comércio internacional, entre outros. A questão foi, então, objeto de ação judicial movida pela Tencent, dona da citada IA, contra a Shanghai Yingxun Technology, dona da plataforma mencionada, alegando, a primeira empresa, ter a segunda infringido direitos autorais (POLLO, 2020; LA VANGUARDIA, 2020). Em decisão que parece ser inédita no mundo, o Tribunal chinês do Distrito de Shenzhen, competente para julgar o caso, entendeu que, sim, houve no caso infração aos direitos de autor, salientando, inclusive, que a estrutura do texto produzido pela *Dreamwriter*, indevidamente publicado pela parte acionada judicialmente, possui lógica, razoabilidade e, até mesmo, alguma originalidade (ROMERO, 2020).

### 3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS DE AUTOR NO BRASIL: (IN)COMPATIBILIDADE?

A Lei brasileira de Direitos Autorais hoje em vigor – Lei nº 9.608/1998 –, dispõe que é autor “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou

<sup>22</sup> Tradução livre; trecho original, em inglês: “The project team confirmed to reporters that Dreamwriter’s actual annual average annual news writing volume has exceeded 500,000 articles and 80 million words. Taking November 15, 2018 as an example, robots wrote a total of 1,298 weather news, 773 financial news, 546 cars, 126 real estate, and 76 sports” (INTERNATIONAL INTELLIGENT ROBOT, 2019).

científica” (art. 11). Estabelece, nada obstante, que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (art. 7º, *caput*) – listam-se como exemplos de obras tuteláveis pela norma mencionada “os textos de obras literárias, artísticas ou científicas” (art. 7º, I), bem como “as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética” (art. 7º, VIII). Pois bem, tendo as tecnologias atualmente disponíveis permitido que obras sejam concebidas por sistemas de IA, que, à semelhança dos seres humanos, conseguem aprender com as informações ofertadas e daí criar algo original, poderiam tais tecnologias de aprendizado de máquina possuir direitos de autor no Brasil?

Consoante Mariana Giorgetti Valente (2019, p. 46-47), a história do direito autoral no Brasil encontra estreita relação com a história das associações de defesa do direito do autor – a primeira delas, foi a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais, fundada no ano de 1917. O papel, então, atribuído a essa entidade era, entre outros, representar seus associados perante judicialmente, em processos pertinentes à propriedade literária e artística, outrossim perante às empresas de teatro, cobrando-lhes valores referentes às quotas ou porcentagens dos direitos de autor. Isso parece ter se replicado às associações de autores em geral, não tendo sofrido mudanças substanciais as funções dessas entidades nos dias atuais, vide-se, nesse sentido, o artigo 98 da Lei nº 9.608, ao dispor sobre a legitimidade dessas associações na defesa judicial ou extrajudicial dos direitos autorais de seus associados<sup>23</sup>. Ainda, a despeito de diversas discussões legislativas pertinentes ao tema<sup>24</sup>, a perspectiva dos direitos autorais continua nos dias presentes a estar concentrada na figura do autor pessoa física, antropocêntrica portanto (SCHIRRU, 2019, p. 7).

Algo, contudo, aconteceu de novo desde a formação dessas primeiras associações para cá, certamente. A respeito do direito autoral na socieda-

<sup>23</sup> Art. 98, da Lei nº 9.608/1998. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos (BRASIL, 1998).

<sup>24</sup> Para entender melhor como se deu a construção do direito autoral no Brasil, inclusive para compreender mais detalhadamente acerca da tramitação do Projeto de Lei nº 2.148/1989, precursor da Lei de Direitos Autorais no país – Lei nº 9.610/1998 –, v. VALENTE, 2019.



de da informação, Guilherme Carboni (2010, p. 11-12 e 87) chama atenção para o fato de que, hoje, a Internet e a tecnologia digital permitem maior interatividade entre os indivíduos do que no passado, e que as pessoas na sociedade contemporânea, através da rede, podem criar – e assim ocorre com cada vez mais frequência – em colaboração ou em coautoria. A autoria, nesses casos, encontra-se diluída – em determinadas situações tamanha é a diluição que se torna extremamente dificultosa a identificação da verdadeira autoria. Além disso, uma outra problemática própria da sociedade informacional: como delimitar contornos à chamada meta-autoria, pertinente a obras criadas por sistemas computacionais? Cumpre salientar: em busca dessa resposta, diversas são as variáveis em análise – o maior ou menor grau de autonomia das tecnologias desenvolvidas e a opção por atribuir personalidade jurídica a máquinas, são algumas delas.

Cumpre lembrar que, no mundo, a invenção da prensa, nos anos de 1450, já havia transformado o relacionamento entre os seres humanos na forma como lidam com suas criações – a impressão-registro do pensamento humano em meio físico torna perene, ou ao menos mais duradouro, o que, de outra forma, é efêmero, o pensar<sup>25</sup>. A partir da tecnologia da prensa, pois, criada por Johannes Gutenberg em meados do século XV para fins de imprimir caracteres tipográficos alfabéticos em papel, as culturas e os conhecimentos escritos passaram a ser mais facilmente reproduzidos e difundidos nas sociedades, contexto em que as próprias palavras transformaram-se em uma espécie de produto – embora o invento da escrita, vale ressaltar, remonte às sociedades mesopotâmicas de 3.000 a.C.<sup>26</sup> (CARBONI, 2010, p. 42-43). Liz Beatriz Sass e Sarah Linke, a respeito da prensa, observam: “[...] a discussão em torno da figura do autor passa a ter um contorno relevante com a

---

<sup>25</sup> Aliás, a importância da linguagem como instrumento de memória e propagação das representações é descrita por Pierre Lévy, em sua *As tecnologias da inteligência*. Consoante o autor: “A partir do momento em que uma relação é inscrita na matéria resistente de uma ferramenta, de uma arma, de um edifício ou de uma estrada, torna-se permanente. Linguagem e técnica contribuem para produzir e modular o tempo” (LÉVY, 2010, p. 76).

<sup>26</sup> “Os mais antigos testemunhos escritos encontrados são da região da Mesopotâmia (atual Iraque), feitos 3.300 anos antes de Cristo. Os sumérios, que habitavam a Mesopotâmia (povos que viveram antes dos assírios e babilônios na mesma região), desenvolveram a escrita cuneiforme. O termo vem de cunha, que era uma pequena ferramenta de entalhe, a ‘caneta’ da quele (sic) tempo, que gravava símbolos em plaquinhas de cerâmica” (INVIVO – FIOCRUZ, 2015).

invenção da prensa, em 1450, e a conseqüente possibilidade de reproduzir obras em larga escala”.

Pois bem, eis que, em se reconhecendo a possibilidade de “meta-autoria”, reconhece-se, por conseguinte, a existência da figura do “meta-autor” ou “meta-artista” (CARBONI, 2016). Sobre a complexidade do tema, Luca Schirru (2019, p. 7-8) aponta como questão que, embora transversal, não passa ilesa nessa miscelânea: é possível conferir personalidade jurídica a IAs? “Para se considerar um sistema de inteligência artificial como um sujeito de direito, a discussão necessariamente deverá passar pelo debate a respeito da possibilidade ou não de se atribuir a tais sistemas alguma forma de personalidade [...]” – uma personalidade ficta, é verdade. A Lei de Direitos Autorais vigente no Brasil, cabe salientar, norteia-se como visto em um paradigma antropocêntrico, ao indicar apenas a pessoa física como possível criadora de obra literária, artística ou científica. Como resolver essa celeuma? Uma hipótese levantada por parte da doutrina: estariam as obras criadas por sistemas de aprendizado de máquina, na realidade, em domínio público, e não em domínio particular.

Em apertada síntese, obras “caem” em domínio público após transcorrido o lapso temporal disposto na legislação para sua utilização exclusiva pelos seus respectivos autores ou sucessores. Passam, a partir de então, a estar disponíveis para adaptações, arranjos, entre outros usos, às pessoas em geral, sem a necessidade de permissão do autor ou pagamento de qualquer indenização. Na forma do art. 45, da Lei nº 9.610/1998, pertencem ao domínio público as seguintes obras: a) aquelas em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais; b) as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; e c) as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais (BRASIL, 1998). Alguns doutrinadores, a exemplo de Sérgio Branco e José de Oliveira de Ascensão<sup>27</sup>, entendem que o rol do art. 45 mencionado é meramente exemplificativo, não havendo razão para incluir outras obras nessa categoria, como aquelas que nunca gozaram de proteção legal.

Sob tal argumento, parte da doutrina compreende que as obras criadas por inteligência artificial encontram-se, hoje, em domínio público, consi-

<sup>27</sup> Ambos autores citados por SCHIRRU, 2019, p. 16.

derando, nessa esteira, que a legislação expressamente considera possível a autoria apenas em relação a pessoas físicas (art. 11) – a necessidade de que a Lei de Direitos Autorais deve ser reformada no sentido de impedir que isso ocorra, inclusive para não desestimular a pesquisa e o desenvolvimento de sistemas de IA por razões de inviabilidade econômica, aparece muitas vezes como ressalva. Nesse sentido:

Pela atual legislação autoral, conforme o que se encontra retro descrito, investir em programas sofisticados que atuam com uma proporção cada vez menor de atuação humana, resultando em um constante aumento do poder criativo, é economicamente inviável, frente a ausência de proteção legal quanto aos trabalhos alcançados e a possibilidade de a obra cair no domínio público (RAMOS et al, 2018, p. 142).

Alguns autores, como Plínio Cabral<sup>28</sup>, entendem ser fundamental ao direito de autor a existência do chamado *intellectual input*, consubstanciado em intervenção humana considerável. Ao tratar sobre a proteção jurídica de imagens geradas por satélites, entretanto, Mikhail Cancelier explicita que a ausência de fotógrafos humanos não é por si só impeditiva da tutela da imagem via direitos autorais – note-se que, à semelhança do que ocorre em relação às IAs, quanto às fotografias obtidas por satélites não há participação humana preeminente. Para Cancelier, tanto em âmbito nacional quanto internacional, o questionamento sobre a tutela dessas imagens pelo direito autoral já foi respondido: a Lei nº 9.610/1998<sup>29</sup> e o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor<sup>30</sup>, ambos, inclu-

<sup>28</sup> Citado por OLIVO, 2013, p. 65.

<sup>29</sup> Observe-se o art. 7º, inciso XIII, da Lei nº 9.610/1998, *in verbis*: “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] 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).

<sup>30</sup> Os tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI – constituem parte importante do sistema internacional de direitos autorais e direitos conexos. Conforme o art. 5º do Acordo sobre Direitos de Autor da OMPI, firmado em 1996, compilações de dados ou outros materiais, sob qualquer formato, que, em razão da seleção ou disposição de seu conteúdo, constituam criações intelectuais, são protegidas como tal – tradução livre. Trecho original, em inglês: “Compilations of data or other material, in any form, which

íram bases de dados em seu escopo de proteção (OLIVO, 2013, p. 65-69). Todavia, a dúvida sobre quem são os titulares dos referidos direitos parece persistir – se poderiam ser as próprias máquinas.

De fato, como se observa, a Lei de Direitos Autorais brasileira encontra limites frente à IA – a mencionada norma, vale dizer, é de 1998. A autoria, nada obstante, é processo histórico e tem sido compreendida de diferentes modos ao longo do tempo (SASS e LINKE, 2011, p. 26). Nessa perspectiva, como a invenção da prensa em meados do século XV transformou o sentido de autoria e obra em sua época, vislumbra-se que as tecnologias da informação e da comunicação surgidas no século XX e desenvolvidas neste século XXI também tem alterado, significativamente, a substância dos direitos autorais – o significado de autoria e obra. Quer dizer, em tendo havido mudanças importantes no tecido social, operou-se uma revolução assim tão grande que só pôde provocar efeitos, igualmente, grandes – e essas mudanças, cumpre salientar, ainda estão em curso. Poderia a dificuldade em reconhecer direitos de autor a uma tecnologia advir apenas do fato de que se está em período de transição entre realidades?

Pierre Lévy (2010, p. 102) conta que, nos anos de 1940, havia o Eniac<sup>31</sup>, o primeiro computador. Ele “[...] pesava várias toneladas. Ocupava um andar inteiro em um grande prédio, e para programá-lo era preciso conectar diretamente os circuitos, por intermédio de cabos, em um painel inspirado nos padrões telefônicos”. Nos anos de 1950, embora ainda existissem os cabos, eles passaram a estar recolhidos no interior das máquinas. Desde a década de 1990, existe o *bluetooth*, tecnologia que já substitui, em diversos casos, a conexão por fios, permitindo, outrossim, a transmissão de dados e arquivos entre dispositivos (HAMMERSCHMIDT, 2015). A informática tem, assim, por característica inegociável a mudança. Pierre Lévy (2010, p. 103), ainda: “Não há identidade estável na informática porque os computadores, longe de serem os exemplarem materiais de uma imutável ideia platônica, são redes de

---

by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such” (WIPO, 1996). Até o presente momento, o Brasil não é parte signatária do acordo (WIPO, 2020). A despeito disso, sua legislação interna prevê as bases de dados entre os escopos de proteção pela legislação autoral.

<sup>31</sup> Sigla para *Electronic Numerical Integrator and Computer*; em português, computador integrador numérico eletrônico.

interfaces abertas a novas conexões, imprevisíveis, que podem transformar radicalmente seu significado e uso”. No mesmo rumo, considerados os avanços obtidos em pesquisa, muito já é possível através de máquinas inteligentes – muito mais do antes, pelo menos – e, cada vez mais, a IA fará parte da vida em sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de seus inúmeros benefícios, as tecnologias da informação e comunicação em muito têm desafiado o Direito, na busca por soluções jurídicas apropriadas a problemáticas novas e, talvez, nem sequer imaginadas. Nesse sentido, os sistemas de inteligência artificial têm instigado os estudiosos do Direito, sobremaneira do Direito Autoral, a repensarem o que entendem por autoria, por autor e obra. Na letra da lei, “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (art. 11, da Lei nº 9.610/1998). Observado, entretanto, o nível de desenvolvimento tecnológico e científico a que chegou a humanidade nos dias de hoje, as IAs já fazem parte do cotidiano, inclusive com criações próprias, originais, consumidas pelos humanos pois entendidas até como lógicas e razoáveis. Seria possível, nesse rumo de pensamento, conceber máquinas como autoras? Esta foi a indagação central do presente trabalho.

Como visto ao longo do texto, responder a essa questão não é tarefa das mais fáceis. Se a legislação não a responde de modo objetivo, a adoção, pela doutrina e jurisprudência, de um entendimento em sentido positivo – *sim, podem máquina ser autoras* – implica, por sua vez, em desdobramentos os mais complexos – o que significa conferir personalidade jurídica a sistemas de inteligência artificial? Tem-se, de fato, vivenciado grandes transformações na sociedade contemporânea desde o advento da Internet, a partir de quando puderam as pessoas se relacionar virtualmente, compartilhando suas informações por meio de dados – são mudanças das mais variadas ordens, inclusive antropológicas. Eis que o só fato de indagar se máquinas podem ser titulares de direitos de autor e não obter uma resposta negativa de pronto importa em admitir que os seres humanos podem não ser os únicos capazes de materializar “criações do espírito”.

Com efeito, a autoria é fenômeno que tem se transformado ao longo do tempo, como processo histórico que é. Acontecimento relevante na história do direito autoral que se abordou no presente trabalho foi a invenção da prensa, em meados do século XV – a ideia de tornar perene, ou mais duradoura, uma criação humana através do papel foi, de fato, determinante para as discussões que se seguiriam sobre a figura do autor. Na sociedade hodierna, cumpre dizer, as criações – não todas, mas em significativo número – acontecem de maneira co-participativa, por meio de indivíduos que juntam suas ideias em colaboração ou por pessoas que co-realizam, co-criam. Nascem daí os institutos da autoria colaborativa e da coautoria, respectivamente. O que dizer, por exemplo, dos *softwares* livres, que são construídos através de cooperação entre sujeitos? Nessa esteira, parece necessário refletir, também, sobre uma espécie de autoria relativamente nova, uma vez que vem se impondo a partir das novas tecnologias: a meta-autoria.

Diante do que se viu no presente estudo, o que se pode afirmar, seguramente, é que uma revolução como esta que tem se operado no âmbito informacional e comunicacional nas últimas décadas, tamanha que é, só poderia implicar em efeitos igualmente grandes. A legislação pode não ser suficiente para responder à problemática posta, mas, como visto, o Direito Autoral brasileiro não diz respeito apenas ao que está explicitado na Lei nº 9.610/1998 – constitui-se, outrossim, de elementos como geopolítica, política externa, compromissos assumidos pelo país em âmbito internacional, as problemáticas tecnológicas levadas ao Poder Judiciário, entre outros. Aliás, importante que se diga: se a autoria é um processo histórico – viu-se que é –, os direitos autorais, no Brasil e em qualquer país, não pode se resumir apenas ao disposto no direito positivado, jamais, sob pena de estar sempre um passo atrás da realidade.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Thiago. Internet completa 44 anos; relembre a história da web. **Techtudo**, 07/04/2013. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/04/internet-completa-44-anos-relembre-historia-da-web.html>. Acesso em: 16 set. 2020

BICUDO, Lucas. Conheça a Tencent, a chinesa que é uma das quatro maiores empresas de Internet do mundo. **StartSe**, 06/08/2018. Disponível em: <https://www.startse.com.br/noticia/conheca-a-tencent-a-chinesa-que-e-uma-das-quatro-maiores-empresas-de-internet-do-mundo>.

com/ noticia/ecossistema/china/conheca-tencent-chinesa-que-e-uma-das-quatro-maiores-empresas-de-internet-do-mundo. Acesso em: 21 set. 2020.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade:** do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BONA, André. Inteligência artificial: 8 coisas que confirmam a presença da IA no cotidiano. **André Bona**, 01/08/2019. Disponível em: <https://andrebona.com.br/inteligencia-artificial-8-coisas-que-mostram-a-presenca-da-ia-no-cotidiano/>. Acesso em: 07 set. 2020.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 02 set. 2020.

CABRAL, Isabela. Tudo sobre inteligência artificial: 10 fatos que você precisa saber. **Techtudo**, 12/05/2018. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2018/05/tudo-sobre-inteligencia-artificial-10-fatos-que-voce-precisa-saber.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2020.

CANCELIER, Mikhail. **Infinito particular:** privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa:** na economia da informações em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARBONI, Guilherme. **Direitos autorais e novas formas de autoria:** processos interativos, meta-autoria, e criação colaborativa. **Gcarbonicombbr**, 2016. Disponível em: <https://gcarbonicombbr.files.wordpress.com/2016/08/direitos-autorais-e-novas-formas-de-autoria-processos-interativos-meta-autoria-e-criacao-colaborativa.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: **A sociedade em rede:** do conhecimento à ação política. Organizadores: Manuel Castells; Gustavo Cardoso. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: 2005, p. 17-30.

CATRACA LIVRE. **Robô cria música dos Beatles que nunca existiu; ouça.** 26/09/2016. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/criatividade/robo-cria-musica-dos-beatles-que-nunca-existiu-ouca/>. Acesso em: 23 set. 2020.

DEMARTINI, Marina. Robô da Sony cria música inspirada nos Beatles. Ouça. **Exame**, 25/09/2016. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/robo-da-sony-cria-musica-inspirada-nos-beatles-ouca/>. Acesso em: 22 set. 2020.

EISHIMA, Rubens. Google explica como o Maps usa IA para recalculer e prever sua rota. **CanalTech**, 04/09/2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/goo>

gle-explica-como-o-maps-usa-ia-para-recalcular-e-prever-sua-rota-171023/. Acesso em: 23 set. 2020.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. Ana Frazão; Caitlin Mulholland (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 149-178.

FLOW-MACHINES. **Flow Machines**: AI Assisted Music. Disponível em: <https://www.flow-machines.com/>. Acesso em: 23 set. 2020.

FUKS, Rebeca. As obras mais importantes de Rembrandt e a sua biografia. **Cultura Genial**, [20?]. Disponível em: <https://www.culturagenial.com/rembrandt-obras-biografia/>. Acesso em: 18 set. 2020.

GANASCIA, Jean-Gabriel. Inteligência artificial: entre o mito e a realidade. **Unesco**, 2018. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2018-3/inteligencia-artificial-o-mito-e-realidade>. Acesso em: 08 set. 2020.

HAMMERSCHMIDT, Roberto. Você sabe qual é o significado da palavra e do símbolo do Bluetooth? **Tecmundo**, 28/01/2015. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/bluetooth/73301-voce-sabe-significado-simbolo-do-bluetooth.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência artificial e direito: convergência ética e estratégica**. 1ª ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2020.

INTERNACIONAL INTELLIGENT ROBOT. Tencent robots have written thousands of articles a day. **En.ii-robot**, 2019. Disponível em: <http://en.ii-robot.com/news/show.php?itemid=611>. Acesso em: 21 set. 2020.

INVIVO – FIOCRUZ. Como se deu o desenvolvimento da escrita? **EBC**, 04/08/2015. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2015/08/como-se-deu-o-desenvolvimento-da-escrita>. Acesso em: 28 set. 2020.

LA VANGUARDIA. China protege con ‘copyright’ un artículo escrito por uma Inteligencia Artificial. **Redação**, 13/01/2020. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200113/472868798082/china-protege-con-copyright-un-articulo-escrito-por-una-inteligencia-artificial.html>. Acesso em: 23 set. 2020.

LEMONS, Ronaldo. **Futuros possíveis: mídia, cultura, sociedade, direitos**. Porto Alegre: Sulina, 2012.

LÉVY, Pierry. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MACIEL, Rui. Entenda por que o WeChat faz o WhatsApp parecer um Messenger do século passado. **Canaltech**, 28/07/2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/wechat-vs-whatsapp-comparativo-168841/>. Acesso em: 21 set. 2020.



MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MARTINS, Simone. Rembrandt. **História das Artes**, 19/09/2016. Disponível em: <https://www.historiadasartes.com/prazer-em-conhecer/rembrandt/>. Acesso em: 18 set. 2020.

MCCARTHY, John; MINSKEY, Marvin; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude. **A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

MERIGO, Carlos. Com inteligência artificial, ING e Microsoft criam um Rembrandt “original”. **B9**, 07/04/2016. Disponível em: <https://www.b9.com.br/64338/com-inteligencia-artificial-ing-e-microsoft-criam-um-rembrandt-original/>. Acesso em: 19 set. 2020.

NEXT REMBRANDT. **The next Rembrandt**: can the great master be brought back to create one more painting? 2020. Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>. Acesso em: 22 set. 2020.

NOGUEIRA, Amanda. Primeiro álbum criado com inteligência artificial é lançado. **Folha de S. Paulo**, 19/02/2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/02/primeiro-album-criado-com-inteligencia-artificial-e-lancado.shtml>. Acesso em: 23 set. 2020.

OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier de. **Sensoriamento remoto e propriedade intelectual**: a proteção jurídica das imagens geradas por satélites e suas formas de contração. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107352/317825.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2020.

POLLO, Luiza. Inteligência artificial ganha copyright na China. Máquina pode ser autora? **Uol**, 24/01/2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/24/inteligencia-artificial-ganha-copyright-na-china-mas-maquina-e-autora.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

PRATA, Dori. Tencent se torna a maior empresa de games do planeta. **Tecnoblog**, 2014. Disponível em: <https://tecnoblog.net/meiobit/281477/tencent-se-torna-maior-empresa-de-games-planeta/>. Acesso em: 20 set. 2020.

RAMOS, Jefferson David Asevedo; SILVA, Leandro Gomes da; PRATA, David Nadler. Inteligência artificial e a Lei de Direitos Autorais. **Revista Cereus**, v. 10, n. 4, 2018, p. 137-146. Disponível em: <http://ojs.unirg.edu.br/index.php/1/article/view/2348/736>. Acesso em: 28 set. 2020.

ROMERO, Valeria. China protegerá los derechos de autor de una Inteligencia Artificial. **Digital Policy Law**, 25/01/2020. Disponível em: <https://digitalpolicylaw.com/china-protegera-los-derechos-de-autor-de-una-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 22 set. 2020.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução: Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SASS, Liz Beatriz; LINKE, Sarah. A (des)construção do conceito de autoria na contemporaneidade: quem é o autor na perspectiva das novas formas de produção cultural? In: **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, Curitiba-PR, 2017, p. 23-46. Coordenadores: Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Staut Jr. e José Augusto Fontoura Costa. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

SCHIRRU, Luca. Inteligência artificial e o direito autoral: o domínio público em perspectiva. **ITS-Rio**, 2019. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Nilton Correia da. Inteligência artificial. In: **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. Ana Frazão; Caitlin Mulholland (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35-52.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; JESUS, Diego Santos Vieira de. Possibilidades e potenciais da utilização da inteligência artificial. In: **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. Ana Frazão; Caitlin Mulholland (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53-81.

TURING, Alan Mathison. Computing Machinery and Intelligence. **Mind**, v. 59, n. 236, out/1950, p. 433-460. Disponível em: [https://www.csee.umbc.edu/courses/undergraduate/471/spring19/01/resources/turing\\_computing\\_machinery\\_and\\_intelligence.pdf](https://www.csee.umbc.edu/courses/undergraduate/471/spring19/01/resources/turing_computing_machinery_and_intelligence.pdf). Acesso em: 6 set. 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

WAKKA, Wagner. Tencent sobe para quinta marca mais valiosa do mundo. **Canaltech**, 10/08/2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/negocios/tencent-sobe-para-quinta-marca-mais-valiosa-do-mundo-124514/>. Acesso em: 20 set. 2020.

WIPO. **WIPO Copyright Treaty**. 1996. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>. Acesso em: 30 set. 2020.

WIPO. **WIPO-Administered Treaties. Contracting Parties > WIPO Copyright Treaty (Total Contracting Parties: 107)**. 2020. Disponível em: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=16](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16). Acesso em: 30 set. 2020.

# »»» O REQUISITO DA ORIGINALIDADE DO DIREITO AUTORAL NAS OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Thales Boechat Nunes Leira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar o requisito da originalidade do Direito Autoral nas obras criadas por Inteligência Artificial (IA). Dentro das diversas tecnologias disruptivas criadas, destaca-se, não só para os objetivos deste trabalho, a inteligência artificial (IA), que passou a ser observada em diversos campos da sociedade moderna, desde as fábricas automotivas até as redes sociais. O ponto focal deste trabalho é enfrentar o requisito da originalidade, entendido como peça fundamental para uma obra ser passível de proteção pelo referido instituto. Pelos estudos elaborados no presente artigo, ao que nos parece, as obras criadas por organismos sintéticos de inteligência artificial não estão enquadradas no âmbito do direito autoral, por não entregarem a obra final contornos próprios de personalidade, o que só poderia ser feito por mentes humanas.

**Palavras-chave:** Direito autoral – Inteligência artificial – Novas tecnologias

## 1 INTRODUÇÃO

O direito tem como ponto de partida o homem, sendo esse a figura central do ordenamento jurídico. Essa visão antropocêntrica fora construída ao longo dos tempos e faz com que o ser humano figure no centro de tudo que o direito toca.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Entretenimento pela UERJ e aluno da Especialização em Propriedade Intelectual pela PUC RIO. Tem experiência na área de Propriedade Intelectual com ênfase em Direito Autoral e Marcas. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015).

No campo cultural, o homem aparece também como ser absoluto no que tange a produção artística, ainda que seja possível observar diversos animais que produzam algo próximo (ou igual) a obras artísticas<sup>2</sup>.

Este artigo vai dar ênfase não as obras criadas por animais, mas sim a análise das criações oriundas de softwares. Com o avanço tecnológico e do conhecimento, certas linhas de entendimento, sedimentadas pela sociedade, e até então imutáveis, passaram a ser questionadas, o que nos leva ao presente trabalho.

Quando Nicolau Copérnico, seguido de Galileu Galilei alteraram a visão do homem sobre a posição da Terra no sistema solar, a percepção antropocêntrica começou a ser rompida, de tal forma que o homem passou a não mais representar o centro do universo, se tornando apenas mais um a orbitar ao redor de uma estrela (DE CASTRO JUNIOR, 2013, p.26).

O abalo estrutural da visão antropocêntrica do homem ocorreu de forma gradual, ganhando velocidade nos últimos tempos por conta da Revolução Tecnológica, que pode vir a ser o ponto de ruptura final desta visão.

Dentro das diversas tecnologias disruptivas criadas, destaca-se, não só para os objetivos deste trabalho, a inteligência artificial (IA), que passou a ser observada em diversos campos da sociedade moderna, desde as fábricas automotivas até as redes sociais. O avanço e desenvolvimento dessa tecnologia trouxe à tona, com mais força do que nunca, a afamada questão: *“as máquinas vão superar o homem?”*.

A pergunta é complexa e a resposta incerta, sendo qualquer direção uma mera previsão imaginária. Mas a inteligência artificial, sem dúvidas, é uma tecnologia disruptiva que já transformou a sociedade e ainda provocará fortes mudanças.

Como o direito irá dialogar com essas tecnologias é a grande questão que surge no momento, podendo ser analisada através de diversos prismas.

O campo das artes não ficou de fora da avalanche tecnológica que atinge a humanidade, de tal maneira que os artistas passaram a criar e operar através de *“novas ferramentas”* fruto da revolução digital.

---

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/videos\\_e\\_fotos/2012/02/120203\\_arte\\_animais\\_pu](https://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2012/02/120203_arte_animais_pu). Acesso em: 22 set. 2020.

Nessa linha, temos a inteligência artificial como grande personagem desta nova era da cultura, já que pode ser observada com mais frequência, no âmbito cultural e artístico.

O presente trabalho tem como centro as obras criadas por inteligência artificial e sua relação com o direito autoral. Como já apontado acima, o avanço tecnológico está começando a retirar o homem do centro das atividades, ou ao menos, o retirando do posto de “ser soberano” das criações.

Iremos analisar a base do direito autoral brasileiro e seus requisitos, além de adentrarmos em casos concretos de obras de artes criadas através de componentes artificiais. O ponto focal deste trabalho é enfrentar o requisito da originalidade, entendido como peça fundamental para uma obra ser passível de proteção pelo referido instituto.

Afinal de contas, o que é original para o Direito Autoral?

## **2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO AUTURAL**

Fundamental, inicialmente, observarmos conceitos históricos e aspectos do Direito Autoral, em termos doutrinários e legais, no intuito de captarmos um pouco da sua função e pressupostos de admissibilidade, o que nos permitirá o mergulho no cerne do tema.

A história nos mostra que o conceito de Autoria (assim como a maioria dos conceitos) se solidificou através de uma construção histórica, desenvolvida com o passar dos anos, e, por esse motivo, certamente não é uma verdade estática. Destarte, acreditamos que sua definição deve ser mutável e flexível, vez que o avanço da sociedade causa desdobramentos sociais e novos horizontes são traçados.

As criações intelectuais são tão antigas quanto a existência do homem. Durante muito tempo, o mundo tinha na cultura oral sua única forma de difusão cultural e, posteriormente, com o surgimento da escrita se deu a base necessária para difusão de conhecimentos técnicos e culturais de forma mais exata e segura.

O grande marco histórico do Direito Autoral, ou certamente um dos maiores, foi a invenção da Imprensa por Johannes Gutenberg em torno do ano de 1450. A difusão do conhecimento passou a ser observada de maneira jamais antes vista, o que gerou avanço das artes e da ciência.

Entretanto, mesmo com a mudança de paradigmas na cultura literária, os autores ainda não tinham atingido o grau de importância e valorização dos quais estamos acostumados e observamos atualmente.

Os editores dominavam o mercado e recompensavam os autores de forma não compatível com o seu trabalho, pelo menos não no entendimento daqueles. Com a valorização do mercado literário e a ausência de regras para definir seus moldes, em 1710, a Rainha Ana promulga o *Copyright Act*, o primeiro ato regulador que versa sobre o Direito Autoral (CARBONI, 2010, p. 49).

Nessa toada, a valorização da posição do Autor ocorreu ao longo do século XVIII, segundo Woodmanse, essa crescente se deu pela venda dos livros pelos próprios escritores, somado a uma sociedade cada vez mais leitora (1984, p.425). Essa busca pela valorização do próprio trabalho e reflexões acerca da matéria, foi o que definiu o conceito de Autoria moderna que possuímos hoje.

O conceito Autoral, na primeira metade do século XVIII, observava o escritor através de duas formas diferentes, antagônicas entre si. De um lado havia a visão do homem artesão, mero dominador de estratégias pré-estabelecidas pelo seu público. E quando tal conceito não se encaixava, o autor era visto como um receptor de força externa inspiradora. Fundamental perceber que, nas duas vertentes, a responsabilidade sobre a criação não era conferida ao Autor, que funcionava como receptor ou instrumento, ou seja, sua criação não era advinda de seu interior, sendo necessário elementos externos para a criação: público e “força maior” (WOODMANSE, 1984, p. 427).

Teóricos do sec. XVIII partiram desses dois conceitos para se chegar a um novo. O artesão, mero conhecedor rudimentar de direções voltadas aos ensejos do público foi descartado e o elemento inspiração enaltecido, com a diferença de que agora, a inspiração não é mais oriunda de força externa ou divina, e sim do próprio autor. A força propulsora para criação está presente dentro do escritor, que agora é visto como “*original genius*” (WOODMANSEE, 1984, p.427). Dessa forma, a obra se torna produto único e exclusivo do autor, passando a existir o elemento moral da criação, o que veremos melhor logo adiante.

Tal conceito é fundamental na história do Direito Autoral, uma vez que dá base aos textos normativos que seguem nos dias de hoje. A exclusividade

sobre as obras é observada tanto pelo aspecto patrimonial, quanto pelo aspecto moral, a partir desse entendimento.

Todavia, a ideia/figura do gênio criador passa a ser questionada ao passo que o mundo sofre alterações significativas em sua estrutura. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, a arte deixou de advir única e exclusivamente das mãos do homem, passando a ser criada também por robôs.

Em uma visão romântica, os ateliês passaram a ser divididos entre homens e máquinas, não sendo mais o ser humano o único e exclusivo agente criador. Como será abordado ao longo deste trabalho, a simbiose entre homem e máquina e a produção artística já é uma realidade e o desenvolvimento de tais tecnologias cresce de maneira avassaladora.

Esse cenário certamente não foi imaginado pela Rainha Ana em 1710, tampouco pelos legisladores da Lei de Direito Autoral (LDA) de 1998, devendo, nesse momento, ser objeto de estudo pela doutrina.

Tanto o conceito de Autoria, como o objeto do Direito Autoral passam a ser discutidos quando observamos tais obras. Todavia, o objetivo aqui é enfrentar o requisito da originalidade, que, como será observado, é essencial para enquadrar uma obra como objeto do direito autoral.

São as obras criadas por Inteligência Artificial detentoras de Originalidade?

O mundo atravessa um difícil período de adaptação frente as novas tecnologias e, no campo das artes, essas criações passam a existir num vácuo legislativo, no que tange o Direito Autoral, assunto de nosso interesse, sendo essencial o enfrentamento do tema.

### **3 A FIGURA DO AUTOR**

Pelas palavras de Eliane Y. Abrão (2002, p.71), “o Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. O art. 11 da Lei Autoral não deixa margem a dúvidas: sujeito de direito Autoral é o ser humano, que no exercício de uma atividade mental, criativa, dá origem a uma obra do espírito”, para Bittar (2015, p. 56) o “titular de direitos é o criador da forma protegida, a saber, a pessoa que concebe e materializa a obra de engenho, qualquer que seja sua idade, estado ou condições mentais”.

Para Sérgio Branco e Pedro Paranaguá (2009, p. 39) a Lei de Direitos Autorais é direta ao afirmar em seu art. 11 que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, porém apresenta logo em seu parágrafo único exceção à regra quando indica que a proteção concedida ao autor pode se aplicar a pessoas jurídicas quando previsto na lei.

O escritor lusitano Ascensão aponta que, juridicamente, o termo Autor pode designar três respostas: a) criador intelectual da obra, b) o titular originário desta e c) o titular atual. De fato, em regra, ao mencionar Autor, a legislação busca apreciar o criador intelectual da obra (1997, p. 69).

Através das definições apresentadas podemos perceber a presença do termo titular de direitos que, muitas vezes, pode se afastar da figura do criador em si. Isso se dá pela divisão natural do Direito do Autor entre Direitos Morais e Patrimoniais<sup>3</sup>.

Os direitos morais do Autor estão ligados a personalidade do criador, expressa em sua obra através de seu estilo ou qualquer elemento identificador. O autor é titular não de um, mas de dois feixes de direito, o moral e o patrimonial, sendo o segundo uma emanção da personalidade (BRANCO, PARANAGUÁ, 2009, p. 47).

O campo das artes, principal setor das obras protegidas por direito autoral, possui conexão forte com os sentimentos dos homens e sua percepção de mundo, o que nos leva a apontar a seguinte definição de arte:

*Art is a human activity, consisting in this, that one man consciously, by means of certain external signs, hands on to others feelings he has lived through, and that other people are infected by these feelings, and also experience them.*

(...)

*To evoke in oneself a feeling one has once experienced and having evoked it in oneself then by means of movements, lines, colours, sounds, or forms expressed in words, so to transmit that feeling that another can experience the same feeling – this is the activity of art.”(TOLSTOY, 1904, p 50).*

<sup>3</sup> Art. 22 – Da Lei de Direitos Autorais: Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.



A partir dessa definição, podemos entender a arte como uma forma de compartilhamento de ideias e sentimentos do homem (criador) com o mundo, o que será fundamental para analisarmos o universo de obras criadas através de inteligência artificial e sua ligação com a definição jurídica de originalidade.

Na concepção de Tolstoy, arte seria atividade humana, que envolveria memória e passado do homem e sua transmissão a terceiros. Todavia, diante da forte revolução tecnológica que atravessa a humanidade, seria a arte uma atividade apenas do homem?

Por fim, destacamos a brilhante definição de Manoel J. Pereira dos Santos, sobre autoria, no intuito de abrilhantar os conceitos desse trabalho:

(...) autoria está necessariamente relacionada com a expressão enquanto modo de concretização e exteriorização do pensamento, e não ao conteúdo. Isto significa que, a partir dessa abordagem, o que importa não é a paternidade intelectual da “ideia” em seu sentido amplo, seja ele um conceito, uma teoria, um estilo ou outro elemento abstrato e genérico. Sob o aspecto dogmático, a autoria está necessariamente vinculada a uma determinada forma de expressão (2014, p. 107)

Um ponto sensível, quando realizada a análise das obras artísticas criadas a partir de robôs inteligentes, é observada no art. 7<sup>o</sup> da Lei de Direitos Autorais. Diante do termo “criação do espírito” presente no referido dispositivo, podemos auferir que toda obra relevante a essa matéria é obra humana (ASCENSÃO, 1997, p. 27).

Ainda segundo o mesmo autor (1996, p. 27) “não o é o quadro pintado por um animal; ou o ferro retorcido encontrado nos destroços de um avião; ou formas caprichosas moldadas pela neve. Por mais sugestivos que sejam, não são obras humanas, e não podem, pois, usufruir da proteção do direito de Autor”.

---

<sup>4</sup> Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

Ascensão corrobora com o entendimento de aproximação entre a intelectualidade da criação e o espírito criador de obras, indo além. A cultura é o grande “destino final” das obras artísticas e literárias, dessa forma, uma vez que, apenas o homem possui a sensibilidade e intelecto para captar tais manifestações, apenas ele estaria presente dentro da sistemática desse Direito:

Logo, todo o Direito de Autor é necessariamente Direito da Cultura. A componente cultural tem de ser aqui muito forte, não se deixando absorver por preocupações comercialistas ou egocêntricas, por exemplo. (1997, p. 28)

Ainda que a tecnologia cresça de forma espantosa e ameace romper com paradigmas estabelecidos ao longo dos anos, no quadro de hoje temos o ordenamento jurídico mundial criado através do homem e para o homem. Como aponta De Castro Junior:

O ponto de partida e de chegada do Direito tem sido o Homem. Universal e historicamente, o Direito é visto sob a perspectiva antropocêntrica, na qual é feito pelo Homem, para o Homem e em razão do Homem.

Essa visão jurídica pode vir a sofrer forte abalo em curto espaço de tempo se todas as previsões, lastreadas em dados técnicos e empíricos, se concretizarem e surgirem robôs realmente inteligentes. (2013, p. 25).

Dessa maneira, relativamente ao ordenamento jurídico vigente, só a pessoa física pode ser autora, vez que apenas ela é capaz de criar (PARANAGUÁ E BRANCO, 2009, p.39).

Sendo assim, entendemos que as obras criadas por softwares de inteligência artificial não preenchem tal requisito do direito autoral, vez que não são criações do espírito humano, e sim de máquinas.

Porém, o objetivo deste trabalho não é responder essa questão, e sim enfrentar o requisito da Originalidade, como veremos adiante em tópico específico sobre o requisito.

## 4 O QUE É OBRA PARA O DIREITO AUTORAL

A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) em seu art. 7º aponta as obras passíveis de tal proteção, através de rol exemplificativo, como sendo criações do espírito, expressas e/ou fixadas em suporte, além de sua originalidade.

Nas palavras de Manoel J. Pereira dos Santos (2014, p. 107):

A “obra intelectual” de que tratam as leis de Direito Autorais configura uma criação humana concretizada em determinada forma, exteriorizada de alguma maneira e resultante do aporte individual ou da contribuição coletiva de determinadas pessoas. Outras criações humanas existem que não são compreendidas na noção legal de obra, seja e virtude da tradicional dicotomia forma-conteúdo ou ideia-expressão, seja em face da natureza da criação que constitui objeto desta disciplina, distinguindo-a de outros ramos da Propriedade Intelectual.

A Criatividade do Autor, assim como sua genialidade, são elementos subjetivos que, pelos olhos do ordenamento jurídico, não merecem ser avaliados em níveis. Dessa forma, o direito autoral não fornece mais ou menos proteção para uma obra ao observar seu nível de criatividade, apenas busca entender se a obra é passível ou não da proteção.

De forma geral, a doutrina aponta os requisitos básicos para que uma criação receba a proteção autoral. A obra deve pertencer ao domínio das letras, artes ou ciências, **possuir originalidade**, estar exteriorizada e dentro do período de proteção (BRANCO e PARANAGUÁ, 2009, p. 24).

Sobre a originalidade, requisito principal neste trabalho, destaca-se os termos de Manoel Pereira dos Santos:

O conceito de originalidade enquanto contribuição pessoal do autor à intelectualidade serviu para justificar a noção de propriedade sobre a obra, resultando em requisito para a proteção legal. Não é por outra razão que a maioria das legislações estabelece (...) que a proteção recai sobre obras dotadas de originalidade, ou seja “obras originais” (2014, p. 116 e 117).

Dessa forma, o Autor ensina que a originalidade apontaria a contribuição do autor, o que fundamentaria a noção de propriedade criada. A resposta sobre o questionamento *do que é de fato originalidade para o Direito Autoral?* não é uniforme, podendo ser enfrentada através de diferentes prismas.

Sobre o viés da arte, explica Marcelo Miguel Conrado:

Hoje a obra de arte é pensada sob a perspectiva da originalidade. A proteção autoral surge, justamente, da originalidade. A originalidade está para os direitos autorais assim como a inovação está para a propriedade industrial. Mas preencher o conteúdo do conceito de original não pertence ao direito, e sim à arte. E é na arte que vamos encontrar os fundamentos e os sentidos atribuídos ao termo (2013, p.41)

Todavia, não nos parece ser essa a originalidade exigida pelo direito autoral. Na prática, a exigência da originalidade neste aspecto é apenas que a obra nova não seja cópia de outra já existente (BARBOSA, 2018, p. 38-39).

Fundamental entender que tal filtro não diz respeito a complexidade da criação ou juízo de valor em detrimento a sua estética, pois qualquer discussão que caminhe nesse sentido estaria comprometida pelo gosto do avaliador.

A título de exemplo, o filme *Jaws*<sup>5</sup> dirigido por Steven Spielberg em 1975 possui uma das músicas mais icônicas da história do cinema mundial. Composta por John Williams, famoso compositor e maestro americano, a música escolhida para trazer aflição ao público possui apenas duas notas (em sua parte principal) e se tornou um marco na indústria da sétima arte.

Note que a ausência de complexidade e sofisticação não impediu que a trilha trouxesse aflição e noção de perigo ao público e, dessa forma, fosse repleta de originalidade ou criatividade.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão:

Fica sempre a exigência de que haja criação. Essa é imposta por lei e marca a diferença. Se se não exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que se reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. Um novo elemento, que não constava no quadro de referên-

---

<sup>5</sup> Tradução Livre: Tubarão.

cias objetivas da comunidade, não se apresentava como obvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios pré-estabelecidos, foi introduzido por um ato criativo. Este é o fundamento da atribuição do Direito de Autor (1997, p. 52).

A exigência de criatividade, originalidade ou contornos próprios visa obrigar a produção a entregar algo de novo, entretanto, sem necessitar ser transgressor, ao contrário, basta que seja algo diferente do que já existe.

Através da análise das obras criadas através de inteligência artificial, vamos entender o tipo de resultado e complexidade das produções finais e logo após, entender de forma mais profunda o requisito da originalidade presente dentro do direito autoral.

## **5 DAS OBRAS CRIADAS ATRAVÉS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

A tecnologia alcançou um patamar onde já é possível observar criações artísticas através da simbiose entre homem e máquina, isso se compreendermos a programação como parte fundamental de seu desenvolvimento.

Os softwares de inteligência artificial já são capazes de produzir obras de forma “autônoma”, desde que fomentados através de dados e *inputs* humanos. Todavia, esse processo de aprendizado artificial que confere às máquinas o poder de produzir que se assemelha às obras produzidas pelo homem, pode ser entendida como arte?

No ano de 2018, no Instituto Okinawa de Ciência e Tecnologia localizado no Japão, ocorreu a exposição “Arte e Estética de Inteligência Artificial”. O foco da amostra era apontar o conceito de arte verdadeira e artificialmente inteligente<sup>6</sup>.

Para trabalhar esse conceito, a exposição foi subdividida em quatro categorias: 1 - Arte Humana / Estética Humana, 2 - Arte Humana / Estética de Máquina, 3 - Arte de Máquina / Estética Humana e 4 - Arte de Máquina / Estética de Máquina.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://nautil.us/issue/57/communities/waiting-for-the-robot-rembrandt>. Acesso em: 21 out. 2020.

A primeira categoria apresentou criações convencionais de arte do período Renascimento até o Modernismo, fase onde o tema da religião fora deixado de lado e a figura do homem assumiu o protagonismo. Por analogia, assim como o autor deixou de ser apenas receptor e instrumento de força externa e passou a ser observado como verdadeiro gênio criador.

A segunda categoria apontou produções feitas pelo homem, entretanto essas seguiam espécie de padrão lógico, ou seja, fórmulas pré-estabelecidas, como podem ser vistas em obras do Minimalismo. Fundamental perceber a intenção da exposição em mostrar que a lógica de máquinas acabou por alterar o senso estético humano, haja vista a diferença entre as criações da primeira categoria e da segunda.

Já a terceira categoria deixou de expor obras criadas diretamente por braços humanos e trouxe trabalhos gerados por inteligência artificial. Como destacado, esta classe, ainda que realizada por máquinas, preserva a estética humana, isto porque todos os dados utilizados e parâmetros conferidos aos programas foram introduzidos pelo homem, através de percepções e memórias da própria humanidade. Dessa forma, não houve espaço para as máquinas criarem algo com sua própria estética, posto que apenas as percepções da humanidade estavam inseridas no banco de dados do software.

As três primeiras categorias descrevem um arco incompleto, onde podemos ver o nascimento da figura do autor, sendo a força criativa oriunda de dentro do próprio ser humano e o início de um movimento artístico das inteligências artificiais. Mas será que de fato esse movimento é real?

A quarta categoria não apresentou obras, apenas algumas pinturas feitas por chimpanzés. Isso se deu pelo fato das aplicações de inteligência artificial ainda não terem produzido arte com intenção e estética própria, sendo dúvida se de fato um dia poderão realmente produzir (VENANCIO JUNIOR, 2019, p. 02).

A provocação do quarto conjunto se deu com os chimpanzés, tendo em vista serem capazes de produzir arte pelo simples prazer da produção. O que não ocorre com os programas de computador que são estimulados pelo homem, necessitando de seus comandos.

Não há, ainda, na robótica a produção da arte pela arte.

O questionamento da exposição é na verdade seu principal objetivo, indagar se um dia teremos inteligências artificiais produzindo arte por pura vontade e não por comandos humanos. Para que o mundo observe esse final, duas questões são fundamentais na ideia de NAKAZAWA (2018), a primeira é a habilidade da inteligência artificial gerar seus próprios objetivos e a segunda é a geração de objetivos secundários, que existem apenas para servir os principais.

Nos termos do Autor, os softwares de Inteligência Artificial não chegaram nem aonde os chimpanzés se encontram no quesito artístico. Isso porque esses programas não possuem objetivos próprios e não são capazes de transformar “sub-objetivos” em subjetivos principais. Falta aos programas inteligentes o livre arbítrio dos homens e animais para buscarem suas metas em seus próprios termos.

Aproveitando o gancho das artes visuais observado acima, gostaríamos de destacar alguns casos envolvendo a simbiose entre homem e máquina, tendo como resultado obras artísticas do ponto de vista não jurídico.

O primeiro programa apontado é AARON que fora desenvolvido em 1968, em San Diego, Califórnia, pelo pintor britânico Harold Cohen. O programa realiza pinturas, com total autonomia e espontaneidade, tendo como base os parâmetros apontados de forma anterior por seu criador e se utilizando de inteligência artificial para tal ato.

O programa produz soluções para problemas apresentados, assim como uma calculadora que nos mostra a resposta para diferentes equações. A diferença é que não estamos tratando de ciências exatas, e as soluções oferecidas por AARON, realizadas através de seus desenhos, são dotadas de originalidade (no sentido original da palavra) e não se repetem.

Nas palavras de Carboni, “De certa forma, AARON comporta-se como um animal com relação ao meio ambiente: o programa reage a um ambiente artificialmente criado por meio de simulações por Harold Cohen”. (2010, p. 88).

Temos dessa maneira, a criação da figura do meta-autor, responsável por criar um processo gerador de significados, que então, a partir desse universo, dá como resposta produções artísticas diferentes e singulares. AARON possui um mundo limitado de “lembranças e orientações” e através do mergulho nessas diretrizes, consegue responder através de obras de arte.

Cohen é o criador do sistema, e também é inegável que seu estilo está presente nas pinturas realizadas pelo software, este jamais seria capaz de produzir sem a base e conceito fornecidos de forma prévia. O artista humano está implícito nas imagens que AARON produz em suas cores, estilo e desenho (Carboni, 2010, p. 91).

No caso de AARON o trabalho desenvolvido e aperfeiçoado ao longo dos anos é o próprio processo de formação, ou seja, o algoritmo capaz de transformar problemas em obras de artes, e não as peças de artes em si<sup>7</sup>. Após o falecimento de Cohen, seu programa continuará desenvolvendo produções que remetem a sua estética, AARON se tornará um autor imortal (SILVIA, p. 86).

Dentro do universo da pintura, também temos o artista britânico Simon Colton que cria aplicações de inteligência artificial para produzirem obras com conteúdo original de tal forma que o público compreende as peças de arte como criativas.

O procedimento de criação e desenvolvimento do software *The Painting Fool*<sup>8</sup> é diferente de AARON, pelo fato da máquina ser programada por diferentes programadores e, assim, sua memória e estilo não são oriundos de uma única mente.

No site do programa, o próprio sistema, na primeira pessoa, alega que suas habilidades são baseadas no processo de pintura física e que possui a capacidade de extrair os sentimentos e sensações de diferentes meios, como por exemplo: fotografias e textos.

O programa conquistou o prêmio *British Computer Society's Machine Intelligence* no ano de 2007<sup>9</sup> e conta que uma das formas interessantes de entender seu verdadeiro potencial de extração de sensações e percepções sobre alguma situação é observar o quadro que fez tendo como inspiração um artigo do famoso jornal *The Guardian* sobre a Guerra do Afeganistão.

O software transcreveu da internet palavras chaves como "Otan", "tropas" e "britânicas" e buscou imagens que fizessem referência a esses termos,

---

<sup>7</sup> Disponível em: <https://computerhistory.org/blog/harold-cohen-and-aaron-a-40-year-collaboration/>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.thepaintingfool.com/>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>9</sup> Ibidem.



entregando trabalho inesperado e inédito<sup>10</sup> através de seu entendimento sobre a pesquisa. Note-se que nesse caso, o software interpreta uma situação e a transforma em quadro, sendo aquela obra um processo de criação interpretativa interna do próprio programa.

Por último, temos o projeto The Next Rembrandt, que, se comparado aos dois programas apontados acima, possui características e objetivos mais próximos de AARON, uma vez que fora criado para absorver as características do famoso pintor Rembrandt.

O projeto foi desenvolvido pela empresa Microsoft, a ING, a Universidade de Tecnologia de Delft e dois museus holandeses de arte. O objetivo era ter como resultado um “autêntico Rembrandt”, isto é, um retrato que se aproximasse ao máximo do falecido pintor, de tal forma que pudesse ser confundido com um autêntico.

Para isso, um algoritmo foi treinado para entender o estilo e as percepções do artista, sendo assim a máquina passaria a compreender como de fato o pintor entendia e expressava os olhos do ser humano<sup>11</sup>, por exemplo.

O diretor da Microsoft Ron Augustus afirmou que eles usaram “tecnologia e dados, assim como Rembrandt usou suas tintas e pincéis para criar algo novo”<sup>12</sup>. Os especialistas reuniram acervo do autor como banco de dados para o programa, que se utilizava de *deep learning* para apurar tais informações.

Por conta da maioria dos quadros de Rembrandt serem retratos, foram analisados os principais traços das pessoas retratadas, para se apontar o objetivo do programa. O próprio decidiu as características do quadro que, entre algumas, seria um indivíduo do sexo masculino, entre 30 e 40 anos, utilizando colar e virado para o lado direito.

Entretanto, como uma pintura é um trabalho em 3D, a equipe buscou ainda captar o estilo das pinceladas e técnicas do artista, para chegar a trabalho final mais próximo possível do produzido pelo pintor.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-35977315>. Acesso em: 21 out. 2020.

<sup>12</sup> Tradução livre. <https://www.youtube.com/watch?v=luygOYZ1Ngo>

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=luygOYZ1Ngo>. Acesso em: 21 out. 2020

Os softwares aqui apresentados são guiados pelos homens através de dados. Em outras palavras, as máquinas não possuem uma criatividade natural ou uma força inventiva original, ainda que as obras sejam inéditas e únicas, elas apenas criam a partir da base de informações fornecida.

Para criar, o homem se baseia em suas memórias, recordações, estudos, percepções e sensações, isto é, o artista é um grande receptor de seu mundo e o expressa através de suas habilidades, já os robôs criam através das percepções humanas e suas visões e entendimento de mundo.

O homem caminha em busca de um sistema de inteligência artificial geral, que consiga emular os sentimentos humanos e ter uma percepção existencial e externa do mundo. Essa realidade tecnológica, apesar de distante, é o grande objetivo dos estudiosos (Nick Bostrom, 2018). Teremos, dessa maneira, algum dia, a produção artística de máquinas baseadas em suas próprias emoções e experiências?

Como visto, as obras obtidas como resultado dos projetos apresentados são inéditas e imprevisíveis, assim como as criadas pelas mãos humanas. Estaria, desse modo, o requisito da originalidade alcançado?

## **6 DA ANÁLISE DO REQUISITO DA ORIGINALIDADE**

Como visto, as vertentes do direito, da tecnologia e das artes podem ser observadas por diferentes parâmetros, sendo o nosso foco o direito autoral. Após a análise dos pontos debatidos, é necessário indagar se tais obras possuem o requisito da originalidade a luz da matéria.

Uma das maiores discussões envolvendo as criações oriundas de softwares de inteligência artificial é a presença ou não de criatividade nelas, vez que as imagens ou textos são formados através de dados fornecidos pelo próprio homem. Isto posto, questiona-se: seriam esses trabalhos, de fato, criativos?

O direito Autoral tem por objetivo valorizar a criação intelectual, porém sem valorar as obras, posto que possuem diferentes níveis de importância artística ou científica dentro da sua própria singularidade. O conteúdo em si da obra importa na análise jurídica, no entanto apenas para a adequação correta do meio de proteção (marcas, patentes, desenho industrial, direito autoral e etc).

Nas palavras de Pedro Borges Barbosa (2017, p. 37):

Como a censura em si é inconstitucional, não é o gosto do intérprete, do destinatário que eleva a “ode a alegria”, excerto da 9ª sinfonia de Beethoven, como bem protegido por Direito Autoral. Tampouco, nessa apreciação de predileções, poder-se-ia desabrigar de proteção a canção “Vem Todo Mundo” do polêmico funkeiro Mr. Catra. Estilo, qualidade, densidade, sincronia com contexto do tempo em que se compõe, letra, melodia, tempo, ritmo, métrica, material são pertinentes às criações e muito influem na qualidade de apreciadores de uma forma expressiva; mas, por si só, não predeterminam a intensidade da incidência jurídica para efeitos da Lei 9.610/98.

O requisito da originalidade está entrelaçado com a criatividade, porque ao menos em tese, a originalidade se apresenta através da criatividade do Autor. Trata-se de elemento endógeno à obra e é apontado por parte da doutrina como um contributo mínimo (BARBOSA, 2018, P. 39).

Nas palavras de Eliane Y Abrão (2002, p. 95):

A obra que dá origem a uma série de outras obras semelhantes, inaugurando uma tendência, retira das demais a igual condição de serem originais, no sentido de novas? Não, porque o que realmente distingue uma obra de outra é a sua identidade, a sua individualidade, resultado criativo da combinação de diferentes elementos comuns.

Se o direito autoral busca proteger criações com contornos singulares, todavia sem medir o nível ou grau dessas singularidades, acreditamos que as obras oriundas de inteligência artificial consigam alcançar tal traço único (quando analisado o ineditismo), uma vez que o resultado é inesperado e completamente fora de qualquer previsão artística.

Isso se dá pela forma como as aplicações de inteligência artificial operam, através de algoritmos de *machine e deep learning*, que analisam e processam dados de maneira complexa e repetida antes de apresentar o trabalho final (a obra), assim, tais tecnologias permitem resultados inesperados (WACHOWICZ e GONÇALVES, 2019, p. 71).

Com o intuito exclusivo de provocar e gerar debate, interessante ainda, a reflexão proposta por Marcos Aurélio De Castro Junior, onde o autor questiona se de fato o homem possui criatividade em suas criações:

Há também quem entenda que o homem não é criativo, haja vista que nem o homem nem a máquina são capazes de criar informações. Dado que toda ideia criativa seria simplesmente uma questão de justaposição ou combinação de informações previamente existentes em diferentes configurações, consequentemente, não existe, em princípio, qualquer barreira para o desenvolvimento da inteligência artificial ou da criatividade artificial.(2013, p. 85)

Assim como a obra de inteligência artificial, a arte proveniente do homem é uma “amálgama de trabalhos criativos anteriores vividos e aprendidos pelo artista” (WACHOWICZ e GONÇALVES, 2019, p. 73).

Lehman-Wilzig (1981, p. 444) vai além, questionando, inclusive, se uma criatividade verdadeira de fato existe:

*In addition, there may be no such thing as “true creativity” since “neither man nor machine are able to create information”. Given that all “creative” thought is merely a matter of juxtaposing or combining previously existing information into diferente configurations (ie recycling “matter” into diferente forms of energy), there is consequently no bar in principle to the development of artificial intelligence.. In reality, computers do only what your program them to do in exactly the same sense that humans do only what their genes and their cumulative experiences program them to do”*

Ao questionar o fator criativo do homem, o autor aproxima seres humanos e máquinas, no que tange o processo de criação. Tomamos por exemplo o espetáculo teatral *SUASSUNA – O Auto do Reino do Sol*, a peça contratada pela companhia teatral Barca dos Corações Partidos, leva o público para uma viagem dentro do universo do escritor Ariano Suassuna. A peça é totalmente inédita e conta com texto de Bráulio Tavares e canções de Chico César, Beto Lemos e Alfredo Del Penha<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/08/03/espetaculo-suassuna-o-auto-do-reino-do-sol-e-apresentado-em-joao-pessoa-em-agosto.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2020.

Toda visão e norte dos autores da peça foi baseada no universo de Ariano Suassuna que, através de suas obras, fomentou o espírito criativo daqueles. Não há a menor dúvida de que todo o espetáculo (roteiro, textos, melodias, canções, entre outros) é protegido pelo Direito Autoral, todavia, haveria tal direito caso a peça fosse escrita por um software de inteligência artificial treinado para produzir obras inéditas, a partir de criações anteriores de Suassuna e alguns dados complementares?

Nas palavras de Bittar (2015, p. 19):

Pode-se assinalar a complexidade da criação, em termos de uma psicologia da criação, ao se designar o autor como um *demiurgo*, mas não se pode esquecer que todo demiurgo está inserto numa rede de relações culturais prévias, antropológicas, e que são comunitárias, e, também numa rede de relações sociais que impõe valores, determinando o sentido e a própria posição ocupada na sociedade pelo sujeito detentor da capacidade de criação.

Nesse ponto, o que viria a ser de fato a originalidade exigida nas obras pelo direito autoral?

Tal requisito carrega em si extrema controvérsia, pela própria semântica da palavra, análise da função e objetivos do Direito Autoral. A Originalidade não pode ser revestida de subjetividade e tampouco confundida com o critério de novidade (muito presente na Propriedade Industrial), para se observar a Originalidade sobre o prisma do Direito Autoral é necessário que a expressão da criação possua um viés pessoal e particular.

Entretanto, a obra deve ser nova no sentido de não ser mera replicação de outra já existente, pois nesse caso estaríamos diante de um plágio (SOUZA, 2013, p. 4).

Dois aspectos devem ser destacados, para as conclusões que veremos a seguir. O primeiro é a distinção entre originalidade e ineditismo, características distintas que não devem ser confundidas quando enfrentadas pelo Direito Autoral, como ensina Manoel J. Pereira dos Santos:

Não se pode, porém, confundir o requisito de originalidade com o de novidade, presente na Propriedade Industrial. Por causa de certa am-

biguidade na aplicação desses conceitos conforme se constatou pela própria terminologia da legislação brasileira, 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. (2014, p. 141).

Ainda que fundamental para a compreensão do requisito, o primeiro aspecto não se mostra essencial para nossos objetivos, passando agora para análise do segundo. Conforme ensinado pelo professor Allan Rocha de Souza (2013), a originalidade exigida pelo Direito Autoral se dá em cima da pessoalidade e individualidade da obra, e pode ser dividida entre originalidade subjetiva e objetiva.

A originalidade subjetiva está ligada aos contornos pessoais atrelados à criação por parte de seu autor. É justamente esta humanidade do criador, expressa através de sua criatividade intelectual que confere a obra caráter original e inimitável, justificando a proteção do Direito Autoral.

Interessante notar que, ainda que o requisito da originalidade seja atrelado à criação, é a figura do autor, através de sua criatividade, pessoalidade e humanidade que confere a mesma, contorno original.

Por outro lado, a originalidade objetiva faz referência a mera não banalidade da obra, o que passa a exigir, ainda que de forma mínima, certo grau de novidade, uma vez que a obra deve ser entendida como resultado diferente de outras já pré-existentes.

Allan Rocha de Souza aponta que para o Direito Autoral o foco se dá na originalidade subjetiva, posto que a matéria busca valorizar e proteger a individualidade e o processo de criação do Autor.

Já nos ensinamentos de Manoel J. Pereira dos Santos (2014, p. 127):

O conceito de originalidade não é uniforme. Pode-se considerar que a 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.

O primeiro conceito se refere a personalidade imposta pelo autor em sua criação (originalidade subjetiva), ao passo que o segundo exige a origem intelectual.

A originalidade pode vir referenciada por diferentes termos na doutrina especializada, fazendo sempre referência ao grau mínimo de criatividade exigido pelo Direito Autoral. O requisito pode ser observado como contributo mínimo, além de “individualidade”, “genialidade”, “esteticidade”, “criação do espírito humano” (RAMOS, 2009, p. 42).

Nesse diapasão, é possível compreender que o requisito da Originalidade da obra para a garantia da proteção do Direito Autoral, exige um caráter pessoal e humano da figura do Autor, o que garante, ao menos em termos legais, seus contornos individuais.

## 7 CONCLUSÃO

Iniciamos o presente trabalho, pontuando a legislação nacional e internacional pertinente ao tema discutido, entregando um pouco de sua construção histórica. A partir desse ponto, foi possível estabelecer os princípios e requisitos normativos da figura do Autor e da obra protegida pelo Direito Autoral.

O requisito da Originalidade foi abordado de forma inicial, no intuito de fornecer ao leitor critérios para análise das criações que seriam apontadas no decorrer do artigo, podendo assim refletir sobre a existência de originalidade dos trabalhos artísticos.

Apresentamos três projetos na esfera artística visual, softwares de inteligência artificial desenvolvidos para criar obras de arte: AARON, The Painting Fool e The Next Rembrandt.

Cada software fora desenvolvido com diferentes objetivos, no entanto todos possuem um ponto em comum, fundamental a observação deste trabalho: resultado de uma obra inédita e imprevisível.

No caso de AARON, o robô desenvolveu através de dados inseridos por seu programador um estilo próprio, ou, o estilo do próprio programador. Porém, sempre entregando obras inéditas. Na mesma esteira, mas com conceito distinto, o projeto The Next Rembrandt definiu como objetivo um

autêntico Rembrandt, de forma que o resultado fosse uma obra inédita, sempre tendo como norte o estilo do falecido pintor. Diferente dos demais, no que tange a reprodução de um estilo, o projeto *The Painting Fool* também sempre apresentou produções novas, de modo igual aos demais.

Ainda que tais criações sejam fascinantes e passíveis de apreciação pelo homem, parece que essas não atingem um resultado original no que tange a exigência do Direito Autoral. Isso porque, como visto, a originalidade não pode ser confundida com o puro ineditismo.

A originalidade subjetiva deve ser encontrada na obra para que passe a ser protegida pelo direito autoral.

Como fora debatido, o requisito da originalidade subjetiva está diretamente ligado aos contornos pessoais do autor, não possuindo os robôs tal característica, sendo essa essencialmente humana (pelo menos até hoje), o que afasta as criações estudadas nesse trabalho da proteção por direito autoral.

Essa visão da figura do autor como central para o direito autoral se dá muito pelo sistema adotado no Brasil (*droit d'auteur*) onde a figura do criador é privilegiada se comparada a obra, tendo em visto os contornos históricos também explicados.

Conseqüentemente, concluímos que as obras criadas através dos softwares de inteligência artificial não são passíveis de proteção pelo Direito Autoral, podendo ser utilizadas de forma livre (CARBONI, 2010, p. 92/93), uma vez que não estão inseridas dentro do objeto de proteção do instituto.

Nos termos de José de Oliveira Ascensão (1997, p. 664):

“É de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal do autor. Assim como não há direito de Autor sobre obra da natureza, também não há direito de autor sobre obra de máquina.”

Pelos estudos elaborados no presente artigo, ao que nos parece, as obras criadas por organismos sintéticos de inteligência artificial não estão enquadradas no âmbito do direito autoral, por não entregarem a obra final



contornos próprios de personalidade, o que só poderia ser feito por mentes humanas.

Por esse motivo, ainda que a discussão se dê, muitas vezes em cima da obra, é a presença da singularidade do criador que confere a originalidade exigida para a obtenção da proteção, sendo “pouco importante” a complexidade da criação artística, dado que é o universo interior do autor que entrega a originalidade exigida.

## REFERÊNCIAS

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOSTRON, Nick. **Superinteligência**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A ARTE NAS ARMADILHAS DOS DIREITOS AUTORAIS uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade**. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2013.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva – FGV Direito SP, 2014.

JUNIOR, Marco Aurélio de Castro Junior. **Direito e Pós-humanidade: Quando os robôs serão sujeitos de direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

LEHMAN-WILZIG, Sam N. **Frankenstein Unbound: towards a legal definition of Artificial Intelligence**. IPC Business Press: Futures, 1981.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das Coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**. São Paulo: Editora da USP, 1972.

NAKAZAWA, Hideki. Waiting for the Robot Rembrandt. **Nautilus**, New York, n. 57, 2018. Disponível em: <http://nautil.us/issue/57/communities/waiting-for-the-robot-rembrandt>. Acesso em: 20 set. 2020.

PARANAGUÁ E BRANCO, Pedro e Sérgio. **FGV Jurídica: Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Direito Rio, 2009.

RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo **Mínimo em Direito do Autor**: o mínimo grau criativo necessário para quem uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

SILVIA, Ligia da. **AARON**: um experimento de coautoria desenvolvido pelo meta-artista Harold Cohen. Dissertação (Mestrado em Estética e História da Arte). Pós-graduação Interunidades em Estética e história da Arte da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008.

SOUZA, Allan Rocha de. **Os limites dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos morais do autor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n.1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>. Acesso em: 20 set. 2020.

TOLSTOY, Leo. **What is Art**. New York: Funk & Wagnalls Company, 1904.

VENANCIO JUNIOR, Sergio José. **Arte e inteligências artificiais**: implicações para a criatividade. Artigo. São Paulo, 2019.

WACHOWICZ e GONÇALVES, Marcos e Lukas Reuthes. **Inteligência Artificial e Criatividade Novos conceitos na Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedaj, 2019.

WOODMANSEE, Martha. The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the "author". **Eighteenth-Century Studies**, v. 17, Issue 4, Summer, 1984.

Disponível em: <https://www.businessinsider.com/what-is-machine-learning-quick-explainer-2017-11#there-have-been-two-especially-important-developments-in-the-history-of-machine-learning-the-first-began-with-artificial-intelligence-pioneer-arthur-samuel-who-coined-the-term-machine-learning-back-in-1959-1>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <https://www.ibm.com/developerworks/br/library/guia-iniciantes-ia-maquina-computacao-cognitiva/index.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: [https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/deepblue/words/?mhsrc=ibmsearch\\_a&mhq=deep%20blue](https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/deepblue/words/?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=deep%20blue). Data de acesso em: 20/09/2020.

Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-41778799>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Sabotage\\_\(cantor\)#Morte](https://pt.wikipedia.org/wiki/Sabotage_(cantor)#Morte). Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5Otm7vylwxc&t=142s>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <https://computerhistory.org/blog/harold-cohen-and-aaron-a-40-year-collaboration/>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <http://www.thepaintingfool.com>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-35977315>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=luygOYZ1Ngo>. Acesso em: 20 set. 2020.

Disponível em: <http://nautil.us/issue/57/communities/waiting-for-the-robot-rem-brandt>. Acesso em: 20 set. 2020.

# »»» A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, O AUMENTO DA POTÊNCIA HUMANA E OS IMPACTOS SOBRE A ATIVIDADE INVENTIVA

Caroline Somesom Tauk<sup>1</sup>

**Resumo:** O texto objetiva examinar o conceito de atividade inventiva, um dos requisitos de patenteabilidade, à luz do desenvolvimento tecnológico, em especial da maior participação de sistemas de inteligência artificial (IA) no processo inventivo. Utiliza-se, para tanto, o método procedimental composto de consultas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas (todas internacionais e nacionais). Inicia-se descrevendo a interação do sistema de IA com o ser humano para pesquisa e desenvolvimento, bem como com que intensidade ele pode participar da geração de uma invenção. Em seguida, identifica-se o conceito de atividade inventiva no Brasil, nos EUA e na Europa e destaca-se que, nas legislações analisadas, a avaliação da obviedade é feita a partir da perspectiva do técnico no assunto – sempre um ser humano. Discute-se se o uso de sofisticados sistemas computacionais em determinados setores da indústria, ao aumentar as habilidades do inventor médio, ensejaria uma revisão do parâmetro do que seja óbvio para se ajustar ao uso rotineiro das tecnologias. Como resultado, conclui-se que a revisão faz sentido sob a ótica da teoria econômico-utilitária, que representa uma das justificativas da tutela da propriedade intelectual.

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual. Invenções. Inteligência Artificial. Atividade Inventiva.

## INTRODUÇÃO

Detectando padrões entre incontáveis dados desestruturados e aparentemente não relacionados, a inteligência artificial (IA) vem sendo aplicada para pesquisa e desenvolvimento nos mais diversos setores. Em relação às criações

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela UERJ e Visiting Scholar em Columbia Law School. É membro da Comissão de Direito da Propriedade Industrial e Intelectual e Direito Econômico da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região - EMARF. Ex-Promotora de Justiça do MPRJ e ex-Advogada da União (AGU). Atualmente juíza auxiliar de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

de bens intelectuais, os sistemas de IA participam do processo inventivo em diferentes intensidades, de acordo com o nível de contribuição humana para o resultado. As tecnologias de IA podem funcionar como uma ferramenta que auxilia significativamente o humano inventor e podem, também, gerar trabalhos com uma mínima<sup>2</sup> intervenção humana, situação que vem sendo discutida em relação aos trabalhos gerados pelas chamadas “máquinas inventivas”.

Sem adentrar no debate sobre a identificação da autoria e titularidade de trabalhos gerados com uma mínima intervenção humana, é preciso reconhecer que a contribuição da IA vai muito além da feita pelas demais máquinas tradicionalmente usadas como ferramentas no processo inventivo. Sofisticadas tecnologias de IA tendem a aumentar as habilidades do inventor humano, o que lhes confere superioridade em relação às máquinas tradicionais.

A indústria farmacêutica gera diversos exemplos de como os sistemas de IA têm sido usados para acelerar e trazer eficiência ao processo de descoberta de medicamentos, identificando alvos de doenças, fazendo a seleção dos compostos, prevendo a potência e toxicidade dos fármacos, dentre tantos outros usos<sup>3</sup>. Em relação à pandemia do Covid-19, sistemas de IA detectaram a existência do surto mundial antes mesmo da declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>4</sup>. As tecnologias de IA não apenas estão auxiliando na compreensão de como o vírus se espalha, como também acelerando a geração de novos testes, previsões e métodos de tratamento.

---

<sup>2</sup> Sobre uma ótica clássica acerca do assunto vide FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. V. 7º, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 3: “São três os fatores da produção no âmbito econômico — a terra, o trabalho e o capital. Dos três, observou CHARLES GIDE, é o trabalho o único a que em verdade se pode emprestar o título de agente da produção, no exato sentido da palavra: só o homem desempenha papel ativo; somente ele tem a iniciativa de toda operação produtiva”.

<sup>3</sup> BAKKAR, Nadine et al. Artificial intelligence in neurodegenerative disease research: use of IBM Watson to identify additional RNA-binding proteins altered in amyotrophic lateral sclerosis. **Acta neuropathologica**, vol. 135, nº. 2, p: 227-247, 2018. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29134320/>. Acesso: 23 set. 2020.

<sup>4</sup> O serviço automatizado HealthMap do Boston Children’s Hospital enviou o primeiro alerta público sobre o novo coronavírus em 30 de dezembro de 2019. Algumas horas depois, a empresa de banco de dados de IA, BlueDot, enviou um aviso à OMS para que fosse evitada a cidade de Wuhan, na China. FROHWITTER Tizia-Charlotte. How Artificial Intelligence Is Supporting Humanity in the Battle Against Coronavirus. **The Observer**. 1 Abr 2020. Disponível em: <https://fordhamobserver.com/45135/opinions/how-artificial-intelligence-is-supporting-humanity-in-the-battle-against-coronavirus/>. Acesso em: 23 set. 2020.

Na Coreia do Sul, por exemplo, um sistema de IA auxiliou cientistas a desenvolver kits de teste de coronavírus em 2 semanas, feito que normalmente leva vários meses por um grande grupo de cientistas<sup>5</sup>.

A maior inserção das tecnologias de IA no processo de pesquisa, auxiliando a intelectualidade humana, pode vir a alterar o parâmetro do que seja óbvio. Se houver aumento das habilidades do inventor-médio e o parâmetro de técnico no assunto continuar o mesmo, a consequência será a sensação de um padrão muito brando de patenteabilidade, com os custos sociais daí decorrentes. Nesse cenário, objetivamos fazer algumas reflexões em relação à atividade inventiva, um dos requisitos de patenteabilidade diretamente relacionados ao processo inventivo. Utiliza-se, para tanto, o método procedimental composto de consultas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas (todas internacionais e nacionais).

Inicia-se o texto descrevendo brevemente a interação do sistema de IA com o ser humano para a pesquisa e desenvolvimento, bem como com que intensidade ele pode participar da geração de uma invenção. Em seguida, identifica-se o conceito de atividade inventiva no Brasil, nos EUA e na Europa e destaca-se que, nas legislações analisadas, a avaliação da obviedade é feita a partir da perspectiva do técnico no assunto – sempre um ser humano. Sob este pano de fundo, discute-se se o uso de sofisticados sistemas computacionais em determinados setores da indústria, ao aumentar as habilidades do pesquisador humano, ensejaria uma revisão do parâmetro do que seja óbvio para se ajustar ao uso rotineiro das tecnologias. Por fim, analisa-se se faz sentido esta revisão, à luz da teoria econômico-utilitária, que representa uma das justificativas da tutela da propriedade intelectual.

## 1 O SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO INVENTIVO: DECIFRA-ME OU TE DEVORO

O ponto inicial para a compreensão dos impactos da IA sobre a propriedade intelectual é saber, em linhas gerais, como ocorre a interação da máquina com o ser humano em um processo inventivo.

---

<sup>5</sup> CNN. **Inside the company that used AI to create a coronavirus test.** Sem data. Disponível em: <https://edition.cnn.com/videos/world/2020/03/12/south-korea-seegene-coronavirus-test-kit-watson-vpx.cnn>. Acesso em: 23 set. 2020.

Um dos subcampos<sup>6</sup> mais usados nos sistemas de IA é o *machine learning* ou aprendizado de máquina, um processo que depende da análise de dados por algoritmos. Um algoritmo “é um conjunto de instruções matemáticas, uma sequência de tarefas para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado”<sup>7</sup>. É o surgimento de grandes conjuntos de dados (*big data*) e o aumento do poder da computação que tornam essa forma de IA largamente utilizada<sup>8</sup>.

É fácil perceber como ocorre a imitação do cérebro humano. O processo básico de *machine learning* utiliza uma rede neural artificial (*artificial neural network*)<sup>9</sup>. Como cada neurônio artificial resolve uma pequena parte do problema conferido ao sistema, o uso da rede neural com muitos neurônios permite resolver o problema como um todo, se aproximando do funcionamento do cérebro.

Um sistema de inteligência artificial pode funcionar como uma *ferramenta* que ajuda significativamente o autor humano a obter um resultado criativo e inovador. A diferença crucial entre as criações assistidas por computadores que não empregam IA e as criações de sistemas de IA, é que a

---

<sup>6</sup> O segundo subcampo mais utilizado refere-se aos algoritmos evolutivos (*evolutionary algorithms*): “um método de otimização que tenta identificar a melhor solução para um determinado problema a partir de várias alternativas geradas de forma autônoma. Algoritmos evolutivos dependem de princípios darwinianos, pois a evolução natural provou ser um poderoso processo de otimização.” DREXL, Josef; HILTY, Reto M. et al. *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*. **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series**. v.1. Outubro, 2019, p. 11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3465577>. Acesso em: 23 set. 2020. Ao invés de partir de dados de treinamento, como ocorre nas redes neurais artificiais, o sistema gera um grupo inicial de diferentes soluções possíveis e, em seguida, avalia cada solução e seleciona as mais adequadas.

<sup>7</sup> KAUFMAN, Dora. **Os Meandros da Inteligência Artificial**: Conceitos-chave para Leigos. Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs. 22. fev 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>8</sup> Os conjuntos de dados são considerados “*big data*” se tiverem um alto grau de três dimensões distintas: volume (a quantidade de dados), velocidade (a rapidez em que os dados são gerados) e variedade (a diversidade de dados). Análise completa em: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

<sup>9</sup> RUSSEL, Stuart J. e NORVIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach**. 3 ed. New Jersey: Pearson Education, 2010, p. 366-370.

contribuição destes últimos vai muito além daquela decorrente de ferramentas tradicionalmente usadas para inventar. As tecnologias de IA tendem a aumentar as habilidades do inventor humano e não se limitam a executar tarefas pré-definidas, o que lhes confere superioridade em relação às máquinas tradicionais.

Indo além, é possível falar em “criações não regidas sob o controle expressivo humano”<sup>10</sup>. Dabus foi o primeiro sistema de IA listado como inventor em pedidos de patentes perante o Escritório Europeu de Patentes (*European Patent Office - EPO*)<sup>11</sup> e o escritório dos EUA (*United States Patent and Trademark Office*)<sup>12</sup>, ocasião em que indicou-se o criador da máquina como requerente e titular das patentes e o sistema de inteligência artificial – e não uma pessoa física – como inventor. Dabus é descrito pelo seu criador como uma máquina inventiva, que teria gerado as invenções de forma autônoma e sem participação humana.

Não existe, ainda, uma definição precisa de qual deve ser o grau de envolvimento do ser humano e das tecnologias de IA na criação para que esta pode ser considerada autônoma<sup>13</sup>. Três aspectos principais são considerados quando se analisa a participação dos sistemas de IA no processo inventivo: (i) o *design* do modelo computacional; (ii) as operações caixa-preta (*black box operations*), e (iii) a imprevisibilidade do resultado.

<sup>10</sup> A expressão é do professor BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Autoria de bens intelectuais e as criações de inteligência artificial. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Orgs). **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.

<sup>11</sup> Requerimentos na União Europeia: EP 18 275 163 e EP 18 275 174. EPO. **Home**. Disponível em: <https://www.epo.org/news-issues/news/2020/20200128.html>. Decisão denegatória do EPO disponível em: <https://register.epo.org/application?documentId=E4B635-D62191498&number=EP18275163&lng=en&npl=false>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>12</sup> USPTO. **Home**. Decisão denegatória do USPTO disponível em: [https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/foia-reading-room/final-decisions-commissioner-patents?utm\\_campaign=subscriptioncenter&utm\\_content=&utm\\_medium=email&utm\\_name=&utm\\_source=govdelivery&utm\\_term=](https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/foia-reading-room/final-decisions-commissioner-patents?utm_campaign=subscriptioncenter&utm_content=&utm_medium=email&utm_name=&utm_source=govdelivery&utm_term=). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>13</sup> HILTY, Reto M; HOFFMANN, Jörg e SCHEUERER, Stefan. Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence. **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, n. 20-02, 1-29, 2020, p. 7. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3539406](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3539406). Acesso em: 23 set. 2020.



Para que se possa afirmar que o sistema inovou de forma autônoma, é necessário que o trabalho produzido pelo sistema (saída ou *output*) resulte de sua atuação isolada, independentemente da constante entrada (*input*) alimentada por um humano. É estabelecida uma tarefa e o algoritmo “aprende” no decorrer do processamento de dados de treinamento como correlacionar entradas (dados não estruturados) com as saídas, inferindo um padrão. Da próxima vez que receber tarefa igual ou similar, o sistema repete a resposta que foi alcançada, seu desempenho melhora com a experiência e evolui com novos dados que foram recebidos por meio dos provedores de dados ou encontrados no estado da arte<sup>14</sup>.

É por isso que estudiosos defendem que alguns sistemas de IA se comportam de forma imprevisível, realizando atos que não estão de acordo com uma programação pré-definida e que resultam da interação com o meio. Produzem, assim, resultados não esperados<sup>15</sup> e o nexos causal entre a contribuição humana e o resultado é considerado mínimo<sup>16</sup>.

Em sentido contrário, a doutrina argumenta que o delineamento entre contribuições humanas e não humanas (algorítmicas) para uma invenção é artificial. Para esta conclusão, enfatiza-se que um algoritmo contém instruções matemáticas precisas que determinam operações e os computadores seguem obedientemente tais instruções, logo, no momento atual, “*seria injustificado atribuir ‘autonomia cognitiva’ para um algoritmo ou sistema de software*”, de modo que não faria sentido falar em sistemas de IA autônomos e inventores<sup>17</sup>. Para esta doutrina, o sistema de IA é sempre uma ferramenta e

<sup>14</sup> HARDESTY, Larry. Artificial-Intelligence System Surfs Web to Improve Its Performance. **MIT NEWS**. 10. nov. 2016. Disponível em: <https://perma.cc/2DJK-JKBT>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>15</sup> YANISKY-RAVID, Shlomit. Generating Rembrandt: artificial intelligence, copyright, and accountability in the 3A era—the human-like authors are already here—a new model. **Michigan State Law Review**, p. 659-726, abr. 2017, p. 679. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2957722>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>16</sup> Não é necessário que a contribuição humana seja igual a zero, basta que seja mínima. YANISKY-RAVID, Shlomit. *Op.cit.*, p. 659-726, abr. 2017, aqui, p. 679. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2957722>. Ver também: ABBOTT, Ryan. **Artificial Intelligence, big data and intellectual property**: protecting computer-generated works in the United Kingdom. Novembro, 2017, p. 11. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3064213](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064213). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>17</sup> KIM, Daria. AI-Generated Inventions: Time to Get the Record Straight?. **GRUR International**, 69(5), pp. 443–456, 2020, aqui, p. 453.

a intervenção humana ocorre principalmente na escolha ou no desenvolvimento dos algoritmos de treinamento<sup>18</sup>.

As operações caixa-preta, por sua vez, se referem à compreensão limitada acerca da explicabilidade do modelo computacional, ou seja, da inabilidade do ser humano de entender todo o processo de IA para alcançar o resultado inovador<sup>19</sup>. Em razão das redes neurais e da complexidade dos cálculos, fala-se que estes sistemas são opacos, o que reforçaria, para alguns, sua autonomia como originador de novas tecnologias. Por outro lado, argumenta-se que, ainda que não possam ser prontamente interpretados e explicados em detalhes para um ser humano, não se pode falar em ausência de causalidade entre as instruções fornecidas ao sistema e o resultado alcançado, logo, inexistiria autonomia.<sup>20</sup>

Finalmente, em sentido oposto ao defendido pelo requerente no caso Dabus, afirma-se que a imprevisibilidade do resultado nada diz sobre a autonomia do sistema. A uma, porque, ainda que se esteja falando de invenção sem auxílio da máquina, nem sempre a solução é conhecida antecipadamente. Em casos de invenções resultantes de experimentação (via metodologia conhecida como *tentativa e erro*), por exemplo, seria um contrassenso exigir a previsibilidade do resultado para fins de atribuição de direito de propriedade intelectual ao inventor humano. A duas, porque, por mais sofisticados que sejam os sistemas de IA, o que importa é que o mecanismo de resolução de problemas - que, neste caso, é o algoritmo - seja fornecido por um humano<sup>21</sup>.

Some-se à compreensão acima os que entendem que, especificamente em relação às invenções (excluído, portanto, o ambiente dos direitos autorais), a IA não poderia se caracterizar como inventora, uma vez que a máquina não define o problema a ser resolvido, nem os ensinamentos técnicos a serem usados<sup>22</sup>. Fundamentam sua compreensão na definição de

<sup>18</sup> HILTY, Reto M; HOFFMANN, Jörg e SCHEUERER, Stefan. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>19</sup> DREXL, Josef; HILTY, Reto M. *et al. Op.cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> KIM, Daria. *Op. cit.*, p.454.

<sup>21</sup> KIM, Daria. *Op. cit.*, p.455.

<sup>22</sup> RAMALHO, Ana. Patentability of AI-generated inventions: is a reform of the patent system needed? **Institute of Intellectual Property, Foundation for Intellectual Property of Japan**, maio, 2018, p. 4. Disponível: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3168703](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3168703). Acesso em: 23 set. 2020.

processo inventivo, o qual inicia-se com a identificação do problema a ser resolvido, segue com a criação de uma solução para resolvê-lo e termina com a aplicação dos ensinamentos técnicos dessa solução para o problema.

As controvérsias acima demonstram que não é simples definir com que intensidade um sistema de IA pode participar do processo inventivo e, igualmente, o grau de autonomia do sistema – se é que ela existe. De todo modo, ainda que o nível de participação humana e do sistema de IA no resultado inovador possa variar consideravelmente, uma conclusão parece clara: estas máquinas estão presentes no processo inventivo em diversos setores da indústria, em alguma medida. Tal situação pode, a médio prazo, ocasionar um aumento da capacidade humana auxiliada por tecnologias de IA e impactar no parâmetro objetivo-normativo do que seja óbvio. É oportuno, portanto, revisitá-lo à luz do desenvolvimento tecnológico.

O tópico a seguir concentra-se no conceito legal e doutrinário de atividade inventiva. Em ambos os casos, adota-se a perspectiva de um ser humano como técnico no assunto.

## 2 ATIVIDADE INVENTIVA: A QUALIDADE DO QUE É INVENTADO

O Acordo TRIPS (sigla do inglês para *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) estabeleceu padrões globais para proteção dos direitos autorais, da concorrência desleal e da propriedade industrial, tendo entre os seus signatários o Brasil, os Estados Unidos e diversos países europeus. No acordo não há disposição específica sobre o conceito de atividade inventiva<sup>23</sup>.

A definição de passo inventivo, também referida como atividade inventiva ou não-obviedade, é similar nas legislações dos países signatários

---

<sup>23</sup> TRIPS, Art. 27. 1. “Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.” Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

acima e nenhuma delas trata especificamente de trabalhos em que a intelectualidade humana foi auxiliada por tecnologias de IA ou gerados por estas com uma mínima participação humana.

A Lei de Propriedade Industrial brasileira (Lei 9.279/96 - LPI), prevê, no art.13, que a invenção possui atividade inventiva sempre que, para um (i) técnico no assunto, (ii) não decorra de maneira evidente ou óbvia do (iii) estado da técnica.

Na lição de Denis Borges Barbosa e Pedro Marcos Nunes Barbosa, a atividade inventiva é “*o requisito de contributo mínimo (elemento qualitativo) típico da patente de invenção*”. Não basta que a invenção seja nova e, portanto, não esteja compreendida no estado da técnica (lógica maniqueísta sujeita a um controle positivo/negativo); exige-se que ela traga uma contribuição mínima ao estado da arte, daí porque o requisito da atividade inventiva se refere à qualidade daquilo que é inventado<sup>24</sup>.

Um técnico no assunto, ou profissional do ramo, é uma *pessoa* com conhecimentos medianos sobre a matéria, considerado o ramo específico em que o conhecimento é produzido. Não é, assim, o maior especialista na matéria<sup>25</sup>. O nível de formação do técnico médio varia conforme o setor industrial: “*num setor mecânico tradicional, poderá ser o torneiro experiente; nos extremos da produção biotecnológica, poderá ser um Ph.D., ainda que não o expoente internacional.*”<sup>26</sup>

Decidir o nível de habilidade comum sobre matéria em um ramo específico é relevante para assegurar uma análise *objetiva* acerca da obviedade<sup>27</sup>, além de sujeitar a sindicabilidade do ato administrativo ao mesmo padrão de controle acaso sujeito ao crivo do Poder Judiciário. No entanto, determinar, de forma adequada, o grau de habilidade parametrizada para fins de

<sup>24</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; BARBOSA, Denis Borges. **O código da propriedade industrial conforme os tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018, p. 183 e 186. A citação é feita na página 183.

<sup>25</sup> IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. **Comentários à lei de propriedade industrial**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 45.

<sup>26</sup> BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima**. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2010, p. 70.

<sup>27</sup> BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *Op. cit.*, p. 8-9 e 44-45.

atividade inventiva é uma das questões mais complexas para a concessão de patentes.

Estado da técnica, por sua vez, conforme previsão do art. 11, § 1º, da LPI, é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior<sup>28</sup>. Ou seja, enquanto o domínio público é a espécie de estado da arte livre para a utência irrestrita, existe um conteúdo do estado da arte que não é disponível (a exemplo dos teores sob exclusividade de uma patente) ou em que há uma situação de legítima expectativa de direitos à obtenção de propriedade (pedidos de patente sob exame do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI).

Para auxiliar a aferir se houve decorrência de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica, as Diretrizes de Exame expedidas INPI em 2002 orientam que deve-se considerar *“se um técnico no assunto, que conhecesse à época as citações do estado da técnica consideradas, teria sido motivado a realizar a combinação ou modificações necessárias para chegar à invenção em questão”*<sup>29</sup>. Nessa linha, as invenções não são patenteáveis se decorrerem de uma mera junção de fatores e elementos disponíveis no estado da técnica, sem resultar – por exemplo – em um efeito técnico novo e inesperado.

De forma similar, a legislação dos EUA exige que a invenção, além de ter novidade e aplicação industrial, não seja óbvia para uma *persona* com habilidade comum na matéria (*person having ordinary skill in the art* – do acrônimo PHOSITA)<sup>30</sup>. Assim como no Brasil, o técnico no assunto não é definido pela legislação e nem pelas Diretrizes de Exame fornecidas pelo *United States Patent and Trademark Office* (USPTO). A jurisprudência da Su-

<sup>28</sup> .BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 200. Fica excluída do conceito a anterioridade *facta* tratada no art. 11 § 2º

<sup>29</sup> Disponível em: [www.inpi.gov.br](http://www.inpi.gov.br). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>30</sup> United States Code, Title 35-Patents, § 103, no original: *“A patent for a claimed invention may not be obtained (...) if the differences between the claimed invention and the prior art are such that the claimed invention as a whole would have been obvious before the effective filing date of the claimed invention to a person having ordinary skill in the art to which the claimed invention pertains. Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made.”* Disponível em: [https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated\\_laws.pdf](https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

prema Corte norte-americana, por sua vez, descreve um técnico no assunto como “*um pessoa de criatividade comum, não um autômato*”.<sup>31</sup> Segundo a doutrina estadunidense, o padrão técnico do especialista varia de acordo com o setor específico da invenção sob análise e com os pesquisadores da área: o padrão aumenta se a invenção situa-se em um campo complexo com trabalhadores altamente qualificados, como engenharia química ou pesquisa farmacêutica<sup>32</sup>.

Finalmente, a Convenção Europeia de Patente (*European Patent Convention – EPC*) não difere da legislação brasileira em relação ao conceito de atividade inventiva<sup>33</sup>. Merecem destaque as diretrizes para exame do Escritório Europeu de Patentes (*European Patent Office – EPO*), que preveem que a avaliação da atividade inventiva segue a abordagem “problema-solução”, utilizando três fases principais: (i) determinar o estado da técnica mais próximo; (ii) estabelecer o problema técnico objetivo a ser resolvido, e (iii) considerar se a invenção reivindicada, a partir do estado da técnica e do problema técnico objetivo, teria sido óbvia para a *pessoa* qualificada<sup>34</sup>.

Na legislação do Brasil, assim como na dos EUA e na da Europa, o objetivo do requisito da atividade inventiva é não conceder proteção patentária a criações que poderiam ser facilmente obtidas por um especialista na matéria. Pretende-se que a invenção vá além do resultado da aplicação simples de conhecimentos usuais conforme o estado da arte, a fim de estimular o desenvolvimento tecnológico, bem como evitar a apropriação privada de iters intelectuais banais.

Nesse contexto, os escritórios de patentes das três jurisdições (INPI, USPTO e EPO) andam no mesmo sentido (apesar de adotarem critérios mais ou menos rígidos) ao avaliar a atividade inventiva a partir da perspectiva do técnico no assunto – sempre um ser humano. Presume-se que o técnico teve

<sup>31</sup> Julgado de 2007: *KSR Int’l Co. v. Teleflex Inc.*, 550 U.S. 398, 421.

<sup>32</sup> ABBOTT, Ryan Benjamin. Everything is obvious. *UCLA Law Review*, v. 66, n. 2, 2018, p. 19. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3056915](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3056915). Acesso: 23 set. 2020.

<sup>33</sup> EPC, art. 54(2), no original: “*The state of the art shall be held to comprise everything made available to the public by means of a written or oral description, by use, or in any other way, before the date of filing of the European patent application*”.

<sup>34</sup> European Patent Office. Guidelines for Examination in the EPO, novembro de 2019, Parte G, Capítulo VII, 3, p. 789-794.

acesso e tem habilidade para compreender todas as questões técnicas relevantes disponíveis ao público.

A seguir, será analisado se o parâmetro de obviedade sofre algum impacto em decorrência do uso rotineiro de sistemas de IA no processo inventivo, os quais tendem a aumentar as habilidades do inventor médio, num futuro próximo.

### 3 O PARÂMETRO DE OBVIEDADE DIANTE DA CAPACIDADE HUMANA HIPERTROFIADA

Em julho de 2020, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, em colaboração com o Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência, publicou um estudo utilizando informações contidas nos dados de patentes dos escritórios públicos para identificar e mapear invenções relacionadas à IA<sup>35</sup>. O estudo abrangeu invenções patenteadas em no mínimo duas jurisdições, sendo pelo menos uma referente a um destes cinco escritórios de patentes: da Europa, do Japão, do Coréia do Sul, dos EUA ou da China. Para tanto, foram usadas duas principais abordagens em relação aos requerimentos de patentes perante os escritórios: busca de palavras-chave para pesquisar resumos de patentes e leitura das referências a textos científicos de IA feitas nos requerimentos.

Identificou-se um aumento na proporção de invenções relacionadas à IA em relação ao número total de invenções após 2015. Essa proporção foi em média de 2,3% em 2017. Redes neurais e processamento de imagem foram os termos mais frequentes que aparecem nos resumos destas patentes. Ainda, de 2014 a 2016, Japão, Estados Unidos e China representaram os três principais países em que os inventores das patentes relacionadas à IA estão localizados, sendo que a contribuição dos inventores sediados na China se multiplicou mais de seis vezes desde 2000.

---

<sup>35</sup> BARUFFALDI Stefano; BEUZEKOM, Brigitte van; DERNIS Hélène; HARHOFF, Dietmar; RAO, Nandan; ROSENFELD, David; SQUICCIARINI, Mariagrazia. **Identifying and measuring developments in artificial intelligence**: Making the impossible possible OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2020/05. Disponível em: <https://www.ip.mpg.de/en/nc/research/research-news/identifying-and-measuring-artificial-intelligence-making-the-impossible-possible.html>. Acesso em: 23. set. 2020.

O estudo citado é mais um<sup>36</sup> a demonstrar o crescente o uso tecnologias de IA no processo inventivo, seja como ferramenta para auxiliar significativamente a intelectualidade do inventor, seja gerando invenções em que há uma mínima participação humana. Se, em determinado setor, há o uso rotineiro de IA nestas situações, qual seria o parâmetro de técnico no assunto: um pesquisador humano, um sistema de IA ou a combinação dos dois?

Imagine-se que em um setor da indústria uma ferramenta de IA é comumente utilizada, já foi divulgada pela técnica anterior e é incapaz de gerar novas invenções de forma autônoma ou com uma mínima participação humana. Neste caso, é provável que as capacidades do pesquisador estejam sendo aumentadas pelo uso da tecnologia. É o que pode acontecer em pesquisas da indústria farmacêutica, em que a criação requer experimentação, de modo que o uso rotineiro de IA permitirá que os testes sejam feitos mais rapidamente, como ocorreu no exemplo da Coréia do Sul citado na Introdução. Em consequência, os utentes de máquinas sofisticadas podem ser capazes de superar os demais inventores humanos na solução problemas específicos sem o auxílio de máquinas similares, e seus conhecimentos podem exceder o padrão legal de técnico no assunto.

A discussão refere-se, portanto, à necessidade de elevar o padrão que hoje se adota para avaliar a obviedade. Três aspectos são relevantes para análise: (i) as razões para elevar o padrão; (ii) a proposta de revisão do conceito de técnico no assunto; e (iii) as consequências da alteração do padrão atual.

À medida que as máquinas de IA continuem a melhorar seu desempenho e sejam comumente usadas para auxiliar significativamente o ser humano em relação a um setor específico, é possível que a invenção decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica para a pesquisador que tem o conhecimento aumentado pelo uso da tecnologia.<sup>37</sup> Por isso, manter o padrão defasado de técnico no assunto permitiria que uma invenção

---

<sup>36</sup> Vide também: WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence**. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2019.

<sup>37</sup> ABBOTT, Ryan Benjamin. Everything is obvious. **UCLA Law Review**, v. 66, n. 2, 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3056915](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3056915). Acesso em: 23 set. 2020.



com auxílio de IA possa satisfazer o requisito de patenteabilidade com muita facilidade. Em termos pragmáticos, isto tenderia a maximizar o número de patentes concedidas em um mesmo segmento, ocasionando certa inflação de títulos.

O raciocínio usado em relação a patentes triviais aplica-se aqui<sup>38</sup>. Desconsiderar o cenário de uso rotineiro de sistemas de IA no processo inventivo, bem como que este uso pode aumentar as habilidades autor-inventor médio, permitirá que diversas invenções sejam patenteáveis, quando, em verdade, decorrem de maneira óbvia ou evidente do estado da técnica, desprestigiando invenções realmente inovadoras. Daí a justificativa para elevar o padrão.

Segundo a doutrina, para que seja dada a devida relevância ao fato de que as capacidades dos pesquisadores humanos tendem a ser aumentadas em razão do auxílio significativo de máquinas sofisticadas, é preciso revisar o conceito de técnico no assunto, sugerindo que, a depender do setor, o técnico no assunto passe a ser entendido como um ser humano de conhecimento médio, porém *favorecido pela tecnologia*<sup>39</sup>.

O professor Pedro Marcos Nunes Barbosa é preciso ao alertar que, “se houver uma hipertrofia da capacidade do autor-inventor médio, tal feito representará um aumento qualitativo que será necessário colacionar para se obter um título de exclusividade”<sup>40</sup>. De fato, atentar-se para o aumento da capacidade do autor-inventor médio é essencial para se extrair o *contributo mínimo* típico da patente de invenção e assegurar a qualidade daquilo que é inventado.

Por esta razão, as professoras Shlomit Yanisky-Ravid e Regina Jin sugerem uma revisão do conceito para considerar-se uma pessoa qualificada

<sup>38</sup> DUFFY, Jhon F. Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation. **Texas Law Review**, vol. 86, no. 1, 2007, p. 9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>39</sup> RAMALHO, Ana. Patentability of AI-generated inventions: is a reform of the patent system needed? *Op. cit.*; Conferir também: BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A autoria de bens intelectuais e as criações de inteligência artificial. *Op.cit.*; ABBOTT, Ryan. Everything is obvious. *Op.cit.*; YANISKY-RAVID, Shlomit; JIN, Regina. **Summoning a new artificial intelligence patent model**: in the age of pandemic, jun, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3619069](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3619069). Acesso em: 23. set. 2020.

<sup>40</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A autoria de bens intelectuais e as criações de inteligência artificial. *Op. cit*, p. 17.

usando uma ferramenta de IA *comum* no estado da técnica. A ferramenta de IA comum é definida como um sistema de IA que é de rotina, que já foi divulgado na técnica anterior e que não abrange máquinas inventivas capazes de inovar por si próprias<sup>41</sup>.

No mesmo sentido, Ana Ramalho propõe que, se o sistema de IA não for rotineiramente utilizado naquele setor, a patente pode ser concedida se a invenção não for óbvia para uma pessoa técnica no assunto não auxiliada por tecnologias de IA, ainda que estas tenham sido usadas por aquele inventor específico. Por outro lado, se existe o uso generalizado destas máquinas para auxílio em determinado setor, as habilidades do especialista aumentam e uma patente pode ser concedida se a invenção não for óbvia para um técnico no assunto que usa tecnologias de IA, ainda que estas não tenham sido usadas pelo inventor em questão<sup>42</sup>.

Fazendo um exercício de prognose sobre o próximos anos, Ryan Abbott avança em relação à situação acima, em que o sistema de IA atua como ferramenta para auxiliar na criação humana, e propõe a discussão em relação à máquina inventiva que se torna a abordagem comum para a pesquisa e desenvolvimento em um certo campo<sup>43</sup>.

Imagine-se, então, que uma invenção envolva contribuições humanas, como o trabalho de programadores de *software* no desenvolvimento do sistema de IA, de fornecedores de dados, de treinadores e de usuários na operação do sistema. No entanto, suponha-se que as contribuições humanas não guardam nexos causal imediato com o resultado. É o caso do sistema Dabus, segundo alega seu criador, visto no início deste texto. Suponha-se, ainda, que as pesquisas em um determinado setor passem a ser, no futuro, feitas desta forma: pessoas fornecem dados a uma máquina inventiva e ela, com uma mínima participação humana, gera a invenção.

Neste caso, a doutrina afirma que, uma vez que o uso dessas máquinas se torne rotineiro, o conceito de técnico no assunto deveria ir além de incluir uma pessoa que usa a máquina inventiva, para abranger somente

---

<sup>41</sup> YANISKY-RAVID, Shlomit; JIN, Regina. *Op. cit.*, p. 26 e 38.

<sup>42</sup> RAMALHO, Ana. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>43</sup> ABBOTT, Ryan. *Op. cit.*, p. 31.

uma máquina inventiva<sup>44</sup>. Argumenta-se que a máquina seria o padrão para julgar a existência de obviedade, podendo ser uma máquina hipotética com base nas capacidades gerais de máquinas inventivas ou um computador específico.

Trata-se de uma discussão ainda mais complexa, já que substituir o parâmetro do inventor médio por uma máquina implicaria dizer que as máquinas podem ser autoras. Segundo a cultura jurídica internacional contemporânea, a criatividade é tradicionalmente reconhecida como um atributo peculiar aos seres humanos e a autoria de invenções pertence a pessoas; é evidente, portanto, o elevado grau de antropocentrismo quando se cuida de criações: “*um ser humano individual que faz uma produção criativa durante momentos de criatividade iluminada*”<sup>45</sup>. A discussão acerca da autoria por sistemas de IA, portanto, exige uma análise dos fundamentos teóricos que justificam a propriedade intelectual e escapa ao objeto deste texto<sup>46</sup>.

Finalmente, vejamos as possíveis consequências da alteração do parâmetro de obviedade. Elevar o padrão atual implicaria em aumentar a dificuldade para a obtenção de patentes. Para superar o novo padrão, seria preciso que pesquisadores de um determinado setor em que há o uso rotineiro de tecnologias de IA tivessem um *insight* incomum, que excedesse o parâmetro, ou usassem computadores mais sofisticados que os comumente usados.

Em termos práticos, cabem duas observações em relação à implementação de um parâmetro mais rigoroso. Primeiro, o examinador do escritório de patentes teria que verificar o estado da técnica, a ponto de determinar se o auxílio significativo da tecnologia de IA equivale ao meio rotineiro

---

<sup>44</sup> ABBOTT, Ryan. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>45</sup> No original: “*algorithmic authorship fundamentally challenges the notion of the romantic author or speaker: an individual human being who produces creative output during moments of enlightened creativity*”. KAMINSKI, Margot E. *Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law*. **U.C.D. Law Review**, n. 51, pp. 589-616, 2017, aqui, p. 594.

<sup>46</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; TAUK, Caroline Somesom. *Inteligência artificial e direito da propriedade intelectual: fundamentos teóricos e legais de proteção*. **O Direito civil na era da inteligência artificial**. TEPELINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (orgs.). São Paulo: Thomson Reuters, 2020. O texto faz uma análise da relação entre as teorias legitimadoras da propriedade intelectual e a autoria de sistemas de inteligência artificial.

de pesquisa no setor. Se a IA for comumente utilizada, deve-se caracterizar a tecnologia que melhor representa o sistema de rotina. E, finalmente, se determinaria se uma pessoa com conhecimentos técnicos equipada com esse sistema veria a invenção como óbvia<sup>47</sup>.

Não é simples, no entanto, como visto no tópico '2' supra, determinar o grau de habilidade comum das pessoas para fins de atividade inventiva. A inclusão de sistemas de IA torna a questão ainda mais complexa. A pesquisa sobre as tendências da indústria no setor específico pode ajudar neste ponto, como o estudo da OCDE mencionado no início deste tópico.

A segunda observação é um questionamento: seria preciso a alteração legal para a exigência de maior rigor na avaliação da atividade inventiva? Acredita-se não ser esta a melhor solução, já que a legislação correria o risco de ficar desatualizada muito rapidamente por não acompanhar o ritmo intenso do desenvolvimento tecnológico. A tecnologia não espera pelo Direito. Parece mais funcional que escritórios de patentes dos diversos países desenvolvem diretrizes em termos comuns, para conferir um tratamento uniforme sobre o tema. Tal como no campo da concorrência desleal, em que o crivo do que seja desonesto oscila ao longo do tempo, em um determinado mercado, para determinada região, as *mutações* nos crivos qualitativos do que seja ato inventivo ou atividade inventiva independe da *reserva legiferante*.

Ainda, estabelecer parâmetros mais altos de patenteabilidade pode ser uma forma de compatibilizar a maior facilidade para gerar invenções proporcionada pela IA com a não eliminação dos inventivos financeiros para este tipo de inovação. Um rigor majorado da autarquia federal poderá dosar um aumento desproporcional na quantidade de exclusividades concedidas, também se acautelando para manter um controle de qualidade no que é objeto de direitos de propriedade. É o que será visto a seguir.

#### **4 JUSTIFICATIVAS DA TEORIA ECONÔMICO-UTILITÁRIA PARA ELEVAR O PARÂMETRO DE OBVIDADE**

As teorias legitimadoras da tutela da propriedade intelectual mais comuns baseiam-se no trabalho do autor, na sua personalidade e em razões eco-

---

<sup>47</sup> RAMALHO, Ana. *Op. cit.*, p. 26.

nômico-utilitárias<sup>48</sup>. Restringe-se a análise, neste texto, à teoria econômica, por ser a justificacão dominante dos direitos da propriedade intelectual e a que, a princípio e na opinião desta autora, melhor se adequa às criações que envolvem tecnologias de IA. Objetiva-se verificar se esta abordagem teórica endossaria o raciocínio de que é justificável elevar o parâmetro do que seja óbvio.

A função dos direitos de propriedade intelectual, segundo a abordagem econômica, é eliminar uma falha de mercado causada pela dificuldade que o autor tem de receber uma retribuição social pelo que produziu. É nesse sentido que a propriedade intelectual estimula a inovação<sup>49</sup>. Com a atribuição de direitos de propriedade ao autor, ele suportará todos os custos e receberá todos os benefícios decorrentes do trabalho, internalizando as externalidades negativas (custos) e positivas (benefícios).<sup>50</sup>

A proteção patentária, ao mesmo tempo em que deve desempenhar sua função de retribuição e incentivo para aquele que trouxe um benefício social, não pode ser tão ampla a ponto de gerar custos sociais injustificáveis. Da mesma forma, as exigências legais para se superar as balizas de patenteabilidade devem ser definidas para refletir esta ideia: requisitos de patenteabilidade muito fracos podem levar a um excesso de patentes; por outro lado, requisitos de patenteabilidade muito rígidos pode restringir os incentivos financeiros ao pesquisador e prejudicar a inovação, ou ao menos super-estimular o sistema dos segredos industriais.

Para obter resultados triviais, o pesquisador não precisa de incentivos decorrentes da exclusividade de exploração; é suficiente o incentivo decorrente da circunstância de ser o primeiro a comercializar a criação<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> HUGHES, Justin. The Philosophy of Intellectual Property. **Georgetown Law Journal**, n. 77, pp. 1-73, 1988, pp. 2-5. Disponível em: <http://justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>49</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, pp. 116-117.

<sup>50</sup> TIMM, Luciano; CAO VILLA, Renato. Teorias Rivalis sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, nº 1, pp. 49-77, jan.-jun., 2010, aqui, pp. 57-58. Os autores fazem uma análise das teorias rivalis sobre a proteção da propriedade intelectual sob a ótica da AED. Ver também: MERGES, Robert. P. **Justifying Intellectual Property**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>51</sup> DUFFY, Jhon F. Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation. **Texas Law Review**, vol. 86, no. 1, 2007, p. 10-12. Disponível em: <https://papers.ssrn.com>. Acesso em: 23 set. 2020.

- *leading time*<sup>52</sup>. Ainda, o excesso<sup>53</sup> de patentes decorrente de requisitos de patenteabilidade muito fracos gera mais custos do que benefícios à pesquisa e ao desenvolvimento<sup>54</sup>, o que causaria uma subutilização das invenções e a perda de seu valor social.

A conclusão acima fundamenta-se na aplicação, na propriedade intelectual, da *tragédia dos anticomuns*<sup>55</sup>: ao invés da sobreutilização do bem (situação que caracteriza a tragédia dos comuns), ocorreria a sua não utilização ou subutilização. A metáfora é aplicada na situação em que há mais de um proprietário de um mesmo recurso escasso, não tendo nenhum dos proprietários a totalidade de direitos sobre o recurso, mas podendo bloquear o uso uns em relação aos outros. A proliferação de direitos de propriedade intelectual em determinada área gera um custo de transação muito elevado para o desenvolvimento de inovações subsequentes por terceiros, o que resultaria em uma subutilização. Logo, requisitos de patenteabilidade muito brandos poderiam resultar em menos inovações.

Nesse cenário, a proposta de revisão do parâmetro de técnico no assunto visa justamente a elevar o padrão de patenteabilidade para justificar a proteção segundo as teorias legitimadoras da propriedade intelectual, em especial a econômico-utilitária. O trabalho intelectual do ser humano que participa do processo inventivo continua sendo recompensado e incentivado, considerando, porém, a mudança do paradigma decorrente do uso generalizado de sistemas de IA no setor específico, hipertrofiando as habilidades do inventor médio.

---

<sup>52</sup> “Temos de recordar os princípios básicos do Direito da Concorrência. Sendo a concorrência que se deseja uma concorrência por prestações, a empresa tem de vencer na concorrência pela superioridade das suas prestações. A lei repudia o modelo estático, do direito do primeiro ocupante. A concorrência impõe que a empresa seja dinâmica. Não pode assentar na perpetuação de uma posição adquirida. Tem de se basear na inovação e no risco permanente, que só esses permitem às empresas mais audazes a primazia no mercado” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 446.

<sup>53</sup> “Private ownership usually creates wealth. But too much ownership has the opposite effect-it creates gridlock. Gridlock is a free market paradox when too many people own pieces of one thing, cooperation breaks down, wealth disappears, and everybody loses. (...) Too many owners mean too little prosperity” HELLER, Michael A. **The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives**. Basic Books, New York, 2008, XIV a XVI.

<sup>54</sup> ABBOTT, Ryan. *Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>55</sup> TIMM, Luciano; CAOVIALLA, Renato. *Op. cit.*, pp. 61-63.

## CONCLUSÃO

Estudos relatam uma grande lacuna entre a atividade das três principais empresas de inteligência artificial- Microsoft, Google e IBM - e demais empresas concorrentes<sup>56</sup>, bem como que as cinquenta maiores empresas de inteligência artificial no mundo estão localizadas em apenas seis países diferentes<sup>57</sup>. Este cenário gera um alerta: o acesso à IA poderia ampliar as desigualdades de oportunidades existentes se for distribuído injustamente à sociedade, já que as tecnologias irão melhorar as habilidades e eficiência dos que a elas têm acesso.<sup>58</sup>

A inteligência artificial, a depender de como é utilizada para pesquisa e desenvolvimento, pode aprimorar o bem-estar social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, objetivos constitucionais da proteção da propriedade intelectual. Assistiremos, cada vez mais, uma revolução na forma como se produzem invenções. Esta revolução tem impactos na aplicação da lei de propriedade intelectual e das diretrizes adotadas pelos escritórios de patentes em todo o mundo, já que ambas decorrem de momentos em que não se imaginava o uso tão intenso de tecnologias de IA no processo inventivo e, justamente por isso, sua interpretação precisa ser adaptada à nova dinâmica de mercado.

Sob a ótica da teoria econômica, direitos de exclusividade constituem incentivos e retribuem a externalidade positiva causada pelo inventor. A médio prazo, se houver o uso rotineiro tecnologias de IA para auxílio significativo em determinado setor, as habilidades do inventor médio tendem a melhorar e a invenção tem mais chances de ser óbvia para ele. É preciso, portanto, compatibilizar esta maior facilidade de inovar com a necessidade de conferir ao inventor uma justa retribuição social em relação a invenções que vão além do resultado da aplicação simples de conhecimentos usuais

<sup>56</sup> MIT. Who Is Winning the AI Race? **MIT Tech Rev.** 27 de jun de 2017. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/608112/who-is-winning-the-ai-race/>. Acesso: 23 set. 2020.

<sup>57</sup> O'KEEFE, Brian; RAPP, Nicolas. Here Are 50 Companies Leading the AI Revolution. **Fortune**, 23 de fev de 2017. Disponível: <http://fortune.com/2017/02/23/artificial-intelligence-companies/>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>58</sup> STONE, Peter *et al.* **Artificial intelligence and life in 2030: one hundred year study on artificial intelligence.** California: Stanford University, 2016. Disponível em: <https://perma.cc/97JB-CSR2>. Acesso em: 23 set. 2020.

na matéria. Nesse contexto, repensar a obviedade à luz do desenvolvimento tecnológico pode ensejar uma mudança do parâmetro de técnico no assunto, tornando-o mais rigoroso.

A discussão relaciona-se a uma questão fundamental: definir o que esperamos dos sistemas de IA e como podemos aproveitá-los, de forma ética, para o aprimoramento do ser humano e para a melhoria das condições de vida em escala global. Um padrão muito brando de patenteabilidade vai na contramão dos bons proveitos que se pode extrair das tecnologias, ocasionando uma inflação de títulos de exclusiva.

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. **Artificial Intelligence, big data and intellectual property**: protecting computer-generated works in the United Kingdom. Novembro, 2017, p. 11. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3064213](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064213).

ABBOTT, Ryan. Everything is obvious. **UCLA Law Review**, v. 66, n. 2, 2018, p. 19. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3056915](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3056915).

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2010.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Autoria de bens intelectuais e as criações de inteligência artificial. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Orgs). **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2020.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; BARBOSA, Denis Borges. **O código da propriedade industrial conforme os tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, pp. 116-117.

DREXL, Josef; HILTY, Reto M. *et al.* Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective. **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series**. v.1. Outubro, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3465577>.

DUFFY, Jhon F. Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation. **Texas Law Review**, vol. 86, no. 1, 2007, p. 12. Disponível: <https://papers.ssrn.com>.



EPO. **Home**. Disponível em: <https://www.epo.org/news-issues/news/2020/20200128.html>.

European Patent Office. Guidelines for Examination in the EPO, novembro de 2019.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. V. 7º, São Paulo: Saraiva, 1962.

HARDESTY, Larry. Artificial-Intelligence System Surfs Web to Improve Its Performance. **MITNEWS**. 10. nov. 2016. Disponível em: <https://perma.cc/2DJK-JKBT>.

HELLER, Michael A. **The Gridlock Economy**: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives. Basic Books, New York, 2008.

HILTY, Reto M; HOFFMANN, Jörg e SCHEUERER, Stefan. Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence. **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, n. 20-02, 1-29, 2020. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3539406](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3539406)>.

HUGHES, Justin. The Philosophy of Intellectual Property. **Georgetown Law Journal**, n. 77, pp. 1-73, 1988. Disponível em: <http://justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>.

IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. **Comentários à lei de propriedade industrial**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

KAUFMAN, Dora. **Os Meandros da Inteligência Artificial**: Conceitos-chave para Leigos. Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs. 22. fev 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>.

KIM, Daria. AI-Generated Inventions: Time to Get the Record Straight?. **GRUR International**, 69(5), pp. 443–456, 2020.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MERGES, Robert. P. **Justifying Intellectual Property**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

RAMALHO, Ana. Patentability of AI-generated inventions: is a reform of the patent system needed? **Institute of Intellectual Property, Foundation for Intellectual Property of Japan**, maio, 2018, p. 10. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3168703](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3168703).

\_\_\_\_\_. Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. **Journal of Internet Law**, p. 1-20, jul 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2987757](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987757).

RUSSEL, Stuart J. e NORVIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach**. 3 ed. New Jersey: Pearson Education, 2010.

SALOMAO, Luis Felipe; TAUKE, Caroline Somesom. Inteligência artificial e direito da propriedade intelectual: fundamentos teóricos e legais de proteção. **O Direito civil na era da inteligência artificial**. TEPEDINO, Gustavo. SILVA, Rodrigo da Guia (org.). São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

TIMM, Luciano; CAOVIOLA, Renato. Teorias Rivas sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, nº 1, pp. 49-77, jan.-jun., 2010.

WIPO. **Draft issues paper on intellectual property policy and artificial intelligence**, dezembro, 2019.

YANISKY-RAVID, Shlomit. Generating Rembrandt: artificial intelligence, copyright, and accountability in the 3A era—the human-like authors are already here—a new model. **Michigan State Law Review**, p.659-726, abr. 2017, p. 679. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2957722>.

YANISKY-RAVID, Shlomit; JIN, Regina. **Summoning a new artificial intelligence patent model: in the age of pandemic**, jun, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3619069](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3619069).



## Capítulo II

# **DIREITO AUTORAL E SUA DOGMÁTICA**

# »» DROIT DE SUITE (DIREITO DE SEQUÊNCIA): CENTENÁRIO NA FRANÇA E VINDOURO CINQUENTENÁRIO NO BRASIL

Rodrigo Moraes<sup>1</sup>  
Isabelle Azevedo<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa a aplicação do direito de sequência (*droit de suite*) nos seus cem anos de existência. Em 20 maio de 1920, foi publicada, na França, a primeira lei sobre *droit de suite*. Cem anos depois, o instituto ainda suscita calorosos debates no mundo jurídico e no setor das artes plásticas. São explicados, neste estudo, os motivos pelos quais o instituto ainda é praticamente ineficaz no Brasil, bem como são analisados alguns precedentes pátrios e projetos de lei visando a alteração do art. 38 da vigente Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/1998). O estudo, assim, é desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e exploratória, de natureza qualitativa.

**Palavras-chave:** Direito Autoral. *Droit de Suite*. Artes plásticas.

---

<sup>1</sup> Rodrigo Moraes é advogado e procurador do Município do Salvador. Professor Adjunto de Direito Civil, Direito Autoral e Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e do PROFNIT (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia), ponto focal UFBA. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Diretor e sócio da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA). Sócio da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI). Sócio da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Sócio do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Atual presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-BA (triênio 2019-2021). Membro da Comissão Nacional de Cultura e Arte da OAB. E-mail: rodrigo@rodrigomoraes.com.br.

<sup>2</sup> Isabelle Azevedo é advogada graduada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), associada ao escritório Rodrigo Moraes Advocacia e Consultoria em Propriedade Intelectual, membro da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/BA. E-mail: isabelle@rodrigomoraes.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 20 de maio de 2020, comemorou-se o centenário do *droit de suite*, instituto nascido na França. Conquanto já existente em mais de 80 países, ele não é universalmente aceito e continua alvo de duras críticas, seja pelo simples desconhecimento de artistas plásticos (e sucessores titulares), seja pela deliberada e consciente postura refratária de *marchands* e autoristas.

Na França, a ADAGP (*Association pour la Diffusion des Arts Graphiques et Plastiques*), criada em 1953, havia planejado, para o ano de 2020, o colóquio *Centenaire du droit de suite*, mas o evento foi cancelado por conta da pandemia do Covid-19.

No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Artística Visual (INPAV), criado em 2013, havia também planejado um seminário para celebrar o centenário, mas, infelizmente, o evento foi cancelado por causa da pandemia do coronavírus. O INPAV, no dia 20 de maio de 2020, chegou a postar no Instagram a nota oficial “Direito de Sequência 100 anos”, cuja última frase foi a seguinte: “Hoje é dia de celebrar essa conquista e conscientizar toda a sociedade para que o direito seja respeitado!”

A imprensa brasileira não noticiou o centenário do instituto. Os juristas pátrios, em sua maioria, silenciaram sobre a efeméride.

Analisa-se, através de pesquisa bibliográfica e exploratória, de natureza qualitativa, a aplicação do *droit de suite*, no decorrer dos seus cem anos, bem como são questionados os seus entraves na realidade jurídica brasileira.

## 2 CENTENÁRIO DO DROIT DE SUITE NA FRANÇA (LEI DE 20 DE MAIO DE 1920)

Antes de adentrar na análise jurídica do *droit de suite*, vale a pena fazer um breve retrospecto histórico do instituto.

Em 1893, em Paris, o advogado francês Albert Vaunois publicou um artigo, no *Chronique de Paris*, denunciando a situação de injustiça dos artistas plásticos em relação a outros artistas. Criticou a ocorrência de mais-valia no setor das artes plásticas, que não trazia qualquer benefício ao autor e aos seus herdeiros. Vaunois utilizou a expressão *droit de suite* e despetou

a questão da equidade. Havia uma inferioridade desta categoria de autor que precisava ser, de alguma maneira, compensada em relação aos outros criadores intelectuais.

No final do século XIX, em Paris, iniciou-se a discussão em prol dos artistas plásticos. Um desenho de Jean-Louis Forain (1852-1931), intitulado *Une séance à l'Hôtel des ventes*, tornou-se, na época, emblemático. A obra representa duas crianças pobres e esfarrapadas que observam um quadro exposto à venda no Hotel. Uma delas diz: "Um quadro do papai!" (*Un tableau de papa!*).

De fato, o artista plástico Jean-François Millet (1814-1875), autor da tela intitulada *Ângelus*<sup>3</sup>, morreu na indigência. A obra, que estava inicialmente sendo mal vendida pelo autor – pelo valor de 1.200 francos –, chegou a alcançar, posteriormente, em leilão da época, o alto preço de 1.000.000 francos (MATTIA, 1975, p. 92). Tal situação, dentre outras semelhantes, indignou a classe artística parisiense, que pressionou o poder legislativo.

Era preciso pôr fim a essa situação de injustiça. De que forma? Como, então, equilibrar essa situação de injustiça?

O *droit de suite* surgiu em 20 de maio de 1920, através de uma lei francesa. Os franceses são pioneiros na regulação do instituto, que foi garantido bem depois de outros direitos assegurados aos criadores intelectuais. Em 1920, já haviam sido criadas a Convenção de Berna (1886) e diversas legislações nacionais sobre direitos autorais. O *droit de suite*, que visou amparar, primordialmente, os artistas plásticos, pode ser considerado uma espécie de filho temporão, pois nasceu tardiamente em relação a outros direitos patrimoniais de autor.

A história do Direito Autoral traz exemplos de reação jurídica aos avanços tecnológicos. Esse ramo do Direito, mesmo estando em mora com a velocidade dos fatos, sempre teve o dom de se adaptar às inúmeras transformações. O desenvolvimento da tecnologia forçou alterações no mundo jurídico. As leis autorais sempre estiveram atreladas ao avanço tecnológico.

---

<sup>3</sup> *Ângelus*, obra de 1859, de autoria de Millet, representa um casal de camponeses que, numa pausa no trabalho braçal, reza compenetradamente o *Ângelus*. Tal tela encontra-se, nos dias atuais, no Museu de Orsay, em Paris.

No caso do *droit de suite*, todavia, a tardança para a sua regulação não se deve ao fato de uma mora do Direito de Autor em relação a um avanço tecnológico específico, porque as artes plásticas são bastante antigas. O fato se deve à falta de reconhecimento, pelo legislador e pela sociedade em geral, do déficit que os artistas plásticos possuíam (e ainda possuem) em relação aos outros criadores intelectuais.

Os artistas plásticos, diferentemente dos escritores e compositores, quando vendiam suas obras, deixavam de ganhar qualquer valor *a posteriori*. Somente os intermediários participavam dos lucros posteriores. Havia (e continua havendo), inelutavelmente, um déficit do artista plástico em relação a outros autores, que podiam (e podem) exercer inúmeros direitos de exploração, tais como reprodução, distribuição, comunicação ao público etc.

A obra de arte plástica possui a seguinte peculiaridade: é única, irrepetível. Em regra, há unicidade. Merece, portanto, proteção especial. Um escritor, ao entregar os originais de sua obra literária a uma editora, lucrará com as sucessivas edições, com ulteriores tiragens. O compositor, ao editar sua obra musical, lucrará com a vendagem de discos e futuras execuções públicas da mesma, em rádio, shows etc.

O artista plástico, contudo, só pode vender uma única vez suas criações, que não são feitas em massa. Costumam ser únicas e irrepetíveis.

A intenção inicial para a promulgação da Lei francesa de 20 de maio de 1920 foi exatamente esta: proteger o artista plástico hipossuficiente e boêmio. Naquele momento, decidiu-se que, quando houvesse aumento no valor da obra nas sucessivas revendas, o autor deveria participar do lucro. Eis a fórmula inicial encontrada para trazer um pouco de equidade no inegável desequilíbrio existente entre artistas plásticos (autores) e intermediários (vendedores). O fundamento da primeira lei sobre *droit de suite*, portanto, foi a mais-valia ("plus-value"). Era preciso que o autor participasse, de alguma maneira, dessa mais-valia. A base do instituto, pois, era a equidade, a participação do autor nessa mais-valia.

Em 26 de junho de 1948, o direito de sequência foi reconhecido pelo art. 14º *ter* da Convenção de Berna, na revisão ocorrida em Bruxelas.<sup>4</sup> O reconhecimento desse instituto não é obrigatório para os países signatários da Convenção e, ainda, está sujeito ao princípio da reciprocidade. Trata-se de uma das poucas prerrogativas cuja efetivação foi deixada na discricionariedade dos legisladores nacionais. Estes podem ou não a implantar. Em outras palavras, a Convenção de Berna, em matéria de direito de sequência, consiste em mero protocolo de intenções. O fato de ela ter deixado a regulação do instituto ao alvedrio dos países signatários já demonstra que este é, inegavelmente, frágil.

Após a previsão do *droit de suite* na Convenção de Berna, diversos países passaram a trazer essa prerrogativa em seu ordenamento jurídico interno. O direito de sequência foi disciplinado, por exemplo, na Alemanha (1965), em Portugal (1966), na Espanha (1972) e no Brasil (1973).

A doutrina autoralista utiliza as seguintes expressões para o instituto em comento: *direito de sequência* (no direito brasileiro e no direito português), *droit de suite* (no direito francês), *derecho de participación* (no direito espanhol), *diritto di seguito* (no direito italiano), *resale royalty right* (no direito inglês) e *folgerechte* (no direito alemão).

Nem o Acordo TRIPS, de 1994, nem o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, de 1996, no entanto, trataram do direito de sequência.

Em 27 de setembro de 2001, a Comunidade Europeia aprovou a Diretiva 2001/84/CE, que versava sobre o tema, contendo 14 artigos e 30 considerandos. A proposta inicial da harmonização comunitária, de 13 de março de 1996, demorou mais de cinco anos para ser aprovada. Sofreu diversas

---

<sup>4</sup> “Art. 14º *ter*

*Direito de sequência sobre as obras de arte e os manuscritos*

1) Quanto às obras de arte originais dos escritores e compositores, o autor – ou, depois de 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 de percepção são determinadas em cada legislação nacional”.



modificações, em face das inúmeras disputas políticas. O Reino Unido foi um ferrenho opositor. As autoridades britânicas fizeram forte *lobby* contrário à aprovação do projeto. Tony Blair chegou a escrever pessoalmente para Lionel Jospin – então primeiro-ministro da França –, em 14 de abril de 1998, chamando-lhe atenção do risco de deslocamento do mercado de artes plásticas da Comunidade Europeia para outros países (DOMINGO, 2007, p. 59).

Tinha-se medo da fuga das vendas para outros mercados, sobretudo para os Estados Unidos. Vale dizer que, nos EUA, o tratamento dado aos trabalhos de artes plásticas encontra fundamento no direito de propriedade. Em terras norte-americanas, o comprador se converte em dono absoluto e, em linhas gerais, não cabem restrições à liberdade contratual de venda.

A Diretiva 2001/84/CE contém cinco níveis de valores sobre os quais são aplicados os percentuais. Eis, a seguir, o quadro esquemático:

Diretiva 2001/84/CE		
NÍVEIS	PERCENTUAIS	PREÇOS DE VENDAS
1º Nível	4%	Até 50.000 euros
2º Nível	3%	De 50.001 a 200.000 euros
3º Nível	1%	De 200.001 a 350.000 euros
4º Nível	0,5%	De 350.001 a 500.000 euros
5º Nível	0,25%	Acima de 500.000 euros

Ademais, para incidência do *droit de suite*, o teto do preço mínimo é de 3.000 euros. Os Estados membros da Comunidade Europeia, portanto, não podem fixar preço mínimo superior a 3.000 euros, mas tão somente igual ou menor.<sup>5</sup> Em nenhum caso, o valor do direito de sequência pode superar

<sup>5</sup> Com a incorporação da Diretiva 2001/84/CE, a Alemanha estabeleceu o prazo mínimo de 500 euros; a Dinamarca, de 300 euros; o Reino Unido, de 1000; a Áustria, de 3.000; a França, 750; a Itália, 3.000; Portugal, 3.000; a Bélgica, 1.250. (In DOMINGO, Elena Vicente. **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 117).

12.500 euros. Esse teto máximo visou afastar o risco da fuga das vendas da Europa para outros mercados.

José Alberto Vieira (2015, p. 12), professor da Faculdade de Direito de Lisboa, ao criticar a Diretiva 2001/84/CE, afirma que ela trouxe “um claro rebaixamento da proteção”, e que “um autor com uma obra mais valorizada, pelo preço da venda, pode receber menos do que o de obra menos valorizada!”. De fato, se uma obra for revendida, atualmente, por € 700.000, o autor terá direito a receber € 1.700 (aplica-se o percentual de 0,25%); mas se uma outra obra for revendida por € 500.000, o autor terá direito a receber € 2.500 euros (aplica-se o percentual de 0,5%). E, ampliando as críticas ao retrocesso trazido pela Diretiva 2001/84/CE, o autor português traz o seguinte exemplo: se um artista vende um quadro por € 5.000 e este depois é revendido por € 5.000.000,00, ganhará a módica quantia de € 12.500. Se a revenda for no valor de, em vez de € 5.000.000,00, € 10.000.000,00, o artista plástico terá direito à mesmíssima quantia de € 12.500.

Segundo José Alberto Vieira, “melhor que nada, dirão alguns. A esmola a um pobre num comércio de ricos, dirão os mais esclarecidos”. Na Alemanha, por exemplo, antes da Diretiva 2001/84/CE, o percentual aplicável seria de 5%, e, com uma revenda por € 5.000.000,00, o artista faria jus a € 250.000,00, ou seja, a um valor muito maior do que € 12.500. Em suma, a Diretiva 2001/84/CE “diminuiu consideravelmente a efectividade da protecção que gozavam os artistas nas ordens jurídicas que reconheciam o direito de sequência” (VIEIRA, 2015, p. 27).

Elena Vicente Domingo (2007, p. 113) afirma que esse teto tornou o direito de sequência “*muy Light, muy frágil*”.<sup>6</sup> Segundo ela, a Diretiva

---

<sup>6</sup> À guisa de exemplo, a tela *O Sonho* (1932), de autoria de Pablo Picasso (1881-1973), representa uma de suas amantes, Marie-Thérèse Walter. A obra contém forte apelo erótico – um pênis disfarçado consta na cabeça da mulher – e pertence à coleção particular de Steve Wynn, rei dos cassinos de Las Vegas. Este a adquiriu, em 2001, por 49 milhões de dólares. O referido magnata, em 2006, logo após informar que venderia a tela pela quantia recorde de 139 milhões de dólares, em plena coletiva de imprensa, golpeou-a, acidentalmente, com seu cotovelo, rasgando-a na frente de todos os presentes. Exclamou: “*Oh no, oh shit!*”. A venda foi suspensa. O caso ficou internacionalmente conhecido. Ora, 139 milhões de dólares representam aproximadamente 88,5 milhões de euros. O percentual de 0,25%, que consiste em 211.147 euros. Este valor ultrapassaria bastante o teto de 12.500. Vale ressaltar que a Administração das obras de Picasso percebeu, em 2001, 20.572 euros, e, em 2002, 90.026 euros. (DOMINGO, 2007, p. 143).

2001/84/CE, “*tan esperada por las entidades de gestión de los artistas visuales y por ellos mismos, ha decepcionado, pues en un intento de satisfacer a todos los interesados, ha comprometido seriamente la propia eficacia y finalidad del derecho*”.

Enfim, no início do século XX, a previsão do *droit de suite* foi para proteger o artista pobre, miserável, explorado por intermediários. Com o decurso do tempo, todavia, essa fundamentação de “origem sentimental” foi sendo alterada. O romantismo de outrora evoluiu. O direito de sequência não se limita, atualmente, a proteger artistas pobres e miseráveis, desprotegidos e vulneráveis. Protege, sobretudo, os mais ricos, os mais abastados. Aliás, essa é uma das críticas atuais ao instituto: a fórmula encontrada protege apenas (poucos) artistas que já alcançaram celebridade.

Não há como discordar de Gustavo Ferreira dos Santos (2019, p. 45) quando afirma: “reputamos intrigante a aparente persistência na ideia do artista plástico como alguém frágil, pobre, tiritando de frio. É quase como se o legislador não quisesse criar uma rutura ente o passado, o presente e o futuro. Esta ideia parece não querer desaparecer, coisa que consideramos obsoleto”.

O discurso, portanto, deixou de ser sentimental. A verdade é que o artista, ao ganhar fama, incrementa o valor de suas obras já criadas e vendidas. Como bem ressalta a doutrina autoralista, “*el artista en cierto modo sigue trabajando para el propietario, puesto que aumentando su fama aumenta el precio del objeto*” (RODRÍGUEZ-CANO, 2006, p. 141). Esse argumento é, nos dias atuais, o mais forte, o mais convincente.

Portanto, não se dá preponderância, atualmente, à questão de ser o artista plástico a parte hipossuficiente, débil, vulnerável. Pode-se dizer que, ultrapassada a fase do sentimentalismo (demagógico e ineficaz), impera nos dias atuais a fase do pragmatismo (concreto e real).

Um estudo empírico sobre o direito de sequência, intitulado “*The economic implications of the artist’s resale right*”, coordenado pelos professores Kathryn Graddy e Joëlle Farchy, divulgado em 2017, no site da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), desdiz os frequentes argumentos de *marchands* de que o *droit de suite* seria prejudicial nos mercados globais de arte, por supostamente baixar os preços e volumes de vendas,

tornando os mercados “menos competitivos”. O estudo chegou à conclusão de que “não há evidências empíricas de efeitos negativos sobre o preço ou competitividade dos mercados onde houve o reconhecimento do direito de sequência.” Tanto que, no Reino Unido, desde 2006, houve pagamento de mais de 50 milhões de libras esterlinas em royalties de *droit de suite* (GRADDY; FARCHY, 2017).

Esse estudo contesta, por exemplo, a opinião de José de Oliveira Ascensão (2009, p. 47) de que a Diretiva 2001/84/CE fez com que a Comunidade Europeia incorresse no grande problema “da deslocalização das alienações para países em que essa participação não seja exigida”.

### **3 VINDOURO CINQUENTENÁRIO DO DROIT DE SUITE NO BRASIL (LEI 5.988 DE 1973)**

Adaptando o direito de sequência à *atual redação do art. 38 da vigente lei autoral brasileira*, pode-se conceituá-lo como o direito, em caráter irrenunciável e inalienável, que possui o autor – e, depois de sua morte, seus sucessores – de participar do lucro gerado pelas revendas de obra arte plástica ou manuscrito de sua autoria, durante o prazo de proteção dos direitos patrimoniais.

Mesmo agasalhando essas duas características típicas dos direitos morais – irrenunciabilidade e inalienabilidade –, o direito de participação possui o intuito de defender o autor na exploração econômica de suas obras nas sucessivas revendas. É direito patrimonial.

Caso o Brasil modifique o sistema da incidência *sobre o aumento do preço* para o da incidência *sobre o preço* – como fizera, por exemplo, Portugal –, o direito de sequência poderá ser definido como “o direito de o artista plástico participar economicamente nas vendas, ou, mais amplamente, nas transmissões onerosas de propriedade, das suas obras no mercado secundário de arte” (ROCHA, 1998, p. 149-171).

O instituto não estava previsto no Código Civil de 1916. Foi disposto pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico com o art. 39 da revogada Lei 5.988/73. *In verbis*:

Art. 39. O autor, que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais os direitos patrimoniais sobre a obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar na mais-valia que eles advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.

§1º Essa participação será de 20% (vinte por cento) sobre o aumento de preço obtido em cada alienação, em face da imediatamente anterior.

§2º Não se aplica o disposto neste artigo, quando o aumento do preço resultar apenas da desvalorização da moeda, ou quando o preço alcançado for inferior a cinco vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País.

O referido dispositivo foi uma conquista – ainda que meramente teórica – na defesa dos direitos de autor, uma vez que, até então, somente comerciantes e colecionadores poderiam se beneficiar com a venda de obras de arte plástica. Nem artista plástico nem sucessores tinham, até o momento, qualquer direito de participação na valorização das obras.

Infelizmente, essa conquista ficou na frieza do texto legal. Não teve repercussão prática. A modalidade utilizada pelo legislador nacional (percentual calculado sobre o aumento do preço resultante das sucessivas revendas) é de aplicabilidade bastante remota.

Após quase vinte e cinco anos (de 1973 até 1998), revogou-se a lei autoral (Lei 5.988/73) sob o pretexto de que o Brasil precisava de uma legislação avançada. Em desacordo com inúmeras legislações internacionais, a atual Lei de Direitos Autorais Brasileira (Lei 9.610/98), no que se refere ao direito de sequência, não trouxe conquista para o artista plástico.

Bruno Jorge Hammes (2002, p. 87) também criticou a LDA-98: “Entendo que o disposto do art. 38 da nova lei em nada melhorou o do art. 39 da lei anterior. Antes reduziu as vantagens para o autor. De 20%, a participação passou a 5%”.

Como bem disse o escritor italiano Giuseppe Tomasi Di Lampedusa (1896-1957), “é preciso que tudo mude para que tudo permaneça como está”. O legislador pátrio seguiu essa máxima. Mudou para não mudar. E ficou “tudo como dantes no quartel de Abrantes”.

É preciso dizer sem rodeios: o mercado de artes plásticas não contém transparência. Não só aqui no Brasil como em diversos países. Elena Vicente Domingo (2007, p. 29) denuncia no mesmo sentido: “Es un mercado muy poco transparente”. É clandestino, considerado por muitos um mercado negro. Ninguém quer regulamentar porque ninguém quer ser pego pelo fisco. Ninguém quer recibo, contrato de compra e venda etc. para não ter de pagar Imposto de Renda. Nessa perspectiva, é mais conveniente que as coisas continuem funcionando por “debaixo do pano”. Sem direito de sequência, portanto. Metaforicamente, o instituto, se plenamente eficaz, teria a capacidade de despertar o leão (leia-se imposto de renda), que, na seara das artes plásticas, costuma cochilar tranquilo. O *droit de suite*, nessa perspectiva, poderia servir de eficaz armadilha para a temida “malha fina” (MORAES, 2008, p. 403).

O art. 38 da LDA-98 reza o seguinte:

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.

A nova redação, portanto, reduziu o percentual sobre a mais-valia de 20% para 5%. A expressão “no mínimo, cinco por cento”, na prática, inviabiliza percentual maior.

A modalidade sobre o aumento do preço (mais-valia) foi reutilizada equivocadamente. Como afirmou Luiz Fernando Gama Pellegrini (1998, p. 90), “trocou-se seis por meia dúzia”.

A carência de profissionais especializados em Direito Autoral e a falta de mobilização organizada da classe artística, que ainda não assumiu uma postura ativa na luta por seus direitos, foram os principais motivos desse retrocesso legal.

Como se percebe, o direito de sequência deve ser suportado pelo vendedor. Sobre a pessoa do comprador não pesa a obrigação de adimplir o *droit de suite*.

Esquemáticamente, eis a principais modificações trazidas pela LDA-98:

LDA-73 (art. 39)	LDA-98 (art. 38)
Percentual de 20% sobre o lucro obtido.	Percentual de, “no mínimo”, 5% sobre o lucro obtido.
Aplicabilidade em vendas somente com preços superiores a 05 (cinco) salários mínimos.	Aplicabilidade em vendas com quaisquer valores.
Existência de ressalva quando o acréscimo do preço fosse decorrência da inflação.	Inexistência de previsão expressa de tal ressalva, talvez em face da estabilidade da nova moeda brasileira (real). Todavia, continua implicitamente vigente, pois, para se encontrar o valor da mais-valia, faz-se necessária a consideração do índice inflacionário. A correção monetária continua a ser aplicada, pois não consiste em <i>plus</i> , mas em mera reposição do valor real da moeda.
Ausência de previsão do responsável pelo recolhimento do valor. Omissão de que o vendedor seria o depositário do <i>quantum</i> devido a título de <i>droit de suite</i> .	Previsão do vendedor (ou o leiloeiro, quando a venda se der com sua participação) como depositário do <i>quantum</i> devido a título de direito de sequência.

Como se observa, de acordo com o parágrafo único do art. 38 da LDA-98, caso o vendedor ou leiloeiro não efetive tal pagamento do *droit de suite*, é considerado depositário infiel.

Fábio Gomes (2003, p. 31) afirma, ainda, que o parágrafo único do art. 38 consiste em hipótese singular de depósito necessário (obrigatório), porque a lei autoral determina, e irregular, porque é fungível a coisa depositada (dinheiro). De fato, o art. 647, I, do Código Civil de 2002 afirma que “é depósito necessário o que se faz em desempenho de obrigação legal”.

Importante dizer que, no Brasil, já não se aceita a prisão civil de depositário infiel. A Súmula Vinculante nº 25, de 2009, afirma que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. E a Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 2010, dispõe que “des-cabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

O legislador ordinário mudou para não mudar. A mudança que seria essencial não foi realizada. O Brasil deveria ter adotado o sistema europeu de cobrança *sobre o preço em si* da revenda, e não *sobre a mais-valia* (aumento do preço).

O projeto Barbosa-Chaves (de Milton Sebastião Barbosa e Antônio Chaves) era mais coerente, pois fixava, no seu art. 24, um percentual fixo de 2% sobre o preço das revendas.<sup>7</sup> Antônio Chaves comentou, na época do advento da LDA-73, sobre a reação contrária de setores da própria classe dos artistas plásticos e, também, denunciou a postura “lava-mãos” do legislador pátrio, que, agindo como quem diz “me deixe fora disso”, mudou para não mudar. *In verbis*:

O texto primitivo do Anteprojeto Milton Sebastião Barbosa provocou uma **inesperada reação** de oito artistas, que sob invocação da vulnerabilidade econômico-financeira do mercado de arte brasileiro, que não aceitaria um título onerado com uma taxa a favor do vendedor no caso de uma revenda lucrativa, considerou que a sugestão do direito de sequela, diminuindo o mercado, impediria que, no curso de sua carreira, venha o artista a usufruir dos benefícios comerciais da obra.

Sem abrir mão do instituto, os revisores, *para não assumirem a responsabilidade* de colocar em perigo o periclitante mercado nacional de obras plásticas, limitaram a participação a 2%, calculados sobre o produto de venda, e ainda assim, estabelecendo um mínimo: quando não inferior ao montante de cinco salários mínimos, vigorantes no Distrito Federal, e excluindo os casos de obras de arquitetura e de artes aplicadas, beneficiando o cônjuge e os herdeiros legítimos por morte do autor.

<sup>7</sup> “Art. 24. Direito de sequela. É o direito irrenunciável e inalienável que cabe ao autor de obra de arte plástica, gráfica ou semelhante, de haver da pessoa a que alienou a obra original e, posteriormente dos sucessivos adquirentes, uma participação sobre o maior valor nas vendas feitas por meio de lances públicos ou com intuito especulativo.

§1º Essa participação será de 2% calculados sobre o produto de venda, quando não inferior ao montante de cinco salários mínimos vigorantes no Distrito Federal, e não terá lugar nos casos de obra de arquitetura e de artes aplicadas.

§2º Por morte do autor esse direito beneficiará o cônjuge e os herdeiros legítimos pelo prazo previsto no art. 34”.



Embora respeitando o teto dos cinco salários mínimos, o §1º do referido art. 39 não teve contemplação: *mandou que a participação seja de 20% sobre o aumento do preço obtido em cada alienação*, em face da imediatamente anterior, sem mesmo ressaltar que a medida seria apenas aplicada nas vendas feitas por meio de lances públicos ou com intuito especulativo, quando a própria Lei francesa não pretende mais de 3%, aplicáveis somente a partir de 10 mil francos (art. 42, alínea 3)! (CHAVES, 1975, p. 34-35)

Como se observa, a própria classe artística foi refratária. Os próprios artistas plásticos reagiram negativamente à previsão do instituto. Portanto, o direito de sequência, de certo modo, para alguns autores, foi como filho indesejado, não querido, não planejado. Não foi conquista de classe nem fruto de reivindicações.

Inúmeros são os motivos que fazem do direito de sequência um direito sem consequência prática no Brasil. Eis os principais: a) complicação do sistema adotado pelo país (percentual sobre a mais-valia); b) falta de conscientização da classe artística e carência de profissionais especializados em Direito Autoral; c) falta de um eficiente sistema de gestão coletiva na seara de artes plásticas; d) ausência de um sistema de informações sobre revenda de obras de artes plásticas (MORAES, 2008, p. 406-407).

É importante ressaltar que o legislador pátrio foi demais pretensioso (para não dizer farisaico) ao não excluir a incidência do *droit de suite* nas denominadas vendas privadas, sem intervenção de profissionais ou em leilões públicos. O legislador da Comunidade Europeia, menos pretensioso, excluiu tal hipótese.

O art. 1.2 da Diretiva dispõe que o direito de sequência se aplica aos atos de revenda em que participem, como vendedores, compradores ou intermediários, profissionais do mercado de artes, tais como salas de venda, galerias de arte e, em geral, qualquer *marchand* de obras de arte.

O intuito detetivesco da aplicação do instituto em vendas feitas por colecionadores particulares e não profissionais não tem eficácia. Pragmaticamente falando, é melhor excluir da lei aquilo que tem grande probabilidade para ser ineficaz. O exercício do realismo, não raro, gera efeitos

menos nefastos que a prática da hipocrisia. É antigo o brocardo popular que diz: “é melhor um passarinho na mão do que dois voando”. *Mutatis mutandis*, é melhor um direito de sequência comedido e eficaz do que um pretensioso e sem eficácia.

José Carlos Costa Netto, então presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) – órgão que era ligado ao Ministério da Cultura e que, infelizmente, foi desativado pelo governo Fernando Collor –, em razão de consulta formulada por pessoa que se dizia beneficiária do direito de sequência deixado pelo artista Di Cavalcanti, criou uma comissão para estudar a regulamentação do art. 39 da LDA-73. A comissão foi constituída pelos seguintes juristas: Fábio Maria De-Mattia, Henri Jessen e Cláudio de Souza Amaral.

O Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) editou, em 1981, duas Resoluções sobre o tema, de números 22 e 27. Todavia, elas nunca tiveram aplicabilidade. A Resolução nº 49, de 1987, revogou as resoluções 22 e 27 (COSTA NETTO, 1983).

A atual Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, XXXVIII, “b”, assegura ao autor “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem.” O autor tem, portanto, o direito de participar da exploração econômica de suas obras. O direito de sequência, portanto, tem matriz constitucional.

Existem duas modalidades de sistema, nas diversas legislações nacionais de todo o mundo: 1. Sistema de percentual de participação *sobre o preço* das sucessivas vendas; 2. Sistema de percentual *sobre o aumento do preço* (mais-valia) resultante das sucessivas vendas.

O Brasil, infelizmente, adotou a segunda modalidade. Errou, mais uma vez, o legislador pátrio de 1998. A questão funda-se em questões de aplicabilidade, de ordem prática. É difícilimo calcular a mais-valia, que pressupõe a necessidade de provar dois valores, o da venda precedente, por vezes realizada há anos, e o da venda atual.

Conforme balizada lição de Maria Victória Rocha (1998, p. 149-171), “a opção por um sistema de direito de sequência cobrado em função da mais-valia obtida equivaleu a consagrar uma norma impraticável, à semelhança do ocorrido em todos os países que optam por esta formulação do instituto”.

O Brasil adotou o sistema de participação *no aumento preço*, diferentemente da Diretiva 2001/84/CE, que adota o sistema de participação *no preço*.

De nada adianta ter um instituto elogiável, mas de aplicação prática complexa, duvidosa, frustrada. O sistema escolhido pelo legislador pátrio vai de encontro à tendência europeia, onde o instituto tem aplicabilidade.

José de Oliveira Ascensão (2009, p. 46) opina que a mudança ocorrida em Portugal, após a Diretiva 01/84/CE – que alterou o sistema da incidência *sobre o aumento do preço* para o sistema da incidência *sobre o preço* –, teria feito com que o direito de sequência perdesse o seu fundamento inicial. Na sua visão, o *droit de suite* nasceu sob argumentos de “forte tom miserabilista”, do artista plástico que deixava herdeiros em estado de miséria. Para Ascensão, o sistema da incidência *sobre o preço* fez com que o direito de sequência perdesse o seu fundamento originário, calcado em argumentos economicistas. Segundo o ilustre autoralista, o instituto protege, presentemente, artistas conhecidos, e não artistas comuns. Eis a sua opinião:

Quem lucra com o direito de sequência, a recair sobre o preço, são os artistas conhecidos e não a multidão dos artistas comuns. A limitação do direito de sequência às vendas de valor considerável, que se justificou por argumentos economicistas de insignificância dos valores percebidos a seguir-se a solução oposta, tem a consequência fatal de afastar os pequenos, em benefício de quem conquistou o mercado. E a exigência de que a transação se faça em galerias ou leilões públicos, tal como aparece hoje na disciplina comunitária europeia e tende a se generalizar, dá a machadada definitiva na justificação inicialmente apresentada. O que está em causa é dinheiro, e o dinheiro encontra-se nas grandes transações e não nas revendas de obras de artistas obscuros, se e enquanto estes não atingirem a notoriedade. (ASCENSÃO, 2009, p. 46)

Não se pode concordar com esse ponto de vista, que não é convincente. É, no mínimo, frágil a alegação de que o *droit de suite*, na prática, “afasta os pequenos” e “deixa desprotegidos aqueles em nome dos quais o direito de sequência foi instituído”. Argumentar que o sistema (de incidência *sobre o*

*preço*) “beneficia essencialmente os herdeiros ricos de artistas ricos” é, com a devida vênia, desviar o foco da discussão jurídica.

Como bem adverte Lourenço Noronha dos Santos (2017, p. 26), “o direito de sequência, na gênese, não foi pensado para proteger ‘artistas desconhecidos’ – pelo contrário, se do que se tratava era encontrar uma compensação para o artista que, em jovem ou em estado de necessidade, alienara o exemplar de uma obra por um preço baixo, vindo este mais tarde a ser transacionado por montantes mais avultados, necessariamente estariam em causa artistas de renome”.

José de Oliveira Ascensão (2009, p. 47) criticou, expressamente, o anteprojeto de reforma do art. 38 da Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/1998), que propôs estabelecer o sistema *sobre o preço*. Nas palavras de Ascensão, com as quais não concordamos, “o Brasil nenhuma necessidade tem de aceitar essa tributação, à luz dos instrumentos que o vinculam. Seria um erro, a nosso ver, se cedesse a pressões ou a modos e alterasse o sistema vigente. Constituiria um retrocesso”.

A mudança do art. 38 da Lei Autoral brasileira seria um avanço, e não um retrocesso. Não é uma “tributação aberrante” a incidência do direito de sequência *sobre o preço* das revendas. A aberrante, sim, é defender um sistema *sobre o aumento do preço*, despido de praticidade e, portanto, servível aos interesses de quem não quer pagar o direito de sequência. Se o sistema *sobre o preço* não é o ideal, tampouco o é o sistema *sobre o aumento do preço*.

No artigo intitulado “Aos artistas nem 5%”, publicado no jornal *Estadão*, na edição de 21 de setembro de 2020, Mario Pragmácio e Anauene D. Soares, ao falarem do leilão do Banco Santos, por conta do sequestro dos bens do banqueiro Edemar Cid Ferreira, fizeram a seguinte indagação: “Será que todas estas obras que serão alienadas terão o mínimo de 5% da ‘mais-valia’ dos arremates do direito de sequência resguardados pelo leiloeiro ou pelo Juízo e remetidos para os autores ou seus familiares?” E teceram essa veraz e oportuna crítica sobre o descaso, no Brasil, em relação ao direito de sequência:

A verdade é que a impossibilidade do exercício desse direito expõe a forma como os direitos autorais são tratados historicamente, desde

a sua origem com os livreiros e impressores até os dias atuais com as plataformas de streaming. Os autores ficam relegados a um papel secundário; eles foram e sempre serão subjugados pelos intermediários que exploram economicamente a obra intelectual. Direito autoral, atualmente, não é sobre autores, mas sobre como tais intermediários podem lucrar com eles. (PRAGMÁCIO; SOARES, 2020)

## 4 ANÁLISE DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existem pouquíssimos precedentes sobre direito de sequência nos tribunais brasileiros, e, até o presente momento, há somente um julgado no Superior Tribunal de Justiça. A escassez de decisões não significa, de maneira alguma, um declínio do mercado secundário de arte.

Sem dúvida, o *droit de suite* ainda é um tema desconhecido para não poucos magistrados brasileiros. À guisa de exemplo, o instituto foi citado atecnicamente num julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2005) que versava sobre reprodução fotográfica de escultura por uma empresa farmacêutica.

A seguir serão analisados os poucos julgados existentes sobre direito de sequência, até o ano de 2020, nos tribunais brasileiros.

### 4.1 Espólio de Alfredo Volpi *versus* Bolsa de Arte Ltda.

Em 2006, o espólio de Alfredo Volpi (1896-1988) ajuizou uma ação contra Bolsa de Arte Ltda.. Em sua contestação, a acionada alegou ilegitimidade passiva, sob o argumento de que não era a proprietária das obras de Volpi, não se tratando de vendedora das mesmas, nem tampouco leiloeira que procedeu aos pregões realizados.

Afirmou a acionada que era tão somente “organizadora dos leilões”, “agenciadora de obras de arte”, e que, por este motivo, não teria o dever de depositária das quantias devidas a título de direito de sequência. O Tribunal

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acatou essa preliminar de ilegitimidade passiva.<sup>8</sup> O espólio de Alfredo Volpi perdeu a causa.

No setor da gestão coletiva de execução pública de obras musicais e fonogramas, o art. 110 da vigente Lei 9.610/1998 prevê solidariedade passiva, afirmando que pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos. Daí por que é bem-vinda uma alteração do art. 38 da vigente Lei Autoral para incluir como depositário não apenas o vendedor ou o leiloeiro, mas também o agente comercial ou outro intermediário que intervenha na transação.

## **4.2 O *leading case* João Candido Portinari versus Banco do Brasil**

Mesmo com a enorme dificuldade de aplicabilidade do antigo sistema de participação no lucro, o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, julgou sobre a matéria.

Tratou-se de uma ação indenizatória ajuizada por João Candido Portinari em face do Banco do Brasil S/A.

A empresa Candido Portinari Serviços, Indústria e Comércio Ltda., constituída para sustentar o projeto cultural denominado Projeto Portinari, contraiu empréstimo bancário, tendo o autor como fiador. O valor total do mútuo foi de R\$ 45.190,10 (quarenta e cinco mil, cento e noventa reais e dez centavos).

Diante da impossibilidade de adimplir o empréstimo, o autor extinguiu a obrigação através de dação em pagamento. Deu ao Banco obras originais de autoria de seu pai (vinte e oito desenhos), avaliadas em R\$ 73.710,31 (setenta e três mil, setecentos e dez reais e trinta e um centavos). Na posse

---

<sup>8</sup> “Direito de sequência – não se constituindo a ré na vendedora da obra de arte ou sequer no leiloeiro que procedeu ao pregão, a ela descabe, nos termos da lei, a responsabilidade de recolher e entregar ao autor a quantia postulada - desprovemento do recurso.” (Apelação Cível nº 0009727-73.2003.8.19.0001, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, 8ª Câmara Cível do TJRJ, julgado em 26 de dezembro de 2006).

das obras, o Banco realizou leilão, obtendo com a venda dos desenhos o preço total de R\$ 163.800,00 (cento e sessenta e três mil e oitocentos reais).

Contudo, o Banco não realizou o pagamento da participação de 20% sobre o aumento do preço obtido na alienação das obras, quantia esta devida ao autor a título de *droit de suite*, já que o leilão se deu ainda sob a vigência da Lei 5.988/73.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedente o pedido, entendendo que o direito de sequência somente teria lugar se a primeira cessão da obra de arte original fosse efetuada pelo próprio autor, o artista Candido Portinari. Como este não alienou o original em vida, o direito teria caducado, não se aplicando às alienações posteriores feitas pelos herdeiros ou sucessores.

Inconformado, o filho de Portinari interpôs Recurso Especial. O Superior Tribunal de Justiça, com acerto, reformou a decisão do tribunal fluminense:

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).

Portanto, o direito de sequência demorou, no Brasil, após a sua positividade ocorrida em 1973, trinta e seis anos para ter o primeiro acórdão proferido por um tribunal superior. Esse importante julgado do STJ, todavia, não significa que a matéria do *droit de suite* restou pacificada. Conforme se verá a seguir, ainda há discussões jurídicas que deverão ser apreciadas pelo Tribunal da Cidadania.

### **4.3 João Candido Portinari *versus* Soraya Felipe Pereira Arte e Fotos e Evandro Carneiro de Souza**

João Candido Portinari, ao tomar ciência da realização de leilão, nos dias 22 e 23 de novembro de 2011, de quatro obras de autoria do seu falecido genitor, o artista plástico Candido Portinari, notificou o escritório (Soraia Cals) e seu leiloeiro (Evandro Carneiro).



Depois, ajuizou contra ambos uma ação cautelar (TJRJ, 2020), com pedido liminar visando à reserva do percentual de 5% incidente sobre o total apurado com a venda de quatro obras de arte em leilão realizado pelos acionados. O pedido liminar foi deferido e houve repercussão na imprensa. O leiloeiro Evandro Carneiro, ao criticar a lei autoral pátria, afirmou que ela sempre se mostrou inoperante em matéria de direito de sequência. E disse que “os principais interessados seriam os artistas, e eles nunca se interessaram, só seus herdeiros. É uma lei anacrônica e assistencialista.” (FURLANETO, 2012).

Posteriormente, João Candido Portinari ajuizou contra Soraia Cals e Evandro Carneiro ação visando a cobrança do valor referente ao direito de sequência.

Em primeiro grau, a sentença do magistrado Cláudio Gonçalves Alves, da 43ª Vara Cível, julgou improcedente a ação sob o argumento que caberia ao demandante realizar a prova do acréscimo do preço da revenda, “uma vez que não há qualquer circunstância jurídica que autorize a inversão do ônus probatório”. Afirmou que “a inversão se mostraria injusta, na medida que acarretaria aos réus um ônus extremamente dificultoso, quiçá diabólico.” Para o magistrado *a quo*, “melhor que o ônus seja atribuído ao autor, pois, sendo descendente direto do autor intelectual tem mais acesso a informações que poderiam demonstrar as operações de compra e venda anteriores a fim de que se apurasse a existência de mais-valia”.

O Tribunal de Justiça fluminense manteve a sentença de piso e rechaçou o pleito autoral, sob o mesmíssimo argumento de que o acionante “não logrou comprovar qualquer acréscimo de valor patrimonial quando da alienação da obra de arte em leilão”. Segundo o entendimento do TJRJ, o ônus para demonstrar o aumento do preço – a “mais-valia”, ou seja, o acréscimo patrimonial – eventualmente verificável na revenda da obra caberia à parte acionante. Esta alegou, com inequívoco acerto, que somente o vendedor tem possibilidade de saber se houve ou não lucro na revenda, cabendo, *in casu*, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 373 § 1º do CPC de 2015, sob pena de inviabilizar o acesso do titular do direito à Justiça.

O acórdão se contentou em dizer que “não há nos autos qualquer prova para fins de comparação entre os preços da primeira venda e das revendas subsequentes apta a demonstrar a ‘mais-valia’”. O TJRJ concluiu “que

incumbia ao autor, nos termos do art. 373, I do CPC 2015, a comprovação do acréscimo do valor patrimonial obtido com a venda da obra no leilão”:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTORAL. DIREITO DE SEQUÊNCIA. OBRA DE ARTE. LEILÃO.

1- Sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de percentual a título de direito de sequência, eis que o autor não logrou comprovar qualquer acréscimo de valor patrimonial quando da alienação da obra de arte em leilão.

2- Preliminar de cerceamento de defesa que se afasta. Prova pericial. Matéria que já foi apreciada no recurso de Agravo de Instrumento, onde restou decidido a suficiência da prova documental até então produzida. Juiz como destinatário da prova. Livre convencimento motivado. Inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova contida no art. 373 do CPC. Cabe à parte autora demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Ausência de demonstração da impossibilidade ou extrema dificuldade em produzir a prova.

3- Direito de sequência. Sistema de participação pautado nos lucros. Inteligência do artigo 38 da Lei nº 9.610/98. Percentual mínimo de 5% que incide apenas sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda da obra, ou seja, somente se existente a “mais-valia”, ônus do qual o autor não logrou se desincumbir. Ausência de material probatório que sirva à comparação entre os preços da primeira venda e das vendas subsequentes. Sentença mantida.

NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.

(BRASIL. TJRJ, Apelação Cível nº 0258468-48.2012.8.19.0001, Relatora Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 12/02/2020 – Vigésima Câmara Cível).

O processo ainda não transitou em julgado, havendo um Recurso Especial pendente de julgamento, que sustenta que deveria ter ocorrido a inversão do ônus da prova. O REsp também argui ocorrência de cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que a prova pericial requerida pela parte autora foi indeferida pelo TJRJ em sede de agravo de instrumento, e a prova oral não foi oportunizada em razão do julgamento antecipado.

A advogada da parte autora, Maria Edina de O. Carvalho Portinari (2015, p. 98), esposa de João Candido Portinari, em estudo doutrinário, afirma, com acerto, que “a opção por um sistema de direito de sequência cobrado em função da mais-valia obtida equivaleu a consagrar uma norma impraticável, à semelhança do ocorrido em todos os países que optam por esta formulação do instituto”.

#### **4.4 João Candido Portinari *versus* Vivian Perez e Bolsa de Arte**

João Candido Portinari, em 2018, não tendo obtido êxito nas tratativas extrajudiciais, ajuizou uma ação de cobrança contra a Bolsa de Arte Ltda. e a leiloeira oficial Vivian Perez, alegando que, na condição de filho e único herdeiro de Candido Portinari, fazia jus a 5% do total apurado com a venda das cinco obras de autoria de seu falecido genitor no leilão, caso não houvesse registro válido que comprovasse o valor de aquisição das obras para que se fosse possível calcular o lucro efetivo.

Foi pleiteado, ainda, que as requeridas declinassem em Juízo “todas as vendas de obras de arte de autoria de Candido Portinari negociadas em leilão nos últimos 10 (dez) anos, de forma a permitir ao Requerente complementar os pedido da ação principal, as quais devem estar registradas nos livros obrigatórios inerentes à atividade.” Os acionados “venderam em leilões por eles organizados 48 (quarenta e oito) obras de autoria de Candido Portinari, somando um total de R\$ 10.665.000,00 (dez milhões e seiscentos e sessenta e cinco mil reais) em valor nominal”.

O juiz Gustavo Coube de Carvalho, da 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, deferiu a tutela cautelar e determinou aos requeridos que, em cinco dias, depositassem em conta judicial, vinculada ao processo, 5% “do preço total apurado com a venda de obras de *Cândido Portinari* no leilão realizado ontem (26/04/2018) nesta cidade”.

A decisão foi cumprida, e a leiloeira depositou o valor referente a 5% dos dois quadros vendidos de Candido Portinari. Contra essa decisão interlocutória foi interposto agravo de instrumento pela requerida Bolsa de Arte. O

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2019), todavia, negou o pedido de atribuição de efeito suspensivo, mantendo intacta a decisão de piso.

A Bolsa de Arte, na contestação, além de alegar ilegitimidade passiva e prazo prescricional de três anos, sustentou *in verbis*: “Sabedor de que os aludidos dispositivos exigem, para configuração do direito de sequência, o indispensável acréscimo patrimonial nas alienações das obras de arte, pleiteia o autor, matreiramente, a inversão do ônus da prova, sob pena de uma (ilegal) presunção de que a porcentagem deveria incidir sobre a totalidade da arrematação.”

Na réplica, o autor João Candido Portinari alegou que “é tarefa hercúlea, para não dizer impossível, imputar aos interessados o dever de registrar toda a cadeia dominial e variação de preço ao longo do tempo, notadamente em um mercado completamente desregulado, em que os bens negociados são móveis, de grande portabilidade, em que a propriedade é caracterizada apenas pela posse da coisa”. Segundo a parte autora, “o mercado de arte muitas vezes é usado para lavagem de dinheiro, sem falar na falta de transparência e precisão quando declaradas ao fisco”. Concluiu afirmando que, “o devedor é fácil a apuração se houve lucro, para o credor a prova é diabólica e para o leiloeiro/organizador do leilão é possível (caso não seja, fará a retenção sobre o total), impondo-se a inversão do ônus da prova acerca da valorização, nas vendas feitas por meio de leilão”.

Em 24 de setembro de 2019, as partes resolveram celebrar uma transação extintiva de litígio, pondo fim à demanda. A Bolsa de Arte pagou a quantia de R\$ 104.250,00 (cento e quatro mil, duzentos e cinquenta reais), a título de direito de sequência, e R\$ 10.425,00 (dez mil, quatrocentos e vinte e cinco reais), a título de honorários advocatícios para os patronos do transigente autor.

#### **4.5 Sandra Brecheret Pellegrini versus Galeria Ricardo Camargo e outros**

A filha do artista plástico ítalo-brasileiro Victor Brecheret (1894-1955), autor do famoso “Monumento às Bandeiras”, localizado no Parque Ibirapuera, na capital paulista, ajuizou, em 2007, uma ação cautelar contra a Galeria

Ricardo Camargo, para que esta exhibisse documentos relativos a vendas de obras de arte do seu falecido pai.

O TJSP (2008), todavia, negou a pretensão de exibição de documentos relacionados com a mostra, com vistas ao direito de sequência (artigo 38, Lei n. 9.610/98), sob o argumento de ser “ônus da autora em comprovar a posse dos documentos em poder da ré”, e que Autora “não se desincumbiu desse ônus, abrindo mão, inclusive, da produção de provas em audiência”.

Vê-se, mais uma vez, na realidade concreta, a falta de praticidade do sistema de incidência do *droit de suite* sobre o *aumento do preço*.

#### **4.6 O INPAV e sua tentativa frustrada de habilitação como *amicus curiae* no inventário de Nelson Nascimento Diz**

O INPAV (Instituto Nacional de Propriedade Artística Visual) peticionou no inventário do advogado Nelson Nascimento Diz.<sup>9</sup> O *de cujus* deixou um vasto acervo artístico, contendo mais de 120 obras de renomados artistas plásticos. O inventariante foi Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, que era muito amigo do autor da herança.

O INPAV explicou em juízo o instituto do direito de sequência e afirmou que o pagamento poderia ser feito: a) diretamente do espólio aos artistas, ou a seus respectivos herdeiros; b) por intermédio do INPAV, “já que este é exatamente um dos serviços que desempenha, funcionando como uma central de arrecadação de direitos autorais, para posterior repasse aos titulares, muitos destes já previamente cadastrados”.

A advogada do inventariante, contudo, afirmou que não fazia qualquer sentido o INPAV, associação privada, “utilizar o processo de inventário para avançar interesses patrimoniais a que não faz jus ou para o declarado objetivo de dar visibilidade à sua causa”. Pleiteou segredo de justiça, que foi indeferido pelo magistrado. Disse, ainda, que “eventual direito de sequência, *se existir* e vier a ser reconhecido, é titularidade exclusiva do próprio artista, eis que, como declara o próprio INPAV, estar-se-ia tratando de direito irre-

<sup>9</sup> Referente ao Processo nº 0273525-38.2014.8.19.0001, que correu na 5ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca do Rio de Janeiro – RJ.

nunciável e inalienável, não podendo, portanto, ser transferido ao INPAV". Alegou, ainda, que o INPAV não teria comprovado sua legitimidade para defender seus interesses.

O INPAV redarguiu afirmando que o inventariante, "infeliz e equivocadamente, coloca em dúvida a validade" da Lei de Direitos Autorais. E esclareceu que "o INPAV não detém o direito de sequência em si, e jamais o pretendeu fazê-lo, sendo que não há transferência de titularidade de direito como sugere o Inventariante, mas apenas o direito de arrecadar, associado ao dever de repassar aos legítimos titulares. Trata-se de função análoga à desempenhada pelo ECAD – Escritório de Arrecadação e Distribuição, que arrecada e repassa direitos autorais de obras musicais aos respectivos artistas".

A promotora de justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Verônica Elisa Rosa Aguiar, opinou pelo indeferimento do INPAV como *amicus curiae*, sob o fundamento de que se estava diante de uma "questão de alta indagação". O INPAV, em petição, afirmando que o *parquet* estava esquecendo da sua nobre incumbência de fiscalizar o cumprimento da lei, teceu a seguinte indagação: "Como o Ministério Público pretende que o direito de sequência seja pleiteado em sede própria, se os próprios interessados, na maioria das vezes, não têm conhecimento de que possuem quantias a receber?" E indagou novamente: "Quem tomaria essa iniciativa, já que o devedor/Inventariante informou, categoricamente, que irá se manter inerte, aguardando ser acionado/procurado pelos detentores do direito? O próprio Ministério Público? (não se acredita!)"

As obras foram vendidas e foi alcançado o valor aproximado de R\$ 13 milhões. Nada foi pago a título de direito de sequência.

O caso repercutiu na imprensa. Em reportagem publicada na Folha de S. Paulo, o advogado Leonardo Cançado, do INPAV, afirmou que o mercado de artes plásticas "é muito delicado, e as pessoas que defendem direitos contrários aos dos artistas são muito poderosas". Na sua opinião, o caso do inventário de Nelson Diz, que teve o ministro Barroso como inventariante, é muito importante: "se fosse um colecionador comum, ele poderia dizer que não pagaria. Só que um ministro não pode dar um exemplo desses para todo o país" (MARTI, 2015).

Em suma, as decisões supracitadas comprovam que o sistema da incidência sobre o aumento do preço torna o instituto do direito de sequência de difícil aplicabilidade.

## **5 ANÁLISE DE PROJETOS DE LEI VISANDO ALTERAR O ART. 38 DA LEI 9.610/1998**

O direito de sequência é irrenunciável e inalienável. Irrenunciável porque não pode ser abandonado, abdicado. Caso contrário, a proteção seria ilusória. Inalienável porque não pode ser alienado; o titular não pode transmiti-lo a outrem. Está fora do comércio jurídico.

Sendo assim, a liberdade contratual encontra o direito de sequência como obstáculo. O princípio da autonomia contratual sofre essa limitação. A renúncia prévia é nula de pleno direito (Código Civil, art. 166, II). Se o autor, antecipadamente, renunciar esse direito, a cláusula de renúncia é nula.

Todavia, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 452, de 2008, de autoria do então senador pernambucano Sérgio Guerra, pretendeu extinguir a importante característica da irrenunciabilidade, que, como todos sabem, visa a proteger o autor – artista plástico –, que, não raro, é a parte vulnerável. Segundo o projeto de lei, o direito de sequência deveria passar a ser “passível de renúncia ou de cessão onerosa a terceiros”, sob o argumento de que “é equivocada a presunção de que a obra de arte sempre alcançará a valorização”.

O senador baiano Antonio Carlos Júnior, em parecer pela rejeição do referido PLS nº 452, de 2008, afirmou, com acerto, que o legislador “qualificou esse direito como irrenunciável e inalienável, porquanto se tornariam inócuas tais garantias se, ao tempo da venda no mercado primário, esse direito de sequência também pudesse ser alienado junto com a obra de arte, como pretende o projeto.” E concluiu que o projeto de lei deixaria “o artista ao sabor das vicissitudes e pressões especulativas do mercado”.

José Carlos Costa Netto (2009), então presidente da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA), ao ser entrevistado e indagado sobre o referido PLS nº 452, de 2008, afirmou: “continuo defendendo a importância dessa

proteção repudiando, naturalmente, qualquer projeto de lei que vise a torná-la passível de renúncia ou cessão onerosa”.

André Almeida Matos de Oliveira Pinto (2013, p. 50) também criticou o PLS nº 452, de 2008, afirmando que o referido projeto de lei “agrada apenas o mercado de arte, pois, com a alienação do direito de sequência, o autor estaria à sua mercê”.

O PLS nº 452, de 2008, felizmente, foi arquivado em 2011.

Em 2014, Sérgio Guerra faleceu. A imprensa noticiou, no ano subsequente ao seu falecimento, que o político deixou um acervo de 50 obras, avaliado em quase R\$ 1 milhão, dos artistas Francisco Brennand, Cícero Dias, João Câmara e Reynaldo Fonseca (RAMOS; VIEGAS, 2015).

O Ministério da Cultura, no seu anteprojeto de reforma da Lei de Direitos Autorais, propôs a seguinte redação art. 38 da LDA-98: “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”.

Não há como discordar dessa proposta de alteração legislativa, tendo em vista que o cálculo da mais-valia se torna, na prática, tarefa árdua e penosa.

O PL 6.890/2013, de autoria do deputado federal Carlos Bezerra, visa também modificar a redação do art. 38 da LDA-98. A deputada federal Jandira Feghali propôs uma emenda ao referido projeto de lei, reduzindo o percentual de cinco para três por cento e acrescentando o prazo de dez anos, a partir da alienação, para que sejam guardados todos os dados referentes ao negócio jurídico. O parecer da deputada Jandira Feghali foi aprovado, em 27 de março de 2019, à unanimidade, pela Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei nº 2370/2019, da deputada federal Jandira Feghali, que visa alterar diversos artigos da Lei 9.610/1998, propõe ao art. 38 idêntica redação àquela constante no parecer que fizera no PL 6890/2013.

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 seqüência 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". (BRASIL, 2008).

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº nº 465, de 2012, de autoria do Senador Valdir Raupp, visou trazer a seguinte redação ao *caput* do art. 38: "O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o preço praticado em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais". No parecer feito a esse projeto de lei, o Senador Randolfe Rodrigues afirmou com acerto: "Essa alteração reforça a posição do autor e dos seus herdeiros e, portanto, merece acolhimento".

## 6 A RELEVÂNCIA DA GESTÃO COLETIVA PARA O DIREITO DE SEQUÊNCIA

A *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* (CISAC), fundada em 1926, contando atualmente com 232 sociedades de autores em 121 países, informa que, em 2018, foram arrecadados 44 milhões de euros a título de direito de seqüência.<sup>10</sup>

Na Espanha, existe a *Visual Entidad de Gestión de Los Artistas Plásticos* (VEGAP).<sup>11</sup> Na França, a ADAGP.<sup>12</sup> Na Alemanha, a BILD-KUNST.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Dados retirados de relatório publicado em 2019, disponibilizado pelo órgão ("*CISAC Global Collections Report 2019 For 2018*"). Disponível em: <<https://fr.cisac.org/l-universite-CISAC/Bibliotheque/Rapport-sur-les-collectes-mondiales/Rapport-sur-les-collectes-mondiales-2019>>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>11</sup> Site oficial: [www.vegap.es](http://www.vegap.es).

<sup>12</sup> Site oficial: [www.adagp.fr](http://www.adagp.fr).

<sup>13</sup> Site oficial: [www.bildkunst.de](http://www.bildkunst.de).

No Brasil, surgiu, em 2003, a **Associação Brasileira dos Direitos de Autores Visuais (AUTVIS)**, e, em 2013, o Instituto Nacional de Propriedade Artística Visual (INPAV).<sup>14</sup>

Fábio Maria de Mattia (1997, p. 56) alerta para o fato de que, sem gestão coletiva de cobrança, “o instituto nunca funcionará”. O referido jurista noticia que, por ocasião das Resoluções nº.s 22 e 27 do antigo CNDA, entregou a artistas do Rio de Janeiro e São Paulo – a ABAP, Associação Brasileira de Artistas Plásticos – cópia do estatuto da sociedade francesa, para que a mesma fosse utilizada como modelo para a implantação de um vindoura associação pátria. De lá pra cá, ou seja, cerca de quatro décadas depois, nada de concreto foi feito em matéria de direito de sequência.

Enfim, é imprescindível que a classe artística perceba que a gestão coletiva é uma necessidade. Somente com o trabalho de uma associação será viável a implantação de um eficiente sistema de banco de dados contendo vendas de obras de diversos artistas.

Os artistas plásticos precisam reagir. Não podem mais assistir, passiva e silenciosamente, ao enriquecimento de terceiros à custa de suas criações. Os beneficiários na circulação de obras de arte não devem ser somente aqueles que direta ou indiretamente comercializam. Os criadores (e seus herdeiros) devem também participar efetivamente desses lucros.

O INPAV vem se esforçando para fomentar a discussão do *droit de suite*. A imprensa vem abrindo espaço para o debate (LONGMAN, 2019).

## 7 CONCLUSÃO

No ano de 2023, será celebrado o cinquentenário da positivação do direito de sequência em nosso ordenamento jurídico, introduzido pela revogada Lei Autoral 5.988, de 1973. Infelizmente, esse instituto ainda se encontra, praticamente, na abstração legal. É preciso que ele se torne uma verdade encarnada e concreta.

Oxalá que, em 2023, o art. 38 da vigente Lei 9.610/98 já tenha sido alterado, para que o direito de sequência seja cobrado *sobre o preço*, e não

---

<sup>14</sup> Site oficial: [www.autvis.com.br](http://www.autvis.com.br).

mais sobre o aumento do preço. Com essa bem-vinda mudança, o direito de sequência poderá deixar de ser um instituto quase letra-morta. Inelutavelmente, o atual instrumento normativo (art. 38 da Lei Autoral pátria) não se revela adequado. É preciso modificá-lo, sob pena de permanecer a (quase) inocuidade prática.

Afinal de contas, como diz a sabedoria popular, “é melhor aproximadamente agora do que exatamente nunca”. É melhor um sistema (teoricamente menos justo) que funcione do que um sistema (teoricamente mais justo) que quase não gere efeitos práticos.

Há um longo caminho a ser trilhado em *terra brasiliis* para uma aplicação efetiva do instituto.

A gestão coletiva será, inelutavelmente, importante para a eficácia do direito de sequência. É lugar comum dizer que “a união faz a força”. Não custa nada lembrar esse sábio brocardo. Sem união dos artistas plásticos e herdeiros, o direito de sequência corre o sério risco de continuar sendo um direito sem consequência.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “direito de sequência”: sobre o preço ou sobre o aumento do preço? **Revista da ABPI** (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual), n. 101, jul/ago de 2009.

BRASIL. STJ, REsp nº 594.526 – RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02 de abril de 2009.

BRASIL. TJRJ. Apelação Cível nº 0009727-73.2003.8.19.0001, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, 8ª Câmara Cível do TJRJ, julgado em 26 de dezembro de 2006.

BRASIL. TJRJ, Apelação Cível nº 0258468-48.2012.8.19.0001, Relatora Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 12/02/2020 – Vigésima Câmara Cível.

BRASIL. TJRJ, Apelação Cível nº 0444994-60.2011.8.19.0001 Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 12/02/2020 – Vigésima Câmara Cível.

BRASIL. TJSP, Agravo de Instrumento nº 2107094-46.2018.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Privado. 2019.

BRASIL. TJSP, Apelação Com Revisão 9117135-12.2002.8.26.0000; Relator (a): Maury Bottesini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado A; Foro de Guarulhos – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 06/09/2005.

BRASIL. TJSP; Apelação com Revisão 9191457-27.2007.8.26.0000; Relator(a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2008; Data de Registro: 29/02/2008

CHAVES, Antônio. **A nova lei brasileira de direito de autor**: estudo comparativo com o projeto de que lhe deu origem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

COSTA NETTO, José Carlos. **A reorganização do Conselho Nacional de Direito Autoral**. 3. ed. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1983.

COSTA NETTO, José Carlos. Entrevista concedida a Rodrigo Moraes. 15 abr. 2009. Disponível em: [http://rodrigomoraes.com.br/index.php?site=1&modulo=entrevista&acao=exibir\\_entrevista&en\\_cod=11](http://rodrigomoraes.com.br/index.php?site=1&modulo=entrevista&acao=exibir_entrevista&en_cod=11). Acesso em: 07 out. 2020.

DOMINGO, Elena Vicente. **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Editorial Reus, 2007.

FURLANETO, Audrey. **Disputa por Portinari aquece debate sobre direitos na arte**. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/disputa-por-portinari-aquece-debate-sobre-direitos-na-arte-3588267>. Acesso em: 21 set. 2020.

GOMES, Fábio. A natureza do depósito no direito de sequência (droit de suite). **Revista da ABPI** – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Número 63, março/abril de 2003.

GRADDY, K; FARCHY, J. **The economic implications of the artist's resale right**. 2017. Disponível em: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_35/sccr\\_35\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_35/sccr_35_7.pdf). Acesso em: 21 set. 2020.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2002.

LONGMAN, Gabriela. **Artistas e herdeiros querem parte do lucro das casas de leilões e galerias**. 16 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/06/artistas-e-herdeiros-querem-parte-do-lucro-das-casas-de-leiloes-e-galerias.shtml>. Acesso em: 30 set. 2020.

MARTI, Silas. **Leilão abre precedente para cobrança sobre valorização de obras de arte**. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1649441-leilao-abre-precedente-para-cobranca-sobre-valorizacao-de-obras-de-arte.shtml>. Acesso em: 25 set. 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.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MORAES, Rodrigo. O direito de sequência e o porquê de sua inconsequência. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA PINTO, André Almeida Matos de. O direito de sequência e sua modificação proposta pelo PLS nº 452/2008. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, nº 122, jan/fev 2013.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

PORTINARI, Maria Edina de O. Carvalho. Direito de sequência no Brasil: o que mudou nos 15 anos de vigência da Lei 9.610/98. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP** (Instituto dos Advogados de São Paulo). Ano 1, n. 2, julho-dezembro de 2015. São Paulo: Editora IASP, 2015.

PRAGMÁCIO, Mário; SOARES, Anauene D. **Aos artistas nem 5%**. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/aos-artistas-nem-5/>. Acesso em: 01 out. 2020.

RAMOS, Murilo; VIEGAS, Nonato. **Sérgio Guerra deixa quase R\$ 1 milhão em obras de arte**. 31 ago. 2015. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2015/08/sergio-guerra-deixa-quase-r-1-milhao-em-obras-de-arte.html>. Acesso em: 17 set. 2020.

ROCHA, Maria Victória. O direito de sequência (droit de suite) em Portugal. In: **Juris et de jure** / coord. de Manuel Afonso Vaz, J. A. Azeredo Lopes. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (coord). **Manual de Propiedad Intelectual**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira dos. **Direito de sequência: um direito de autor?** Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios sob a orientação da Sra. Prof. Doutora Maria Victória Rocha. Faculdade de Direito. Escola do Porto, 2019.

SANTOS, Lourenço Noronha dos. **O direito de sequência dos artistas plásticos**. Dissertação de Mestrado em Direito Intelectual, sob a orientação do Professor Doutor António Menezes Cordeiro. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2017.

VIEIRA, José Alberto. O direito de sequência. **Revista de Direito Intelectual**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Nº 01. Coimbra: Almedina, 2015, p. 27.

# »» A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS EM NARRATIVAS TRANSMIDIÁTICAS POR MEIO DOS CONTRATOS

Jordana Siteneski do Amaral<sup>1</sup>

Salette Oro Boff<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem como escopo discutir como os Direitos Autorais podem ser assegurados e instrumentalizados em narrativas transmídia. Parte-se do pressuposto que tais relações jurídicas e negociais são realizadas por meio de contratos, de modo que o problema de pesquisa, consiste em verificar se os contratos são meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmidiáticas. Tem-se que estas são uma nova forma de construir narrativas utilizando várias mídias, trazendo conteúdos diversificados e adaptados para cada tipo de suporte, que formam um amálgama e se complementam mutuamente. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo de procedimento monográfico. A hipótese formulada foi a de que os contratos que possuem os Direitos Autorais, mais precisamente os direitos patrimoniais, como objeto são meios válidos e podem ser utilizados em casos que envolvem narrativas transmidiáticas para que o autor possa exercer seu direito exclusivo de usar, fruir e dispor de sua obra. A hipótese inicial foi confirmada, visto que o autor é livre para dispor e negociar os direitos que lhes são exclusivos de exploração econômica da obra. O autor, por ele mesmo ou por alguma entidade que o represente pode negociar a abrangência da cessão ou autorização do uso dos direitos patrimoniais que lhe cabem, tais como a finalidade, prazos e qual a onerosidade. Em uma narrativa transmídia,

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Membro do grupo do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual (GEDUPI). E-mail: jo.siteneski@hotmail.com.

<sup>2</sup> Pós-Doutora em Direito em 2008 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito em 2005 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito em 2000 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público em 1998 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Graduada em Direito em 1992 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

é preciso que o instrumento contratual seja minucioso e traga de forma expressa todas as formas de utilização da obra.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais; Transmídia; Convergência Midiática.

## 1 INTRODUÇÃO

Boa parte do público conheceu a história *Matrix* pela trilogia de filmes. Mas o que muitos não sabem é que a série é um *case* emblemático de narrativa transmídia bem-sucedida. Além dos filmes, existe uma série de animação, uma história em quadrinhos e dois *games*. Cada um desses produtos, mais do que simplesmente reproduzir o universo, interage e complementa a história principal.

As narrativas transmídias surgem de uma estratégia de marketing e de mercado, mas também são reflexo da “cultura da convergência”, na qual os consumidores de produtos de mídia reivindicam para si uma postura mais participativa e interativa. A narrativa transmidiática busca aproveitar as especificidades de cada suporte de mídia para construir o *storytelling*, em que todos esses meios devem trabalhar de forma integrada.

Uma vez que todos esses produtos estão envolvidos em processos de criação diferentes, eles compreendem uma série de usos e de autores diferentes nesses processos de produção. Não obstante, haverá sempre um ou mais autores que criaram o conceito original da obra, isto é, escreveram um livro, um roteiro ou dirigiram um filme.

Logo, este trabalho tem como escopo discutir como os Direitos Autorais podem ser assegurados e instrumentalizados em narrativas transmídia. Partindo do pressuposto que tais relações jurídicas e negociais são realizadas por meio de contratos, o problema de pesquisa, consiste em verificar se os contratos são meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmidiáticas?

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo de procedimento monográfico. A hipótese inicialmente formulada foi a de que os contratos que possuem os Direitos Autorais, mais precisamente os direitos patrimoniais, como objeto são meios válidos e podem ser utilizados em casos que envolvem narrativas transmidiáticas para que o autor possa exercer seu direito exclusivo de usar, fruir e dispor de sua obra.

Os objetivos que nortearam a pesquisa foram, em um primeiro momento, conceituar e contextualizar as narrativas transmídia; elucidar a necessidade de autorização expressa do autor da obra para sua divulgação, utilização e exploração econômica em qualquer suporte; demonstrar que as diferentes modalidades de uso da obra necessitam ser expressas e autorizadas pelo autor; e por fim, apresentar os instrumentos contratuais como opções para instrumentalização dos direitos autorais nas narrativas transmídia.

## **2 O UNIVERSO EXPANDIDO EM VÁRIOS MEIOS: A NARRATIVA TRANSMÍDIA**

O uso pela primeira vez do termo narrativa transmídia (*transmedia storytelling*) é atribuído a Marsha Kinder e Mary Celeste Kearney para se referir aos processos de adaptação para múltiplas plataformas, e *marketing*, bem como a relação entre filmes, games e televisão. Seriam “supersistemas” capazes de criar uma rede intertextual ao redor de personagens da cultura pop (EVANS, 2011).

Contudo, o conceito e o estudo da narrativa transmídia é aprofundando com Henry Jenkins (2009) em *Cultura da Convergência* e isto não é por acaso. A forma de contar histórias valendo-se de várias plataformas de maneira interligada coloca-se como um dos principais reflexos desse fenômeno.

De uma forma sucinta, a “cultura da convergência” refere-se a uma mudança de paradigma na comunicação, no consumo de mídia e nas relações estabelecidas entre esses consumidores com o conteúdo de mídia e entre eles mesmos. Ela é possível por causa da evolução tecnológica, com o advento das mídias digitais e interativas e também de aparelhos como celulares e computadores que agregam múltiplas funções. Contudo, o aspecto tecnológico é apenas uma das facetas da convergência, pois trata-se de mudança na própria cultura e nos hábitos das pessoas (JENKINS, 2009).

Enquanto as mídias analógicas eram passivas e possuíam uma comunicação verticalizada, as mídias digitais são essencialmente interativas. Os consumidores de mídia querem, mais do que receber, serem participantes ativos. Isso ocorre na medida em que eles recebem o conteúdo e vão, em



seguida, na internet produzir conteúdo sobre isso, seja na forma de comentários ou produzindo algum tipo de *fandom*<sup>3</sup>. (JENKINS, 2009)

A convergência envolve a relação entre três conceitos: convergência dos meios de comunicação, cultura participativa e inteligência coletiva.

Por convergência, refiro-me ao fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e ao comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação, que vão a quase qualquer parte em busca das experiências de entretenimento que desejam (JENKINS, 2009, p.29).

Esses processos de convergência são dinâmicos e ocorrem no momento em que os consumidores de mídia recebem o conteúdo e passam a fazer uma ressignificação e uma re-criação (MARTINO, 2017).

Importante ressaltar que, as manifestações dessa cultura participativa que é gerada nesses meios nem sempre é bem recepcionada pelos grandes produtores de mídia (compreendendo gravadoras, editoras, emissoras de televisão e estúdios cinematográficos), sobretudo quando elas começaram. Não é raro que criadores de conteúdo recebam notificações de supostas violações de Direitos Autorais cometidas por estes criadores quando utilizam pequenos trechos de obras protegidas. A consequência é que eles podem sofrer várias sanções na plataforma, como perder o conteúdo produzido, ter as receitas partilhadas ou tê-lo desmonetizado como acontece em plataformas como o *YouTube*<sup>4</sup> (AMARAL; BOFF, 2018b).

Feita esta observação e voltando ao caso em análise, a franquia *Matrix* é um exemplo de narrativa transmídia bem sucedida<sup>5</sup>, feita para a “era da

<sup>3</sup> *Fandom* refere-se a sub-cultura composta, produzida e consumida pelos fãs e por uma comunidade. Para mais informações sobre como ele se insere e se manifesta na cultura da convergência ver: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “*fan-fictionals*” na cultura da convergência.

<sup>4</sup> Algumas plataformas têm implementado ferramentas para identificar e remover de forma automática essas violações, como por exemplo, o controverso *Content ID* do *YouTube*. Também a nova Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia prevê em um dos seus artigos o uso obrigatório desse tipo de filtros nas plataformas, sob fortes críticas (AMARAL; BOFF, 2018b).

<sup>5</sup> Uma ressalva deve ser feita, uma vez que nem todos os espectadores gostaram desta forma de *storytelling*, pois preferem ter todo o conteúdo agregado em apenas um formato.

convergência” segundo (JENKINS, 2009), em que a narrativa é tão ampla que não cabe em apenas uma mídia. O enredo dos filmes é complementado por dois games (*Enter the Matrix* e um jogo *multi-player* online), pelos quadrinhos e pela animação (*Animatrix*), que ofereciam novos pontos de acesso para o universo. Outros exemplos de narrativas transmídias estão em *O Senhor dos Anéis*, *Star Wars* e *Harry Potter*.

Para os fãs, a trilogia *Matrix* é apenas “a ponta do *iceberg*” das narrativas que compõe o universo em outros formatos. Cada um desses itens oferece detalhes sobre o que aconteceu no universo da franquia antes dos filmes ou entre alguns episódios (MARTINO, 2017, p.38)

Nas palavras de Martino (2017, p.38), em síntese “Uma narrativa transmídia é uma história que se desdobra em múltiplas plataformas e formatos, cada uma delas trabalhando em sua própria linguagem e acrescentando elementos novos ao conjunto da história.”

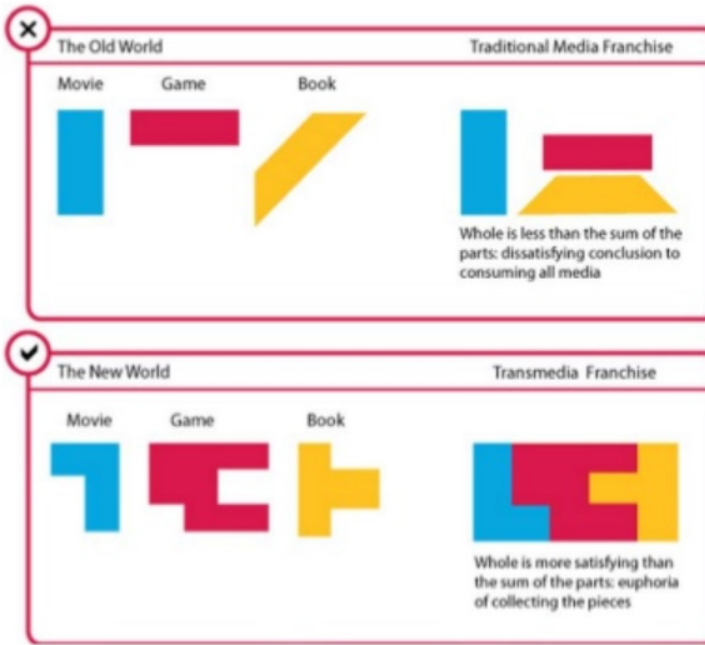
Pratten (2011) acrescenta que além do uso de múltiplas plataformas, é importante incluir a participação das pessoas, de forma que cada plataforma sucessiva aumente o aproveitamento e experiência do público. A narrativa transmídia diferencia-se das “narrativas multiplataforma” na medida em que a primeira constrói uma “sinergia” entre o conteúdo e a emoção causada pela participação do público. Logo, o simples ato de criar um website para um programa de televisão não o torna uma narrativa transmídia, porque ele seria apenas uma “versão adaptada” do mesmo conteúdo das outras mídias, não fazendo diferença para experiência final do consumidor se ele o acessa ou deixa de acessá-lo.

A figura abaixo, criada por Pratten (2011) demonstra que nas franquias tradicionais a experiência de consumir todas as mídias se torna insatisfatória, pois elas são fragmentadas e desconexas. Já na transmídia a experiência de consumir todas as mídias se torna satisfatória, pois elas se complementam se interligam proporcionando uma experiência melhor.

---

Não obstante, é preciso considerar que a narrativa transmídia é uma possibilidade ainda recente (ela entra em debate em um primeiro momento, com o filme *A Bruxa de Blair*, de 1999) de modo que o tempo e a prática reiterada dessas produções é que poderão mostrar o que funciona melhor para este tipo de narrativa (JENKINS, 2009).

FIGURA 1. “WHAT IS TRANSMEDIA?”



Fonte: Pratten, 2011, p.3

De fato, a narrativa transmídia nasceu de esforços do *marketing* e é fortemente ancorada em propósitos comerciais. Contudo, não se pode negar que o seu sucesso está atrelado ao engajamento e participação do público, com as informações que eles trocam, com o conteúdo que geram e os produtos que consomem. Logo, as empresas não produziram esse tipo de entretenimento pulverizado em várias plataformas se isso não fosse buscado pelos consumidores.

Voltado ao caso *Matrix*, viu-se que a franquia possui uma série de produtos diferentes, derivados da obra cinematográfica. Esses produtos (*games*, quadrinhos, animação) e seus respectivos enredos foram desenvolvidos por autores diferentes (considerando as irmãs Wachowski, que dirigiram os longa-metragens como autoras). Porém, as irmãs sempre estiveram presentes no desenvolvimento dos demais produtos, desde a busca pelos profissionais que executariam o trabalho até no desenvolvimento do conteúdo.

Elas não apenas licenciaram ou subcontrataram, mas dirigiram e escreveram conteúdos para o *game* e para as histórias em quadrinhos, bem como da elaboração dos cenários para a animação. Tal envolvimento foi essencial que a obra fosse apreciada pelos fãs, garantindo uma integridade e correlação na narrativa (JENKINS, 2009).

Segundo Jenkins (2009, p.158), se por um lado esta “autoria cooperativa” produz bons frutos, por outro, o atual sistema de licenciamento não colabora para que as franquias tenham sucesso. A crítica do autor vai no sentido de que o atual sistema de licenciamento induz que os demais produtos sejam “periféricos” perante a obra principal. Vende-se os direitos a um terceiro, que limita o que pode ser feito com os personagens ou conceitos. Ao fazer isso, os demais produtos saem redundantes (não permitem novos antecedentes ou personagens), com histórias diluídas (duplicam experiências já realizadas) ou com contradições grosseiras (sem a consistência que se espera de uma franquia).

Nesse ponto, percebe-se que, semelhante ao que ocorre em outras situações que envolvem direitos intelectuais e novas tecnologias é preciso discutir como solucionar essas novas demandas. Percebe-se nesses casos que cada um desses produtos envolve direitos e autores diferentes em seu desenvolvimento. Como então, conferir proteção a todos esses direitos e proteger o autor de usos considerados excessivos ou não autorizados diante desses processos?

É importante ressaltar que os direitos patrimoniais podem ser cedidos, de forma total ou parcial. Isto é, o autor ou titular não é obrigado a dispor de forma integral de todos os direitos, pois eles podem ser negociados de forma individual. Nesse sentido, o próximo item busca elucidar a divisibilidade dos direitos patrimoniais

### **3 A DIVISIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS**

Existem duas grandes “ramificações” do sistema de proteção de obras intelectuais por meio dos direitos autorais. Ambas possuem o objetivo de assegurar proteção a obra e seu autor e cuidar da utilização econômica destas obras. Divergem, porém, em vários aspectos.

O sistema *Copyright*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra surgiu primeiro, remetendo ao ano de 1710 com o *Copyright Act*. Com este estatuto os autores começaram a ter seus direitos reconhecidos, destacando-se o direito de cópia do autor (ASCENSÃO, 1997, p.4). O sistema *copyright* tem caráter objetivo. É concedido ao titular, porém exige-se formalidades para o exercício do direito de exclusividade, conforme definido na Convenção de Genebra de 1952 (BITTAR, 2015, p.29).

Contudo, o sistema brasileiro derivou de uma outra tradição de direito autoral, surgida na França, que tiveram dois decretos como seus marcos importantes nos anos de 1791 e 1793 (ZANINI, 2015).

Um dos aspectos que diferenciam este sistema do *copyright* é o reconhecimento do duplo aspecto do Direito Autoral: o aspecto patrimonial e aspecto moral. Este sistema possui um caráter mais subjetivo, e baseia-se na exclusividade que titular dos direitos referentes a exploração econômica possui, garantindo também a participação em diversos meios de utilização. Neste regime, se reconhece a limitação das convenções celebradas pelo autor para exploração da obra. Também, a proteção é garantida independentemente de registro da obra ou de outras formalidades.

O aspecto moral diz respeito ao direito de o criador ser reconhecido como autor da obra e que receba os créditos pela mesma, bem como pela sua divulgação e integridade, não sendo alterada salvo seu consentimento (GANDELMAN, 2001, p.37). São direitos que acompanham o autor, e ainda que que esgotada a exclusividade patrimonial com a entrada em domínio público da obra, eles ainda persistem (BITTAR, 2015, p.69).

Reúnem características que compreendem a sua “irrenunciabilidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade inter vivos e causa mortis, a perpetuidade, o caráter absoluto, inalienabilidade, impenhorabilidade e a inextinguibilidade” (ZANINI, 2015, p.261). Na LDA de 1998 eles estão elencados nos artigos 24, 25, 26 e 27 e seus incisos 1998 quanto ao sujeito do autor. Ainda, a proteção aos direitos morais dos intérpretes e executantes foi assegurada, por força do artigo 92 da mesma lei.

Já os direitos patrimoniais decorrem das relações de caráter real no uso e gozo das obras criadas e materializadas. O “fato gerador” dos direitos patrimoniais do autor ocorre com a publicação da obra, que por sua vez é o

resultado da fixação do bem incorpóreo (criação) que foi fixado a bem corpóreo (suporte), que agora pode ser impressa, exibida e veiculada em qualquer mídia. (ABRÃO, 2017).

Trata-se da utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários. Provêm da decisão do autor em comunicar a obra ao público e sob a forma que melhor atenda a seu interesse de fazê-la circular (BITTAR, 2015, p.67).

Estes direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para exploração econômica da obra. É necessária prévia consulta ao autor para qualquer uso econômico da obra, que só será legítimo com a anuência do autor. Isso ocorre porque são direitos independentes entre si (princípio da divisibilidade dos direitos patrimoniais<sup>6</sup>). Logo, suas modalidades de uso estão atreladas a vontade do autor, que pode inclusive, negociá-los com pessoas diferentes.

Isso significa, pois, que, pelos vínculos que o mantêm unido à obra, mesmo depois de comunicada ao público de qualquer forma, tem o direito de interferir em qualquer outra modalidade não contratada ou surgida depois com a evolução tecnológica (gravação de show, ou novela, em fita cassete, para posterior venda ou locação ao público, em que a permissão para realização da novela não possibilita, por si, o novo uso, que ao revés, necessita estar autorizado por expresse no ajuste próprio) BITTAR, 2015, p.71).

Ao contrário dos direitos morais, os patrimoniais são penhoráveis, passíveis de cessão, seus efeitos possuem limitação objetiva no tempo, são prescritíveis, independentes entre si, isto é, esses direitos podem ser usados e negociados pelo autor de forma independente e cedidos a pessoas diferentes (BITTAR, 2015, p.72). Estes direitos, de forma mais numerosa estão dispostos a partir do artigo 28 e seguem até o artigo 46 da LDA de 1998.

Essa diferenciação entre o aspecto moral e patrimonial é importante, uma vez que é inerente ao sistema adotado no Brasil, e também porque essa

---

<sup>6</sup> “Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.”

diferenciação irá refletir nas próprias relações contratuais e obrigacionais decorrentes dos negócios jurídicos que tenham os direitos autorais como objeto.

No artigo 29 da LDA encontra-se uma lista exemplificativa dos direitos patrimoniais que pertencem aos autores e que cabe a eles autorizar ou não seu uso. As adaptações, de obras artísticas e literárias, por exemplo, são muito comuns na área audiovisual e encontram-se no rol desses direitos. São direitos como a reprodução, a edição, a adaptação a distribuição e tantos outros.

Por se tratarem de bens disponíveis, os direitos patrimoniais são aqueles que pode ser transferidos. Essa transferência pode ser dar por meio de contrato ou por sucessão (natural ou testamentária) caso em que os direitos serão transferidos aos herdeiros. Quando alguém adquire direitos autorais por meio de uma das formas de transmissão dos direitos, seja contratual ou sucessão, os herdeiros, sucessores cessionários licenciados, concessionários passam a ser “titulares derivados” de direitos autorais. Eles apenas adquiriram o exercício de direitos, sem ter participação no processo criativo (ABRÃO, 2017, p. 189).

Já no artigo 49<sup>7</sup> da LDA, que refere-se a transferência dos direitos do autor, elenca algumas regras que precisam ser observadas, em relação: a) prazos de validade da transmissão; b) o conteúdo; c) o local; e d) a interpre-

---

<sup>7</sup> Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

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

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

tação dos contratos. Observa-se ainda que no caput do mesmo artigo, que a LDA previu três diferentes tipos contratos: licenciamento, concessão e cessão. Apesar desta previsão, a lei não traz consigo um conceito legal para cada tipo de contrato. Cabe ressaltar que não é este um rol taxativo, visto que ainda dispõe que podem ser celebrados outros contratos em direito admitidos.

Quanto ao conteúdo, destaca-se que a transmissão, ainda que total, não compreende os direitos de natureza moral e nem os expressamente excluídos por lei. O prazo da transmissão, caso o instrumento não mencione o prazo, será de cinco anos. Quando se tratar de transferência definitiva, esta somente ocorrerá se assim estiver expresso no instrumento.

Quanto ao local, será válido no país que foi celebrado, salvo disposição em contrário; quando a modalidade, será apenas para as já existentes à época da celebração; e em relação a interpretação, estabelece que se não houverem especificações, a modalidade se restringe somente aquela necessária para a execução do contrato.

## **4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS POR MEIO DOS CONTRATOS**

Não basta que os Direitos do Autor (em suas respectivas esferas, patrimonial e moral) estejam positivados em determinado regime jurídico. É preciso também pensar na instrumentalização jurídica desses direitos. Isto é, nesse caso em específico, como dar forma a utilização das obras intelectuais em diferentes usos. Há uma diversidade grande de espécies de contratos que podem ser celebrados, atendendo a infinidade de interesses das partes dentro do relacionamento básico entre autor, empresário, usuário e Estado (BITTAR, 2015, p.107).

O Direito Autoral constitui um ramo *sui generis*, uma vez que possui princípios e regras próprias, de maneira que ele alcança particularidades e um status obrigacional próprio em relação ao direito comum. Em função da diversidade de plataformas de distribuição e exploração de bens intelectuais, a proteção legal buscada pelos autores tem se assentando em legislações que buscam assegurar a sua participação em cada processo de utilização da



obra e também a especificação no próprio instrumento do acordo quais direitos estão inclusos, de forma expressa. Aquilo que não foi explicitado, não sai do patrimônio do autor (BITTAR, 2015, p.107).

A transmissão dos direitos patrimoniais tem eficácia enquanto dura o período de proteção da obra, isto é, até que ela caia em domínio público. Os contratos de transferência de direitos autorais, apesar de possuírem regramentos específicos, também estão sujeitas as regras dos contratos e negócios jurídicos do Direito Civil, naquilo que não lhes forem contrárias as disposições. Por exemplo, tais contratos exigem partes capazes, objeto lícito (possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida em lei (art. 104 do Código Civil). A abusividade no contrato também pode levar a nulidade do negócio (ABRÃO, 2017).

A própria Lei de Direitos Autorais é categórica ao postular que a interpretação dos negócios jurídicos envolvendo os direitos autorais se dá de forma restritiva, e não extensiva<sup>8</sup>. Logo os contratos, sejam eles comuns ou específicos, são interpretados restritivamente de maneira que permanecem com o criador os direitos não expressamente transferidos, ou os novos usos não previstos ou que não existiam no tempo da contratação (BITTAR, 2015, p.72).

Ficam reservados ao autor todos os direitos que não forem expressamente negociados e em caso de dúvida, a interpretação deve ser norteadada nesse mesmo sentido. De qualquer sorte, não importa qual o nome do instrumento, mas sim o seu conteúdo e as intenções das partes contratantes (BITTAR, 2015, p.114).

A título de comparação, a lei francesa estabelece que ainda que um contrato implique na cessão total de direitos ele compreende apenas os modos de exploração previstos no instrumento. A autorização de forma especí-

---

<sup>8</sup> Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

[...]

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

fica e por escrito do autor é necessária para cada direito cedido, bem como a extensão, ao destino, o aproveitamento econômico, o lugar e a duração. Deste modo são “nulas as cessões globais de obras futuras”, permitida apenas a concessão de direito de preferência (BITTAR, 2015, p.110).

Como se observa, a lei francesa distingue diferentes direitos patrimoniais, considerando-os independentes e submetendo a cada qual à autorização autoral. Limita a cessão aos expressos termos ajustados, exigindo a clara individualização dos direitos no respectivo instrumento e impondo a participação celebrado com as sociedades de arrecadação, os termos avençados ditam os limites de atuação da entidade (BITTAR, 2015, p.110).

Situações parecidas são as estabelecidas na legislação italiana, uma vez que os contratos de edição podem conter todos ou direitos ou não, que não se incluem direitos futuros nem os que dependam de modificação e que a cessão de um direito não implica a cessão de outros (BITTAR, 2015, p.110).

Por outro lado, no sistema *Copyright* há duas formas de contratos principais: de edição (*license*) e de cessão (*assignment*), sendo que no primeiro tipo há apenas a licença para publicação e o segundo engloba outros direitos. Predomina o entendimento que a cessão de direitos se consuma em sua integralidade, conforme a teoria da integralidade (BITTAR, 2015, p.110).

De acordo com Bittar (2015, p.112) as obrigações decorrentes do Direito Autoral assumidas pelo autor são balizadas pelo direito moral inafastável, de maneira que o cessionário, ainda que detentor dos direitos patrimoniais, não pode modificar, ou fazer alterações no contexto da obra sem o consentimento do autor.

Tal fato reforça a necessidade de que os direitos autorais sejam expressamente pactuados no instrumento contratual de cessão de direitos, especialmente se tratando de narrativas transmídias, uma vez que podem haver acréscimos substanciais no conteúdo da obra, dependendo da plataforma e suporte utilizado.

Bittar (2015, p. 113) explica que as obrigações surgidas no Direito Autoral são permeadas pelas características do direito moral do autor, de modo que enfatiza-se a instrumentação dos negócios jurídicos por escrito, com a delimitação apartada e precisa de cada direito envolvido; a autorização específica; necessidade de autorização para qualquer forma de utilização eco-

nômica da obra e a impossibilidade de aproveitamento da obra por outra pessoa, fora dos limites decorrentes da natureza da obra e dos respectivos termos.

É preciso ressaltar que existem várias figuras contratuais que podem servir para a utilização econômica de bens intelectuais, em função dos próprios negócios jurídicos (por exemplo, a venda, a exposição e a permuta). Algumas modalidades de contrato decorrem do Código Civil (empreitada, a doação) e outros diretamente da lei autoral (edição, representação, cessão, produção...). Não obstante, um mesmo instrumento pode contemplar diferentes negócios complexos, em função da própria dinâmica das mídias e tecnologias atuais. Os contratos autorais mais comuns são os contratos de cessão de direitos, de obra futura, de produção, de encomenda, de representação e de execução (BITTAR, 2015, p.113).

Dentre estes ainda, o contrato de cessão de direitos é o mais comumente utilizado no Brasil e também no exterior para transferência de direitos. Por meio desta via, o cedente (autor) transfere ao cessionário (titular derivado) os direitos patrimoniais que detém na qualidade de criador da obra, para que o cessionário possa em seu lugar, divulgar comercializar e utilizar a obra, desde que dentro dos limites firmados no contrato. Também tem o dever de fiscalizar e zelar pela utilização, sem a necessidade de autorização prévia do autor (ABRÃO, 2017).

De acordo com Bittar (2015, p. 116): “É por meio da cessão que o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre a sua criação intelectual!”. Logo, se o contrato menciona apenas a cessão para adaptação para o cinema, não pode o produtor divulgar a obra pela televisão, por exemplo, pois cada forma de utilização ou cada processo de utilização deve ser mencionado no instrumento, sendo a interpretação estrita sempre em favor do autor.

O que diferencia a cessão é o aspecto de “definitividade e exclusividade” que ela pode assumir, segundo (Fragoso, 2009, p.250). De acordo com o autor, os direitos patrimoniais são cedidos com os atributos da propriedade, isto é, de fruir, utilizar e dispor, atendidas as limitações da própria LDA (art.46) ou no contrato. Os direitos podem ser cedidos a título singular ou universal, de forma total ou parcial e se presume onerosa. A cessão, parcial

ou total deverá se dar por escrito. Caso contrário, ela assumirá o status de cessão, de modo que seu prazo, ao não ser estipulado será de cinco anos.

A licença, por outro lado, é caracterizada pela sua temporariedade, e raramente é exclusiva. Ela pode compreender a totalidade de direitos ou apenas uma parte, a título universal ou singular, ser onerosa ou não, prever limitação de território ou não. Caso o instrumento não traga previsão de prazo, este será de cinco anos também. (FRAGOSO, 2009, p. 362).

Existem casos também em que a proteção extrapola o campo do Direito Autoral e atinge a Propriedade Industrial<sup>9</sup>, a outra grande “ramificação” da Propriedade Intelectual. Tais situações são comuns em grandes franquias de fama mundial, como as cinematográficas ou de *games*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As boas narrativas tradicionais conseguem envolver o público e imergi-los em outro universo. Narrativas transmídia, mais do que imergir, criam uma experiência com o público. Elas chamam para a interação em múltiplas plataformas, em que as pessoas não estão mais como expectadoras, mas sim na figura de “participantes”. Querem ver o filme, jogar o game e ler os quadrinhos e os livros. Esses produtos precisam estabelecer uma dinâmica, não ser uma mera replicação do que eles já viram. Querem discutir a história e compartilhar suas visões e *fanfics* da narrativa.

Uma das diferenças entre a narrativa transmídia e uma franquia que é simplesmente expandida a partir de uma obra primígena, é que as primeiras já “nascem” em seu conceito de criação para serem narrativas transmídia. Faz parte de sua essência ser contada por meios diferentes, com abordagens e conteúdos que se complementam e interagem entre si. Haverá também, vários profissionais envolvidos na elaboração de cada conteúdo (game, quadrinhos, filmes...) com seus respectivos autores. Ou seja, a preocupação e o cuidado com os Direitos Autorais da obra em seus vários meios de distribuição já deve estar presente desde o início da produção.

<sup>9</sup> Sem maiores aprofundamentos, uma vez que não é o escopo do trabalho, cabe explicar que as duas buscam conferir proteção jurídica às criações fruto do intelecto humano. O Direito Autoral protege as obras intelectuais artísticas, estéticas, literárias e científicas, ao passo que a Propriedade Industrial tutela as criações como patentes, modelo de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas e marcas. (BOFF; 2017, p.20).

Neste sentido, este estudo partiu do problema de pesquisa que questionava se os instrumentos contratuais poderiam ser meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmídiaicas.

Dada as características dos direitos patrimoniais, em especial a alienabilidade e a sua natureza divisível, tem-se que as mais variadas formas de exploração econômica podem ser negociadas por meio dos instrumentos contratuais.

Estes contratos, como se viu, podem ser típicos, advindos do Direito Autoral ou atípicos, isto é, provenientes de outras especialidades do direito, como do direito civil, diante da variedade de instrumentos que podem ser celebrados.

As negociações por meio de contratos estão sujeitas a observância das regras previstas na Lei de Direitos Autorais, dada a característica sui-generis dos direitos autorais, tais como as disposições sobre prazos de validade e formalidades que o instrumento contratual deve observar. A divisibilidade dos direitos patrimoniais e a interpretação restritiva dos contratos que envolvam esses direitos são de particular importância no caso em particular do objeto de análise deste estudo, que são as narrativas transmídiaicas. Isto é, a cessão ou transferência de algum direito não é presumida, ela precisa constar expressamente no contrato. O que não está expresso no instrumento, não sai da esfera do autor ou do titular. Além disso, pela divisibilidade, tem-se que a cessão ou autorização para um determinado uso, não conferem cessão ou autorização para uma “universalidade” de direitos.

Portanto, a hipótese inicial foi confirmada, visto que o autor é livre para dispor e negociar os direitos que lhes são exclusivos de exploração econômica da obra. O autor, por ele mesmo ou por alguma entidade que o represente pode negociar a abrangência da cessão ou autorização do uso dos direitos patrimoniais que lhe cabem, tais como a finalidade, prazos e qual a onerosidade. Em uma narrativa transmídiaica, é preciso que o instrumento contratual seja minucioso e traga de forma expressa todas as formas de utilização da obra.

Ainda dentro deste estudo, foi apontado que a participação dos autores da obra no desenvolvimento do conteúdo para as múltiplas plataformas

é um fator que pode refletir positivamente no resultado final, uma vez que a unicidade da obra e do universo que a compõe tende, assim como o ineditismo de cada conteúdo tendem a serem mais respeitados.

Por último, mas não menos importante, cabe ressaltar que as narrativas transmídias são um fenômeno recente, de modo que produtores, consumidores e autores estão ainda se familiarizando com as infinitas possibilidades que elas oferecem. Isso implica em reconhecer também, que adaptações e atualizações no campo do Direito Autoral também precisam ser pensadas e, posteriormente, colocadas em prática.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos:** Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. A falibilidade do algoritmo Content ID na identificação de violações de direito autoral nos vlogs do YouTube: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. In: **Revista de Direito**, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 43–62, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4679/pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “fan-fictionals” na cultura da convergência. In: **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964>. Acesso em: 14 set. 2020

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed São Paulo: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOFF, Salete Oro. Acordos e tratados internacionais sobre propriedade intelectual. In: Salete Oro Boff; FORTES, Vinícius Borges; MENEGAZZO, André Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta. (orgs.). **Propriedade intelectual:** marcos regulatórios. Erechim, RS: Deviant, 2017, v. 1, p. 11-30

BRASIL. Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm) Acesso em: 28 set. 2020

EVANS, Elizabeth. **Transmedia Television:** Audiences, New Media, and Daily Life. New York: Routledge, 2011.

FRAGOSO, João Henrique da Rosa. **Direito Autoral:** da antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet:** direitos autorais na era digital. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência.** 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

MARTINO, Luís Mauto Sá. **Teoria das mídias digitais:** linguagens ambientes e redes. 2 Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2015

PRATTEN, Robert. **Getting started with transmedia storytelling:** CreateSpace Independent Publishing Platform: 2 ed., 2011.

ZANINI, Leandro Estevam de Assis. **Direito de Autor.** São Paulo: Saraiva, 2015.

# »» GOVERNANÇA PRIVADA DOS DIREITOS AUTORAIS: OS LIMITES ENTRE CERCAMENTO E COMBATE À PIRATARIA

Juliana Novaes Bueno de Camargo <sup>1</sup>

**Resumo:** A manutenção dos direitos autorais na Era Digital insere-se em um contexto definido pela volatilidade das relações em uma sociedade conectada. A massificação das tecnologias digitais e da Internet comercial alteram radicalmente o acesso ao conhecimento ao permitirem a democratização dos processos de reprodução e distribuição de conteúdo. Isso dá origem à necessidade de reorganização da indústria cultural para adaptar seus modelos de negócio a um novo cenário. Nesse sentido, este artigo tem como objetivo analisar quais são as transformações de ordem econômica trazidas pela Internet aos direitos autorais, apresentando os mecanismos de governança privada adotados pelo setor privado para contenção dessas transformações e seus impactos para o consumidor.

**Palavras-chave:** direito autoral; Internet; governança privada

## 1 INTRODUÇÃO

A massificação das tecnologias digitais e da Internet comercial alteram radicalmente as formas de acesso ao conhecimento ao permitirem a democratização dos processos de reprodução e distribuição de conteúdo.

A consolidação de novos modelos de compartilhamento, consumo e comunicação dá origem a uma série de conflitos de ordem econômica que colocam em xeque a sustentabilidade dos então existentes modelos de negócio da indústria da cultura (WU, 2003, p. 4; LIEBOWITZ, 2002, p. 2). Isso gera a necessidade de reorganização, por parte do setor privado para criação de mecanismos de governança privada dos direitos de propriedade intelectual no contexto da rede mundial de computadores.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)



Nesse sentido, este artigo tem como objetivo analisar o impacto da Internet na proteção de direitos autorais sob uma ótica econômica. Seus objetivos são entender a natureza dos impactos econômicos da Internet no mercado de direitos autorais, apresentar os modelos de negócio e as estratégias utilizadas pela indústria cultural para a criação de mecanismos de governança privada da propriedade intelectual e discutir as consequências dessas inovações privadas sob uma perspectiva do consumidor.

## 2 OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DOS DIREITOS AUTORAIS

O direito autoral é um método de tutela legal que tem como principal objetivo o de assegurar que a criação intelectual seja devidamente reconhecida e remunerada. Dessa forma, visa a garantir que seus responsáveis possam, diante dos incentivos morais derivados do reconhecimento de sua autoria e econômicos derivados da exploração comercial de sua obra, permanecer a produzir (BRANCO, 2006, p. 36).

As criações intelectuais, no entanto, nada mais são do que a materialização da criatividade na forma de informação, que é um *bem público*, pois o consumo simultâneo por distintos agentes não altera suas características nem impede que outros indivíduos possam detê-la (BARBOSA, 2009, p. 67). Ou seja, ao contrário dos bens materiais, como uma casa ou um carro, os bens imateriais operam numa lógica de não-rivalidade, em que a detenção de informação por uma pessoa não impossibilita que outras também tenham acesso (BRANCO, 2011, p. 22).

Ocorre que, ainda que a informação não seja regida pela rivalidade e seja considerada bem público, todo o fundamento econômico da propriedade intelectual baseia-se na escassez (LEMLEY, 2014, p. 12). O que determina, nesse contexto, o valor de criações intelectuais é a *limitação ao seu acesso* (BRANCO, 2011, p. 22).

Considerando que inexistente escassez material para bens não-rivais, é necessário então que se crie artificialmente essa limitação e dessa forma, o direito autoral cria mecanismos jurídicos que restringem a circulação livre do conteúdo autoral, tornando-o um bem artificialmente escasso (LANDES e POSNER, 1989, p. 330).

Considerando que inexistem escassez material de bens intangíveis, são necessários outros mecanismos que não as propriedades do bem em si que atribuam seu valor. Nesse contexto, a proteção jurídica que se dá aos direitos patrimoniais do autor nada mais é do que uma espécie de regulação econômica (LEMOS et al., 2011) criada para reproduzir artificialmente o fenômeno da exclusividade e, dessa maneira, definir o valor das obras a partir da barreira jurídica em obtê-la (LEMLEY, 2014, p. 8).

Nesse contexto, é natural que toda a existência de uma proteção jurídica à criação intelectual seja intrinsecamente atrelada às inovações tecnológicas (ROCHA, 2005). A partir do desenvolvimento de ferramentas que colocam em risco a escassez, estruturam-se os mecanismos jurídicos para manutenção da mesma (VALENTE, 2013, p. 14).

### **3 AS TRANSFORMAÇÕES TRAZIDAS PELA INTERNET NA LÓGICA ECONÔMICA QUE CIRCUNDA O DIREITO AUTORAL**

Essa lógica jurídica de escassez artificial tem potencial eficácia quando olhamos para o mercado de bens culturais antes do advento da tecnologia digital, pois, previamente ao surgimento dos formatos binários, o armazenamento e a distribuição das obras autorais dependiam diretamente de meios analógicos (WAGNER et al., 2015).

Nesse sentido, o direito autoral foi tradicionalmente estruturado tendo em vista os suportes analógicos como forma de materialização da obra, que, por serem bens privados, apresentam obstáculos de ordem natural ao seu uso ilícito (LANDES e POSNER, 1989, p. 327).

Tais obstáculos, por sua vez, residem na conexão intrínseca entre a obra e a forma física na qual ela está materializada, ocasionando em uma demanda por significativos recursos técnicos e econômicos para copiá-la (LANDES e POSNER, 1989, p. 327). Esses meios serviam como molde para incorporação da obra, representando uma barreira natural à cópia e distribuição e contribuindo para manutenção do controle jurídico (DE FILIPPI, 2012, p. 19).

Entretanto, o surgimento de formatos digitais muda fundamentalmente essa lógica. As mídias digitais são constituídas de *bits* de informação,

podendo ser perfeitamente modificadas, reorganizadas e transferidas de um meio para outro ilimitadamente sem que haja perda de qualidade (KUROSE e ROSS, 2013; DE FILIPPI, 2012, p. 2).

Em um cenário em que a propriedade pode ser infinitamente reproduzida e instantaneamente distribuída a custo próximo de zero e sem prejuízo para o acesso alheio (BARLOW, 1994), tem-se então uma crise no modelo da exclusividade em que é baseado o mercado e a legislação. Enquanto a forma física pode ser encarada economicamente como um bem privado, a cópia em formato digital é, por sua própria natureza, um bem não-rival, por ser constituída de pacotes de informação distribuídos na rede.

O usuário final, que antes dependia de intermediários para ter acesso, copiar e distribuir obras autorais, passa a ser capaz fazê-lo digitalmente em qualidade idêntica ao trabalho original e com custos insignificantes, quebrando assim a lógica centralizada de controle sobre o acesso (BRANCO, 2006).

Desse modo, a natureza intangível das cópias em formato digital e a arquitetura descentralizada da Internet funcionam no sentido oposto ao raciocínio de limitação do acesso sem autorização, o qual originou as legislações de proteção à propriedade intelectual no mundo (MIZUKAMI, 2007).

Com o surgimento da Internet comercial, portanto, a lógica de escassez artificial que tinha significativa eficácia em um mundo analógico é radicalmente alterada, pois o consumidor final passa a ser um potencial agente na reprodução e distribuição não autorizada de conteúdo em larga escala por meio da rede mundial de computadores (MIZUKAMI, 2007).

#### **4 A GOVERNANÇA PRIVADA DOS DIREITOS AUTORAIS E SEUS IMPACTOS PARA O CONSUMIDOR**

A partir da massificação do uso da Internet para compartilhamento de mídias digitais, a indústria passou a anunciar publicamente que a pirataria digital colocaria em xeque a sustentabilidade da produção cultural no mundo (WU, 2003, p. 4).

Ainda que sejam evidentes as transformações trazidas pela Internet à dinâmica econômica do comércio de bens autorais, cabe ressaltar que não

existe consenso sobre o impacto empírico e concreto da Internet na economia dos bens culturais, sendo este tema objeto de constantes disputas entre os atores que compõem a discussão (KARAGANIS, 2011).

Nesse sentido, não está dentro do escopo da presente análise o delineamento de uma conclusão acerca desse ponto. Para fins de resposta aos questionamentos apresentados neste artigo, não se pretende analisar ou comentar quais foram os exatos danos econômicos causados à indústria a partir da reprodução massiva e não autorizada de obras pela Internet, mas sim apontar algumas medidas, sejam elas jurídicas, técnicas ou de mercado, adotadas pelas empresas inseridas nessa indústria para superação das falhas agravadas pelas tecnologias digitais e pela Internet e quais são seus impactos para o direito de acesso pelos consumidores.

Nos últimos anos, o faturamento dessa indústria apresentou significativo crescimento, de acordo com os seus próprios relatórios oficiais (Motion Picture Association of America, 2019; Recording Industry Association of America, 2019). Isso se deve, em parte, pelas alterações mercadológicas adotadas pelas empresas ao longo dos anos para adaptação ao novo cenário (BRIDY, 2010, p. 17).

O setor privado passou a criar estratégias de governança privada dos direitos autorais para combate à pirataria, criando novos modelos de negócio e utilizando-se de arquitetura da computação em nuvem e ferramentas tecnológicas como *Digital Rights Management* para exercício de uma governança privada sobre os direitos autorais na rede mundial de computadores, conforme se verá nos itens a seguir (LITMAN, 2006).

Essa mudança na configuração da indústria cultural, por sua vez, está diretamente atrelada a uma tentativa de *reestruturação da exclusividade* conduzida para superação das falhas de mercado agravadas pelas tecnologias de informação e comunicação (BRIDY, 2010).

Tendo em vista que os meios digitais e o compartilhamento de arquivos são regidos pela abundância, foram necessárias novas formas de reformulação do mercado para que fosse possível a manutenção da escassez artificial que rege a economia dos bens intelectuais. Essa nova dinâmica, por sua vez, se concretiza por meio da criação de mecanismos privados de tutela dos direitos autorais, que misturam elementos de controle tecnológicos e

contratuais com esforços jurídicos de endurecimento legislativo que os endossam (DE FILIPPI, 2012).

O que esses modelos de governança privada têm em comum é a utilização de elementos legais (contrato e legislação) e técnicos (código) para restringir as possibilidades do usuário de acesso e compartilhamento de conteúdo na rede (DUSOLLIER, 1997).

O contrato caracteriza-se por ser a camada formal dos limites de acesso ao conteúdo. Os serviços à disposição do usuário na rede passam a ter seu uso regido por termos de uso e esses contratos servem como instrumentos delineadores das relações da indústria com o público em geral. No entanto, esses termos são formulados nos moldes de contratos de adesão, sem possibilitar margem para negociação para o consumidor (HOFFMAN, 2017).

O código, em outra perspectiva, funciona como um mecanismo privado de determinação material do acesso ao conteúdo. Enquanto o contrato é caracterizado por ditar os termos formais em que se dá o alcance à obra, o código é a camada técnica que executa materialmente as restrições em meio digital.

A experiência do usuário em acessar uma música por uma plataforma de *streaming*, por exemplo, é totalmente dependente dos termos de uso e da estrutura como foi concebida tecnologicamente aquela plataforma. Quem decide se é possível fazer *download* do arquivo, por exemplo, ou se é possível compartilhar o acesso com outras pessoas é quem detém a propriedade sobre o código, ou seja, quem controla o serviço.

Esses novos modelos de negócio, por sua vez, podem incorporar restrições que, inclusive, ultrapassam os limites e as prerrogativas de interesse público - como *fair use* e domínio público - criando uma experiência enclausurada de navegação para o usuário e reforçando um cenário de cercamento ao redor da informação nos meios digitais (BOYLE, 2002).

Além disso também reduzem os níveis de autonomia do consumidor e incorporam práticas ligadas à vigilância em massa de seus usuários como fonte de monetização ou aprimoramento, conforme se verá a seguir.

## 4.1 A computação em nuvem e os mecanismos tecnológicos e contratuais de cercamento

### 4.1.1 Contratos de adesão e o entretenimento online como um braço do capitalismo de vigilância

Serviços de *streaming* por assinatura e plataformas de mídia social estão entre as principais fontes de consumo de conteúdo pela Internet e serão o foco da presente análise.

Sem adentrar nas inúmeras variações existentes dentro dessas duas categorias de negócio, cabe a este estudo apenas diferenciá-los da seguinte forma. Os serviços de *streaming* por assinatura, dentro desta análise, são considerados aqueles em que é oferecido um catálogo de títulos ao consumidor em troca de uma assinatura paga ou por meio de uma versão limitada gratuita na qual o consumidor concorda em receber anúncios direcionados (*freemium*). As plataformas de mídia social, por outro lado, seriam aquelas que oferecem seus serviços por padrão de forma gratuita ao usuário e que monetizam o seu serviço por meio da venda de anúncios direcionados<sup>2</sup>.

Essas plataformas têm assumido um papel progressivo de protagonismo dentro da estrutura de distribuição de conteúdo pela Internet, representando um importante meio não apenas para acesso ao conteúdo, mas também um dos principais espaços para divulgação de trabalhos autorais na atualidade.

Artistas de todas as partes de mundo podem tornar suas produções acessíveis para qualquer usuário, possibilitando o surgimento de criadores de conteúdo que têm plataformas de mídia social como seu principal meio de divulgação. Justamente permitirem aos usuários a criação e interação com a informação, essas plataformas representam uma poderosa ferramenta para distribuição de conteúdo que representa uma enorme fonte de lucro para a indústria cultural (NEIL, 2019).

---

<sup>2</sup> O Youtube disponibilizou recentemente uma versão por assinatura, de forma que incorpora ambas as características mencionadas. Porém, por ter a maior parte de seu funcionamento existido na versão gratuita e monetizada por anúncios, será enquadrado dentro da categoria de mídia social no presente estudo.

No entanto, esses serviços geralmente inserem-se também dentro de um contexto mais amplo da economia digital e funcionam não apenas como um espaço para troca de conteúdo, mas também como um grande mercado do capitalismo de vigilância. Assim aponta Drott (2018) ao analisar o funcionamento de plataformas de *streaming* de música por assinatura e suas práticas de monitoramento do comportamento dos usuários para fins de perfilamento.

De acordo com o autor, muitos desses serviços engajam-se em práticas de tratamento massivo de dados de seus usuários para criar perfis altamente precisos de seus comportamentos, personalidades e tendências de consumo (DROTT, 2018). Dessa forma, a produção cultural e seu consumo serviriam apenas como pano de fundo para práticas de vigilância altamente sofisticadas, as quais acontecem muitas vezes sem o completo conhecimento do consumidor.

A relação jurídica existente entre os usuários e essas plataformas, por sua vez, é moldada pelos chamados “termos de uso”, que nada mais são além de contratos de adesão firmados massivamente em que o consumidor não tem qualquer margem para negociação (HOFFMAN, 2017). Caracterizam-se por ser instrumentos padronizados e que não permitem margem de negociação entre as partes: ou aceita-se todos os termos impostos pela plataforma, ou não se utiliza o serviço.

Nesse sentido, esses instrumentos podem incluir previsões contratuais extremamente desproporcionais, especialmente em países onde não existem legislações sólidas de proteção de dados, reduzindo a autonomia e a autodeterminação informacional do consumidor (DE FILIPPI, 2012). Ademais, servem como camada formal para a incorporação de regras de utilização e mecanismos técnicos que inclusive extrapolam as prerrogativas legais dos direitos do autor, conforme o item a seguir.

#### **4.1.2 Cercamentos digitais e a violação dos limites legais da propriedade intelectual**

Lawrence Lessig (2006, p. 23) defende que as linguagens computacionais exercem um importante papel na manutenção dos direitos de proprie-

dade intelectual, pois é por meio do código que o acesso que as pessoas têm à cultura em formato digital é moldado. Nessa perspectiva, a experiência interativa que o usuário tem em relação à tecnologia é inteiramente dependente das possibilidades abertas a ele por aqueles que detêm o controle do código. Quem programa é que define as escolhas permitidas ao usuário, assim como o grau de autonomia que é colocada à sua disposição (LESSIG, 2004, p. 118).

Tendo em vista que os meios digitais e o compartilhamento de arquivos são regidos pela abundância, foram necessárias novas formas de reestruturação do mercado por parte da indústria cultural para que fosse possível a manutenção da escassez artificial que rege a economia dos bens intelectuais (HILTY, 2017). Dentro desse contexto, o código e o controle sobre as linguagens computacionais exerce um papel fundamental no controle de condutas ilícitas na esfera do direito autoral.

A indústria cultural recorreu à criação artificial de uma *intrinsicabilidade entre a obra e o suporte tecnológico em que está materializada* - o conteúdo e a interface digital - para combater práticas ilícitas nesse meio (LEMONS, 2007). Dessa forma, utiliza-se do código para que os *bits* de informação de que são constituídas as mídias digitais passem a não estar mais à disposição do consumidor, ficando seu uso restrito de acordo com as intenções daqueles que controlam o código (MINHAVA, 2018). Esse modelo centralizado é respaldado pela arquitetura da computação em nuvem, infraestrutura que suporta os principais meios de acesso a conteúdo na Internet: as mídias sociais e os serviços de *streaming*.

Ainda que, por padrão, os protocolos de Internet mantenham as suas características originais de abertura, descentralização e ponta-a-ponta, a expansão dos novos modelos de negócio baseados na computação em nuvem alteram fundamentalmente a dinâmica do tráfego na rede, tornando-o mais concentrado em determinados servidores (HUSTON, 2016).

A centralização apresentada por esse modelo faz com que quem detém a aplicação seja completamente responsável pelo desenvolvimento do produto ou serviço, determinando assim quais são as funcionalidades disponíveis ao usuário sem que este tenha qualquer participação direta nesse processo.



A experiência do usuário passa a ser verticalmente dependente das interfaces e estar sujeita ao controle centralizado das aplicações em nuvem. A estrutura técnica desses sistemas é pré-definida e a experiência do consumidor no acesso é totalmente dependente da estrutura como foi concebida tecnologicamente aquele suporte.

Na prática, isso pode levar a uma redução da capacidade do usuário em gerar e compartilhar conteúdo (LAMETTI, 2014, p. 5) utilizando-se de seus próprios meios (DE FILIPPI e MCCARTHY, 2011). A expansão da computação em nuvem, dessa forma, está diretamente associada à massificação de dispositivos com menor capacidade de processamento, como *laptops*, *tablets* e celulares. Não é mais necessário, atualmente, que os equipamentos utilizados pelos usuários tenham grandes capacidades de armazenamento ou processamento, pois o esse trabalho acaba por ser realizado em sua maioria nos servidores centrais (DE FILIPPI e MCCARTHY, 2011).

Para o usuário, seja ele uma empresa ou uma pessoa física, acaba por ser vantajoso utilizar serviços na nuvem, por razões de ordem econômica ou operacional. Deixa de ser necessário de possuir máquinas com alto poder de processamento, o que, somado ao alto grau de intuitividade das interfaces configuradas pelas corporações, torna mais acessível o uso das tecnologias (DE FILIPPI e MCCARTHY, 2011).

Porém, essa comodidade vem com um custo na autodeterminação do usuário final. A baixa capacidade de processamento dos dispositivos na ponta e as estratégias de mercado utilizados pelas corporações tornam seus usuários altamente dependentes desses serviços, reduzindo sua autonomia em relação às atividades que realiza na Internet (DE FILIPPI e MCCARTHY, 2011, p. 2). Enquanto o poder computacional dos usuários diminui, o das corporações aumenta.

Os serviços de *streaming* por assinatura, por exemplo, têm como base a arquitetura em nuvem e funcionam por meio do armazenamento de arquivos audiovisuais ou sonoros em servidores centrais pertencentes às plataformas, que, quando solicitados pelos usuários, distribuem pela rede os pacotes de informação numa lógica similar a uma transmissão de rádio (BELLEFLAMME e PLEITZ, 2010).

Ao contrário de um *download*, em que há uma transferência e armazenamento de arquivos de um dispositivo a outro, ao usar uma ferramenta

de *streaming*, o usuário recebe progressivamente os pacotes de informação enquanto consome o conteúdo, sem que este fique armazenado em seu dispositivo após a conclusão (FRANCISCO e VALENTE, 2016).

A própria natureza da tecnologia empregada para funcionamento dessas plataformas é concebida para que os arquivos não fiquem armazenados na máquina do usuário, mas sim nos servidores da empresa que administra o serviço. Isso acaba por evitar que haja produção de cópias e colocação das mesmas à disposição do consumidor final.

Tais medidas, por sua vez, foram criadas e são amplamente utilizadas no interesse dos detentores de direitos autorais como uma das soluções encontradas pelos agentes do mercado para combater produção de cópias não autorizadas e sua disseminação pela rede (LITMAN, 2006).

Essas plataformas estão inseridas em um contexto de deslocamento do modelo de acesso aos bens culturais baseado em um produto para um padrão pautado por um serviço. Na prática, isso significa que, mesmo com o consumidor tendo a possibilidade de acessar o conteúdo ali disponibilizado, ele não exerce, em nenhum aspecto, poder de dispor sobre qualquer um dos bens culturais a que tem acesso (GINSBURG, 2003).

Porém, ainda que ofereçam ao usuário mais flexibilidade no acesso às mídias do que outros modelos de negócio disponíveis no mercado, como os exemplares físicos e os *downloads* pagos, os serviços de *streaming* representam uma grande redução na autonomia do consumidor em relação ao conteúdo consumido por ele e a tecnologia envolvida na sua distribuição.

Trata-se de uma mudança no paradigma de percepção do conteúdo com base na posse para uma percepção fundada pela experimentação imediata. Esse modelo rompe com a tradicional estrutura econômica da fruição de bens culturais baseada no consumo de cópias (TREFZGER, 2015). Ao oferecer aos consumidores um serviço, cujas funcionalidades e escolhas disponibilizadas ao cliente dependem inteiramente das decisões tomadas por aqueles que programam a estrutura da plataforma, retira-se inteiramente do usuário o controle para dispor sobre os bens culturais (GINSBURG, 2003).

Esse controle, por sua vez, se dá não apenas pela restrição imposta ao consumidor pela ausência de propriedade ou posse sobre títulos, mas também por uma transformação da interação permitida ao usuário em rela-

ção ao conteúdo, restringindo o escopo de possibilidades de uso, ainda que lícitos (LAMETTI, 2014, p. 13).

Os serviços de *streaming* por assinatura desconsideram também as exceções presentes na legislação de direitos autorais. Mesmo que uma obra seja enquadrada pela legislação como domínio público, por exemplo, o usuário ainda terá que se tornar um assinante do serviço ou estar sujeito às restrições da versão gratuita para poder experimentá-lo. Igualmente, ainda que queira ter a posse do arquivo para utilizar-se de pequenos trechos sem fins lucrativos, tampouco poderá fazê-lo.

No que diz respeito às plataformas de mídia social, há também uma tendência de endurecimento em seus regimes de responsabilidade. A União Europeia aprovou recentemente a Diretiva sobre Direitos do Autor, contendo um dispositivo que representa uma transformação significativa no regime de responsabilidade ao determinar que esses serviços devem empregar seus “melhores esforços” para remover conteúdo ilícito (DOCTOROW, 2019; VALENTE, 2019).

A imposição de responsabilidade ou obrigação de moderação aos intermediários por conteúdo gerado por terceiro, dessa forma, implica na criação de iniciativas voluntárias de contenção de violações aos direitos autorais, de maneira que a própria plataforma passa a ser o agente responsável pela moderação de conteúdo (BELLI, FRANCISCO e ZINGALES, 2017).

Dessa forma, iniciativas como o *ContentID*, utilizado pelas plataformas vinculadas à *Google*, tendem a se tornar cada vez mais presentes nos processos de publicação de conteúdo online. O funcionamento desse mecanismo ocorre por meio da comparação automatizada dos *uploads*. Caso o conteúdo enviado seja classificado como igual a outro conteúdo presente no banco de dados, há notificação do usuário ou remoção do conteúdo.

No entanto, o algoritmo utilizado pelas plataformas para identificação do conteúdo e notificação do titular não tem o discernimento humano necessário para diferenciar um uso lícito da obra autoral de um uso ilícito, de forma que as exceções e limitações presentes nas legislações e convenções de direitos autorais podem ser restringidas de maneira automatizada (ADAMS, 2019).

A quantidade de discricção atribuída às plataformas para remover conteúdo, em todos os casos, não é passível de controle (KLONICK, 2017). Os algoritmos utilizados para filtragem de conteúdo não estão sujeitos a qualquer obrigação de transparência ou auditoria, de maneira que a plataforma tem total autonomia para definir quais serão os critérios para remoção (AMADEU, 2019).

Na prática, mecanismos como o *ContentID* podem limitar também o uso lícito que é feito do conteúdo. A imposição de um filtro automatizado de *uploads* impede que situações particulares sejam consideradas individualmente na ocasião da remoção. Um usuário pode se valer de obra protegida por direitos autorais não apenas como forma de infração à lei, mas também para fazer usos lícitos, como de pequenos trechos ou até mesmo paródias.

Nesse contexto, as plataformas de mídia social, ainda que representem um espaço que permite a disseminação de informação pelo próprio usuário e sejam uma maneira de fomento à interação dos mesmos em relação à geração de conteúdo, estão sujeitas a regulações que as incentivam a realizar filtragem de conteúdo de natureza autoral, o que acaba por restringir o potencial de uso pelo consumidor (DOCTOROW, 2019).

Dessa forma, a computação em nuvem e seus modelos de negócio permitem a incorporação de uma série de formas de controle tecnológico que independem de autorização judicial e possibilitam a incorporação de restrições ao acesso que podem inclusive não ser englobadas pela legislação ou ignorar os direitos de acesso garantidos legalmente (ADAMS, 2019; VALENTE, 2019).

## 5 CONCLUSÃO

A regulação econômica por trás dos direitos do autor é fundada na ideia de escassez e limitação ao acesso a bens imateriais. Uma vez que a informação é bem público e não regida pela rivalidade, o meio analógico em que se concretiza tinha um papel essencial no controle de acesso antes da Internet.

Porém, os meios digitais e a rede mundial de computadores mudam fundamentalmente as premissas em que se baseia essa dinâmica economi-

ca, ao possibilitar a descentralização dos processos de produção distribuição de cópias.

Como reação a isso, o setor privado passou a inovar sua estratégia mercadológica por meio da criação de novos modelos de negócio baseados na estrutura técnica da computação em nuvem e que permitem a incorporação de barreiras contratuais e técnicas no acesso ao conteúdo, criando uma verdadeira estrutura de governança privada do acesso à cultura na Internet.

Todavia, essa governança da propriedade intelectual realizada pelo setor privado nos meios digitais representa um novo paradigma de centralização do acesso ao conteúdo nesses meios. De certa maneira, pode também ser comparada a um processo de cercamento digital concretizado por mecanismos técnicos e contratuais para limitar ou impedir determinados acessos e usos.

Esses mecanismos, por sua vez, muitas vezes acabam também por extrapolar os limites legais e impedir determinados usos que são considerados legítimos e legais pelas leis que regem a propriedade intelectual no mundo, como o domínio público. Por fim, acabam também inserindo o consumidor em uma lógica mercadológica fundada na vigilância em que há clara diminuição de sua autonomia informacional.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Stan. **Why the EU Copyright Directive is a Threat to Fair Use**. Center for Democracy and Technology, 2019. Disponível em: <https://cdt.org/insights/why-the-eu-copyright-directive-is-a-threat-to-fair-use/>. Acesso em: 11 out. 2020.

AMADEU, Sérgio. **Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas**. São Paulo: Sesc, 2019.

BARBOSA, Cláudio. **Introdução à Propriedade Intelectual Como Informação**. 1. ed. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2009. p. 67.

BARLOW, John Perry. **Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net**. [S. l.], 1994. Disponível em: <https://www.eff.org/pt-br/pages/selling-wine-without-bottles-economy-mind-global-net>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto; ZINGALES, Nicolo. Law of the Land or Law of the Platform?: Beware of the Privatisation of Regulation and Police. In: BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo. **Platform regulations: how platforms are regulated and**

**how they regulate us.** Genebra: Fgv Direito Rio, 2017. Cap. 2. p. 41-64. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19402>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRIDY, Annermarie. **Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement.** Oregon Law Review, v. 89, 2010.

BOYLE, James. Fencing Off Ideas: Enclosures & the disappearance of the public domain. **Deadalus Spring**, 2002. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1866042](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866042). Acesso em: 03. ago. 2020.

BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/O-Dominio-Publico-no-Direito-Autoral-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

DE FILIPPI, Primavera; MCCARTHY, Smari. **Cloud Computing: Legal Issues in Centralized Architectures.** In: VII International Conference on Internet, Law and Politics, 2011, Barcelona. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2097146](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2097146). Acesso em: 18 jul. 2020.

DE FILIPPI, Primavera. **Copyright Law in the Digital Environment: Private Ordering and the Regulation of Digital Works.** Lambert Academic Publishing, 2012.

DE FILIPPI, Primavera. **The concept of a digital copy.** 15th International Legal Informatics Symposium, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2097149](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2097149). Acesso em: 28 abr. 2020.

DOCTOROW, Cory. **The European Copyright Directive: What Is It, and Why Has It Drawn More Controversy Than Any Other Directive In EU History?.** Electronic Frontier Foundation, p. 1, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www.eff.org/pt-br/deepinks/2019/03/european-copyright-directive-what-it-and-why-has-it-drawn-more-controversy-any>. Acesso em: 22 jul. 2020.

DROTT, E. A. Music as a Technology of Surveillance. **Journal of the Society for American Music**, v. 12, n. 3, p. 233–267, ago. 2018.

DUSSOLIER, Séverine. **Electrifying the fence: the legal protection of technological measures for protecting copyright.** Centre de Recherches Informatiques et Droit, 1997.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira; VALENTE, Mariana (Org.). **Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil.** Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/>

handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 dez. 2018.

GINSBURG, Jane C. **From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law**. *Journal of the Copyright Society of the USA*, v. 50, 2003. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=222493](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493). Acesso em: 27 abr. 2020.

GOOGLE. **Como funciona o Content ID**. 2019. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>. Acesso em: 22 jul. 2020.

HILTY, Reto. IP and Private Ordering. *In: DREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine. The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2875621](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875621). Acesso em: 18 jul. 2020.

HOFFMAN, David A. Relational Contracts of Adhesion. **University of Chicago Law Review**, Chicado, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3008687](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3008687). Acesso em: 19 jul. 2020.

HUSTON, Geoff. The death of transit?. **APNIC**. 28 out. 2016. Disponível em: <https://blog.apnic.net/2016/10/28/the-death-of-transit/>. Acesso em: 18 jul. 2020.

KARAGANIS, Joe. Rethinking Piracy. *In: SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL. Media Piracy in Emerging Economies*. Estados Unidos: Social Science Research Council, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8526/MPEE-PDF-Full%20Book.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jul. 2020.

Jim F; ROSS, Keith W. **Redes de computadores e a Internet: uma abordagem top-down**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

KLONICK, Kate. **The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech**. *Harvard Law Review*, Cambridge, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2937985](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2937985). Acesso em: 22 jul. 2020.

IFPI. **Global Music Report 2017: State of the Industry**. IFPI, 2018. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf> Acesso em 18 jul. 2020.

IFPI. **Global Music Report 2018: State of the industry**. IFPI, 2019. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2019.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

LANDES, William M., POSNER, Richard A. **An Economic Analysis of Copyright Law**. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n. 2, 1989. p. 330.

LEMONS, Ronaldo *et al.* **Estudo Técnico-jurídico: Sistema Brasileiro de TV Digital (SBTVD) e implementação de tecnologia anticópia**. Rio de Janeiro: Fundação Ge-

túlio Vargas, 2007. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2668/Estudo\\_CTS\\_FGV\\_TV\\_digital\\_sistema\\_anticoopia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2668/Estudo_CTS_FGV_TV_digital_sistema_anticoopia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 19 jul. 2020.

LEMLEY, Mark A. **IP in a World Without Scarcity**. Stanford Public Law Working Paper, v. 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2413974](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974). Acesso em: 27 abr. 2020.

LEMONS, Ronaldo, PEREIRA DE SOUZA, Carlos Afonso, BRANCO, Sérgio et al. **Direitos Autorais em Reforma**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2013.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**. [S. l.: s. n.], 2004. Disponível em: [http://files.camolinaro.net/200000376-309f33199c/Free%20Culture\\_L.LESSIG.pdf](http://files.camolinaro.net/200000376-309f33199c/Free%20Culture_L.LESSIG.pdf). Acesso em: 18 jul. 2020. p. 118.

LIEBOWITZ, Stan. Policing Pirates in the Networked Age. **Policy Analysis**, Washington, 2002. Disponível em: <https://object.cato.org/pubs/pas/pa438.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020

LITMAN, Jessica. **Digital Copyright**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2006.

LAMETTI, David. The Cloud: Boundless Digital Potential or Enclosure 3.0?. **Virginia Journal of Law and Technology**, Virginia, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2077742](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2077742). Acesso em: 18 jul. 2020. p. 13.

MPAA. **Theme Report 2017**. 2018. Disponível em: [https://www.mpa.org/wp-content/uploads/2018/04/MPAA-THEME-Report-2017\\_Final.pdf](https://www.mpa.org/wp-content/uploads/2018/04/MPAA-THEME-Report-2017_Final.pdf). Acesso em: 18 jul. 2020.

MPAA. **Theme Report 2018**. 2019. Disponível em: <https://www.mpa.org/wp-content/uploads/2019/03/MPAA-THEME-Report-2018.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

MINHAÇA, João Marcelo. **A Reconstrução do Mercado de Música Através do Streaming – Um Estudo de Caso do SoundCloud**. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) - Universidade de Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica, 2007.

NEILL, Arthur H. Social Media & the Law, Here Comes Everybody. **CEB Business Law Quarterly**, California, 22 jul. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2480542](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2480542). Acesso em: 22 jul. 2020.



SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais: a história da proteção jurídica. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, 2005.

TREFZGER, Timm et al. **Streaming killed the download star: how the business model of streaming revolutionizes music distribution**. *Journal of Organizational Advancement, Strategies and Institutional Studies*, v. 7, n. 1, 2015.

VALENTE, Mariana. **A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet?**. InternetLab, 26 mar. 2020. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **Implicações políticas e jurídicas dos direitos autorais na internet**. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 14.

VALENTE, Mariana. **Manual de Direitos Autorais para Museus, Arquivos e Bibliotecas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **Reconstrução do debate legislativo sobre direito autoral no Brasil: os anos 1989-1998. 2018**. (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

WU, Tim. **On Copyright's Communications Policy**. In: TPRC, 2003, Cambridge, Massachusetts. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2060694>. Acesso em: 18 jul. 2020.

# »»» DIREITOS AUTORAIS NA PÓS-MODERNIDADE, PENSAMENTO SISTÊMICO E ERA DO IMPACTO

João Paulo Jamnik Anderson<sup>1</sup>

Jéssica Jane de Souza<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se destina ao estudo dos Direitos Autorais dentro de uma nova economia, com foco na perspectiva da mudança de paradigmas social e epistemológico. Para tanto, a pesquisa analisará o processo contemporâneo de ruptura, a partir das visões de: James Marins, que defende a Era do Impacto como uma economia que deixa de ser neutra para se preocupar com problemas sociais; Manuel Castells, que apresenta o conceito de Sociedade da Informação, na qual a informação é compreendida como matéria prima, e a lógica cibernética permite a emergência da Sociedade em Redes; Paul Manson, que explica sua visão de Pós-Capitalismo; e Maria José Esteves de Vasconcellos, que explica a epistemologia contemporânea pela perspectiva da intersubjetividade, da complexidade e da instabilidade, demarcando a mudança de paradigma. A metodologia empregada é a crítico-reflexiva que se opera através da revisão bibliográfica. Os resultados até então obtidos são a demonstração da importância do estudo do Direito Autoral a partir das novas tecnologias, bem como que esse ramo do Direito deve modificar suas análises no contexto de uma sociedade mais horizontalizada, não sendo possível se legitimar a partir de sistemas hierárquicos e piramidais. Por isso

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), sob orientação do Professor Doutor Celso Luiz Ludwig. Especialista em Direito Administrativo (UNICURITIBA) e Gestão da Saúde (UEPG). Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA e em Comunicação Social pela Universidade Positivo (UP). Coordenador do projeto Novos Profissionais do Direito. joaop\_anderson@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Daniel Ferreira. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Advogada. E-mail: jessicasouza.ctba@gmail.com

mesmo, é importante a veiculação científica, para o aprofundamento e a troca de informações sobre os Direitos Autorais na pós-modernidade, com a comunidade científica e geral.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais; Economia de Impacto; Pós-modernidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O autor James Marins afirma que estamos vivendo uma transformação na economia, a Era do Impacto, quando ela deixa de ser neutra e se torna “eticamente direcionada para resolver problemas sociais e socioambientais” (MARINS, 2019, p. 53).

Mais especificamente, afirma que passamos a entender que todo desenvolvimento deve ser sustentável, bem como, em breve, todo empreendedorismo será sinônimo de empreendedorismo social; isto no contexto de “evoluções incoercíveis nos designs de nossas estruturas econômicas” (MARINS, 2019, p. 54). Conflui para tal transformação, ainda, uma mudança de consciência, no caminho do desfazimento do ego (MARINS, 2019, p. 62).

Para o autor, chegamos a este patamar pois (MARINS, 2019, p. 63):

Dispomos finalmente de ferramentas para colaborar, com liberdade, tecnologia e consciência, e para construir nossa própria ética de impacto, percebendo que nossas opções, nossas escolhas, nossas ações são componentes de algo muito maior. Temos que aceitar que não existe resposta mágica apresentada por governos ou corporações - não há coelho na cartola -, e que não há resposta centralizada que sirva para todos.

É possível compreender que o pensamento do autor está inserido num modo de pensar “Novo-Paradigmático”, termo utilizado por Maria José Esteves de Vasconcellos, ou mesmo Pensamento Sistêmico (VASCONCELLOS, 2002). É uma nova visão de mundo (paradigma), que substitui os preceitos da Modernidade (quais sejam: a simplificação, a estabilidade e a objetividade). Nas ciências sociais, chama-se tal mudança de Pós-Modernidade (como faz o autor Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1989)).

Em obra que teve sua primeira edição em 1980, Jair Ferreira dos Santos já tratava de conceituar o pós-modernismo como (SANTOS, 1991, p. 7-8):

o nome aplicado às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades avançadas desde 1950, quando, por convenção, se encerra o modernismo (1900-1950). Ele nasce com a arquitetura e a computação nos anos 50. Toma corpo com a arte Pop nos anos 60. cresce ao entrar pela filosofia, durante os anos 70, como crítica da cultura ocidental. E amadurece hoje, alastrando-se na moda, no cinema, na música e no cotidiano programado pela *tecnociência* (ciência + tecnologia invadindo o cotidiano com desde alimentos processados até microcomputadores), sem que ninguém saiba se é decadência ou renascimento cultural.

Na lição do historiador Perry Anderson, embora alguns autores apontem que a pós-modernidade tem sua emergência no pós-guerra (1945), “só com a viragem dos anos setenta é que se preparou o terreno para uma configuração inteiramente nova” (ANDERSON, 2005, p. 113).

Para ele, esta ascensão está ligada a três coordenadas históricas. A primeira, o destino da classe dominante, ou seja, a mudança no conceito de burguesia Moderna ou Clássica conhecida no início do marxismo (ou mesmo o “emburguesamento da classe operária no Ocidente” (ANDERSON, 2005, p. 115)).

A segunda, a evolução tecnológica, carregada especificamente pela televisão a cores. Melhor dizendo, se “o modernismo foi seduzido por imagens de maquinaria; agora, o pós-modernismo era a predisposição para uma maquinaria de imagens” (ANDERSON, 2005, p. 118). No cenário pós-moderno, continua o autor, “as máquinas vertem uma torrente de imagens, com cujo volume nenhuma arte pode competir” (ANDERSON, 2005, p. 119), sendo a nova mídia “máquinas de emoção perpétua que são uma ideologia ubíqua, no sentido forte do termo” (ANDERSON, 2005, p. 119).

Por fim, as mudanças política. Ou melhor: quando o capitalismo alcança seu triunfo total, a modernidade chega ao seu fim por perda de seu antônimo (ANDERSON, 2005, p. 122-123).

Afirma Krishan Kumar (1997, p. 21), por sua vez, que os anos 1980 foram o grande marco da estudo que afirma a existência de uma nova sociedade, a Sociedade da Informação ou Sociedade Pós-Industrial.

Manuel Castells (1999, p. 108-110) apresenta como pressupostos desta Sociedade Informacional: a) a informação como matéria prima, ou seja, as tecnologia agindo sobre a informação e não só a informação agindo sobre a tecnologia; b) a penetrabilidade dos efeitos das tecnologias da informação em todos os processos; c) as redes passando a ser o modelo topológico de diversos tipos de processos e organizações<sup>3</sup>. Por isso, esta Sociedade Informacional também é chamada de Sociedade em Redes; d) a flexibilidade. Capacidade de reconfiguração sem destruição das organizações, e; e) a capacidade de convergência de sistemas, aumentando a cooperação estratégica, bem como a complexidade entre sistemas vivos e não vivos.

Para James Marins, a partir desta Sociedade da Informação (que se organiza em redes) nossa capacidade de opinião, ação, participação e colaboração jamais foi tão grande (MARINS, 2019, p. 31). No mesmo sentido, Paul Manson afirma que atualmente toda a sociedade (e não apenas a fábrica) é o local de resistência idealizado pelo pensamento de esquerda, e que, ao contrário do local físico, as redes que se formam pela Internet não podem ser silenciadas ou dispersadas (MANSON, 2017, p. 20).

Compreende-se então, a convergência entre um novo paradigma epistemológico e o advento das tecnologias da informação. Tal mudança de visão de mundo é acelerada neste ano de 2020 pela pandemia de COVID-19, responsável por transformações na forma como as pessoas trabalham e se relacionam, com as tecnologias da informação penetrando ainda mais na sociedade, abreviando mudanças que ocorreriam em mais alguns anos.

O presente artigo tem como objeto estudar a nova economia e os Direitos Autorais dentro desta contemporânea perspectiva de visão de mundo (paradigma), que para James Marins é a Era do Impacto, para Manuel Castells é a Sociedade da Informação e para Paul Manson é o Pós-Capitalismo.

Para isso, num primeiro momento será abordado o Pensamento Sistêmico, forma de visão de mundo deste novo paradigma, bem como a crise do Direito Moderno dentro deste paradigma pós-moderno. No segundo momento, a pesquisa será destinada à abordagem de como o pensamento

---

<sup>3</sup> Esta ideia também é encontrada em Tim Brown: “a Internet, caracterizada por redes dispersas, descentralizadas e que se reforçam mutuamente, é mais o modelo do que o meio das novas formas de organização que vêm sendo criadas” (BROWN, 2017, p. 28).

moderno foi capaz de moldar o entendimento dos Direitos Autorais. O terceiro momento é o de apresentar como esta visão de mundo moderno deve ser substituída a partir da Era da Informação e do Impacto. A metodologia utilizada é a análise bibliográfica crítica e reflexiva.

## 2 DIREITO NOVO-PARADIGMÁTICO E ALTERIDADE EM REDES

Antonio Carlos Wolkmer (2015, p. 50-62) aponta quatro grandes ciclos do Direito Moderno, por ele denominado de “paradigma normativista da modernidade eurocêntrica”, que é o paradigma hegemônico do Direito contemporâneo.

Diz-se que é eurocêntrico a partir da perspectiva de que a Modernidade é uma forma de colonialismo europeu. Para Enrique Dussel, por exemplo, a modernidade tem seu nascimento na colonização da América Latina<sup>4</sup>.

Esses quatro grandes ciclos são: a) sua formalização; b) sua sistematização; c) seu apogeu e; d) sua crise. Cada um desses ciclos está “inter-relacionado com as condições que perfazem a estrutura de poder político e o modo de produção socioeconômico” (WOLKMER, 2015, p. 50).

O primeiro ciclo, a formalização, coincide com a ascensão do Capitalismo Mercantil e do Absolutismo e declínio do Pluralismo Medieval, cuja economia era Corporativista. Já a sistematização ocorre no período entre a Revolução Francesa e o final das grandes codificações do séc. XIX, quando a aliança entre a burguesia e o rei deixa de fazer sentido para a primeira, que descobre que a fonte de riqueza está na produção de bens e que isto não coaduna com os monopólios reais (AGUIAR, 2000, p. 58).

<sup>4</sup> O ano de 1492, segundo nossa tese central, é a data do “nascimento” da Modernidade; embora sua gestação – como o feto – leve um tempo de crescimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pôde se confrontar com o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo; quando pôde se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “encoberto” como o “si-mesmo” que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do “nascimento” da Modernidade como conceito, o momento concreto da “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de “encobrimento” do não-europeu (DUSSEL, 1993, p. 8).

O Capitalismo, neste segundo momento, é Concorrencial. Ou seja, é preciso afastar a legitimidade da norma real como vontade divina para a ascensão da ideia das leis como vontade do povo. A sociedade baseada no Direito divino do reis é “suplantada pela nova organização social burguesa, que se embasa em uma ideologia jurídica de teor liberal-contratualista” (WOLKMER, 2015, p. 54-55).

Como afirma o autor António Manuel Hespanha, a partir da Revolução Francesa a Europa passa a entender que o direito é a manifestação da vontade do povo, através de representantes eleitos conforme as regras constitucionais estabelecidas (HESPANHA, 2013, p. 41). Deste modo, o Direito deixa de ser a expressão da vontade do monarca, mas a expressão da (fictícia) vontade do povo (WOLKMER, 2015, p. 52).

Mas o apogeu do Direito Moderno ocorre com a construção tecno-formal duma ciência jurídica, entre os anos 20/30 e os anos 50/60 do séc. XX. Caracteriza este momento a “purificação” do Direito e o afastamento total do “dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo” (WOLKMER, 2015, p. 59).

Hans Kelsen, principal autor desta fase positivista (e atualmente hegemônica) do Direito, afirma que (KELSEN, 1998, p. 1):

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Portanto a positivação do direito, a partir de sua construção como ciência pura, representa o apogeu do paradigma normativista europeu, colonizado para o resto do mundo como forma de separar aquilo que era primitivo do que era civilizado.

Por isso, antes estudar o quarto ciclo do paradigma Moderno do direito apontado por Wolkmer, o da sua crise, é necessário compreender um pouco mais sobre as características da epistemologia da Modernidade, a

qual o Direito positivo está inserido. Em segundo momento, verificar-se-á os pressupostos de uma ciência Novo-Paradigmática, os quais o direito contemporâneo, e os Direitos Autorais especificamente, devem se ater a partir das mudanças tecnológicas e epistemológicas.

## 2.1 Simplificação, estabilidade e objetividade

Boaventura de Sousa Santos já afirmava, em um texto publicado originalmente em 1985, que a ciência hegemônica encontrava-se presa ao século XIX, e que o século XXI chegaria antes que o séc. XX começasse<sup>5</sup>.

Mas Maria José Esteves de Vasconcellos aponta, daí em obra de 2002, para a ascensão de uma ciência Novo-Paradigmática, em que os pressupostos da ciência Moderna sofrem avanços (VASCONCELLOS, 2002, p. 101).

Brevemente, a ciência hegemônica e Moderna se explica pela necessidade de afastar-se da teologia medieval, bem como o nascimento (ou ressurgimento) das preocupações com as questões humanas (humanismo) (LEVENE, 2013, p. 86-87). Quando chega o séc. XVII já é possível visualizar o afastamento das certezas medievais (como a unicidade da igreja e o poder divino do Monarca). Os argumentos agora precisavam ser apontados e comprovados (LEVENE, 2013, p. 92).

Os pressupostos desta ciência Moderna são: a (a) simplificação. René Descartes, em seu Discurso do Método, classifica tal pressuposto a partir da concretização do método da “análise”, isto é, a separação das dificuldades “em tantas parcelas quanto fosse possível e necessário para melhor resolvê-las”, método que se propõe a partir da Lógica (DESCARTES, 2009, p. 34). Assim, separa-se o objeto a ser analisado de todo o seu contexto. Esta sim-

---

<sup>5</sup> “[...] se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificamos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoisier e Darwin, de Marx e Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt e Planck a Poincaré e Einstein. E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar” (SANTOS, 2010, p. 13-14). Primeira edição publicada em 1985.



plificação vai além, como na separação entre a ciência e a filosofia<sup>6</sup>, ou da ciência, da moralidade e da arte<sup>7</sup>.

Também a (b) estabilidade. A crença de que o mundo já contém os seus mistérios, “já é”, e que cabe à ciência encontrar e deduzir as suas leis, como as Leis de Newton, ou até mesmo a Lei da Oferta e da Demanda. O objetivo do cientista, a partir deste pressuposto, é prever, explicar e controlar fenômenos. É isto que se espera da ciência e do cientista.

Por fim, o pressuposto da (c) objetividade. Melhor é a ciência quanto mais afastado o observador (cientista) estiver do objeto observado. É a necessidade de afastar a ciência da opinião e da filosofia (VASCONCELLOS, 2002, p. 67-93).

Os pressupostos modernos no Direito, como já abordado, são observados mais intensamente a partir do momento da construção tecno-formal de uma ciência “pura” do direito, seu terceiro ciclo, que afasta do direito qualquer outro fenômeno.

Neste sentido, afirma Thomas Vesting que:

a noção hoje disseminada é a de que o direito moderno deve ser descrito como um direito “positivo”, autônomo: foi assim, afinal de contas, que o regime jurídico pós-1800 rompeu com antigas ordens normativas tais como a etiqueta, a moral, a convenção e o costume [...] (VESTING, 2016, p. 21).

Outra herança do pressuposto da simplificação para o Direito é a atomização da sociedade, ou seja, o surgimento do “sujeito de direito”, em contraponto ao coletivo. Isto torna o direito egoístico (SOUSA JUNIOR, 2011, p. 49). Melhor dizendo, se a ciência tinha como método a análise, com a separa-

<sup>6</sup> Como afirma Edgar Morin, “Vivemos sob o império dos princípios de *disjunção*, de *redução* e de *abstração*, cujo conjunto constitui o que chamo de ‘paradigma de simplificação’. Descartes formulou este paradigma essencial do Ocidente, ao separar o sujeito pensante (*ego cogitans*) e a coisa entendida (*res extensa*), isto é, filosofia e ciência” (MORIN, 2011, p. 11).

<sup>7</sup> Como aponta Perry Anderson, “O projecto iluminista da modernidade tinha duas vertentes. Uma era a diferenciação, pela primeira vez, da ciência, da moralidade e da arte - não já fundidas numa religião revelada - em esferas autônomas de valor, cada qual governada pelas suas próprias normas - verdade, justiça, beleza.” (ANDERSON, 2005, p. 54).

ção do todo em partes, o Direito Moderno faz emergir também um indivíduo (indivisível, atômico), em contraponto com a sociedade complexa.

No que se refere à ideia de estabilidade, o autor Alexandre Veronese faz uma transposição da epistemologia moderna para o Direito Moderno (VERONESE, 2006, p. 9) explicando que:

quando se pensa em modernidade e ciência, o que vem à tona é a antiga utopia de que a produção científica ofereceria teorias e engenhos para o conhecimento e para o posterior controle do mundo social e natural. Na transposição para o plano jurídico, esta diz respeito à possibilidade de um conhecimento sobre o que é o direito, como ele pode ser compreendido (descrito e interpretado) e, finalmente, como ele pode produzir referências seguras para as ações sociais (consequências).

A partir dessa reflexão que se compreende a relação entre a pesquisa jurídica e os quatro momentos sociais, da própria noção de normatividade que valida o conceito abstrato de Direito em relação à vida social e aos valores, até o “momento analítico corresponde à análise social e/ou econômica do direito”, finaliza Alexandre Veronese (2006, p. 9).

## **2.2 Complexidade, instabilidade e intersubjetividade**

A autora Maria José Esteves de Vasconcellos aponta que os pressupostos modernos (simplificação, estabilidade e objetividade) sofreram avanços, e que uma ciência Novo-Paradigmática surge com base nos pressupostos da complexidade, da instabilidade e da intersubjetividade.

O primeiro pressuposto é o reconhecimento de que os fenômenos não ocorrem numa consequência linear unilateral, mas sim em uma causalidade recursiva (VASCONCELLOS, 2002, p. 101). A atitude do cientista deve ser de distinção, ou seja, reconhecimento do objeto em seu contexto, porém sem isolá-lo (o que seria a atitude de disjunção). “Devemos passar a acreditar que estudaremos ou trabalharemos sempre com o objeto em contexto” (VASCONCELLOS, 2002, p. 111).

A instabilidade relaciona-se com a ideia do mundo em constante processo de tornar-se, e não um mundo já pronto (pressuposto Moderno da esta-

bilidade). O determinismo ambiental, portanto, é substituído pelo determinismo histórico (VASCONCELLOS, 2002, p. 125); ou seja, o fator tempo passa a ser considerado (VASCONCELLOS, 2002, p. 120). A compreensão do mundo como um sistema que funciona semelhante a um relógio (ou à máquina a vapor da Sociedade Industrial<sup>8</sup>) passa a ser substituído pela metáfora das nuvens, “sempre abertas para novas configurações” (VASCONCELLOS, 2002, p. 129).

Já a intersubjetividade emerge com o “reconhecimento da impossibilidade de um conhecimento objetivo do mundo” (VASCONCELLOS, 2002, p. 129). Se para a ciência moderna as ideias devem ser confrontadas e superadas (como no esquema de Thomas Kuhn em sua obra “A estrutura das revoluções científicas” (KUHN, 1998)), no novo paradigma epistemológico a verdade deve ser co-criada entre os diversos observadores (VASCONCELLOS, 2002, p. 140). A dialética é substituída pela dialógica (VASCONCELLOS, 2002, p. 133).

Assim, apontados os avanços da epistemologia, que surgem a partir principalmente da física (microfísica e as contradições insuperáveis; a tendência à desordem, a partir da termodinâmica; e o princípio da incerteza, de Heisenberg (VASCONCELLOS, 2002, p. 107-109)), podemos retornar ao esquema de Wolkmer sobre os ciclos do paradigma moderno no Direito, apontando para a sua crise a partir do contexto histórico em que está inserido, qual seja, a Sociedade da Informação e até mesmo esta nova epistemologia.

## 2.3 Sociedade em redes e a crise do direito moderno

Antonio Carlos Wolkmer defende que a crise do paradigma normativista da modernidade eurocêntrica se dá a partir da crise do Capitalismo monopolista e a conseqüente globalização e concentração de capital. *In verbis* (WOLMER, 2015, p. 73):

<sup>8</sup> Como aponta Roberto A. R. de Aguiar, “lastreada nos séculos XVIII e XIX, a inteligência cotidiana do Ocidente vislumbra a matéria sob o ângulo do infinitamente grande e do infinitamente pequeno, tudo isso regido pela Segunda Lei da Termodinâmica. [...] Essa visão gerou uma concepção mecânica do universo, com rígidas leis matemáticas que o regiam de modo determinista. Como as ciências humanas hauriam das naturais seus modelos e métodos [...] a realidade, para elas, estaria submetida a leis históricas inexoráveis, que impeliriam, pelas suas forças, as sociedades em determinadas direções (ou direção). Para que essas leis operassem, era preciso trabalhar com poucas variáveis, muitas delas verdadeiras, mas que, se generalizadas para o todo, incidiriam em graves deformações interpretativas” (AGUIAR, 2000, p. 97).

As atuais sociedades de massa integrantes do centro e da periferia capitalista passam por novas e flexíveis modalidades de produção do capital, por radicais contradições sociais e por instabilidades continuadas que refletem crises, tanto em nível de legitimidade, quanto de produção e aplicação da justiça. Ademais, importa enfatizar que o esgotamento do modelo jurídico tradicional não é causa, mas o efeito de um processo abrangente que, tanto reproduz a transformação estrutural por que passa o sistema produtivo do Capitalismo global, quanto expressa a crise valorativa que atravessa as formas de fundamentação dos diferentes setores das ciências humanas.

Melhor dizendo, a crise do Direito Moderno se dá a partir da Sociedade em Redes e da globalização, já abordada na introdução deste trabalho.

Característica da Sociedade da Informação é a utilização do modelo em redes em todos os tipos de instituição, transformando a economia a partir da reconfiguração do Estado e das corporações.

Neste sentido John Naisbitt afirmava, já em 1984, na efervescência dos primeiros estudos sobre a Sociedade da Informação, que (NAISBITT, 1984, pp. 281-282 *apud* KUMAR, 1997, p. 26):

Estamos começando a rejeitar hierarquias, que funcionaram bem na era industrial, centralizada. Em seu lugar, estamos colocando o modelo de rede de organização e comunicação, que tem raízes da formação espontânea, igualitária e natural de grupos de pessoas de mentes semelhantes. As redes reestruturam o poder e o fluxo de comunicação dentro da empresa, de vertical para horizontal [...] O computador destruirá a pirâmide: criamos o sistema administrativo piramidal e hierárquico, porque precisávamos do mesmo para fiscalizar as pessoas e o que faziam; com o computador para encarregar-se dessas tarefas, poderemos reestruturar horizontalmente nossas instituições.

Da mesma forma, Paul Manson leciona que “ao criar milhões de pessoas interligadas em rede, financeiramente exploradas mas com totalidade da inteligência humana ao alcance de um toque de dedo, o infocapitalismo criou um novo agente da mudança na história: o ser humano instruído e conectado” (MANSON, 2017, p. 20).

José Roberto Ramos de Aguiar aponta para uma horizontalização das instituições, que se tornam “modos de respiração e sedimentação das experiências múltiplas geradas pelas redes, com respostas mais rápidas e com porosidade em relação ao que está em seu entorno” (AGUIAR, 2017, p. 38). Melhor dizendo, não só o computador, mas o próprio usuário e fornecedor da rede, o ser humano, torna o sistema moderno obsoleto (destrói a pirâmide).

O caminho das instituições que não se adaptam a esta horizontalização é o da “deslegitimação, da diminuição do significado político e social”, aspecto que pode ser observado tanto no Estado como no direito contemporâneo (AGUIAR, 2017, p. 39). Isto porque, afirmava Aguiar em texto anterior (AGUIAR, 2000, p. 89):

A forma, o rito, os tempos e os procedimentos do direito são, no máximo, do século XIX e, assim, ele não tem condições nem de reproduzir aspectos sombrios da velocidade, nem de elaborar contra-discursos e contra-práticas, aprimorando-se do instrumental tecnológico para isso. As redes, a des-hierarquização e a desformalização ainda não são o forte do direito contemporâneo, pois a velocidade não tem fronteiras e o direito tem. A velocidade não tem ritos e o direito os cultua. A velocidade constitui fatos e problemas e o direito os acompanha à grande distância, com muita resistência.

Assim, conclui-se esta primeira parte da pesquisa apontando a crise do Paradigma Moderno do Direito, baseada (a) tanto na ascensão de um pensamento sistêmico, alinhado com os pressupostos a complexidades, da instabilidade e da intersubjetividade; (b) quanto à inserção na Sociedade em Redes, globalizada, em que as relações se tornam muito mais horizontais, deslegitimando um direito e instituições que se baseiam em modelos piramidais, que bem funcionaram apenas para uma sociedade em que os valores eram modernos.

Na próxima seção aborda-se como as características do Direito Moderno são encontradas nos Direitos Autorais, para no terceiro momento verificar como estes Direitos devem ser revistos a partir da Era do Impacto.

### 3 A ECONOMIA ORTODOXA, AMORAL E MODERNA E OS DIREITOS AUTORAIS

Começamos este ponto analisando a Economia Moderna, pois inserida dentro dos aspectos que são levados em consideração quando se fala dos Direitos Autorais. Da mesma forma que o Direito, a Economia contemporânea também seguiu orientações da epistemologia moderna, ao retirar de seu objeto de análise a complexidade, a intersubjetividade e a instabilidade.

Para James Marins, esta construção resultou em uma visão míope, porque “seus modelos, seus designs, foram criados a partir do pressuposto fantasioso segundo o qual a economia é um fato da natureza e, portanto, seus fenômenos estão sujeitos à leis universais” (MARINS, 2019, p. 155). Tal miopia é encontrada, por exemplo, na Teoria da Escolha Racional, utilizada pela economia para analisar o comportamento do consumidor<sup>9</sup>.

O autor denomina tal Economia Moderna de Economia Ortodoxa, pois, “como, obviamente, o comportamento econômico não segue leis fixas da natureza, uma vez que a economia é um objeto cultural, uma construção social, essas concepções científicas mais se assemelham a uma teologia fundamentalista, insusceptível de ser discutida” (MARINS, 2019, p. 155).

Desta monta, para a Economia Moderna a ética também é colocada de lado como objeto alheio àquela ciência. Ou, como afirma Roberto A. R. de Aguiar, a partir da separação entre teoria e prática (da “hipertrofia do mito da neutralidade”) ao cientista basta que seu discurso racional faça parte, seja coerente, com o discurso e a linguagem científica. A ética, a aplicação da ciência, passa a ser questão de escolha dos governantes e políticos (AGUIAR, 2000, p. 32).

De modo mais claro, nas palavras de James Marins (2019, p. 156), “o que a Economia Ortodoxa sugeria ser uma leitura científica, uma mera descrição teórica do agente econômico típico é, na verdade, a imposição de um perigoso tipo de valor: a ideia imoral de que os agentes econômicos são seres humanos sem moral, no sentido de amorais”.

---

<sup>9</sup> Para Edgar Gastón Jacobs Flores Filho e Rita de Cássia Ribeiro, “o Direito, a Economia e outras ciências, como a Ciência dos Alimentos, pressupõem a existência de agentes racionais que conhecem e seguem as normas.” (FLORES FILHO; RIBEIRO, 2012, p. 1).

Outro ponto levantado é que esta Economia Moderna está baseada na escassez, algo que não faz sentido quando se fala das novas tecnologias da informação e dos bens digitais, “uma vez que estes podem ser reproduzidos indefinidamente a custo marginal próximo a zero” (MARINS, 2019, p. 159). Estamos falando aqui de uma economia pós-escassez<sup>10</sup>.

Nesta seção será apresentada uma breve introdução sobre quais os fundamentos para o surgimento dos Direitos Autorais, com o intuito de indicar como eles estão relacionados com um Direito e uma Economia Moderna, e que devem ser suplantados a partir da Sociedade da Informação.

### 3.1 Tecnologias e os Direitos Autorais

Qual seria a origem dos Direitos Autorais? Conforme afirma Sérgio Said Staut Júnior, “a história da regulamentação jurídica das manifestações artísticas, científicas e literárias é marcada profundamente pelos processos de transformação e mudança da técnica (e da tecnologia)” (STAUT JÚNIOR, 2019, p. 1). Nesse sentido, afirmam Liz Beatriz Sass e Sarah Linke que os Direitos Autorais emergem a partir da invenção da prensa (ano 1450), fato que “transformou os efeitos da escrita sobre o pensamento e a expressão da cultura humana de forma significativa, alterando, principalmente, as noções sobre autoria e obra” (SASS; LINKE, 2018, p. 26). Isto porque (SASS; LINKE, 2018, p. 27):

Nesse novo cenário, o livro impresso constitui elemento importante para a noção de autoria enquanto algo individual e, de outra parte, para a obra como uma estrutura acabada. Pode-se afirmar que o texto se torna fechado em um duplo sentido: por um lado, passa a ter um autor individual identificado; por outro, não está aberto para acréscimos, alterações, supressões ou comentários.

---

<sup>10</sup> Como aponta Lidia Zuin (2020) “a chamada “economia pós-escassez” é um cenário hipotético da teoria econômica em que há abundância de recursos sendo produzidos por uma quantidade mínima de mão de obra humana, o que possibilita sua comercialização a preços baixos ou, em última instância, a disponibilização gratuita”

Ainda, continuam as autoras, a nova tecnologia (a prensa) repercute na mudança da cultura oral, em que o conhecimento é partilha comum, para a ideia da palavra como propriedade privada (SASS; LINKE, 2018, p. 27).

Tal ideia se consolidaria, complementam as autoras (SASS; LINKE, 2018, p. 27-28), no Romantismo, sécs. XVIII e XIX, quando “a inspiração já não é mais compreendida como algo que vem de um ente exterior (as musas, ou deuses ou Deus, por exemplo), mas sim de dentro do próprio escritor, que passa a ser valorizado a partir das suas capacidades criativas subjetivas” (SASS; LINKE, 2018, p. 28).

Melhor dizendo, “chega-se [...] à compreensão moderna da figura do gênio criador” (SASS; LINKE, 2018, p. 28). Ou seja, as autoras remetem à ideia de direito de autor à Modernidade colocada no primeiro ponto deste trabalho, isto é, a ideia de contrariedade a uma sociedade cuja metafísica controla nos fenômenos da natureza.

É por isso que, para Matheus Ferreira Bezerra, o Direito Autoral tem a intenção de disciplinar “relações jurídicas decorrentes das criações humanas ditas criações do espírito”. Para o mencionado autor tal ramo se vincula “ao fruto da atividade criadora do ser humano capaz de se constituir em uma novidade para a sociedade” (BEZERRA, 2017, p. 21). Essa inovação pode ser desde uma obra escrita ou oral, até mesmo de um *software* e outros mecanismos tecnológicos.

Melhor dizendo, a ideia de simplificação e individualização que abarca todo o Direito e a Economia modernos também aparece não ideia de Direito Autorais. Mas como seria um Direito de Autor a partir duma Sociedade da Informação, duma ciência Novo-Paradigmática e duma Economia de Impacto? Discutiremos tal pergunta no próximo e derradeiro momento.

### 3.2 Pós Capitalismo e Direitos Autorais

Perry Anderson apresenta como característica de uma arte pós-moderna a subtração do enquadramento. *In verbis*, “as novas formas e práticas proliferam, que não só tomavam os meios de comunicação como materiais seus, mas, muitas vezes, estes eram fornecidos pelos próprios meios eletrônicos ou até pela moda” (ANDERSON, 2005, p. 131). Desta feita (ANDERSON, 2005, p. 83):



O que antes eram disciplinas rigidamente separadas da história da arte, crítica literária, sociologia, ciência política e história começou agora a perder suas linhas claras, a cruzar-se entre si em investigações híbridas, transversais, que já não seria fácil atribuir a este ou àquele domínio.

Portanto, observamos tanto na arte, como nas esferas que a circundam, uma ascensão da ideia de intersubjetividade, complexidade e instabilidade, demarcando a mudança de paradigma.

Quanto aos Direitos Autorais, que também são elementos que circundam às artes, assim, é muito difícil que continuem a operar na mesma linguagem do Direito (ou mesmo da Arte) Moderna. Isto porque, como aponta Juliano Maranhão (2016, p. 125):

Encarar os desafios trazidos pelo ambiente digital como o simples surgimento de um novo ramo do direito (o direito digital) e polemizar sobre sua sujeição a regulação específica não parece fazer jus ao tipo de transformação conceitual em jogo. Aparentemente, na virada para o século XXI, a revolução econômica e social trazida pela tecnologia da informação submete o direito a uma nova reconfiguração, ao afetar seu núcleo em meio à crise de uma visão de sua própria identidade.

Para o mencionado autor existem duas visões sobre a Internet e o Direito. A primeira, chamada de excepcionalista, que a vê como um campo específico, “que demanda novas soluções, construindo-se um direito próprio para o universo digital”. Já a segunda visão (não excepcionalista) apenas acredita que trata-se do mesmo direito aplicado a um novo objeto, um novo meio de comunicação (MARANHÃO, 2016, p. 100).

Com base nos estudos aqui apresentados, o excepcionalismo parece ser mais viável, por ser necessário que o campo dos Direitos Autorais reconfigure sua formulação a partir da horizontalização das relações.

Ainda, acredita-se que a Modernidade, como aponta Naisbitt, cumpriu com as necessidades de organização necessárias para o ambiente econômico em que estava inserida, mas que é essencial repensar o campo dos Direitos Autorais a partir das necessidades de interesse público de uma sociedade

de global, utilizando-se de suas características para uma maior inclusão e o fim das relações verticais.

Defendem Beatriz Liz Sass e Sarah Linke que a criação da figura do autor gênio e celebridade foi muito útil para os interesses econômicos que circundam os Direitos Autorais (SASS; LINKE, 2018, p. 32); porém (SASS; LINKE, 2018, p. 32):

o advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet acabou por trazer ainda maior fluidez e novas discussões sobre a compreensão do fenômeno da autoria. Diante desse novo contexto, muitas obras já não se apresentam a partir de uma ideia de individualidade, como tampouco estão preocupadas com a originalidade ou a genialidade do seu conteúdo. Cada vez mais pessoas se tornam produtoras de conteúdo cultural e cada vez mais isso ocorre de maneira colaborativa e despreocupada das noções tradicionais tuteladas pelo Direito Autoral.

Como exemplos desta disrupção causada pelas tecnologias da informação nos Direitos Autorais, Paul Manson (2017, p. 199-201) traz os *softwares* de código aberto e o Wikipédia. *In verbis* (MANSON, 2017, p. 201):

A Wikipédia, como o Linux, é radical em dois sentidos. Primeiro, na natureza comunal do que é produzido: é livre para o uso, mas impossível de ser tomado, possuído ou explorado. Segundo, na natureza cooperativa do processo de produção: ninguém num escritório central decide o que serão as páginas; os empregados da Wikipédia simplesmente regulam os padrões de criação e edição e defendem a plataforma como um todo contra a erosão por hierarquias de propriedade e gestão.

Ou seja, “o maior produto de informação do mundo - a Wikipédia - é feito por 27 mil voluntários, de graça, abolindo o comércio de enciclopédias e privando a indústria publicitária de uma receita anual estimada em 3 bilhões de dólares” (MANSON, 2017, p. 17-18).

Tal produção gratuita de conteúdo, por si, já coloca em dúvida a ideia do *Homo economicus* da Economia Moderna, cuja a qual o “interesse pessoal

[...] parece resumir-se à acumulação infinita de riquezas individuais” (MARINS, 2017, p. 161).

### 3.3 Economia do impacto

É James Marins quem traz o conceito de Economia de Impacto, em contraponto com a Economia Ortodoxa (Moderna, racional e alheia à moral). Para ele, são quatro fatores que levam a esta nova visão (paradigma) econômica: a) a emergência ecológica, observada pela preocupação da ONU com a confecção do relatório “Nosso Futuro Comum”, em 1987; b) a queda do Muro de Berlim, ícone da queda de um mundo bipolarizado; c) a Crise Econômica de 2008, prova cabal da incapacidade de auto regulamentação do mercado; d) o fator tecnológico, já especificado (MARINS, 2019, p. 172).

Entre os exemplos desta Economia de Impacto, o autor apresenta as Empresas B, as *startups* de impacto, os coletivos (“formas de mobilização social que se configuram enquanto modalidade de ativismo social multiforme”) e o empreendedorismo de rede (“indivíduos conectados para realizar ações visando o alcance de objetivos compartilhados através de conexões ecossistêmicas”) (MARINS, 2019, p. 198-200).

Nesse sentido, o autor Marcos Wachowicz afirma que a tecnologia da informação contribuiu para redimensionar as empresas e suas hierarquias, pois permitiu a introdução de novos processos, recursos de informação, “por meio de bens informáticos” (WACHOWICZ, 2011, p.n). Com isso, há um impacto direto na economia e o surgimento de novas modalidades de serviços, disponibilidade de novos produtos e a necessidade de se repensar e atualizar legislações.

## 4 CONCLUSÃO

Neste trabalho tínhamos por objetivo o estudo dos Direitos Autorais dentro de uma nova economia, surgida a partir das tecnologias da informação e da Era do Impacto. Apresentados os conceitos, podemos concluir que os Direitos Autorais, como todo o Direito Moderno, deve modificar suas análises a partir de uma sociedade mais horizontalizadas, não cabendo mais legitimidade a sistemas hierárquicos e piramidais.

Dentre os preceitos sugeridos por Paul Manson para a transformação da sociedade para uma sociedade Pós-Capitalista (e porque não um Direito), a partir da constatação de que o capitalismo perdeu sua maleabilidade habitual de se adaptar às suas constantes crises, está (além de “entender as limitações da força de vontade humana”; a “sustentabilidade ecológica”; entender que “a transição não tem a ver apenas com a economia”; e “atacar o problema a partir de todos os ângulos”) o dever de “maximizar o poder da informação” (MANSON, 2017, p. 382-387).

Isto significa “criar controle social democrático sobre a informação agregada, impedindo sua monopolização ou mau uso por Estados e corporações”, socializando o conhecimento e ampliando os resultados da ação coletiva (MANSON, 2017, p. 386).

Em 27 de julho de 2020, a BBC Brasil informou a intenção dos entregadores de aplicativos de entrega de comida pela Internet (Uber Eats, iFood e Rappi) de criarem uma cooperativa para concorrerem com as empresas que atuam no setor, dos quais são “parceiros”. Conforme a notícia, os entregadores contavam com a ajuda de advogados, programadores, economistas e estudiosos do cooperativismo de plataforma (SCHREIBER, 2020)<sup>11</sup>.

Deste modo, o caminho para um Direito Autoral que considere o interesse público como objetivo único do Direito, deve passar pelo reconhecimento de que não cabem mais aplicações Modernas ou a consideração de pressupostos econômicos que não mais fazem sentido, como as ideias de escassez e de genialidade do autor.

É necessário ter em foco que a nova economia se baseia na ideia de abundância, e que os Direitos Autorais devem cumprir a função de evitar o monopólio e o abuso do conhecimento por parte dos Estados e das organizações.

Para isso, talvez seja necessário até mesmo descolonizar o estudo deste campo jurídico, no sentido assegurar e incentivar o livre comércio, a livre iniciativa e o bom desenvolvimento social e econômico.

---

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53551592>. Acesso em 14 set. 2020.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinências e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000.

\_\_\_\_\_. “Alteridade e rede no direito”. In: Org. Alexandre Bernardino Costa ... [et. al.]. **O Direito Achado na Rua**: Nossa conquista é do tamanho da nossa luta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 5-48.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Lisboa: Edições 70, 2005.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **Manual de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BROWN, Tim. **Design Thinking**: uma metodologia poderosa para decretar o fim das velhas ideias. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

FLORES FILHO, Edgar Gastón; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação. **Economic Analysis of Law Review**. vol. **3**, n. **1**, 2012. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20109/3%20EALR%20109>. Acesso em: 14 set. 2020.

HESPAÑA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LEVENE, Lesley. **Penso, logo existo**: tudo o que você precisa saber sobre filosofia. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

MANSON, Paul. **Pós-capitalismo**: um guia para o nosso futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MARANHÃO, Juliano. Reconfiguração Conceitual? O Direito Digital como metáfora de si mesmo. In: **Teorias contemporâneas do direito**: o direito e as incertezas normativas (coord. Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa). Curitiba: Juruá, 2016.

MARINS, James. **Era do Impacto**: o movimento transformador massivo da liberdade, das novas economias, dos empreendedores sociais e da consciência da humanidade. Curitiba: Voo, 2019.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NAISBITT, J., **Megatrends**: Tem New Directions Transforming Ours Lives. Nova York: Waner Books, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna**. 6 ed., Porto: Afrontamento, 1989; 3 ed., São Paulo: Graal. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/introducao-a-uma-ciencia-pos-moderna.php>. Acesso em: 21 fev. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. 10 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

SASS, Liz Beatriz; LINKE, Sarah. A (des) construção do conceito de autoria na contemporaneidade: quem é o autor na perspectiva das novas formas de produção cultural?. **Anais do XI Congresso de direito de autor e interesse público - CODAIP**, 2018. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020, p. 23-46.

SCHREIBER, Mariana. **'Adeus iFood'**: entregadores tentam criar cooperativa para trabalhar sem patrão. BBC Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53551592>. Acesso em: 14 set. 2020.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Aceleração tecnológica, direitos autorais e algumas reflexões sobre as fontes do Direito. **Anais do XII Congresso de direito de autor e interesse público - CODAIP**, 2019. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/001-ACELERA%C3%87%C3%83O-TECNOL%C3%93GICA-DIREITOS-AUTORAIS-E-A-ALGUMAS-REFLEX%C3%95ES-SOBRE-AS-FONTES-DO-DIREITO.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: O novo paradigma da ciência. Campinas, SP: Papyrus, 2002.

VERONESE, Alexandre. O Problema da Pesquisa Empírica e sua baixa integração na área do Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro, XV. **Congresso Nacional do CONPEDI**, 2006. Disponível em:

[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_veronese2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf). Acesso em: 10 jan. 2020.

VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. In: **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas** (coord. Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa). Curitiba: Juruá, 2016.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação - os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.)**. 1 ed. (ano 2006), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZUIN, Lidia. **A visão futurista de um “Comunismo Automatizado de Luxo”**. Uol/TAB. 2020. Disponível em: <https://lidiazuin.blogosfera.uol.com.br/2020/04/28/a-vi-sao-futurista-de-um-comunismo-automatizado-de-luxo/>. Acesso em: 15 set. 2020.

# »»» O PAPEL DO RECONHECIMENTO MORAL DO AUTOR NA CULTURA DIGITAL

Alejandro Knaesel Arrabal<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho trata do reconhecimento moral do Autor e o seu papel na Cultura Digital. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, o estudo aponta para o entendimento de que a reputação autoral não pode ser desprezada em razão de leituras preconceituosas que consideram este direito um mero exercício de vaidade, produto de aspirações individualistas narcísicas. Ele integra o escopo dos direitos fundamentais como vetor de dignidade existencial e profissional, com relevantes implicações de ordem social e econômica.

**Palavras-chave:** Cultura Digital. Direitos Fundamentais. Autor. Reconhecimento Moral.

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação ao longo do século XX impactaram significativamente na realidade social, assim como formam impactadas por ela.

Promotoras de uma ordem econômica pautada no intangível, essas tecnologias instituíram as condições para a emergência de uma Cultura Digital que, entre outros aspectos, transformou os instrumentos e recursos que

---

<sup>1</sup> 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 Colaborador do Programa de Mestrado em Administração da FURB. Professor da Universidade Regional de Blumenau – FURB e do Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPQ-FURB) e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPQ-FURB), com estudos em direito de Propriedade Intelectual, desenvolvimento Tecnológico e Inovação. Membro do NIT - Núcleo de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. E-mail: arrabal@furb.br



envolvem os mais distintos processos criativos. Neste cenário, os Direitos de Autor assumem grandes desafios. A fim de contribuir com o tema, este trabalho procura avaliar o papel do reconhecimento moral do Autor no contexto da Cultura Digital.

Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, seu conteúdo está estruturado em três unidades. A primeira procura caracterizar os principais aspectos que qualificam a Cultura Digital. A segunda aborda o panorama dos direitos Morais do Autor, com ênfase ao que dispõem os parágrafos I e II do artigo 24 da Lei 9.610/98. A última parte avalia o papel do reconhecimento moral do autor na Cultura Digital.

## 2 CULTURA DIGITAL

A Cultura Digital compreende um conjunto de valores e práticas que emergiram a partir das Tecnologias de Informação e Comunicação e que assumiram contornos peculiares. Assim como as matrizes energéticas carbonífera, elétrica e petroquímica representaram fatores estruturantes para o gradual desenvolvimento das duas primeiras revoluções industriais, a codificação digital compreende a matriz da terceira e fator estruturante da quarta (SCHWAB, 2016).

A palavra “digital” é relativa etimologicamente aos dedos das mãos. Desde os tempos primitivos os seres humanos realizam contas simples por meio da marcação de seus dedos. O dígito (do latim “*digitus*”), unidade física de conta manual, cedeu lugar a expressões numéricas que representam a dualidade elementar de qualquer plataforma computacional moderna: o zero e o um. Milhares de combinações de zeros e uns simbolicamente concatenam fluxos extraordinariamente velozes de energia, compreendendo a “substância” (a “mídia”) a partir da qual objetos e ações tornam-se possíveis.

O aperfeiçoamento progressivo da microeletrônica oportunizou a emergência da infraestrutura digital e, com ela, o incremento da mediação tecnológica. Mediações instrumentais são instâncias coadjuvantes da existência humana. Desde as mais rudimentares produzidas nos tempos primitivos, ferramentas são mediações e, ao mesmo tempo, extensões do ser. Elas “falam” e “participam” do processo de construção da realidade. Fischer (1979,

p. 21) considera que “não há ferramenta sem o homem, nem o homem sem a ferramenta: os dois passaram a existir simultaneamente e sempre se acharam indissolúvelmente ligados um ao outro”. A existência e a identidade humanas são plasmadas midiaticamente. As mídias (os meios) produzidos e experimentados integram o próprio sentido que a humanidade reconhece para si e em si.

Entre outros aspectos, a Cultura Digital é marcada pela crença de que o incremento midiático da comunicação humana em rede, operado por tecnologias computacionais, é capaz de lançar a humanidade a uma era de solidariedade, livre da opressão e da concentração de poder. Tecnologias são produzidas “dentro de contextos culturais específicos, mas, uma vez elaboradas, interferem igualmente nesse contexto”. (NAYAR apud MARTINHO, 2014, p. 50). Para Castells (1999, p. 411) esta visão tem origem aproximadamente “no fim dos anos sessenta e meados da década de setenta na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos”.

Discursos técnicos transfiguram-se em discursos sociológicos em um processo sincrético de valores. A eficiência, flexibilidade e robustez das redes de comunicação distribuídas foi defendida por Paul Baran (1964) em um relatório técnico voltado a operacionalização de estruturas telemáticas, desde então empregado como argumento refratário a modelos verticalizados de exercício de poder. Eric Raymond (1999), defensor do modelo colaborativo de desenvolvimento de software afirmou que “dados suficientes olhos, todos os erros são superficiais”, referindo-se ao fato técnico de que erros no código da máquina podem facilmente ser resolvidos a partir de uma atuação coletiva difusa, descentrada e massiva.

A Cultura Digital sincretiza paradoxalmente o senso de pertencimento coletivo (a rede), com a experiência individual de controle sobre uma interface, adaptada ao perfil do usuário e otimizada para atender seus interesses. A interface de um computador em rede assume o lugar do ambiente público, produzindo uma experiência híbrida de relacionamentos em que o coletivo é tomado pelo individual e o individual pelo coletivo. Martinho (2014, p. 228-229) observa que:

As telas digitais estão entre as principais interfaces contemporâneas, e uma boa parte do que se entende por “informações”, “dados” e mesmo, em alguma medida, “vida pessoal” e “conhecimento”, é recebida através delas. É na superfície das telas que acontecem algumas das principais formas de interação – **para a maior parte das pessoas, a presença do ciberespaço acontece a partir de uma tela digital a partir da qual se interage com outros indivíduos**, igualmente conectados a partir de teclados e telas.

A interação mediada por tecnologias se dá em dois planos integrados, do “usuário” para a “máquina” e de “usuário” para “usuário(s)”, o que induz cada utente a reconhecer a esfera pública como instância incorporada ao seu domínio privado. Todos os elementos que compõe a rede são assumidos como próprios, aparentemente disponíveis para uso arbitrário.

O antropocentrismo moderno alimentou a noção de ampla disponibilidade da natureza para a humanidade. De modo semelhante, a Cultura Digital fortalece o sentido da ampla disponibilidade da rede e de seus respectivos “recursos”.

Lessig (2004) observa que a “arquitetura da Internet” foi concebida alheia a instituição de meios para garantir direitos autorais. O “meio” é mais do que mero instrumento subordinado a vontade dos seus usuários. Ele participa da produção dos hábitos e valores.

A comunicação tecnologicamente mediada é uma experiência comprometida com a redução de dificuldades, obstáculos e traumas, a partir da automação servil. Toda aplicação tecnológica é dirigida a prover resultados, coloca-se diante das pessoas como artefato orientado aos seus propósitos. Ao colocar-se a frente dos processos comunicativos, a interface introduz esta mesma expectativa às relações interpessoais, o que potencialmente leva ao despertar de insatisfações e conflitos, dado que o convívio revela diferenças e contradições.

A ausência de parâmetros estruturais que permitam reconhecer, ainda que de forma dinâmica, distinções entre o público e o privado, traz o desafio de fortalecer o senso de responsabilidade e compromisso ético de cada integrante da rede. Este desafio, em parte, encontra obstáculos na própria

modelagem da infraestrutura computacional, prioritariamente orientada a oferecer facilidades, em detrimento de compromissos e deveres.

Neste cenário, o anonimato é tomado como um meio à garantia de privacidade, o que representa um equívoco, dado que o exercício de toda liberdade civil implica o dever de resposta sobre os efeitos produzidos a partir dela. É neste sentido que o exercício da liberdade de expressão, em regra, não admite o anonimato. (BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 5º, IV).

### **3 DIREITOS MORAIS DE AUTOR**

A Declaração Internacional dos Direitos Humanos reconhece para todos o direito de participar livremente da vida cultural, fruir das artes e participar do desenvolvimento científico e tecnológico. A par disto confere também o “direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”. (ONU, 1948, artigo XXVII).

O reconhecimento de direitos àquele que, ao participar livremente da produção cultural, incorpora a esse universo expressões e artefatos artísticos e técnicos, representa um desdobramento dos ideais modernos de liberdade e autonomia. Ribeiro (1995, p. 62) observa que “a ideia de um eu individual está incorporada ao senso comum, fazendo parte da cultura, e do sistema de valores contemporâneos. Considera-se que [...] todo indivíduo é dotado de autonomia para dirigir suas ações”.

Durante muito tempo, a sujeição material do homem às forças da natureza também orientou a sua sujeição cultural. Predominava o sentido de que o pensamento era a reminiscência de um plano superior e a criatividade expressão demiúrgica. Enquanto a humanidade reconhecia a si mesma a condição de instrumento de forças superiores, não havia condições culturais para surgir direitos de personalidade, ou mesmo referir-se à direitos morais como algo próprio a qualquer sujeito.

Personalidade, individualidade e autonomia são conceitos tipicamente modernos. Foi preciso que, gradualmente, o conhecimento sobre os fenômenos físicos e o desenvolvimento da arte e da técnica fossem atribuídos à vontade humana. Para Kant (1995), o homem moderno é fim em si mesmo,

de modo que a sua dignidade resulta da impossibilidade de figurar como mero instrumento servil a propósitos para além dele.

Forjada sob o paradigma do racionalismo antropocêntrico, o Autor<sup>2</sup> resulta da virada copernicana a respeito da legitimidade do homem sobre o pensamento e a expressão criativa. O Autor moderno assumiu frente a obra por ele produzida a mesma posição de domínio que a humanidade assumiu diante do mundo. Trata-se da afirmação dos valores e das possibilidades que acompanharam o despertar da individualidade e do livre arbítrio como fonte e domínio legítimos.

Freire (1989, p. 32) observa que “em todo homem existe um ímpeto criador. O ímpeto de criar nasce da inconclusão do homem”. A indeterminação do homem consiste em um *código aberto* por meio do qual ele tem o poder de construir o seu próprio mundo. Galimberti (2015, p. 5) considera que “o homem é livre porque é biologicamente deficiente, porque não é codificado de uma forma rígida pelos instintos”.

Nos últimos três séculos, os atributos de propriedade, autonomia, originalidade e moralidade creditados ao indivíduo-autor são “considerados como dados inquestionáveis. Entretanto, o seu aparecimento na história demonstra que tais atributos são, evidentemente, arbitrariedades culturais das condições tecnológicas e econômicas da sociedade que os construiu” (HOWARD apud CARBONI, 2010, p. 85).

*Autor* é a pessoa a quem se imputa uma ação cujo resultado assume valor positivo ou negativo, “[...] como é o caso do autor de uma descoberta científica, do autor de um texto ou do autor de um crime” (KROKOSCZ, 2015, p. 58). No contexto da atividade jurisdicional, por exemplo, diz-se *autora* a parte que *ingressa* com a ação judicial, sujeito a quem se atribui, presumivelmente, a *titularidade* legítima de direitos subjetivos. Na esfera criminal, imputa-se ao réu a *autoria* do crime. Por sua vez, a *autoridade judicial* é imbuída de *prerrogativas* a fim de solucionar os conflitos sociais postos sob sua apreciação. No plano da produção artística e técnica, o *Autor* é o indivíduo a quem se reconhece a condição de *origem* da obra, e, por consequência, assume a *legitimidade* sobre o domínio da criação.

---

<sup>2</sup> A palavra Autor refere-se etimologicamente a quem dá origem ou promove, da mesma raiz da palavra Autoridade (MOURÃO, 2001).

Assim, o criador intelectual se impõe como autoridade e, no sentido causal, figura como responsável em relação à obra realizada. No universo acadêmico, a atribuição de créditos não representa apenas a conquista de honorárias, mas também implica na *responsabilidade* pelo que é afirmado como científico (DINIZ; TERRA, 2014, p. 27). Em grande parte, o reconhecimento de um vínculo indissociável, análogo à paternidade, entre Autor e obra é o que, simbolicamente, confere ao sujeito Autor, não só a responsabilidade sobre a criação, mas também o poder sobre a obra e a consequente legitimação para garantir a sua apropriação exclusiva. A autoridade está sedimentada na condição de causa primeira, fonte determinante da criação.

A ordem jurídica contemporânea qualifica o Autor como toda “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (BRASIL, Lei nº 9.610/98, art. 11). Neste contexto, a criatividade representa, sobretudo, a ação livre que expressa a deliberação individual sobre instrumentos, materiais, recursos e formas.

A criatividade acompanha a liberdade moderna como fator de dignidade existencial, seja na imputação de responsabilidade sobre eventuais consequências danosas, seja na destinação dos benefícios e reconhecimento meritório sobre resultados socialmente condignos. Neste sentido Bauman (2008, p. 69) observa que “a individualização traz, uma liberdade sem precedentes para experimentar – mas também traz uma tarefa sem precedentes de lidar com suas consequências”.

O indivíduo criativo, Autor, retrata a emancipação da personalidade singular, livre de constrangimentos oriundos de uma vontade heterônoma e cujo fundamento do seu agir reside na própria autonomia. Contudo, esta mesma personalidade singular nutre-se do ambiente em que ela se encontra, em contínuo processo de interação e troca. O individual e o coletivo são, portanto, dimensões integradas a partir do exercício da liberdade criativa autoral.

O Autor de obra literária, artística ou científica, assim como de invenções, é considerado legítimo titular do direito exclusivo (e temporário) de uso e fruição do bem que cria, assim como do direito de manter e fortalecer sua reputação, em tudo que diga respeito a este bem. Desdobram-se, portanto, os direitos autorais em uma dimensão patrimonial e outra moral.

A etimologia da palavra moral indica um modo de agir, costume ou hábito (PEREIRA, 1991, p. 20). É popularmente empregada em diversos sentidos: a moralidade como decência e pudor; a moral como sinônimo de personalidade ou das qualidades psíquicas de um sujeito; algo imaterial em oposição ao que é físico.

Os antigos entendiam a liberdade como adequação do sujeito ao seu meio em que vivia. A felicidade (*Eudaimonia*) implicava o alinhamento com o *Daimon* (ou *Daemon*), uma força superior que governa e protege a todos (Cosmos/Natureza/Deus)<sup>3</sup>. De certa forma, a ideia de uma força maior é traduzida atualmente na busca por identidades de grupo. Os sujeitos buscam reconhecer-se no meio em que vivem. Ser identificado como partícipe de algo maior se confunde com a constituição da identidade singular dos sujeitos.

Disto resulta um duplo sentido para a palavra moral: como parâmetro de comportamento individual determinado por uma instância superior; como subjetividade humana, qualificada pelo arbítrio e que singulariza a personalidade. Para o pensamento moderno de cariz Kantiano, todas as pessoas são iguais em vontade, no sentido de ser capazes de empregar a razão para exercer com prudência a sua liberdade.

No plano autoralista, a moral<sup>4</sup> vincula-se às faculdades humanas que justificam a autodeterminação, o que implica no liame destas mesmas facul-

<sup>3</sup> Para Huxley (1992, p. 41–42), o homem primitivo “[...] sempre se considerou parte da natureza, íntima e fundamentalmente ligado a ela e inserido nela. Essa ideia foi expressa por povos primitivos em noções como o totemismo, que define as relações do homem com animais e até sua identificação com eles; os rituais de fertilidade, que insistem no fato de que os processos sexuais humanos são idênticos aos da natureza, e que há uma conexão profundamente enraizada entre ambos; e as noções de politeísmo e da divindade dos objetos naturais. Esse era o padrão primitivo do mundo, e remanescentes dele continuaram por séculos depois da aceitação do Cristianismo nos chamados cultos de feitiçaria da Europa Ocidental, por exemplo, que eram essencialmente antigos cultos de fertilidade sobrevivendo desde tempos muito antigos.”

<sup>4</sup> Miranda (2013, p. 67) aponta críticas ao emprego da palavra “moral” nos seguintes termos: “A expressão ‘droit moral’, lançada pelo jurista francês André Morillot, em 1872, é vazia, malsonante, híbrida e quase diremos monstruosa, por ser de uma dimensão social o substantivo e de outra o adjetivo. No mesmo despenhadeiro de imprecisões, outro escritor francês, foi mais longe: a adjetivação ‘moral’ parecia-lhe boa, porque objeto último do direito é o ‘belo’ (excusez du peu!); o imaterial justificaria o nome (S. de Gorguette D’Argoèves, *Du Droit moral de l’auteur sur son oeuvre artistique et littéraire*, 59).”

dades a obra criada. Assim, o reconhecimento do protagonismo que conferiu materialidade a obra, a deliberação sobre sua publicidade, a preservação da reputação no que compreende as características da obra e sua relação com o autor, assim como a preservação memorial são considerados direitos morais.

Bittar (1994) aponta como características fundamentais destes direitos: a pessoalidade; a perpetuidade; a inalienabilidade; a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

De início são direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos e perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois, exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial. (BITTAR, 1994, p. 45)

O reconhecimento de direitos morais no Brasil assumiu especial relevo a partir da tradição jurídica romano-germânica, “ao contrário do sistema do copyright anglo-saxão, cuja proteção recai, principalmente, sobre a obra intelectual” (CARBONI, 2008, p. 57).

Constituindo capítulo próprio da Lei autoralista, os direitos morais estão enunciados no artigo 24, nos seguintes termos:

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. (BRASIL, Lei nº 9.610/1998),

Os dois primeiros incisos compreendem o que neste trabalho é referido como “reconhecimento moral”, também qualificado na doutrina como direito de paternidade. O *controle* e a *perpetuação* desdobram-se no acesso público (incisos III e VI) e na estabilidade material, simbólica e de imagem da obra e do autor (incisos IV, V e VII).

## 4 O RECONHECIMENTO MORAL DO AUTOR NA CULTURA DIGITAL

No transcurso da história, o pertencimento coletivo representou, de vários modos, garantia de sobrevivência e fator constitutivo de identidades de grupo. A Cultura Digital, em diálogo com as concepções atuais sobre processos criativos e inovação, a exemplo do *crowdsourcing*<sup>5</sup>, resgatam aspirações coletivistas que tendem a distanciar-se do reconhecimento autoral.

Carboni (2009. p. 471) destaca que “as novas tecnologias possibilitaram o aparecimento de um novo tipo de proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo”. Berners-Lee (2007), criador da *World Wide Web* considera que a criatividade individual é especial, mas apenas a criatividade em grupo é capaz de solver grandes problemas. Afirma que idealizou a web no sentido de tornar-se uma ferramenta de criação coletiva. Na sua concepção a mediação tecnológica das redes é

<sup>5</sup> Howe (2009, p. 12) afirma que o “*crowdsourcing* usa a tecnologia para incentivar níveis inéditos de colaboração e trocas significativas entre pessoas com as formações mais diversas, das mais distantes localidades geográficas”.

capaz de “combinar os pensamentos” e assim conceber uma inteligência superior às mentes individuais.

O “espírito colaborativo” que acompanha o ideário da inovação no segmento das TICs, não raro é confundido com liberdade irrestrita e gratuidade de acesso a bens intelectuais. A partir do *crowdsourcing* procura-se obter a colaboração massiva de ideias ou recursos diversos (a princípio, não financeiros), provenientes de inúmeras fontes que, *solidariamente*, participam no desenvolvimento de novas soluções ou produtos. Em certa medida, este conceito equipara-se ao “modelo Bazar” de produção de software descrito por Raymond (1999), o qual corresponde à própria lógica radicada no *Free Software* e no *Open Source* que reconhece a participação coletiva como uma dinâmica indispensável à resolução de problemas.

A prevalência do coletivismo como meio mais eficiente (e legítimo) para a realização de atividades produtivas e processos criativos, sugere que a individualidade autoral não tem lugar. Contudo, pressupor que a autoria implica domínio exclusivo, ainda que seja uma leitura correta, não é completa. É preciso lembrar que o reconhecimento moral não se confunde necessariamente com o domínio patrimonial. Em outras palavras, tornar conhecida a autoria não compromete as condições de uso e circulação de uma obra. Aliás, tal circunstância é juridicamente prevista vez que, no exercício dos seus direitos patrimoniais, o autor pode transferi-los parcial ou totalmente, sem que isso interfira no reconhecimento moral. (BRASIL, Lei nº 9.610/1998, art. 49)



No mesmo sentido cumpre observar o que a lei brasileira define como “obra coletiva” (BRASIL, Lei nº 9.610/1998, art. 5º, VIII, h). A obra “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores”, tem no seu organizador a titularidade dos direitos patrimoniais. (BRASIL, Lei nº 9.610/1998, art. 17, § 2º). O mesmo dispositivo destaca ainda que, no exercício dos direitos morais, qualquer um dos participantes na criação “poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva” (art. 17, § 1º). Assim, pode-se afirmar que a vinculação do nome à obra é um aspecto comum ao que a Lei de Proteção a Dados Pessoais refere como “autodeterminação informativa” (BRASIL, Lei nº 13.709/2018, art.

2º, II), embora, na ausência de manifestação expressa do autor, o seu reconhecimento seja a regra.

Considerando que, em regra, o uso livre de uma obra pressupõe a autorização prévia e expressa de seu respectivo autor, o jurista norte-americano Lawrence Lessig (2004) contribuiu para a criação da plataforma Creative Commons (2020). Sua ideia foi oferecer um meio para que os produtores de conteúdo pudessem facilmente informar sob quais condições disponibilizariam suas obras na rede. Abaixo segue as modalidades de licenciamento de uso atualmente previstas na plataforma:

**TABELA 1 – MODALIDADES DE LICENÇAS CREATIVE COMMONS**

 <p>BY</p>	<p><b>“Atribuição CC BY</b> Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, <b>desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original.</b> É a licença mais flexível de todas as licenças disponíveis. É recomendada para maximizar a disseminação e uso dos materiais licenciados.”</p>
 <p>BY SA</p>	<p><b>“Atribuição-Compartilha Igual CC BY-SA</b> Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, <b>desde que lhe atribuam o devido crédito</b> e que licenciem as novas criações sob termos idênticos. Esta licença costuma ser comparada com as licenças de software livre e de código aberto “copyleft”. Todos os trabalhos novos baseados no seu terão a mesma licença, portanto quaisquer trabalhos derivados também permitirão o uso comercial. Esta é a licença usada pela Wikipédia e é recomendada para materiais que seriam beneficiados com a incorporação de conteúdos da Wikipédia e de outros projetos com licenciamento semelhante.”</p>
 <p>BY ND</p>	<p><b>“Atribuição-Sem Derivações CC BY-ND</b> Esta licença permite a redistribuição, comercial e não comercial, desde que o trabalho seja distribuído inalterado e no seu todo, <b>com crédito atribuído a você.</b>”</p>
 <p>BY NC</p>	<p><b>“Atribuição-Não Comercial CC BY-NC</b> Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, e embora os novos trabalhos <b>tenham de lhe atribuir o devido crédito</b> e não possam ser usados para fins comerciais, os usuários não têm de licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos.”</p>

 <p>BY NC SA</p>	<p><b>“Atribuição-Não Comercial-Compartilha Igual CC BY-NC-SA</b> Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, <b>desde que atribuem a você o devido crédito</b> e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.”</p>
 <p>BY NC ND</p>	<p><b>“Atribuição-Sem Derivações-Sem Derivados CC BY-NC-ND</b> Esta é a mais restritiva das nossas seis licenças principais, só permitindo que outros façam download dos seus trabalhos e os compartilhem <b>desde que atribuem crédito a você</b>, mas sem que possam alterá-los de nenhuma forma ou utilizá-los para fins comerciais.”</p>

Fonte: (CREATIVE COMMONS, 2020)

Nota-se que, para todas as modalidades de licença estabelecidas na plataforma, o reconhecimento autoral (atribuição de créditos - BY) é uma condição exigida.

Com o desenvolvimento da Web 2.0<sup>6</sup>, além do grande potencial para a produção colaborativa, as plataformas de compartilhamento e redes sociais também abriram espaço para a difusão massiva de conteúdos falsos, o que se deve em grande parte a possibilidade do anonimato que a mediação tecnológica oferece, bem como a própria lógica clientelista a partir da qual a rede, e tudo que nela se encontra, é visto como “recurso” disponível.

Este quadro indica a necessidade de orientar o comportamento social para o reconhecimento e a valorização dos agentes produtivos, o que inclui promover estratégias e desenvolver plataformas que permitam identificar os partícipes das mais diversas produções culturais e midiáticas, em sintonia com os pressupostos da participação responsável e a autodeterminação informativa.

<sup>6</sup> “Desde o início deste século, a internet ganhou novas expectativas com o anúncio do modismo da web 2.0, [...] ficava para trás aquela internet mais passiva, consumista, reprodutiva, marcada por menus fechados e copiados, e entrava em cena a ideia da interação colaborativa que supõe autoria individual/coletiva. [...] Na web 1.0, a regra era o consumo alinhado: a internet propõe conteúdos e os usuários apenas ‘os usam’, de modo alinhado. Na web 2.0, a internet monta plataformas que facultam autorias: para utilizá-las é indispensável criar textos próprios que são, ademais, provisórios e podem ser comentados/mudados. Na web 2.0, os textos obedecem à regra da interatividade” (DEMO, 2010, p. 13).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reivindicação da autoria e sua respectiva nomeação vinculam-se aos preceitos que conferem fundamento às liberdades constitucionais. Ao mesmo tempo e reciprocamente, representam direitos e obrigações, dado que a autoria é veículo para o reconhecimento meritório e para a imputação de responsabilidade.

De modo geral, a indiferença ao reconhecimento da autoria no contexto da Cultura Digital decorre: a) da prevalência do coletivismo como meio mais adequado (e legítimo) para a realização de atividades produtivas e processos criativos; b) da prevalência de uma lógica em que a Internet é vista como plataforma de acesso livre (e pressupostamente gratuito); c) do estigma da autoria como posição autoritária e/ou egocêntrica.

Contudo, reivindicar a autoria não é um gesto que pode ser reduzido a um exercício de mera vaidade, mas trata-se de um compromisso responsivo, bem como um desdobramento da valorização do trabalho humano no contexto da ordem econômica nacional (BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 170).

Integrar o reconhecimento da autoria à Cultura Digital é um modo para promover o senso ético de responsabilidade no ambiente virtual. A crescente preocupação com a difusão de *Fake News*, assim como a emergência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, Lei nº 13.709/2018), são respostas ao fato da rede global de computadores ter sido concebida e assimilada como “recurso” para amplo acesso (livre) a informações e a serviços.

O caráter ubíquo da rede fortaleceu a noção de disponibilidade imediata, debilitando a percepção de lugar, procedência e fonte. Assim, acredita-se que tudo está na Internet, que todos os lugares e informações estão em um só lugar. O reconhecimento autoral traz à consciência, a prática de perquirir as fontes de produção criativa, contribuindo para o desenvolvimento de uma Cultura Digital responsável.

## REFERÊNCIAS

BARAN, Paul. **On distributed communication**. I. Introduction to distributed communications networks. Memorandum RM-3420-PR. California: The Rand Corporation, aug. 1964.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERBERS-LEE, Tim. **Annenberg Networks Network Theory Seminar**. California: University of Southern California, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm). Acesso em: 9 mar. 2020.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 9 ago. 2020.

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.

CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.

CREATIVE COMMONS. **Sobre as Licenças**. 2020. Disponível em: <https://br.creativecommons.org/licencas/>. Acesso em: 5 ago. 2020.

DEMO, Pedro. **A força sem força do melhor argumento**: ensaio sobre “novas epistemologias virtuais”. Brasília: IBICT, 2010.

DINIZ, Debora; TERRA, Ana. **Plágio**: palavras escondidas. Brasília: Letras Livres; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

FISCHER, Ernst. **A necessidade da arte**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989

GALIMBERTI, Umberto. O ser humano na era da técnica. **Cadernos IHU ideias**, ano 13, n. 218, v. 13, 2015. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/218cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

HOWE, Jeff. **O poder das multidões**: por que a força da coletividade está remodelando o futuro dos negócios. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. 4. ed. São Paulo: Globo, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KROKOSCZ, Marcelo. **Outras palavras sobre autoria e plágio**. São Paulo: Atlas, 2015.

LESSIG, Lawrence. The Creative Commons. **Montana Law Review**, v. 65, n. 1, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol65/iss1/1/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MARTINHO, Luis Mauro Sá. **Teoria das mídias digitais**: linguagens, ambientes e redes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: direito das coisas, propriedade intelectual, propriedade industrial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Tomo XVI, atualizado por Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli).

MOURÃO, José Augusto. **Para uma poética do hipertexto**. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2001.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

PEREIRA, Otaviano. **O que é a moral**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

RAYMOND, Eric Steven. **The cathedral & the bazaar**, 1999. Disponível em: <http://www.catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

RIBEIRO, Eduardo Ely Mendes. **Individualismo e verdade em Descartes**: o processo de estruturação do sujeito moderno. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

# »»» A DOCTRINA DA EXAUSTÃO DE DIREITOS E OS SUPORTES IMATERIAIS

Guilherme Torres Peretti<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa a analisar a aplicabilidade da doutrina da exaustão de direitos de autor (*first sale doctrine*) a suportes imateriais, por meio da análise da legislação e jurisprudência do Brasil, Estados Unidos e União Europeia. De origem jurisprudencial e desenvolvida no início do século XX, a doutrina foi originalmente concebida para permitir que cópias materiais de obras intelectuais pudessem ser livremente comercializadas, após efetuada uma primeira venda sob o consentimento do titular de direitos de autor. A crescente disponibilização dessas obras no formato de arquivos digitais suscita, contudo, dúvidas sobre se a exaustão de direitos seria igualmente aplicável a suportes imateriais, os quais são facilmente replicáveis e não deterioráveis. No ordenamento brasileiro, em que nem mesmo a exaustão relativa a cópias físicas foi expressamente prevista pelo legislador, esse questionamento é premente, sobretudo porque o Judiciário ainda não foi instado a manifestar-se sobre o assunto. Já nos Estados Unidos e na Europa, o debate ultrapassou o meio acadêmico e chegou aos tribunais, os quais, cada qual a seu modo e sob diferentes fundamentos, decidiu pela inocorrência da exaustão no âmbito digital. Considerando essas decisões e a significativa homogeneidade dos conceitos relativos ao direito autoral em âmbito internacional – como resultado de tratados como Berna e TRIPS –, parece razoável acreditar que a doutrina seja também restringida, no ordenamento brasileiro, a suportes materiais.

**Palavras-chave:** Direitos de Autor. Exaustão de direitos. Arquivos digitais.

## 1 INTRODUÇÃO

A prerrogativa de poder de vender um bem do qual não nos servimos mais parece, à primeira vista, inquestionável. Ela decorre, afinal, do direito

---

<sup>1</sup> Advogado, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e pós-graduando em Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)



constitucional de propriedade, segundo o qual cada um pode, dentro dos limites da lei, dispor de seus bens da maneira que melhor entender. Assim, vendem-se roupas, computadores, carros e uma infinidade de produtos de segunda mão, o que satisfaz tanto os vendedores – muitas vezes já cansados do item empoeirado – e compradores – ávidos por conseguir um bom negócio.

No âmbito dos bens culturais – como são chamados os suportes que veiculam as criações intelectuais – o direito de revender produtos usados não é, contudo, tão natural quanto aparenta ser. Ele constitui, em realidade, uma exceção aos direitos exclusivos do autor, conhecida como doutrina da exaustão do direito de distribuição. Segundo esse preceito, o controle do autor sobre a cópia que incorpora sua obra perdura até que seja realizada a primeira venda sob sua autorização; após esse momento, o direito se exaure. Com isso, alguém que tenha legalmente adquirido um livro pode revende-lo pelo preço e forma que melhor lhe convier, mesmo que a obra não tenha ainda caído em domínio público. Da mesma forma, CDs, vinis, DVDs e outros bens culturais usados podem ser perfeitamente revendidos, como bem demonstram os sebos e outros mercados de segunda mão.

Uma parte cada vez maior do mercado de bens culturais é, no entanto, composta por obras fixadas não em suportes materiais, mas imateriais. Entram nessa categoria itens que já fazem parte do cotidiano há algum tempo, como *ebooks*, arquivos mp3, arquivos digitais de programas de computador e vídeo games etc. Tais cópias, devido a sua imaterialidade, afastam-se das características dos suportes tradicionais que eram, de certa forma, utilizadas como justificativa para a doutrina da exaustão de direitos.

Um livro físico, por exemplo, devido ao desgaste natural causado pelo tempo e uso, pode ser revendido em um mercado de segunda mão sem causar concorrência significativa para o titular dos direitos autorais. Já um *ebook*, como todos os arquivos digitais, não sofre o mesmo desgaste, de modo que – conforme alegam os detentores de direitos autorais – pode representar uma forte competição por um mesmo mercado. Questiona-se, dessa forma, a aplicabilidade da doutrina da exaustão de direitos aos suportes imateriais.

Com intuito de analisar esse novo desafio que se coloca à legislação autoral, o presente artigo é dividido em quatro partes. A primeira se destina à compreensão da doutrina da exaustão de direitos em si, de forma a abordar

seu conceito, origem e validade no ordenamento jurídico brasileiro. Diante da ausência de julgados brasileiros sobre o tema, a segunda e a terceira seções do trabalho analisam, respectivamente, a solução jurisprudencial adotada pelas jurisdições norte-americana e europeia, tratando de suas semelhanças e particularidades. Por fim, trazem-se apontamentos finais que não pretendem formular uma conclusão, propriamente dita, sobre um tema ainda não pacificado, mas, sim, ressaltar possíveis tendências para seu tratamento, com base nas experiências internacionais pioneiras.

## 2 A DOUTRINA DA EXAUSTÃO DE DIREITOS

A doutrina da exaustão de direitos é a exceção, e não a regra, no âmbito dos direitos autorais. Mais especificamente, ela constitui ressalva ao direito exclusivo de distribuição, o qual dá ao autor a prerrogativa de decidir quando e em que condições as cópias que incorporam sua obra serão colocadas à disposição do público. Assim, um escritor pode controlar, por exemplo, quando seu livro, após publicado, será colocado à venda e em quais países ele será disponibilizado.

A exaustão de direitos representa um limite à discricionariedade do autor, na medida em que este perde o controle sobre o destino da cópia uma vez que a primeira venda seja realizada – daí o termo *first sale doctrine*, utilizado nos Estados Unidos e outros países anglófonos. Nesse sentido são os ensinamentos de Afonso (2009, p. 45):

a chamada 'doutrina da primeira venda' [...] nada mais é do que uma limitação imposta ao direito exclusivo de distribuição, na qual tem-se por certo que o autor – após a realização da venda de uma obra original ou de suas cópias – não poderá mais se opor à circulação da mesma. É a chamada exaustão de direito [...]

De modo geral, defende-se, ainda, que, afim de configurar ocorrência da exaustão de direitos, a cópia tenha sido adquirida de maneira legal e o autor tenha recebido uma remuneração justa quando da primeira venda (MEZEI, 2019). Trata-se, portanto, de uma forma de equilibrar o interesse dos titulares dos direitos de autor de manterem o monopólio sobre a distribui-

ção das obras e o interesse dos consumidores de poderem vender aquilo que constitui sua propriedade (KAWABATA, 2014).

A origem dessa doutrina é de cunho jurisprudencial e remonta ao final do século XIX e início do século XX, na Europa e nos Estados Unidos. Conforme afirma Mezei (2019), a primeira referência direta ao termo ocorreu na monografia de Joseph Kohler, publicada em 1880 na Alemanha. Em seguida, o princípio foi aplicado pelas supremas cortes da Alemanha, no caso *Königs Kursbuch*, e dos EUA, no caso *Bobbs-Merril*, em 1906 e 1908, respectivamente, considerando, ambas, a revenda de livros usadas como prática legal. Pouco depois, em 1909, a doutrina já estava codificada no código de direitos autorais dos Estados Unidos (KAWABATA, 2014). Após esses primeiros desenvolvimentos, a doutrina continuou a evoluir exclusivamente dentro das jurisdições nacionais.

Os tratados, de fato, demoraram a abordá-lo e, quando o fizeram, restringiram-se a dar discricionariedade aos Estados para que regulassem a matéria nacionalmente. A Convenção de Berna, tanto em seu texto original de 1886 quanto em suas revisões, sequer menciona o termo ou seus correlatos, limitando-se a regular tão somente o direito de distribuição. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, na sigla em inglês), adotado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (1994), determina, por sua vez, em seu artigo 6, que

Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual.

Trata-se de disposição que, na prática, deixa aos países-membros a liberalidade para tratar sobre o esgotamento de direitos de autor como bem entenderem. A única regulação específica sobre o princípio da exaustão, ainda que de forma incidental, é aquela contida no artigo 11, que estabelece o dever dos Estados de conferir aos autores de programas de computador e obras cinematográficas o direito de autorizar ou proibir o aluguel das cópias de suas obras protegidas, o que equivale, na verdade, a uma exceção à doutrina da primeira venda.

Outro importante tratado, o Acordo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1996), conhecido por sua sigla em inglês (WCT), dispõe de forma semelhante à contida no TRIPS, qual seja, menciona a doutrina, mas dá discricionariedade a seus membros para regulamentá-la em suas legislações internas (artigo 6,2). Importante ressaltar, contudo, que, ao contrário das convenções que o precederam, o WCT, em sua “declaração acordada concernente aos artigos 6 e 7”, limita o alcance de suas disposições à distribuição e, por conseguinte, à exaustão de direitos, a “cópias fixadas que podem ser colocadas em circulação como objetos tangíveis”.

A intenção do WCT de restringir o alcance do direito de distribuição e, como consequência, de restringir a aplicabilidade da exaustão desse direito a suportes tangíveis parece, à primeira vista, natural. Afinal, a doutrina da exaustão surgiu, como visto, há mais de 100 anos, quando não se cogitava outra forma de incorporação das obras intelectuais. A análise do contexto de adoção desse tratado, no qual a internet já se difundia, permite compreender, contudo, que o questionamento sobre se esse princípio seria válido também para as cópias digitais já se fazia perceptível, o que pode ter influenciado a limitação presente no texto.

Com efeito, a partir da década de 2010, diversas jurisdições viram-se obrigadas a responder a esse questionamento<sup>2</sup>, dado que a comercialização de bens culturais em suportes imateriais passou a configurar-se, em muitos casos, como a única forma de disponibilização desses produtos ao público<sup>3</sup>. Ademais, a realidade digital trouxe também novas formas de negócio para as obras culturais, nas quais o acesso aos bens digitais começou a ocorrer não por meio da venda, mas de contratos de licença, por meio dos quais o consumidor, em tese, não adquiriria a propriedade do bem, mas tão somente o direito de uso, dificultando ainda mais a aplicação da exaustão de direitos aos suportes imateriais.

No Brasil, onde o debate também se faz presente, o desafio é ainda maior: não há, na legislação autoral brasileira, menção expressa ao princí-

---

<sup>2</sup> Nos EUA, ReDIGI (2015); Na UE, Usedsfot (2012) e Tom Kabinet (2019), todos analisados no presente trabalho.

<sup>3</sup> Vide a realidade dos programas de computador, os quais são majoritariamente disponibilizados via download, e não mais por CD-ROM.

pio da exaustão dos direitos de distribuição – ao contrário do que ocorre no âmbito de marcas, patentes e desenhos industriais, no qual a L. 9279/1996 o estabelece expressamente. O país, signatário da Convenção de Berna e membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) – mas não do WCT –, seguindo a discricionariedade que lhe foi outorgada por tais instrumentos, optou por não disciplinar o assunto. Limitou-se, em conformidade com o artigo 11 do acordo TRIPS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994), a estabelecer os direitos do autor de programas de computador e de fonogramas de autorizar ou não a locação das cópias de suas obras - art. 2º, §5º, Lei 9.069 (BRASIL, 1998) e art. 93, II, Lei 9.610 (LDA) (BRASIL, 1998).

Apesar do silêncio legislativo, é clara a validade do princípio, no Brasil, para as cópias materiais. Prova disso são os inúmeros sebos e feiras de antiguidades, que há anos revendem livros, vinis, CDs e outros bens culturais usados. É também esse o entendimento de Barbosa (1999), para quem o legislador, ao estabelecer a regra específica, contida no artigo 93, II, da LDA e art. 2, §5º, da L. 9069/98 – que dá ao autor o direito de controlar a locação das cópias de programas de computador e fonogramas – determinou, como regra geral, que o princípio da exaustão seria válido para todas as outras operações realizadas com essas mesmas obras (por exemplo, venda) e, em relação aos demais tipos de obras, para todas as operações que com elas se realizem (venda ou locação). Silveira (2014) defende igualmente a validade do esgotamento de direitos no âmbito dos direitos de autor, ao afirmar que, diante da ausência de previsão na lei, o intérprete deve recorrer à analogia, notadamente à Lei de Propriedade Industrial. Assim, seja pelo costume, seja pela analogia, conclui-se pela validade, no ordenamento brasileiro, do princípio da exaustão de direitos, ao menos no que concerne às cópias materiais.

Em relação às cópias imateriais, no entanto, a aplicação do princípio no ordenamento pátrio é incerta. Por um lado, pode-se argumentar que a tradição – ainda que virtual - transfere a propriedade do objeto e, por conseguinte, o novo proprietário poderia dispor dele da maneira que quiser, inclusive revendendo-o. Por outro, que a regra da exaustão foi criada para o contexto analógico, no qual as cópias físicas implicavam altos custos de reprodução (e, portanto, não eram facilmente reproduzidas de forma ilegal, como os arquivos digitais), consideráveis custos de distribuição (quase inexistentes no ambiente digital) e desgaste pelo tempo (o que não ocorre com

suportes imateriais), não sendo válido, portanto, o princípio da exaustão para o ambiente digital<sup>4</sup>.

Em que pese a premência do debate para o futuro do comércio de bens culturais no Brasil, os tribunais brasileiros ainda não foram instados a se manifestar sobre o assunto. Cabe, portanto, a análise de decisões de tribunais estrangeiros, com o intuito de entender qual foi a saída adotada e quais os fundamentos utilizados, de modo a se levantarem possíveis soluções para a questão no Brasil.

### **3 JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA: CASO REDIGI (2018)**

O caso da empresa norte-americana ReDigi ilustra a complexidade dos direitos de autor envolvidos em cópias digitais e, por conseguinte, os desafios relativos à validade da exaustão de direitos para esse tipo de suporte. A ReDigi foi criada em 2009, com o propósito de funcionar tanto como uma plataforma de streaming quanto como um mercado de segunda mão para arquivos digitais de música provenientes do iTunes. Em linhas gerais, o usuário interessado em dar um novo uso a seus arquivos de música baixava o programa da empresa em seu computador, o qual verificava se a faixa havia sido adquirido de forma legal pelo iTunes para, em seguida, “transferi-lo” para o servidor da plataforma (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018).

A “transferência”, executada por meio de uma tecnologia desenvolvida pela própria empresa, era feita em etapas, de modo que, à medida que as porções do arquivo original fossem copiadas para o servidor da ReDigi, elas fossem igualmente deletadas do computador do usuário original, de modo que, em tese, nunca existiriam duas cópias do mesmo arquivo em mais de um lugar. Uma vez realizada a “transferência”, o usuário poderia, então, ouvir a faixa via streaming ou revende-la a um novo usuário, o qual poderia baixar o arquivo para seu computador (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018).

---

<sup>4</sup> Nesse sentido são os argumentos utilizados pelos julgadores nos casos ReDigi e Tom Kabinet, analisados adiante.

De modo a garantir que não havia duplicação de arquivos, o programa da plataforma, instalado no computador do primeiro usuário, realizava um monitoramento constante, capaz de detectar cópias indevidas. Segundo a política da empresa, esse tipo de cópia fosse encontrado, o usuário poderia ser suspenso. Percebe-se, portanto, que a empresa tinha a preocupação de que seus serviços não configurassem violação de direitos autorais, baseando seu modelo de negócios no princípio da exaustão de direitos. Isso não foi, contudo, suficiente, e, em 2012, a Capitol Records e outras gravadoras processaram a empresa (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018).

Em suas razões, as Autoras alegaram que a plataforma da ReDigi violava seus direitos exclusivos de reprodução e distribuição, afirmando que a “transferência” realizada pela empresa configurava, na verdade, reprodução indevida. Utilizaram, como fundamento, a seção 101 da lei de direitos autorais dos Estados Unidos, a qual conceitua fonogramas como “objetos materiais [...] em que os sons são fixados” (ESTADOS UNIDOS, 1976). Segundo os demandantes, essa definição faria que cada “transferência” realizada pela ReDigi equivallesse à produção de um novo fonograma, visto que os sons estariam fixados em diferentes objetos materiais a cada nova operação (disco rígido do usuário, servidor da ReDigi, disco rígido do novo usuário etc).

A demandada, por sua vez, alegou que o arquivo digital, por si só, configuraria um fonograma – independentemente do objeto material em que estivesse fixado. Com isso, a revenda de arquivos de segunda mão estaria abarcada pela doutrina do *first sale*, positivada na lei autoral norte-americana, na seção 109 (ESTADOS UNIDOS, 1976), segundo a qual:

Independentemente das disposições da seção 106(3) [direito exclusivo de reprodução], o dono de determinada cópia ou fonograma produzido legalmente de acordo com esse título, ou qualquer pessoa autorizada por esse dono, tem o direito, sem a permissão do titular dos direitos autorais, de vender ou, de outro modo, dispor da propriedade dessa cópia ou fonograma.” (tradução nossa<sup>5</sup>)

<sup>5</sup> *Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.*

Desse modo, segundo a plataforma, uma vez comprados legalmente por meio do iTunes, os arquivos de músicas – fonogramas – poderiam ser livremente comercializados, sem a necessidade de autorização das gravadoras. A empresa argumentou, ademais, que seu modelo de negócio estaria salvaguardado pela exceção do *fair use*, a qual, prevista na seção 107 da lei, permite o uso de obras protegidas por direito autoral independentemente de licença prévia ou consentimento de seus titulares.

A Corte Distrital do Sul de Nova York, responsável pelo julgamento, decidiu, em 2015, em favor das gravadoras. Em suas razões, concordou com o argumento das Autores, no sentido de que, como um fonograma engloba o meio físico em que a música é fixada, a transferência realizada pela ré seria configuraria verdadeira reprodução. Assim, o modelo de negócios da empresa não seria protegido pela doutrina do *first sale*, uma vez que essa regra se limita ao direito de distribuição (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018).

A ReDigi apelou da decisão, e, em 2018, A Corte de Apelações para o Segundo Circuito confirmou a decisão da corte distrital. Entretanto, apesar de adotar os argumentos formulados pelo órgão de primeira instância, a Corte recursal trouxe, no julgamento, importantes pontos relativos à exaustão de direitos no âmbito digital não abordados anteriormente. Confirmou-se o entendimento de que as operações realizadas pela ReDigi consistiam em reprodução, de modo que não eram abarcadas pela exceção da *first sale doctrine*, prevista na seção 109 e restrita aos direitos de distribuição. Contudo, a Corte foi além, informando que, a fim de revender arquivos de música digitais de forma lícita, com base na exaustão de direitos, seria preciso transacionar o meio físico em que eles se encontram, como um disco rígido, um pen drive ou um ipod (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018, p. 21).

Os julgadores estabeleceram, ademais, que, uma vez configurada a infração dos direitos de reprodução, não seria necessário decidir se a plataforma havia ou não igualmente violado o direito exclusivo de distribuição das plataformas (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018, p. 15). O mais interessante, contudo, é que a Corte deixou aberta a possibilidade para que a exaustão de direitos possa operar no âmbito digital, declarando que “outra tecnologia que possa efetuar uma primeira venda



digital pode vir a existir ou ser desenvolvida” (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018, p. 22). Constata-se, portanto, que, aparentemente, a decisão não teve o efeito de proibir todo e qualquer negócio que venha a se basear na exaustão de direitos em âmbito digital; a ilicitude configurada adveio do modo específico com o qual a ReDigi operava.

As razões expostas pela Corte para afastar a aplicação do *fair use* ao caso em análise fornece indícios sobre os pontos que mais contribuíram para a decisão de ilegalidade do empreendimento da ReDigi. Ao sopesar os quatro fatores de validade do *fair use*, a Corte destacou o peso negativo do primeiro (a finalidade e natureza do uso da obra protegida) e do último fator (efeito do uso sobre o mercado potencial da obra protegida ou seu valor). Em relação ao propósito do uso, o tribunal ressaltou que, por ser a operação da plataforma nada ou pouco criativa – ela distribuía faixas musicais assim como o iTunes e outras plataformas de comercialização de faixas originais o fazem –, o caráter comercial do uso pesava contra a caracterização do *fair use*. Já em relação ao efeito sobre o mercado potencial, a Corte foi ainda mais incisiva. Segundo os julgadores, uma vez que os arquivos digitais não se deterioram ao longo do tempo, o mercado de segunda mão de músicas digitais configuraria concorrência direta às gravadoras: os arquivos disponíveis na ReDigi eram os mesmos que os disponíveis no iTunes, mas com um preço muito inferior. O efeito sobre o mercado das gravadoras seria, então, considerável (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito, 2018, p. 24).

Apesar de a decisão da Corte de Apelação ter considerado a exaustão de direitos inaplicável ao caso da plataforma ReDigi, ela não significou a inaplicabilidade absoluta dessa exceção de direitos de autor ao ambiente digital. A decisão abordou questões que, em tese, podem ser consideradas como parâmetros para a ocorrência da exaustão de direitos em cópias imateriais – ainda que de difícil observância prática.

Em primeiro lugar, dentro dos limites da tecnologia atual – que implica a criação de uma nova cópia a cada “transferência” do arquivo –, a revenda somente seria possível caso abarcasse o meio físico em que o arquivo está fixado, como um celular ou um pen drive. Em segundo lugar, pode vir a existir uma tecnologia que realize uma transferência, propriamente dita, de

arquivos (sem a criação de novas cópias), permitindo, assim, a incidência da doutrina de *first sale*. Por fim, a finalidade da operação assim como o efeito sobre o mercado potencial dos detentores do direito autoral devem ser devidamente analisados, sob a pena dificultarem a legalidade da operação.

Nesse sentido, constata-se que a principal decisão norte-americana sobre o assunto da exaustão de direitos nos meios digitais tratou do cerne da questão de forma apenas tangencial, uma vez que não decidiu especificamente se o direito de distribuição se exaure pela comercialização de cópias digitais, restringindo sua análise ao direito de reprodução. Ainda que com outros fundamentos, jurisprudência europeia acabou por se basear em soluções semelhantes.

#### **4 JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: CASOS USEDSoft (2012), VALVE (2019) E TOM KABINET (2019)**

No âmbito do direito europeu, a aplicabilidade da exaustão de direitos a suportes imateriais seguiu direções opostas ao longo do tempo, passando da validade do princípio à sua rejeição. A primeira grande decisão a abordar o assunto data de 2012 e opôs a desenvolvedora de software Oracle à plataforma UsedSoft, a qual funciona como um mercado de segunda mão para programas de computador (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012).

A Oracle comercializava, à época, 85% dos seus programas de computador em formato digital. Mediante um único pagamento, o usuário adquiria uma licença de uso do programa e o baixava, de forma gratuita, diretamente do sítio Internet da desenvolvedora. Segundo os termos do contrato, a licença adquirida era intransmissível e de duração indeterminada, e permitia a utilização simultânea do programa em 25 terminais. A UsedSoft, por sua vez, comprava licenças usadas dos programas da Oracle, em sua totalidade ou de forma fracionada – porção das 25 utilizações a que o usuário original tinha direito –, e as revendia por meio de sua plataforma (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 5).

A Oracle iniciou a ação na jurisdição alemã, e o caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em sede de decisão prejudicial. Entre

os três questionamentos formulados à Corte, o segundo indagava se, e em que condições, o *download* de um programa de computador, com o consentimento do titular dos direitos de autor, acarretaria a exaustão do direito de distribuição sobre essa cópia, nos termos do artigo 4º, n.º 2, da Diretiva 24/2009 (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 8).

O Tribunal decidiu pela ocorrência da exaustão de direitos com base em três argumentos principais. Em primeiro lugar, a Corte considerou que a relação contratual entre a Oracle e seus usuários consistia efetivamente em uma “primeira comercialização”, que, nos termos do 4º, n.º 2, da Diretiva 2009/24 (UNIÃO EUROPEIA, 2009), é requisito para que se opere a exaustão do direito de distribuição. Esse ponto teve de ser abordado porque a empresa negava a existência de venda, ao alegar que fornecia o download do programa de forma gratuita e que a licença onerosa se referia apenas a um direito de uso. A corte decidiu, entretanto, que a licença e o *download* deveriam ser considerados em conjunto, e que ambos equivaleriam a uma venda, já que, por meio de um único pagamento, o usuário adquiria o direito de utilização dessa cópia por período ilimitado, transferindo, assim, sua propriedade (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 9).

Em segundo lugar, a Corte decidiu que a disponibilização do programa de computador para download pela Oracle em seu sítio Internet não constituía comunicação ao público, como previsto no artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29, mas, sim, distribuição, com base no artigo 4º, n.º 2, da Diretiva 2009/24. Trata-se de decisão importante, pois, de acordo com os argumentos da Oracle, seu modelo de negócios seria baseado no direito de comunicação ao público, o qual não é sujeito à limitação da exaustão de direitos. O Tribunal entendeu, contudo, que a Diretiva 2009/24, relativa aos direitos autorais nos programas de computador, tem caráter de *lex specialis* em relação à Diretiva 2001/29, de modo a primeira deveria prevalecer sobre a segunda (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 10).

Em terceiro lugar, o Tribunal decidiu que a exaustão do direito de distribuição previsto no artigo 4º, n.º 2, da Diretiva 2009/24, refere-se não só a bens tangíveis, mas, também, a cópias imateriais, como um programa de computador baixado via Internet. Segundo os julgadores, ao contrário do que sustentava a Oracle, nada há nesse dispositivo que restrinja sua aplica-

ção a suportes materiais, como CD-ROMs ou DVDs (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 11). Ao decidir nesse sentido, a Corte afirmou, ainda, que as disposições da Diretiva 2001/29 relativas à exaustão de direitos, apesar de não se aplicarem o caso, deveriam ser igualmente interpretadas concernentes tanto a bens materiais como imateriais. Importante notar que, com isso, abriu-se a possibilidade de que a exaustão de direitos ocorresse em relação a outras cópias digitais que não os programas de computador.

Por fim, a fim de evitar que fosse violado o direito de reprodução do titular dos direitos de autor, o Tribunal estabeleceu que o usuário original deveria inutilizar sua cópia do programa, assim que esta fosse revendida. Decidiu, também, pelo mesmo motivo, que somente seria válida a revenda da licença de forma integral, e não de forma fracionária, como pretendia a UsedSoft (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2012, p. 13).

Como resultado dessa decisão, a exaustão de direitos passou a ser considerada, no âmbito da União Europeia, como aplicável também à distribuição de bens imateriais. De fato, apesar de ter tratado especificamente de programas de computador, a decisão parecia deixar aberta a possibilidade de que outros bens imateriais fossem abrangidos pela mesma dinâmica, possibilitando o desenvolvimento de mercados de segunda mão para arquivos digitais.

Prova de que a decisão do caso UsedSoft era visto até então como regra é decisão, de setembro de 2019, do Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, na ação proposta pela UFC Que Choisir contra a empresa VALVE Corporation (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019). A autora, associação defensora dos direitos do consumidor, questionou os Termos e Condições de Uso da plataforma Steam, provedora online de conteúdos e vídeo games e mantida pela empresa VALVE. As cláusulas questionadas abrangiam direitos do consumidor, proteção de dados e propriedade intelectual, mais especificamente a validade da proibição de transferência ou revenda da assinatura dos usuários da plataforma (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 62).

Segundo a associação, essa proibição seria estaria em desacordo com o artigo 4º, parágrafo 2º, da Diretiva 2001/29 (direitos autorais e direitos conexos na sociedade da informação), o artigo 4º, parágrafo 2º, da Diretiva

24/2009 (direitos autorais dos programas de computador), e o artigo L. 122-3-1, do código de propriedade intelectual francês, os quais preveem, todos, a exaustão dos direitos de distribuição do autor, após a primeira venda dentro do mercado comum europeu. Essa cláusula dos Termos e Condições de Uso equivaleria, portanto, a uma ofensa ao princípio fundamental da União Europeia de livre circulação de mercadorias (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 63).

A empresa VALVE, por sua vez, questionou a aplicação dos dispositivos da Diretiva 29/2001 e do código de propriedade intelectual francês, afirmando que ambos tratam da exaustão de direitos do autor quando ocorre uma venda, o que não era o caso da plataforma Steam, a qual se baseava no sistema de assinatura. Alegou, ainda, que a Diretiva 24/2009, específica para a regulação dos programas de computador, não poderia ser utilizada no julgamento da lide, uma vez que os videogames seriam obras complexas, protegidas pela legislação geral de direitos autorais (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 64).

A corte francesa, em suas razões, decidiu pela aplicação de ambas as diretivas. Quanto à diretiva 24/2009, os julgadores ressaltaram que o considerando 7 e o artigo 1º do texto afirmam expressamente que os programas de computador, sob qualquer forma, são protegidos pela lei, consistindo em norma especial em relação à Diretiva 29/2001 (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 65). Já quanto à possibilidade de que a exaustão de direitos ocorra em relação a cópias imateriais, decidiram que (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 66):

Como nenhuma das duas diretivas previamente mencionadas distingue, quanto ao seu regime, as obras materiais das obras imateriais, a primeira venda da cópia de uma obra ou de um exemplar de um programa de computador deve poder ensejar a exaustão do direito de distribuição dessa cópia (ou desse exemplar), dado que o download de um arquivo de jogo no computador do usuário constitui, de acordo com essas duas diretivas, uma cópia ou um exemplar dessa obra". (tradução nossa<sup>6</sup>)

<sup>6</sup> *Aucune des deux directives précitées ne distinguant, quant à leur régime, les oeuvres matérielles des oeuvres immatérielles, la première vente de la copie d'une oeuvre ou d'un exemplaire*

A Corte decidiu, ainda, que, apesar de o código francês falar em “exemplar material”, ele deve ser interpretado de acordo com as Diretivas, de modo a abarcar cópias digitais. Percebe-se, nesse ponto, as semelhanças com a decisão em *Usedsoft*. De fato, a corte faz menção expressa a esse caso, ao afirmar que a assinatura efetuada pelo usuário junto à plataforma era, em realidade, uma venda, uma vez que feita por meio de um único pagamento, após o qual o consumidor tinha acesso por período indeterminado ao jogo. Ainda em menção à decisão em *Usedsoft*, os julgadores concluem que (FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris, 2019, p. 69):

[...] pouco importa que a obra seja incorporada ou não em um suporte material, que ela tenha sido transferida por uma venda ou outra modalidade que não a venda, a exaustão do direito de distribuição se aplica independentemente do modo de distribuição do vídeo game, inclusive aquele efetuado pela disponibilização via download. (tradução nossa<sup>7</sup>)

Apesar de sujeita a apreciação recursal, a decisão do tribunal francês parecia consolidar o entendimento, formulado desde 2012, em *Usedsoft*, de que, no direito europeu, a exaustão do direito de distribuição era plenamente operável no contexto digital, fosse para programas de computador ou outros tipos de obra intelectual. O otimismo das empresas que tinham como modelo de negócios a revenda de bens digitais de segunda mão foi, contudo, abalado, depois que o TJUE publicou, em dezembro de 2019, sua decisão sobre o caso *Tom Kabinet*.

Trata-se de decisão prejudicial, relativa a um caso iniciado nos Países Baixos, em que NUV e GAU, duas associações representantes de interesses de editoras, questionaram a legalidade da plataforma *Tom Kabinet*, a qual, des-

---

*d'un programme d'ordinateur, doit pouvoir donner lieu à épuisement du droit de distribution de cette copie (ou de cet exemplaire), étant observé que le téléchargement d'un fichier de jeu sur l'ordinateur de l'utilisateur constitue au sens de ces deux directives une copie ou un exemplaire de cette oeuvre.*

<sup>7</sup> [...] *il importe peu que l'oeuvre soit ou non incorporée dans un support matériel; qu'elle ait été transféré par une autre modalité que la vente, l'épuisement du droit de distribution s'applique quel que soit le mode de distribution du jeu vidéo, comme celle consistant en la mise sur le marché par téléchargement,*

de 2015, funcionava como um clube *online* de leitura, por meio do qual os usuários podiam tanto comprar *ebooks* de segunda mão quanto revende-los para a própria plataforma. As associações afirmavam, como fundamento da ação, que a plataforma violava o direito de comunicação ao público dos titulares de direitos autorais, previsto no artigo 3º da Diretiva 2001/29 (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019).

Diante desse cenário, o Tribunal buscou responder à questão sobre (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 6):

[...] se o fornecimento, por transferência, para utilização permanente, de um livro eletrônico constitui um ato de distribuição, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ou se esse fornecimento está abrangido pelo conceito de «comunicação ao público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, [da Diretiva 2001/29]

Os efeitos práticos dessa decisão são claros. Por um lado, caso o ato constituísse reprodução, a exaustão de direitos seria reconhecida, e as operações da Tom Kabinet seriam, por conseguinte, consideradas como legais. Por outro lado, caso fosse decidido tratar-se de comunicação, não haveria exaustão de direitos, de modo que a plataforma seria considerada ilegal.

Em suas razões, o tribunal afirmou que as normas da Diretiva, por si sós, não seriam suficientes para determinar se o caso constituía um ou outro direito, de forma que seria preciso recorrer ao contexto e objetivos perseguidos pela regulamentação. Nesse sentido, como a Diretiva visava dar cumprimento ao WCT, da OMPI, o tribunal afirmou que as normas desse tratado – notadamente os artigos 6º, n.º 1, e 8 – deveriam pautar a aplicação da legislação comunitária ao caso concreto (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 7).

Ao analisar esses dispositivos, o tribunal decidiu pelo conceito de comunicação ao público. Em relação ao artigo 6º, que versa sobre o direito de distribuição, a Corte ressaltou o fato de que, como as declarações acordadas do tratado determinam que o termo “cópia” se restringe àquelas que “podem ser postas em circulação enquanto objetos materiais”, a exaustão de direitos nele previsto não se aplica à distribuição de obras imateriais, tais como livros eletrônicos (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019,

p. 7). A Corte reforçou esse argumento com a constatação de que, na exposição de motivos da proposta dessa Diretiva, formulada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, é salientado que o artigo 8º do WCT – que versa sobre a comunicação ao público –, retomado pelo artigo 3º da Diretiva, diz respeito às atividades interativas, que incluem a colocação de um *ebook* à disposição do usuário para acesso na forma e momento que ele escolher (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 7).

Nesse sentido, o objetivo da diretiva era o de que a transmissão constituísse uma “nova forma de exploração da propriedade intelectual, [...] a ser abrangida pelo direito de controlar a comunicação ao público” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 7). Essa comunicação – ressalta a Corte, ao parafrasear a exposição de motivos da Diretiva da Comissão – abrange situações em que diferentes pessoas podem ter acesso individual a partir de diferentes locais e em diferentes momentos.

Ao mencionar expressamente o caso *UsedSoft*, o Tribunal confirmou o entendimento de que os programas de computador não estão sujeitos a essa mesma interpretação, haja vista a existência de uma Diretiva específica para regulamentá-los. Frisou, também, entretanto, que “um livro eletrônico não é um programa de computador, pelo que não há que lhe aplicar a regulamentação específica da Diretiva 2009/24” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 7). Continuando a comparação entre os dois casos, o Tribunal afirma que, ao contrário do decidido em *UsedSoft*, segundo o que um programa de computador fixado em arquivo digital e um programa fixado em CD-ROM ou DVD são equivalentes, um livro digital não é equivalente a um livro físico. Nesse ponto, o tribunal ressaltou as mesmas justificativas utilizadas na decisão norte-americana no caso *ReDigi*, no sentido de que as cópias materiais de segunda mão, por não deteriorarem e não demandarem custos de troca, constituem substitutos perfeitos para as novas cópias e, por conseguinte, concorrência para os titulares originais de direitos (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, p. 7).

Ao decidir pela inoccorrência da exaustão do direito de distribuição na comercialização de *ebooks*, pode-se concluir que o TJUE reverteu, em partes, uma tendência que vinha-se construindo desde 2012. Ainda que a decisão do caso *UsedSoft* continue válida para a comercialização digital de progra-



mas de computador, outros tipos de obras intelectuais fixadas em suportes imateriais tendem a ser alcançadas pelo julgamento em Tom Kabinet. Assim, o sistema de direitos autorais europeu, no que concerne a exaustão de direitos no âmbito digital, passou a se aproximar do norte-americano, pautado pelo caso ReDigi.

## 5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disseminação de arquivos digitais é algo relativamente recente e ainda incerto. Enquanto alguns formatos, como o *ebook*, continuam a conviver e são até mesmo superados, em valores de faturamento, por seus concorrentes físicos<sup>8</sup>, outros, como os arquivos de mp3, já são considerados defasados, sendo rapidamente substituídos por novas soluções, como o streaming<sup>9,10</sup>. Apesar disso, eles existem e devem perdurar no mercado, razão pela qual a compreensão dos direitos de propriedade que lhe são aplicáveis, por meio da exaustão de direitos, é de extrema importância.

Nos Estados Unidos, a exaustão dos direitos de autor sobre as cópias imateriais foi considerada inexistente, com base em um argumento ontológico. Segundo a decisão em ReDigi, o termo cópia inclui tanto o arquivo digital quanto o suporte físico em que ele é fixado, de modo que a transferência do arquivo de um suporte a outro consubstanciaria não o direito de distribuição, no âmbito do qual a exaustão de direitos se opera, mas o direito de reprodução, não limitado pela legislação. Trata-se de decisão que dificulta a existência de um mercado de bens digitais de segunda mão nesse país,

<sup>8</sup> Segundo o Censo do Livro Digital, realizado em 2016, no Brasil, os livros digitais corresponderam a somente 1,09% do faturamento total das editoras. SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS. *Censo do Livro Digital*. Disponível em: <<https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/Apresentacao-Censo-do-Livro-Digital.pdf>>. Acesso em 6 maio 2020.

<sup>9</sup> Segundo o relatório da Federação Internacional da Indústria Fonográfica, em 2018, os arquivos de músicas digitais representaram apenas 12% do faturamento global da indústria fonográfica; já o streaming, 47%. INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. *Global Statistics*. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/facts-and-stats.php>>. Acesso em 6 maio 2020.

<sup>10</sup> Essa tendência pode ser observada também no âmbito dos programas de computador, em que os software com serviço (*software as a service*) – em relação aos quais nenhum download ou cópia é efetuada –, são cada vez mais frequentes.

pois, como pode-se depreender dos argumentos da própria corte julgadora, com base na tecnologia atual, qualquer transferência de arquivos digitais equivale, em realidade, à criação de uma nova cópia, o que constitui direito exclusivo do titular de direitos de autor.

O direito europeu, por sua vez, adotou posicionamento oscilante sobre o assunto. Na primeira grande decisão sobre o tema, o TJUE pareceu decidido a autorizar não só a revenda de arquivos de programas de computador, com base da Diretiva 2009/24, mas também de outros bens culturais digitais, regulamentados pela Diretiva 2001/29. Essa tendência pareceu se confirmar, inclusive, no âmbito de decisões nacionais de países do bloco, como demonstra o julgamento da corte francesa de 2019 do caso VALVE. A suposta regra geral foi, contudo, revista, dado que, após o caso Tom Kabinet, também de 2019, a revenda de bens digitais no mercado europeu parece estar restrita aos arquivos de programas de computador. Os bens digitais, conforme entendeu o tribunal, são disponibilizados não por meio da distribuição, mas por meio da comunicação ao público, um direito não sujeito ao princípio da exaustão.

No Brasil, as discussões sobre o tema ainda se restringem aos meios acadêmicos. Não houve grande julgamento sobre a questão, e a legislação brasileira sequer versa expressamente sobre a exaustão do direito de distribuição no que concerne às cópias materiais. Ainda que haja consenso sobre sua aplicabilidade no âmbito analógico, nada se pode concluir em relação ao seu alcance no contexto digital. Considerando as decisões estrangeiras e a considerável homogeneização de conceitos relativos aos direitos de autor advindos de tratados como Berna e TRIPS, pode-se imaginar os tribunais nacionais virão também a restringir a aplicabilidade da exaustão de direitos aos suportes imateriais, seja com base no direito de distribuição ou no de comunicação ao público.

Ainda que afastar a aplicabilidade dessa limitação ao mercado digital possa significar uma restrição ao direito de propriedade dos consumidores, os argumentos que sustentam essa opção parecem razoáveis. De fato, cópias digitais usadas, ao contrário de suas homólogas físicas, não ficam empoeiradas ou desgastadas com o tempo, de modo que se constituem em substitutas perfeitas para as cópias digitais novas e, por conseguinte, concorrência

significativa para os detentores de direitos autorais. Ainda mais preocupante, entretanto, é o fato de que os arquivos digitais podem ser facilmente reproduzidos, o que dificulta o controle sobre quais cópias seriam realmente revendidas em segunda mão e quais constituiriam simples pirataria. Considerando o escopo da legislação autoral de equilibrar os interesses legítimos do autor e os da sociedade, a tendência de se restringir a aplicação do princípio de exaustão de direitos no âmbito digital parece, portanto, justificável.

## REFERENCIAS

ACORDO sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. 12 abr 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 28 abr 2020.

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral**: conceitos essenciais. Barueri, SP: Manole, 2009

BARBOSA, Denis Borges. **Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição**: exaustão de direitos em direito autoral, 2019. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes\\_uso\\_corpus\\_mechanicum.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf). Acesso em: 29 abr 2020.

BRASIL. **Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm). Acesso em: 29 abr 2020.

BRASIL. **Lei 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em 29 abr 2020.

ESTADOS UNIDOS. **Código de Direitos de Autor**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>. Acesso em 02 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações para o Segundo Circuito. Apelação n.º 16-2321 – Nova York. Apelante: ReDigi Inc. Apelada: Capitol Records, LLC, Capitol Christian Music Group, Inc., Virgin Records IR, Holdings, Inc. Relator: Pierre N. Leval. Nova York, 12 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/e7124ff6-a336-40da-81b6-da86154b3a80/1/doc/162321\\_opn.pdf#xml=https://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/e7124ff6-a336-40da-81b6-da86154b3a80/1/hilite/](https://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/e7124ff6-a336-40da-81b6-da86154b3a80/1/doc/162321_opn.pdf#xml=https://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/e7124ff6-a336-40da-81b6-da86154b3a80/1/hilite/). Acesso em: 5 maio 2020.

FRANÇA. Tribunal de Grandes Instâncias de Paris. UFC Que Choisir contra VALVE Corporation. Paris, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <https://juriscom.net/wp->

-content/uploads/2019/09/TGI-Paris-17-septembre-2019-UFC-c.-Valve.pdf. Acesso em: 4 maio 2020.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. **Global Statistics**. Disponível em: <https://www.ifpi.org/facts-and-stats.php>. Acesso em: 6 maio 2020.

KAWABATA, B. Makoa. *Unresolved Textual Tension: Capitol Records v. ReDigi and a Digital First Sale Doctrine*. **UCLA Entertainment Law Review**, **21(1)**, 2014. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/11j4x2cg>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MEZEI, Péter. *Meet the unavoidable: The Challenges of Digital Second-Hand Marketplaces to the Doctrine of Exhaustion*. In: Taina Pihlajarinne - Juha Vesala - Olli Honkila (Ed.): **Online Distribution of Content in the EU**, Edward Elgar, Cheltenham, 2019: p. 62-78. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3208026](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208026). Acesso em: 27 abr. 2020.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5 ed. Barueri, SP: Manole, 2014

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS. **Censo do Livro Digital**. Disponível em: <https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/Apresentacao-Censo-do-Livro-Digital.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

TRATADO de Direitos Autorais da OMPI = WIPO Copyright Treaty. 20 dez 1996. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2009/24. Relativa à proteção jurídica dos programas de computador. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>. Acesso em: 5 maio 2020

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Decisão prejudicial C-263/18. *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers contra Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV*. Luxemburgo, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221807&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>. Acesso em: 5 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Decisão prejudicial. *Used-Soft GmbH contra Oracle International Corp*. Luxemburgo, 3 de julho de 2012. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=PT>. Acesso em: 4 maio 2020.

# OS ALICERCES DO SISTEMA AUTORAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIAGNOSE E PROGNOSE DO CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS AUTORAIS

Matheus Victor Sousa Soares<sup>1</sup>

Thalia Ferreira Cirilo<sup>2</sup>

**RESUMO:** O estabelecimento de um complexo normativo que consubstancie os valores do Estado Democrático de Direito é o elemento fundamental deferido aos cidadãos. Ele possibilita o posterior gozo de direitos relacionados à liberdade de expressão e de pensamento, o direito à informação circulante, à educação de qualidade, ao lazer mínimo e à sobrevivência *da e na* cultura. Em razão disto, objetiva-se com este artigo contribuir para a discussão sobre qual o mínimo e máximo de direitos autorais que deve ser reconhecido em um Estado que se intitula “Democrático” e “De Direito”. Para o atingimento dos fins supracitados, utilizam-se, como marcos teóricos, algumas reflexões de Jorge Reis Novais sobre as origens do conceito de Estado Democrático de Direito em “Contributo para uma teoria do Estado de Direito” ao mesmo tempo que se utiliza como base, tanto para a diagnose quanto para a prognose, o modelo esboçado por Marcelos Neves em “Entre Têmis e o Leviatã”, especialmente suas considerações sobre a urgência de manutenção, reconhecimento e fortalecimento da Esfera Pública Pluralista, bem como as considerações de Piérre Lévy no “Cibercultura” sobre os valores inaugurados pela entronização do ciberespaço, polemicamente na política e com desconfiança generalizada no direito. Chegou-se à conclusão de que a função social dos direitos autorais deve deixar de ser tomada como mera camuflagem para a decrepitude estrutural do Sistema Autoral, devendo passar a ser fundamento apto a promover a realocação das preocupações com as obras autorais para o campo das políticas públicas de incentivo à participação na cultura.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Direito Autoral. Cibercultura.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas vinculado à Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Bolsista da CAPES/CNPq. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. (UFCG) E-mail: matheusmv200@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Pós-graduada *lato sensu* em Direito Tributário pelo IBMEC SP. E-mail: thaliaferreiracirilo@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O estabelecimento de um complexo normativo que consubstancie os valores do Estado Democrático de Direito é o elementar direito fundamental deferido aos cidadãos. Ele possibilita o posterior gozo de direitos relacionados à liberdade de expressão e de pensamento, o direito à informação circulante, à educação de qualidade, ao lazer mínimo e à sobrevivência *da e na* cultura. Resumidamente, são essas as engrenagens dentadas que põem em funcionamento a maquinaria renovada do Estado.

Nesse contexto, o presente trabalho bisturiza o Direito Autoral e o coloca sob uma lente ampliativa para que se diagnostique precisamente seu status transicional – marcado pela reavaliação de suas funções, seus objetivos, seu modo de operar e das responsabilidades dos sujeitos protetores e protegido –, sua aderência ao Estado Democrático de Direito – avaliando, pois, sua congruência com os direitos fundamentais – e seu conteúdo mínimo, liberal e/ou socialmente construído.

Haja vista que o próprio Estado Democrático de Direito está entropicamente envolvido em processos simultâneos de confirmação e negação de seu projeto central e que muitos destes obstinados desafios se originam do avanço das tecnologias – em um panorama definido como cibercultural – não se descuida de uma entrevisão dos prognósticos no âmbito dos Direitos Autorais surgidos dessa flutuação constante dos valores que orbitam o núcleo central, qual seja, a dignidade da pessoa humana e a geração do bem-estar coletivo.

Assim sendo, a estridente questão sobre qual seria o sistema autoral adequado para o Estado Democrático de Direito é redimensionada para que se abarque a discussão sobre a ampliação deste conteúdo mínimo dos direitos autorais considerando a variável técnica e dinâmica autoral por ela inaugurada.

Estrutura-se este trabalho em três tópicos, que condensam: os pressupostos e caracteres do Estado Democrático de Direito, perpassando por uma brevíssima abordagem de sua formação histórica; os porquês da configuração de um sistema de salvaguarda dos direitos intelectuais, em particular, dos direitos autorais; a acentuação de três princípios autorais tomada

principiologia autoral como ponto nevrálgico; as implicações do fenômeno ciber, inaugurado pelo ciberespaço e que desagua nos efeitos da cibercultura colocando em xeque a dinâmica do Direito e do Poder; a expurgação das incompatibilidades do sistema autoral com os valores do Estado Democrático de Direito Ciber-cultural e a posterior seleção de um conteúdo mínimo de direitos conferidos aos sujeitos da circularidade criativa para além da simples reforma legislativa.

## **2 O MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRESSUPOSTOS DA ESFERA PÚBLICA PLURALISTA**

O Estado Democrático de Direito é resultado da ideação de um certo equilíbrio, tido como necessário e possível, entre *aquilo que de fato é o homem* e o que ele *deve ser*, supondo sequencialmente um estado de natureza e de civilidade. A sciência característica do humano foi, ao mesmo tempo, um impedimento e um estímulo para o seguimento da marcha civilizatória de matriz agregativa que condiciona à substituição da desordem naturalística do mundo pela progressiva ordem artificialmente construída através de uma profusão de mecanismos de salvaguarda, como o Direito, estrutura que serve de estímulo à progressiva sujeição dos sujeitos jurídicos, da qual depende o êxito do projeto do Estado de Direito.

Para se entender este Estado *Democrático* de Direito, é necessário apreender corretamente a extensão do correlato conceito de Estado de Direito e seus caracteres essenciais: fundado *pela* lei, orientado para a realização das potencialidades da racionalidade humana e minimização dos conflitos, marcado pelo imperativo de contenção das vontades políticas e, principalmente, assegurado das liberdades.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Enio Moraes da Silva define o Estado de Direito como “*um tipo de Estado em que o exercício do poder estatal é limitado e regulado por normas jurídicas gerais [...] pela doutrina do liberalismo, a subordinação do Estado ao Direito, além dessa limitação formal, apresenta um necessário reconhecimento e a conseqüente proteção de certos valores fundamentais do homem, constitucionalmente enumerados. É o que se pode chamar doutrinariamente de Estado de Direito forte, pois dele fazem parte os mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais.*”

A lógica humana circunvagou conceito de Estado. Reconheceu-se, primeiro, um imperativo por uma organização que suficientemente repelisse instintos incompatíveis com a convivência, de maneira que mecanismos de coexistência foram adotados para garantir a sobrevivência. O poder centralizado, abrasador, homogêneo, por vezes tirânico, violento, articulado para produzir temor e infligir tormento, foi a estratégia elegida. O governo do forte; o forte confundido com o justo; o justo como bom; a justiça como um bem atingível pela intimidação, por armas, músculos e vociferações.

Nesse contexto, a sinonímia Estado de Direito e civilidade antagoniza como o a ideia de Estado de Natureza e comportamento instintivo. A fórmula hobbesiana inaugural da lógica contratualista, portanto, ecoa nas bases deste conceito – ao menos do conceito “puro” de Estado –, oportunizando como nitidez a percepção de que o Estado de Direito é antes de tudo uma modalidade de ordenação da sociedade, sendo indissociável desta e, portanto, de seus rumos. Qualquer alteração no paradigma social acaba por reverberar também nas instâncias políticas, produzindo igualmente respostas jurídicas, seja no sentido de convalidação, seja como reprimenda.

A insustentabilidade deste tipo de dominação culminou em revoluções que cindiram definitivamente o poder, ou partilhando-o entre os do povo – ainda que temporariamente – ou, recentralizando-o mediante promessas do abrandamento do uso da força e a redistribuição das prerrogativas – geralmente de pronto não cumpridas ou descumpridas sistematicamente. Um eterno retorno e nenhum progresso verdadeiro foi por séculos o *leitmov* das suposições políticas.

Dessa forma, apesar de o Estado de Direito se distinguir sim por uma negação da incivilidade, este dado não gera por si só sua identidade; o Estado Absoluto, por exemplo, apesar de demarcar, ainda que debilmente, o território da razão, o faz por intermédio do destacamento de um monarca,

---

*No entanto, existem outros tipos de Estado cuja subordinação ao Direito sofre mitigações, sendo, portanto, considerados, segundo as palavras de Bobbio, Estado de Direito fraco e fraquíssimo. O Estado de Direito em sentido fraco é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis. E o Estado de Direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora).” SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167-168, p. 213, 2005. cit. p. 219*



cujos poderes políticos decorrem, primordialmente, de um vínculo transcendental e humanamente insondável, sendo, portanto, ilimitado, via de regra, e ilimitável<sup>4</sup>.

Assim, não basta então, para a caracterização do Estado de Direito, um acordo tácito entre os homens – isto formaria uma ordem estatal de outorga do poder coletivo, simplesmente –, muito menos a captação de normas etéreas respaldadas na autoridade divina do monarca. As consequências da adesão ao pacto social devem constituir um Poder ao qual estão sujeitos todos os homens, monarcas e súditos; devem igualmente eliminar progressivamente as diferenças entre monarcas e súditos, igualando-os na lei, por sua vez proveniente do homem do homem e não de imprecisos expedientes religiosos ou morais. Em síntese, O Estado de Direito racionaliza o Poder conferido ao Estado, o aloca de acordo com a demanda social, o que faz reservando certa parcela de liberdade dos indivíduos e prodigalizando soluções para as possíveis incipiências originadas por esse comportamento limitador.

Ao lado de uma dimensão formal – uma dada composição jurídica assentada na legalidade estrita e na imposição de regramentos ao Poder exercido, inclusive, o poder de legislar –, caracteriza o Estado de Direito também uma série de preocupações materiais – a definição de um conteúdo sólido, incondicionado (mas condicionante) e, via de regra, essencialmente imutável.<sup>5</sup>

Desse modo, o Direito sempre esteve presente como parte integrante da maquinaria de assimilação e gestão ampla do poder.<sup>6</sup> Tanto que a

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático. Lisboa: Almedina, 2006. cit. p. 39

<sup>5</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013

<sup>6</sup> A esse respeito, coloca José Afonso da Silva que: *“cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito”, e designar tantas organizações quanto aquelas a que se aplica a palavra “Estado”. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico.* <sup>4</sup> *Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material. Em tal caso, a tendência é adotar-se a concepção formal do Estado de Direito à maneira de Forsthoff, ou de um Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, espiritualista, que, no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado ético, que fundamentou a concepção do Estado fascista [...] se se concebe o Direito apenas como um conjunto de*

convergência Direito e Poder é tema recorrente da filosofia, sendo sua independência não apenas ilógica, mas impossível. Apartado do Poder, o Direito remanesce flácido, disforme, descontínuo, semanticamente neutro, beirando o esvaziamento total de seus propósitos, resvalando Estado e a autoridade que o personifica em um caos completo de desnorteada gestão; da mesma forma, o Poder, quando abre mão do Direito denuncia sua artificialidade e falha em coibir investidas contra a sua existência, que passam a surgir aos borbotões no tecido social.

Entrelaçar a ideia de Estado de Direito com a de um Estado do Direito Democrático produz efeitos benquistos à manutenção da ordem sem recursos à violência, mas somente mediante a adoção de expedientes racionais que minimizem episódios socialmente traumáticos. Primeiro, tem-se que as decisões do Estado são validadas por um Direito horizontalmente construído por todos, onde a opinião de *um* membro da coletividade tem valia e vincula a *todos*, guardada certas limitações plenamente justificáveis; em segundo lugar, os estratagemas do Poder passam a ser compreensíveis e, mais que isso, dentro de uma estrutura adequada, podem ser contestados com vistas ao benefício geral sem que isso implique catastróficas cismas: o Estado sobrevive graças às possibilidades de reinvenção do Direito por intermédio do extrato dos processos democráticos elegidos previamente como solucionadores dos conflitos.

A introjeção desse modelo assentado primordialmente na dignidade da pessoa humana, seja como um valor, seja como um mandamento racionalmente perscrutado ou, ainda, como fórmula retórica contumaz, exige, entretanto, a reinvenção Direito, processo que tende a se realizar mediante a eleição de um conteúdo mínimo de direitos eficazmente assegurados. Esse movimento de revitalização foi preponderante para a transição para a modernidade.<sup>7</sup>

---

*normas estabelecidas pelo legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de legalidade, ou Estado legislativo,<sup>7</sup> o que constitui uma redução deformante do Estado de Direito. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.”* SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988. cit.p. 16-17

<sup>7</sup> NOVAIS, 2006. *passim*.

A centralidade da Constituição no projeto do Estado Democrático de Direito como agremiação documental de direitos, como elenco de normas cogentes e como espectro vigilante das posturas adotadas no âmbito da abrangência do seu poderio, determina o êxito e a permanência de sua configuração, pois corporifica ideais ao mesmo tempo que os reveste da definitividade e da segurança que somente o Direito, em sua mais pura forma, positivamente, consegue dotar de validade.

Se de fato existe uma propensão humana à ordem; se o homem tendencialmente se sente confortável ao se inclinar à beira do abismo da liberdade e prefere o mergulho mortal à negação absoluta das possibilidades; se ele necessita da linguagem para fazer circular suas noções do ser e do estar no mundo, ainda que arriscando o falseamento drástico da realidade; e, principalmente, se ele está sujeito a inspiração para a solução de seus problemas, para o seu próprio deleite e avanço intelectual, é certo que há a necessidade de se assegurar juridicamente todas essas faculdades, garantido, pois, seu exercício contra qualquer limitação desarrazoada e ilegítima.

Nesse íterim, tomado em uma perspectiva *libera*<sup>8</sup>, adjetivado como *social*<sup>9</sup>, revestido como *democrático*<sup>10</sup>, no que pese a polissemia, o Estado de Direito se define como àquele no qual é priorizada a intangibilidade dos direitos fundamentais e reconhecido seu papel estruturante. A formação e posteriores transformações do ordenamento jurídico apenas legitimam-se na medida que expandem ou concretizam os esse plexo de direitos<sup>11</sup>; do mesmo modo, eles revelam a extensão das potencialidades humanas reduzindo a incidência dos conflitos; quanto às vontades políticas, uma vez consistente o elenco de direitos fundamentais – e por consistente entenda-se quando estes direitos são assegurados em um instrumento com força assemelhada à originária do movimento constitucionalista moderno – estas serão voltadas organicamente para sua confirmação em cada ato do poder.

Animado pela lógica do império da lei do século XIX, o Estado de Direito, ao realizar ambições filosófico-políticas temporalmente indetermináveis

---

<sup>8</sup> NOVAIS, 2006, p.59

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 187

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 212

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 213

– mas exponencialmente relevantes – reclama que sejam reconhecidos seus antecedentes históricos, bem como sua propensão à reinvenção, de maneira que, uma vez assimilado, é natural que, em dado instante, sob outras circunstâncias, movido por vontades pontuais, novas construções se mostrem necessárias, tanto no campo analítico, quanto no âmbito estrutural, isto é, da adoção e implantação de dado modelo em uma conjuntura política – e jurídica – específica.

Friedrich Engels, coloca, nesse sentido, que:

O Estado surgiu da necessidade de conter as oposições de classes, mas ao mesmo tempo surgiu no meio do conflito subsistente entre elas, ele é, em regra, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, converte-se também em classe politicamente dominante, adquirindo assim novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo, era sobretudo, o Estado dos donos de escravos para manter os escravos subjugados, tal como o Estado feudal era o órgão de que se valeu a nobreza para manter a submissão dos servos e camponeses dependentes. E o moderno Estado representativo é o instrumento da exploração do trabalho assalariado pelo capital<sup>12</sup>

Para além do império da Lei, a independência absoluta do Estado *pari passu* a acentuação da individualidade passou a ser o traço determinante da ordem jurídica, nesse Estado Liberal. Porém, os direitos fundamentais assegurados – diga-se, *reconhecidos*, dado o viés pré e supra estatal característico destes –, o eram em função não tão somente da pessoa humana, mas da necessidade de que o corrente sistema capitalista fluísse sem amarras, racionalizando um projeto burguês de superação do Poder Absoluto anterior.

Sob esta conjuntura, os direitos fundamentais, que encontram expressão nas Constituições Liberais, são compreendidos pelas lentes de um “individualismo possessivo”, de modo que o Estado de Direito Liberal é, além e por eles, condicionado: pela persistência de certos direitos subjetivos públicos decorrentes da relação indivíduo e Estado; pela divisão dos poderes

---

<sup>12</sup> Engels, Friedrich **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Escala, 2009. cit. p. 186.

como manifestação de um equilíbrio entre as forças internas do Estado; e pelo império da lei e inerente princípio da legalidade.

Na passagem para o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, esses elementos caracterizadores não são, de todo, expurgados, mas, recontextualizados, como evidentemente exigem as prioridades elencadas por essa formação de Estado de Direito. Persiste a dependência das liberdades como forma de assegurar a autonomia do indivíduo perante o Estado e perante os demais componentes da sociedade e também como também sobrevive o império da lei e o princípio da legalidade, muito embora sejam feitas concessões, assim como são alargados os direitos subjetivos públicos, de modo a incluir outras prerrogativas para além da do recurso à jurisdição.

Aquela exacerbada preocupação com a realização de um projeto de racionalização estatal, proveniente de uma luta revolucionária, transforma-se de um ideal de aperfeiçoamento que tem a socialidade como princípio basilar e a democracia como *modus operandi*. Nesse sentido, coloca Jorge Reis Novais que:

Para o pensamento liberal a tutela da propriedade privada ocupava, é certo, um lugar proeminente na esfera da autonomia individual, mas, sob pena de uma inversão ideologicamente comprometida, não pode ser elevada a fim exclusivo ou identificador do ideal de Estado de Direito. Valor essencial é, inversamente, a tutela da dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera de autonomia individual que se procura garantir através da limitação jurídica do Estado e é em função desse valor [...] que deve ser aferida a legitimidade de um dado sistema de propriedade ou a compatibilidade de uma particular intervenção do Estado como os quadros do Estado de Direito. O novo princípio de socialidade, forjado a partir da constatação da perda de legitimidade de uma ordem fundada no livre jogo da concorrência das autonomias individuais, induzia, no plano específico do Estado de Direito, uma reavaliação do sentido da limitação jurídica do Estado.<sup>13</sup>

Nesse cenário de transição e consolidação progressiva, repercute o modelo proposto por Marcelo Neves em “Entre Têmis e o Leviatã”. Ele alia a

---

<sup>13</sup> NOVAIS, 2006. cit. p. 198.

premissa procedimental da teoria dos sistemas sociais de Luhmann<sup>14</sup> e a lógica do agir comunicativo da teoria habermasiana<sup>15</sup>. Toma, assim, como parâmetro analítico a confluência entre a construção da Constituição na forma de acoplamento estrutural (*strukturelle kopplung*) entre direito e política<sup>16</sup> e a Esfera Pública como espaço semântico para a concentração do dissenso, na medida que a modernidade “implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso conteudístico através do dissenso procedimental”<sup>17</sup>.

Assim, tal expediente congrega harmonicamente forma e matéria do Estado Democrático de Direito, vez que este consegue ser visualizado como uma decorrência da soma da segurança procedimental – representada pela imanência do consenso – e a fluidez dos pensamentos/posturas antagônicas – representados pelo dissenso, a princípio, irrestrito. Uma Esfera Pública pluralista, somente o é, portanto, quando constitucionalmente administrada pelo exercício dos direitos fundamentais.

Neves sustenta, sobre a Esfera Pública pluralista, que ela seria:

[...] Campo de tensão entre mundo da vida, de um lado, e sistemas político e jurídico, de outro, ou mais precisamente: como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição enquanto acoplamento estrutural desses dois sistemas [...] pode-se dizer, do ponto de vista inverso, que a Constituição é o mecanismo de intermediação sistêmica do mundo da vida, do qual resulta a Esfera Pública [...] no Estado Democrático de Direito, os procedimentos constitucionais possibilitam que os diversos valores, expectativas e interesses conflitantes que se expressam, em primeiro grau, na linguagem cotidiana do mundo da vida ganhem um significado político e jurídico generalizado [...] o pluralismo significa que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos<sup>18</sup>

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Editora, 2016.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade** vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>16</sup> CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Universidad Iberoamericana, 1996.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo **Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016. cit. p.124.

<sup>18</sup> *Ibid.*, cit. p. 131-132

Extrai-se do destaque que, no modelo proposto por Neves, a Esfera Pública, no Estado Democrático de Direito, é protagonista. A “relativa indeterminação” de seu conteúdo é condição *sine qua non* para a realização das aspirações democráticas em uma sociedade multicêntrica, na qual é posta à prova a facticidade do direito e do poder por ele assegurado.

Assim sendo, toda e qualquer pretensa unidade jurídica deve se compor como parte de um séquito que, por sua vez, orbita em torno de direitos tidos como fundamentais não ligados ao procedimento propriamente dito. Estes limitam a “arbitrariedade conteudística”<sup>19</sup> potencial da Esfera Pública, de maneira que “a supressão das regras materiais que constituem preconização dos procedimentos abertos à diversidade de valores, expetativas, interesses e discursos presentes na Esfera Pública”<sup>20</sup> não pode ser tolerada por ameaçar a Esfera Pública, especificadamente, a igualdade e as liberdades fundamentais, “princípios do Estado Democrático de Direito”, nos dizeres de Neves.<sup>21</sup>

Na construção de um sistema autoral do Estado Democrático de Direito como se pretende doravante neste artigo, é preciso atentar para esses princípios, acentuá-los, nunca os obscurecer, maximizar suas consequências de maneira a assegurar a qualidade dos processos que ocorrem internamente na Esfera Pública. Ademais, é preciso interpretá-los – os princípios – conforme as exigências de socialidade de democracia.

Antecipa-se, então: que o sistema autoral em análise deve ligar-se às liberdades, de crença, de manifestação de pensamento, de locomoção, de escolha; que deve contribuir, ao mesmo tempo, para a autodeterminação democrática e individual, em clara alusão à cidadania como mecanismo de inclusão; que precisa comportar quaisquer adaptações estruturais exigidas, cumulando, assim, um alto grau de mutabilidade – por tender ao direito internacional, levando, pois, a sucessivos desafios a soberania do Estado e do povo – e um certo conservadorismo, para evitar deformações funcionais em razão de impulsos operativos.

<sup>19</sup> Por “arbitrariedade conteudística”, Neves se refere, *mutatis mutandis*, às formulações de Ingeborg Maus sobre o procedimento legislativo.

<sup>20</sup> NOVAIS, 2006. cit. p. 153-154.

<sup>21</sup> NEVES, 2016, cit. p. 126.

A Esfera Pública, portanto, pelo sistema autoral, deve ser reconhecida, mantida e fortalecida segundo os desígnios da sociedade da informação e da consequente revolução técnica *ad infinitum*, de modo o conteúdo mínimo dos direitos autorais deve ser definido de maneira a estimular um dissenso cujo o entrechoque de valores e discursos seja apto a trazer benefícios à sociedade.

### 3 O SISTEMA AUTORAL: SIGNIFICADO E RESSIGNIFICAÇÃO

Estabelecida a dimensão do Estado Democrático de Direito que se pretende explorar nos próximos tópicos, é preciso definir brevemente o que se deve compreender pela expressão “Sistema Autoral”<sup>22</sup>. Para além da obviedade de se referir à coleção de mecanismos legais colocados à disposição dos autores pelo Estado de Direito para salvaguarda dos seus interesses, econômicos e pessoais, ela se destina a conglomerar o conjunto de posturas que devem ser adotadas perante à criatividade, considerada como realidade jurídica na medida que em que se dá – e como se dá – a exteriorização da ideia.

É prudente salientar os ecos desses sistemas na política – e, reciprocamente, também da política na modelação desses sistemas –, o que se faz mediante a breve demonstração da sincronia entre a gênese desses sistemas e a reconceituação do conceito de Estado de Direito, bem como seus modelos Liberal, Social e Democrático.

A relação autoral e política e, por consequência, a sempre urgente necessidade de reorganização das prerrogativas autorais em alusão à fluidez dos interesses do poder, é o que estimula a organização de blocos bem definidos de proteção. Assim foi com as Revoluções Inglesa – geradora do sistema denominado *Copyright*<sup>23</sup>, depois exportado para as Américas – e Francesa – que constituiu o chamado *droit d’auteur*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> CHAVES, Antônio Chaves. **Direito de autor**: Princípios Fundamentais: Rio de Janeiro: Forense, 1987. cit. p. 56

<sup>23</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direitos do autor e copyright**: fundamentos históricos e sociológicos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, cit. p. 78.

<sup>24</sup> LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga da Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2011.



A forte inspiração liberal de ambos sistemas, isto é, como asseguradores de uma dinâmica de retribuição pecuniária baseado na lógica capitalista de autorregulação do mercado, portanto, através do reconhecimento estatal de direitos fundamentais ligados à criatividade como faculdade humana, é facilmente verificável na medida que todos os direitos autorais – reprodução, armazenamento, comunicação ao público, negociação, paternidade da obra, ineditismo, retirada de circulação, modificação – se vinculam a ideia de propriedade privada, não restando, dessa forma, espaços para que esses direitos pudessem satisfazer ao mesmo tempo debate público sem encontrar, para tanto, óbices das mais diversas ordens<sup>25</sup>. Alternativamente, autores e editores foram privilegiados com a concessão de faculdades; mesmo a coletividade, em certas circunstâncias, se viu priorizada como titular de direitos autorais.

A finalidade, entretanto, mesmo desses sistemas de orientação coletivista e perfil socializante, supostamente realizador do que se sustenta nesse artigo como a feição do sistema autoral do Estado Democrático de Direito, isto é, a função social, esteve direcionada para a satisfação de projetos ideológicos nocivos às concepções de liberdade que caracterizam este modelo.

Esses blocos, então, acabaram por constituir monopólios financeiros e de informação<sup>26</sup>, nos quais, evidentemente, é mínima a inclusão dos membros da sociedade, falindo, pois, qualquer perspectiva de enxergar o cidadão para além do típico sujeito de direitos sujeitado às flutuações – e deformações – das acepções de Estado de Direito.

Inclusive, a confusão suporte material e conteúdo foi utilizada por séculos para respaldar o controle político, seja clara, seja sub-repticiamente, ora por meio de estruturas criadas com finalidade censora pelo Estado<sup>27</sup>, ora se utilizando das técnicas milenares de desmaterialização do pensamento<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> EBOLI, João Carlos de Camargo. **Pequeno mosaico do Direito Autoral**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2009.

<sup>26</sup> MELLO, Roberto Corrêa de. O Regime legal do Brasil: diferenças entre o direito de autor e copyright. In: NETTO, José Carlos da Costa *et al* (Org.) **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Cap. 12. cit. p. 162-167.

<sup>27</sup> FRAGOSO, 2012. cit. p. 56

<sup>28</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à internet**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

A rigor, o embrião do sistema autoral, o sistema de privilégios instaurado pelo Estado Absolutista ilustra o primeiro caso, enquanto os primeiros esforços de sincronização cultural do Estado Nazista datados de 10 de maio de 1933, referidos como bibliocausto<sup>29</sup>, expõe a barbárie de um controle violento daquilo que não deveria, por motivos políticos e ideológicos – em que a última se sobrepunha à primeira – , circular.<sup>30</sup>

A relação direitos autorais e propriedade, se serviu para afirmar a autonomia dos direitos autorais em um dado instante da história e auxiliar os autores na aquisição de certas prerrogativas<sup>31</sup>, acabou por, doutra banda, esfacelar qualquer caracterização Esfera Pública, de maneira que como pluralista ela só consegue se afirmar em um Estado Democrático de Direito através de uma Constituição que se constitua como marco normativo de direitos fundamentais, dentre os quais figuram os atribuídos em razão da exteriorização do pensamento e sua fixação em suportes vários – ou em suporte físico algum, como sugere o contexto cibercultural.

Nesse particular, constata Barbuda, em relação à superação do Estado Liberal e do estágio de propriedade dos direitos autorais, que:

Atualmente, é impensável que um Estado de molde não intervencionista, ou mesmo um Estado neoliberal, nos moldes keynesianos, consiga equalizar o conflito existente entre o interesse predominantemente privado, do autor e da empresa cultural [...] a regulação dessa matéria, por parte do Estado, deve, necessariamente, implicar uma nova postura dos Poderes constituídos e dos cidadãos a eles submetidos em relação ao controvertido tema dos direitos autorais e conexos. Por isso que tanto o *droit d'auteur* quanto o *copyright* hão de ser repensados, a fim de se compatibilizarem ao contexto cultural emergente, de relativizações e incertezas jurídicas decorrentes da propagação de novos paradigmas sociotecnocráticos [...] é preciso ter uma postura crítica ante os dois

---

<sup>29</sup> BAÉZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros**: das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque. São Paulo: Ediouro, 2004

<sup>30</sup> NOVAIS, 2006, p. 152

<sup>31</sup> GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet**: direitos autorais das origens à era digital. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007

modelos ocidentais de direito autoral. Embora difiram quanto ao objeto da tutela, ambos se prendem a noção de propriedade intelectual<sup>32</sup>

Por outro lado, apesar da patente necessidade de ressignificar o que se extrai desses grandes sistemas autorais, o que se tem como factível é a “não negação” dos postulados essenciais – pelo contrário, a sua propagação em tratados internacionais de toda espécie – desses sistemas mesmo como as mudanças significadas nas acepções do poder<sup>33</sup>. Assim sendo, apenas se arranha a superfície de um problema propondo soluções correspondentemente rasas. Dessa forma não permite que seja possível mais que uma fecundação parcial de certos aspectos recombina-tórios.

Isto significa que somente se verifica a iniciativa dos governos de promover modificações pontuais nos mecanismos de gerenciamento do produto criativo, o que faz por meio de concessões feitas pelos particulares por força da lei e reformas lentas e insignificantes que mais reforçam esses sistemas que os fragiliza. Veja, por exemplo, a crescente tentativa contornar as divergências do campo autoral mediante a fusão, através de tratados internacionais e declarações variegadas, dos sistemas do *Copyright* e do *droit d'auteur*.

Em outras palavras, os grandes sistemas autorais de matriz liberal, mesmo no âmbito da miscelânea de preocupações do Estado Democrático de Direito – com a cidadania, com a igualdade, com a inclusão – incompatíveis com a exacerbação da propriedade, mantem-se intactos, proliferando sutilmente suas estruturas obsoletas sob a roupagem de uma corruptela principiológica capitaneada pela função social da propriedade intelectual, ignorando, contudo, que é a própria noção de direitos autorais como espécie de propriedade que precisa ser atacada.

Realisticamente, toma-se que a correção dos macrossistemas supra-mencionados não virá do que se segue neste artigo. Nele, porém, se encontra espaço para iniciar a insurreição voltada contra às construções arcaicas de viés privatístico – o exclusivo autoral que favorece os monopólios e a consequente escassez da informação e/ou seu difícil acesso – ao mesmo tempo que se

<sup>32</sup> BARBUDA, Ciro de Lopes. **Princípios do Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Cit. p. 28-29

<sup>33</sup> MELLO, 2015

debela em favor de uma nova forma de racionalização do fenômeno criativo, dando enfoque ao seu produto cultural culturalmente considerado.<sup>34</sup>

Reconhece-se, outrossim, a impossibilidade de implantação instantânea de um modo de pensar os direitos autorais por um viés inclusivista não propagandista – quer dizer, que não seja parte de uma fachada, mera retórica –, demandando, pois, uma investigação contínua da fundamentação desses direitos para além de uma origem transcendental e refém das diretrizes políticas.

De partida, entretanto, é possível endossar que os direitos autorais devem compreendidos, enquanto direitos fundamentais, como bastiões da Esfera Pública Pluralista com base na tríade principiológica proteção, alteridade e inclusividade, que realiza, no plano autoral, “a segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais. A obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e autodeterminação democrática”, enfoques do Estado Democrático de Direito mencionados por Novais.<sup>35</sup> Eis a diagnose do sistema autoral e a denúncia do descompasso de seu conteúdo mínimo com os valores perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, sendo tão somente simbólica sua aceitação como parte integrante da política cultural.

---

<sup>34</sup> A redundância é proposital. Produto cultural designa o resultado dos empreendimentos da chamada indústria cultural marcada pela padronização das formas de pensar e se expressar o pensamento, bem como na imposição de certas manifestações artísticas em certos formatos mais “rentáveis”, portanto, “consumíveis”, em detrimento de outras. Quando se fala em “produto cultural culturalmente considerado” se retoma que a criação artística é produto do intelecto, do espírito humano em recurso ao exercício da criatividade. Livre de condicionamentos de toda ordem, passa a ser componente do manancial cultural, agregando à coletividade, em termos de matéria prima da Esfera Pública, valores, discursos e expectativas, que inclusive informam o debate político. Não se pretende, como ambiciona a referida indústria, padronizar a cultura ou mesmo apropriar-se de manifestações culturais a fim de destituí-las de singularidade tendo como fim torná-las produtos econômicos ontologicamente esvaziados. A ideia contraria todo este estudo, pois, despreza a diversidade cultural. A esse respeito, diz Cunha Filho *que “esta padronização tem objetivos claros e definidos: construir uma massa de consumidores e, além disso, influenciar o próprio gosto artístico de cada um, de maneira a controlá-lo e direcioná-lo à lógica do mercado capitalista em geral, e do mercado cultural em particular.”* CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação no programa nacional de apoio à cultura.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. cit. p. 40

<sup>35</sup> NOVAIS, 2006. cit. p. 210

## 4 DA DISSOLUÇÃO DOS MACROSSISTEMAS À AMPLITUDE DAS POSSIBILIDADES DO FENÔMENO CIBER

Longe de serem perturbadoras e catárticas, as observações realizadas no anterior são, desde o final do século XX, debatidas pela doutrina, que se divide diante da propositura de múltiplas soluções para o problema do conteúdo mínimo dos direitos autorais<sup>36</sup>. Exausta, ela passou a se concentrar na elaboração de paliativos<sup>37</sup>; sendo tomada como impossível a derrocada maciça dos grandes sistemas autorais a nível de sociedade mundial.

Dessa forma, a única alternativa restante pareceu – e ainda parece – ser melhorar, tanto quanto possível, o *Copyright* e o *Droit d'auteur* neles realçando o caráter cultural dos direitos autorais<sup>38</sup> no cumprimento de uma hipotética função social<sup>39</sup>, construção teórica também oriunda da crise do conceito de propriedade. Essa estratégia foi centrada na reforma legislativa<sup>40</sup>, na profusão de pactos internacionais – como as Convenções de Berna, Roma, Paris, o próprio acordo TRIPS e, mais recentemente, diretivas da União Europeia – conciliando as preocupações de ambos sistemas e na construção teórica de princípios ligados à função social de uma propriedade imaterial de materialidade conflituosa.

O descompasso entre as perspectivas do Estado de Democrático de Direito e os Sistemas Autorais, assim, encontrou na função social uma excelente camuflagem. Mascaradas as incongruências, enfaixado o paradoxo

<sup>36</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos**: a dimensão privada do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

<sup>37</sup> LESSIG, Lawrence. **The future of ideas**: the fate of the Commons in a connected world. New York: Random House, 2001. Disponível em [http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig\\_FOI.pdf](http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf). Acesso em 20 out. 2019.

<sup>38</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil: Dimensionamento e conceituação. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

<sup>39</sup> MORAES, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais do autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. cit. p. 254-290.

<sup>40</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres**. Florianópolis, Boiteux, 2011.

corrosivo dos direitos autorais, silenciado na medida do possível o clamor da coletividade por mais participação tanto no processo de criação, quanto no de gestão das obras produzidas, os autorais poderiam dormir o sono dos justos e não mais se preocupar, nem com o refinamento dos sistemas protetivos, muito menos com a “elaboração” de um conjunto novo de regras e princípios.

A perturbação dessa bem encenada peça – que muito perdurou, não em razão da falta de contra-argumentos somente, mas em decorrência da supressão das vozes destoantes pelas elites culturais, verdadeiros conglomerados de uma indústria consolidada na música, no cinema e até mesmo na ciência – ocorre com o avanço da técnica<sup>41</sup>, o surgimento explosivo do ciberespaço<sup>42</sup> e, especialmente, a emergência gradual de uma inteligência coletiva<sup>43</sup>. Estes fenômenos desfiem o núcleo cristalizado dos direitos autorais ao mesmo tempo que revestem os alicerces do Estado Democrático de Direito, cujos elementos passam por uma paulatina mutação almejando o fortalecimento da igualdade, da liberdade e da fórmula utópica da fraternidade.<sup>44</sup>

Destarte, para além da confluência entre os sistemas autorais mundiais, o prognóstico do conteúdo dos direitos autorais aponta para a necessidade de repensar a ligação umbilical desses direitos à noção de propriedade, o que implica em uma alteração global. Portanto, estas correções devem se concentrar não apenas no procedimento legislativo, mas, de acordo com o modelo hierarquias entrelaçadas – *tangled hierarchies* – proveniente de Douglas Hofstadter e assimilado por Marcelo Neves em sua elaboração, deve

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. cit. p. 134.

<sup>42</sup> Parte-se da definição de Pierre Levy sobre ciberespaço como sendo “o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores [...] esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia e interfacear todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação [...] quanto mais o ciberespaço se amplia, mais ele se torna ‘universal’, e menos o mundo informacional se torna totalizável.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2013.

<sup>43</sup> LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. São Paulo: Editora 34, 2012.

<sup>44</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Superciber: a civilização místico-tecnológica do século 21: sobrevivência e ações estratégicas**. São Paulo: Paulus, 2009.

compelir uma reinvenção espraiada por todos os procedimentos constitucionalmente assegurados<sup>45</sup>.

A respeito dessas modificações, lembre-se que a imaterialidade desses bens intelectuais dentro do paradigma de um Estado Liberal já apresentava instabilidades, no modelo em comento do Estado Democrático de Direito então essa persistência caotiza a efetivação de absolutamente todos os direitos fundamentais deles dependentes, a começar pelo direito à liberdade de expressão e de acesso à informação, que devem ser bem delimitadas para o bom funcionamento da Esfera Pública. Obnubilados por um sistema autoral malformado, enclausurado pelas dimensões do conceito de propriedade, os cidadãos não conseguem efetivamente extrair os benefícios do dissenso preconizado por Neves para o um bom desempenho tanto de Têmis quanto do Leviatã.

A esse respeito, Carboni acentua que:

Podemos dizer que o fato de o direito de autor ter se mantido incólume quanto à forma de proteção das obras intelectuais [...] e considerando as transformações sociais ocorridas desde o seu surgimento [...] houve uma mudança de função do direito de autor de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação das transformação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera de liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Sugere Allan de Rocha Souza que as estratégias a respeito da realização da função social devem enredar não apelas o legislador, mas o próprio criador, ao qual são dadas possibilidades de autogestão por meio do licenciamento, o poder executivo e o judiciário, sendo, para tanto, essencial a observância por todos esses atores dos direitos ligados à informação, à cultura e à educação. Elabora ainda uma lista de “deveres sociais mínimos dos titulares” que, dentre outras propostas, indica a permissão gratuita para arquivamento digital; a utilização de material gráfico, textual, sonoro ou audiovisual para pesquisa e instrução em instituições de ensino ou pesquisa. SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campo dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, cit. p. 291.

<sup>46</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. cit. p. 33.

Sendo assim, a fórmula genérica segundo a qual a organização de um sistema autoral seria necessária para garantir o progresso humano – em termos de progresso artístico e, especialmente, científico – deve dar lugar para a identificação das funções dos direitos autorais na sociedade, funções estas relacionadas com os conteúdos que fluem do Mundo da Vida para a Esfera Pública, alimentando o dissenso.

Oportuna, nesse contexto, é a gênese do ciberespaço e seu rincão de possibilidades<sup>47</sup>, as quais os teóricos da comunicação – e, gradativamente, artistas, filósofos, sociólogos, antropólogos, os mais diversos setores da sociedade civil e, claro, juristas – se referem como Cibercultura.

Saliente-se que não se trata de mera prefixação, o fenômeno ciber é uma realidade que constitui realidades<sup>48</sup>, surge dentro da própria cultura para, ou reafirmar alguns de seus aspectos essenciais, ou para denunciá-los, é condicionante de transformações<sup>49</sup>, não determinante, não faz propriamente exigências, mas mostra as benesses de se estabelecer um novo pacto – ou revisões àquele pacto social original – que assimile os valores sociedade tecnocrática, sediada no espaço desterritorializado da Internet,<sup>50</sup> em ascensão<sup>51</sup>. Portanto, a cibercultura faz emergir uma nova compreensão do Estado de Direito<sup>52</sup> igualmente oportuniza que, ineditamente, um sistema autoral surja em sincronia a preocupação política com o alargamento da Esfera Pública.

Unanimemente, dessa forma, se observa que o paradigma tecnológico se desdobra em novas formas de socialidade no ambiente virtual, no ciberespaço<sup>53</sup>. Essas novas interconexões em um universo interconectado

---

<sup>47</sup> MINOIS, George. **História do futuro**: dos profetas à prospectiva. São Paulo: Unesp, 2019.

<sup>48</sup> SANTAELLA, Lúcia. **Cultura e artes do pós-humano**: da cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus, 2003.

<sup>49</sup> LEMOS, Ronaldo. **Futuros Possíveis**: mídia, cultura, sociedade, direitos. Porto Alegre: Sulinas, 2012.

<sup>50</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.

<sup>51</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Fascinação e miséria da comunicação na cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2012.

<sup>52</sup> LEVY, 2012. cit. p. 253.

<sup>53</sup> PAIVA, Cláudio Cardoso de. **Hermes no ciberespaço**: uma interpretação da comunicação e cultura na era digital. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.



acabam por repercutir na política na forma de uma tecnocracia, que por sua vez alarga a Esfera Pública. Na mesma proporção, a Cibercultura implica na transformação – ou, finalmente, na constatação – de que os Direitos Autorais são, por excelência, Direitos Culturais, substituindo assim a fundamentação destes por meio da propriedade, pela fundamentação nas funções por eles desempenhadas em benefício da sociedade como um todo.

Dessa forma, vinculando o Sistema Autoral à educação – em movimentos como o Recursos Educacionais Abertos (REAs)<sup>54</sup> –, à geração de conhecimentos – por um estímulo às isenções e imunidades típicas da doutrina do *fair use*, para além da Lei –, ao surgimento orgânico de novas obras e novos autores provenientes do manancial cultural, para além da inspiração em Domínio Público – através do fortalecimento do *Copyleft*, especialmente da *Creative Commons*<sup>55</sup> – se concebem os alicerces do *devoir* de um Sistema Autoral apropriado ao Estado Democrático de Direito: internacionalizante, sem ofender à soberania, do Estado ou do Povo; igualitário, sem repelir criador ou público; interpretável conforme as limitações contitudísticas protetoras do dissenso da Esfera Pública organizadora das complexidades sistêmicas.

## 5 CONCLUSÃO

A edificação do Estado Democrático de Direito faz reverberar um sonoro imperativo por modificações estruturais em diversos setores da sociedade no afã de se obter uma compatibilização operativa, isto é, primeiramente o estabelecimento de núcleo de preocupações e, posteriormente, a definição de estratégias multiformes que possibilitem a plena realização das potencialidades do espírito humano.

Na constituição deste núcleo, é relevante remeter à conformação do Estado de Direito aos valores alçados pelas revoluções burguesas. A perspectiva liberal marcada pela ideologia das três separações – política e economia; Estado e Moral; e Estado e Sociedade Civil – e que se fundamenta em uma liberdade vinculada a noção de propriedade gerou um chamado Estado de

<sup>54</sup> LITTO, F. M. **A nova ecologia do conhecimento**: conteúdo aberto, aprendizagem e desenvolvimento. *Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 60-65, abr./set. 2006.

<sup>55</sup> BRANCO, Sérgio. BRITTO, Walter. **O que é creative commons**: novos modelos de direito autorial em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

Direito Liberal. Contudo, ficar adstrito a ela é nocivo, como ocorreu com a clausura a qual o Sistema Autoral foi submetido. Tal qual ocorrido com o Estado Liberal, no contexto da filosofia política do século XX, essas sistemáticas de gestão da criatividade se mostraram insustentáveis e demandaram uma reconstrução com base nos já mencionados postulados de socialidade e democracia que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Uma vez diagnosticado o problema do Sistema Autoral, o prognóstico deixa clara a necessidade de que haja empenho voltado para que a função social deixe de ser tomada como uma cortina de fumaça, mera camuflagem para a decrepitude estrutural do Sistema Autoral. Assim, ela deve passar a ser fundamento apto a promover a realocação das preocupações com as obras autorais para o campo das políticas públicas incentivo à participação na cultura.

Esse movimento, aparentemente simples em um dos muitos segmentos do Direito, proporciona à Esfera Pública sua abertura à debates conteudisticamente mais consistentes, cujos discursos passam a se digladiar com a segurança que somente a igualdade assentada na inclusão e não na exclusão, consegue ofertar, perfazendo o pleno acesso a tudo que reserva a plena cidadania em um Estado Democrático de Direito, a começar pela capacitação exigida para a intermediação do debate na Esfera Pública Pluralista.

## REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos:** a dimensão privada do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. *In:* WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres.** Florianópolis, Boiteux, 2011.

BAÉZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros:** das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque. São Paulo: Ediouro, 2004.

BARBUDA, Ciro de Lopes. **Princípios do Direito Autoral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRANCO, Sérgio. BRITTO, Walter. **O que é creative commons:** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

- CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. São Paulo: Zahar, 2003.
- CHAVES, Antônio Chaves. **Direito de autor: Princípios Fundamentais**: Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Universidad Iberoamericana, 1996.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação no programa nacional de apoio à cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil: Dimensionamento e conceituação. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. **Pequeno mosaico do Direito Autoral**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2009.
- ENGELS, Friedrich **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Escala, 2009.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à internet**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direitos do autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet: direitos autorais das origens à era digital**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade vol. II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEMONS, Ronaldo. **Futuros Possíveis: mídia, cultura, sociedade, direitos**. Porto Alegre: Sulinas, 2012.
- LESSIG, Lawrence. **The future of ideas: the fate of the Commons in a connected world**. New York: Random House, 2001. Disponível em: [http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig\\_FOI.pdf](http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf). Acesso em: 20 out. 2019.
- LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. São Paulo: Editora 34, 2012.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2013.

LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga da Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2011.

LITTO, F. M. **A nova ecologia do conhecimento**: conteúdo aberto, aprendizagem e desenvolvimento. *Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 60-65, abr./set. 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Editora, 2016.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Fascinação e miséria da comunicação na cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2012.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Superciber: a civilização místico-tecnológica do século 21: sobrevivência e ações estratégicas**. São Paulo: Paulus, 2009.

MELLO, Roberto Corrêa de. O Regime legal do Brasil: diferenças entre o direito de autor e copyright. *In: NETTO, José Carlos da Costa et al (Org.) Direito Autoral Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MINOIS, George. **História do futuro: dos profetas à prospectiva**. São Paulo: Unesp, 2019.

MORAES, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais do autor. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.) Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático**. Lisboa: Almedina, 2006.

PAIVA, Cláudio Cardoso de. **Hermes no ciberespaço: uma interpretação da comunicação e cultura na era digital**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTAELLA, Lúcia. **Cultura e artes do pós-humano: da cultura das mídias à cibercultura**. São Paulo: Paulus, 2003.

SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167-168, p. 213, 2005.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Campo dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

# ABUSO DO DIREITO NOS CONTRATOS DE DIREITOS CONEXOS NA DUBLAGEM BRASILEIRA: CAUSA DE NULIDADE CONTRATUAL

Hiago Andriotti Cordioli<sup>1</sup>

Luciana Lopes Canavez<sup>2</sup>

**RESUMO:** A legislação autoral brasileira proíbe expressamente a cessão de direitos conexos aos direitos de autor. Segundo a atual Lei de Direitos Autorais, a remuneração pela reprodução da fixação das interpretações dos artistas é devida por cada utilização por parte dos distribuidores. Entretanto, é comum a prática de contratos envolvendo os direitos dos artistas intérpretes e executantes que preveem a sua cessão total, por um longo período de tempo.

- 
- <sup>1</sup> Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, com bolsa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduou-se Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP (2019). Realiza pesquisa nas áreas de direitos da personalidade, direitos fundamentais, propriedade intelectual e direito da voz. Foi bolsista de iniciação científica financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), com pesquisa na área de direito autoral e direitos da personalidade. Foi bolsista de iniciação científica financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).
  - <sup>2</sup> Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2012). Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2004). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1999). É professora de Direito Civil e Propriedade Intelectual na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais/UNESP. Campus Franca/SP, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Supervisora da Unidade Auxiliar do Centro Jurídico e Social/UACJS da Unesp/Franca. Líder e pesquisadora do grupo de pesquisa (CNPQ) - Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico e Social - GEPPIDES. Atua como pesquisadora nas seguintes áreas: Direito Civil; Propriedade Intelectual; Direitos Fundamentais. Coordenadora do projeto de extensão/Caminhos da Justiça desenvolvido na UACJS. Participa da pesquisa coletiva desenvolvida na UACJS sobre o tema A implementação da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva nas escolas da rede pública de ensino dos municípios de abrangência da Diretoria Regional de Ensino de Franca/SP. Atuou como advogada no período de 2000-2012. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em: Propriedade intelectual, Direito Civil e Processual Civil e Direito empresarial.

Por essa razão, faz-se necessário um estudo dessa situação, a fim de entender as principais necessidades da classe de atores em dublagem, bem como publicizar as práticas contratuais ilegais que envolvem os direitos conexos. Para a construção deste artigo, utilizamos o método de abordagem dedutivo, com os procedimentos de pesquisa técnico-bibliográfica, concentrada em artigos e livros especializados nos temas de direitos autorais e contratos, bem como em decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entre os anos 2000 e 2020, e de entrevistas com profissionais da área.

**Palavras-chave:** direitos autorais. direitos conexos. artistas intérpretes e executantes. contratos. dublagem.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a conjuntura da realidade contratual desta classe artística. Como vimos anteriormente, a legislação brasileira garante os direitos dos atores em dublagem, tanto no âmbito dos direitos da personalidade, quanto dos direitos conexos aos direitos de autor, relativos à sua interpretação das obras audiovisuais. Contudo, como veremos a seguir, a realidade não condiz com a previsão legal.

Diariamente, os atores em dublagem estão sendo lesionados em seus direitos da personalidade e direitos conexos aos direitos de autor. Os contratos realizados entre os distribuidores das obras audiovisuais e os atores em dublagem, por intermédio dos estúdios, podem ser caracterizados como leoninos, ou seja, com o intuito de gerar benefícios desproporcionais para um lado da relação contratual, em detrimento do outro.

A seguir, será feita uma abordagem prática da aplicação das leis referentes aos direitos da personalidade e direitos conexos aos direitos de autor dos atores em dublagem, com base em depoimentos pessoais de profissionais da área, colhidos em entrevistas feitas on-line, e em julgados do Tribunal de Justiça dos Estado de São Paulo entre os anos 2000 e 2020.

## 1 O PROCESSO DE DUBLAGEM

Para tanto, primeiramente, devemos entender como ocorre o processo de dublagem de uma obra audiovisual estrangeira e a contratação entre distribuidores, estúdios e atores em dublagem. Um distribuidor con-

tata um estúdio especializado em dublagem para fazer a versão brasileira de sua obra audiovisual. Em seguida, o filme é traduzido, um diretor de dublagem é escalado e um roteiro de dublagem é desenvolvido, de modo que a trilha de dublagem esteja sincronizada o máximo possível com o movimento dos lábios da atuação visual na tela e o conteúdo dos diálogos esteja adaptado para o idioma desejado. Um dublador leva de nove a doze horas para dublar um filme. Após a conclusão, a fita mestre é duplicada e as cópias são distribuídas aos exibidores (cinemas, estações de TV, lojas de vídeo).

No momento da gravação, o dublador assina um contrato de prestação de serviços com o distribuidor da obra audiovisual, por intermédio do estúdio de dublagem, exclusivamente para aquele determinado trabalho que realizará – pode ser um filme, um episódio ou um bloco de episódios de séries e novelas –, cedendo totalmente seus direitos conexos para o distribuidor, recebendo como contraprestação apenas uma pequena porcentagem (que varia entre os estúdios – geralmente de 10 a 30%) sobre a remuneração por hora trabalhada. A média de pagamento por hora nos estúdios de São Paulo, em 2019, é de R\$140,00 (cento e quarenta reais). Portanto, se um estúdio paga, por exemplo, 10% sobre este valor relativo aos direitos conexos, o ator em dublagem estará recebendo R\$14,00 (catorze reais), somente, para ceder sua voz para que esta seja distribuída e redistribuída em todo tipo de mídia, seja DVDs, Blu-Rays, redes de televisão aberta ou a cabo, cinemas, aviões, por uma quantia ínfima, por setenta anos. Os dubladores entrevistados declararam que, nos contratos, existe uma cláusula que declara que o artista cede seus direitos autorais sobre a obra para reprodução em mídias como TV, DVDs, streaming “e tecnologias que ainda serão inventadas”. Ou seja, os distribuidores se eximem do pagamento pela reprodução das obras criadas pelos artistas da voz sobre mídias que ainda nem existem.

## **2 A ABUSIVIDADE CONTRATUAL**

Estes contratos, entendemos, são nulos de pleno direito por afrontarem normas de ordem pública constantes em leis federais. A esse respeito, diz Maria Helena Diniz (2010, p. 157-158):

O contrato, para ter validade, precisará observar as normas jurídicas atinentes a seus requisitos subjetivos, objetivos e formais, sob pena de não produzir consequências jurídicas. A nulidade, é portanto, uma sanção, por meio da qual a lei priva de efeitos jurídicos o contrato celebrado contra os preceitos disciplinadores dos pressupostos de validade do negócio jurídico. Essa nulidade poderá ser absoluta ou relativa. A *nulidade absoluta* (CC, arts. 166, I a VII, e 167) é a sanção cominada ao contratante que transgredir preceito de ordem pública, operando de pleno direito, de sorte que o contrato não poderá ser confirmado, nem convalidar-se pelo decurso de tempo, da mesma forma que não produzirá efeitos desde a sua formação (CC, art. 169). (grifos da autora).

Portanto, a cessão total de direitos conexos, sem a previsão de pagamento pelo número de exposições da obra, caracteriza abuso de direito. O Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece, no art. 187, preceito genérico sobre o abuso de direito, considerando-o ato ilícito: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”. Marcus Cláudio Acquaviva (2009, p. 11) define o abuso de direito como

o exercício deste de modo a lesar, prejudicar direito alheio. A doutrina do abuso de direito salienta que os direitos não são absolutos, mas limitados em sua extensão e submetidos a pressupostos quanto ao seu exercício. Sabe-se que um dos fundamentos do ato jurídico é a boa-fé, ou seja, o intuito de não lesar; sem isto, adentraríamos a seara do exercício *irregular* de um direito, com o consequente prejuízo de um interesse alheio não tutelado por norma jurídica expressa. Quando o titular de um direito não respeita os limites deste, age, na verdade, sem direito. Cessa o direito quando começa o abuso, pois o mesmo ato não pode ser, simultaneamente, conforme o direito e contrário a este. O ato praticado com abuso é *objetivamente* lícito, mas *subjetivamente* injusto, assim caracterizado: 1) exercício que transcende a necessidade determinada por sua destinação individual; 2) exercício sem utilidade para o titular; 3) exercício com dano para outrem. (grifos do autor).



Pode-se caracterizar, portanto, os contratos entre dubladores e distribuidores de audiovisuais como “leoninos”, termo conceituado por Acquaviva (2009, p. 236) como aquele que “favorece abusivamente uma das partes, em prejuízo da outra. A denominação vem da célebre fábula de Esopo, na qual o leão exigia para si, na condição de rei dos animais, a melhor parte dos bens”.

### 3 ATUAL POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Entretanto, não parece ser esse o atual entendimento dos Tribunais. Quando procuramos decisões no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com as palavras-chave “dublador” ou “dublagem”, entre as mais recentes, encontramos dezenas de ações judiciais movidas pelo ator em dublagem Sidney Carlos Lilla contra diversas produtoras de obras audiovisuais e emissoras de televisão. Nelas, o dublador procurava receber indenização por danos materiais e morais por reproduções não remuneradas de obras em que ele participara interpretando personagens. Todas, ou pelo menos a grande maioria, foram julgadas improcedentes. As fundamentações das decisões dos desembargadores baseavam-se, quase sempre, nos mesmos pontos: que o ator recebeu uma remuneração pelo serviço de dublagem prestado, que assinou um contrato cedendo seu trabalho para mídias variadas e que, pelo princípio da *pacta sunt servanda*, não havia que se falar em indenização. Em um deles, argumentou o desembargador James Siano (SÃO PAULO [Estado], 2013):

Incontroverso que o autor-apelante subscreveu em favor da parte contrária contrato de cessão dos direitos autorais “pelo tempo máximo de proteção da obra, por todo o universo e para todas as modalidades de utilização” (f. 116).

Aduz o recorrente que a disposição contratual é nula por afrontar o disposto no art. 13 da Lei nº 6.533/78 (...).

Ocorre que o aludido preceito sofre o influxo da atual legislação de regência, que implicitamente o revoga, ao permitir a cessão dos direitos autorais.

Preconiza o art. 49 da Lei nº 9.610/98:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (...).

Não houve limitação nem mesmo do número de emissões, o que desautoriza a incidência dos art. 90 e 91 da Lei de Direitos Autorais, com intuito restritivo; enquanto o art. 92, caput, reforça a possibilidade da cessão (...).

Inexiste, portanto, razão para nulificar os instrumentos de cessão, salvo se houvesse vício de consentimento, questão nem sequer suscitada.

A transferência dos direitos autorais, de natureza eminentemente patrimonial, sucedeu de forma extremamente ampla, restando despropositado pretender impor limitação ao que restou convencionado pelas partes, sob pena de vulneração ao princípio da força obrigatória dos contratos.

Nesse sentido, seguem outras ementas de outros processos:

DIREITO AUTORAL. DUBLAGEM DE FILME. Ação ajuizada por dublador profissional visando o recebimento de indenizações por danos morais e materiais decorrentes de retransmissão de filme no qual atuou como dublador. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Questão que não é nova neste E. TJSP. Autor que já ajuizou inúmeras outras demandas requerendo indenizações pelas transmissões de filmes nos quais atuou como dublador. Não apresentação do contrato firmado com a tomadora do serviço que impede a análise dos termos em que se deu a autorização para uso da voz. Ônus que era do autor (art. 333, I, CPC/73). Ré que adquiriu de terceiros o direito de exibição do filme já dublado. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido". (SÃO PAULO [Estado], 2017b).

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Alegação sustentada na exordial indicando suposta veiculação não autorizada de obra dublada pelo autor sem a devida contraprestação e atribuição de créditos pela dublagem. Sentença de improcedência dos pedidos na origem. Recurso de Apelação do autor. Prestação dos

serviços que pressupõe o consentimento para a comercialização do produto final. Dicção extraída do artigo 81 da Lei no. 9.610/98. Inexistência de contrato escrito com restrições à circulação dos filmes ou previsão de remuneração do autor pela respectiva comercialização. Fatos constitutivos do direito invocado não provados pelo autor. Existência de inúmeras ações idênticas à presente, todas elas sob a alegação de veiculação não autorizada de obra dublada. Conduta do requerente que ofende o princípio da boa-fé objetiva e caracteriza “venire contra factum proprium”. Violação de direito autoral não configurada. Recurso de Apelação do autor, portanto, não provido. (SÃO PAULO [Estado], 2017a).

Direitos Autorais. Indenização por danos morais e materiais. Alegação de exibição não autorizadas de obra audiovisual pela ré, violando direitos autorais conexos do dublador. Cerceamento de defesa não configurado. Única prova pertinente ao julgamento é a documental. Nulidade afastada. Alegação do autor de inexistência de instrumento de autorização, cessão ou qualquer outra forma de alienação da fração patrimonial de seus direitos sobre a interpretação e dublagem. Autor que, ao efetuar o serviço de dublagem, consentiu com a comercialização da obra. Ausência de comprovação da comercialização indevida da obra final. Não incidência da alteração introduzida pela Lei n. 12.091/09. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. (SÃO PAULO [Estado], 2019a).

DIREITO AUTORAL – Pedidos indenizatório e cominatório Legitimidade passiva do canal televisivo presente, porquanto a aquisição da obra licenciada e sua exibição são processos intrínsecos à própria existência da obra Impossibilidade, contudo, de atendimento dos pleitos autorais Ausência de prova do fato alegado pelo autor Descumprimento do disposto no artigo 333, I, do CPC/1973, 373, no Código atual – Falta de verossimilhança das alegações, também, por não ser crível que profissional experiente na área de dublagens desconhecesse a possibilidade de exibição da obra audiovisual, quando da prestação do serviço – Autorização para produção da obra que implica em consentimento de sua utilização econômica, conforme o artigo 81 da Lei nº 9.610/98 Sentença reformada para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência. (SÃO PAULO [Estado], 2019b)

Parece ser a atual posição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o entendimento de que os direitos conexos podem ser cedidos indistintamente, desde que o artista concorde, mediante remuneração. Entretanto, entendemos, a posição do TJ-SP está equivocada e legítima uma série de violações aos direitos dos atores em dublagem – e artistas em geral –, motivo de muita luta pelos profissionais da classe há muitas décadas. Vejamos a seguir por que os direitos conexos não podem ser cedidos, como preveem as leis nº 6.533/78 e nº 9.610/98, e por que a reprodução da fixação da interpretação dos artistas enseja uma nova remuneração a cada nova exibição.

#### **4 ANÁLISE CRÍTICA DA REALIDADE FÁTICA DOS CONTRATOS DE DIREITOS CONEXOS**

Primeiramente, há que se dizer que a bibliografia especializada nos direitos conexos é escassa. Mais um indício de como o tema é desvalorizado e digno de maiores estudos. A obra “Direitos Conexos: Atualizado de acordo com a nova Lei de Direitos Autorais, n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”, de Antônio Chaves, é um marco e referência no estudo do tema, abrangendo suas mais diversas implicações práticas e teóricas, nos mais variados ramos da profissão de artistas intérpretes e executantes e produtores de obras videofonográficas.

Nela, o autor relata (1999, p. 339-340) as reivindicações pelo Sindicato dos Artistas do Rio de Janeiro e a ASA, já nos anos 70, quando já havia uma “utilização imoderada e incontrolada de reproduções de interpretações”. Os atores pediam ao CNDA a reunião num só texto das disposições legais vigentes, porque a Lei nº 5.988, além de falhas, omissões, contradições, retrocessos doutrinários e mesmo inconstitucionalidades, mantinha em vigor uma legislação especial.

Antônio Chaves (1999, p. 344-345) menciona ainda as notícias de 1976, que mostravam que os artistas, reunidos em assembleia permanente, chegaram a enviar ao presidente da República um memorial contendo reivindicações para que fossem concedidas melhores condições de trabalho para os profissionais do setor, que não tinham carteira assinada, ganhavam muito mal e não tinham direito a qualquer vantagem trabalhista.

O renomado jurista (1999, p. 334) comenta que a intenção do disposto no artigo 13 da Lei nº 6.533/78, ao proibir a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais visava

a colocar o artista intérprete e executante à salvaguarda das pressões dos empresários que, por todas as formas, procuravam contornar o disposto no art. 95 da Lei n. 5988, que reservava ao artista, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, o direito de impedir a gravação, reprodução, transmissão, ou retransmissão, por empresa de radiodifusão, ou utilização, por qualquer forma de comunicação ao público, de suas interpretações ou execuções, para as quais não tivesse dado seu prévio e expresso consentimento – hoje art. 90 da Lei de Regência.

O mesmo autor (1999, p. 335) aponta três métodos utilizados pelos empregadores dos artistas intérpretes para “burlar” os dispositivos legais e não pagar os devidos direitos conexos: um deles consistia em obrigar os artistas a assinar um “contrato de trabalho”, e, na mesma ocasião, outro documento rescisório, dando-lhes plena e rasa quitação para nada mais reclamar, impedindo os locadores, por essa forma, de dispor efetivamente, com exclusividade, da sua interpretação, que é patrimônio deles. Outro método forçava os artistas a não subscrever pessoalmente os contratos, e sim por intermédio de uma associação deles representativas, o na maioria das vezes formadas por cada um deles, procurando por essa forma não só iludir os mandamentos como outrossim o artigo 17 da Lei n. 6.533/78 (BRASIL, 1978), em dispositivo repetido pelo seu regulamento, Decreto n. 82.385/78, que, em seu art. 39, já havia previsto semelhante manobra quando tentada por meio de agência:

Art. 17. A utilização de profissional contratado por agência de locação de mão-de-obra obrigará o tomador de serviço solidariamente pelo cumprimento das obrigações legais e contratuais, se se caracterizar a tentativa, pelo tomador de serviço, de utilizar a agência para fugir às responsabilidades e obrigações decorrentes desta Lei ou de contrato.

Antônio Chaves (1999, p. 336) ainda aponta uma terceira situação, relatando um caso em que a TV Globo Ltda. submeteu à homologação do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) 18 Contratos de Cessão de Serviços Artísticos, 24 Contratos de Trabalho por Tempo Determinado, 47 aditamentos a contratos dessa espécie e 60 aditamentos a contratos de trabalho por tempo indeterminado, invocando o art. 35 e seus §§ 2º e 3º do Decreto n. 82.385, de 05.10.1978, que regulamentou a Lei n. 6.533, de 24.05.1978. A 3ª Câmara manifestou-se, em 14.04.1982, por maioria, pela não homologação, por desrespeito ao aludido art. 13 da Lei n. 6.533. Interposto recurso para o Plenário, o autor, como relator, frisou não permitir a Lei n. 6.533 a cessão ou promessa de cessão, embora, entende ele, uma interposição racional admita que essas exhibições ulteriores possam ser livremente fixadas em base inferior à da primeira execução.

Todavia, não era o caso dos referidos contratos e aditamentos, que só pretendiam pagar, para cada reexibição, até o número de cinco, somente mais 10% sobre a quantia estipulada, embora com correção monetária, e mais apenas 5% em cada venda para o estrangeiro do programa, mas, note-se bem, não sobre o valor dos rendimentos proporcionados pela “venda” ou “locação” das novelas, mas proporcionalmente à remuneração do custo total dos salários dos demais artistas que dela tenham participado, pagando o mesmo valor no caso de promoção de venda de videocassete, e nenhuma remuneração tendo o artista no caso de merchandising (CHAVES, 1999, p. 336).

Com isso, os empregadores, ou seja, os distribuidores de audiovisuais que contratam os artistas para interpretar determinada obra, fixando sua interpretação e reproduzindo-a indefinidamente, procuram contornar o direito que tem o artista de receber uma remuneração condizente com o relevo da sua contribuição, não só pela emissão, como para cada uma das utilizações ulteriores. Completa Chaves (1999, p. 337):

Na verdade, o que objetivam esses contratos, segundo resulta da sua própria denominação, é não apenas o desempenho de uma atividade específica, mas, principalmente, e com exclusividade, qualquer ulterior forma de apresentação “ao vivo ou em video tape ou outro tipo qualquer de transmissão ou gravação”, cláusula 1ª, § 1º, incluindo não

apenas os programas e/ou realizações e sua consequente emissão de radiodifusão, como também retransmissões simultâneas ou não em todo o território nacional e em rede nacional, regional e/ou local, por uma vez (cláusula 4ª).

Ora, é explícita a Lei n. 5988, em seu art. 30, em colocar na dependência do beneplácito do titular toda forma de utilização de sua obra, inclusive, tevês, a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, entre as quais execução, representação, recitação ou declamação, radiodifusão, sonora ou audiovisual, videofonografia, aditando o parágrafo único que, se essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais de autor.

Não permite a clareza do dispositivo legal o ajuste constante dos contratos de um pagamento de percentagem mínima para cada reexibição de contribuição autoral ou artística sua, numa cessão totalizante.

O autor (1999, p. 352) entende, ainda nesse sentido, que:

Com efeito, além da retribuição pela sua prestação ao vivo, têm os artistas intérpretes e executantes direitos inerentes ao direito a uma participação nos proventos que possam proporcionar as modalidades diferentes do aproveitamento da mesma.

O problema que surge com maior frequência é o do aproveitamento ulterior de um filme para a mesma ou para espécie diferente, como ocorre com a televisão ou as fitas de videocassete e similares, caso em que os artistas poderão pleitear – vencendo o receio do verdadeiro ostracismo a que podem ser condenados por parte dos empresários – uma remuneração suplementar.

Teimam, não obstante, como já se viu, muitos empresários em não reconhecer esse direito aos artistas.

Chaves (1999, p. 354) cita ainda decisão da 1ª seção da Câmara Civil da Corte de Apelação de Paris, em acórdão de 04 de janeiro de 1964 (Gaz. Pal. de 25 a 28 de janeiro de 1964):

No domínio artístico e literário, a notoriedade é o resultado do talento, do trabalho e dos esforços, freqüentemente demorados e árduos, mantidos durante toda uma carreira; trata-se de um capital, o mais freqüente em potência, essencialmente pessoal; seu titular é o único juiz dos meios e da época de seu aproveitamento, é o único juiz mesmo de saber se deve, no plano comercial, retirar dele proveito, uma vez que lhe é permitido refugiar-se na abstenção.

Eliane Abrão (2002, p. 136) entende que os direitos conexos dos artistas intérpretes não podem ser cedidos:

À exceção da interpretação artística não musical, de atores e demais profissionais de que trata a Lei 6.533/78 e da lei do radialista (Lei nº 6.615/78), todas as demais obras protegidas podem ser objeto de contrato de cessão, incluindo a interpretação artística musical, obra dos cantores.

No mesmo sentido, também concorda Carlos Alberto Bittar (2015, p. 176-177):

A posição dos artistas é singular no contexto dos direitos conexos, perante o regime instituído na lei própria mencionada, editada para proteger esses intelectuais em suas relações com as grandes empresas que atuam no setor (Lei 6.533, de 24.05.1978).

De sua textura, destaca-se a norma que veda a cessão e a promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais (art. 13), os quais são devidos em função de cada exibição da obra (parágrafo único).

[...]

Com isso, inúmeras discussões travaram-se quanto ao alcance das normas em questão, nos níveis administrativo e judicial, tendo afinal a jurisprudência concluído, em caso submetido à sua apreciação, que, pelo contrato de prestação de serviços firmado com o ator, adquire a empresa o direito de usá-la, na modalidade própria contratada, ou seja, que, nessa hipótese, fica compreendida na avença, em face da natureza da atividade, a primeira exibição da obra (aliás, finalidade



precípua da contratação). As demais utilizações permanecem, no entanto, sob a reserva autoral, sujeitando-se ao pagamento dos direitos conexos, como efeito da encomenda (...).

A própria Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998) estabelece que não é possível a cessão total dos direitos conexos, devendo a remuneração ser paga aos artistas por cada exibição da fixação da obra interpretada. O artigo 91 da mesma lei dispõe um ponto que é crucial para entender a abusividade dos contratos dos distribuidores de audiovisuais: “As empresas de radiodifusão poderão realizar fixações de interpretação ou execução de artistas que as tenham permitido para utilização em *determinado número* de emissões, facultada sua conservação em arquivo público” (grifos nossos). Mais ainda, o parágrafo único do mesmo artigo determina que: “A reutilização subsequente da fixação, no País ou no exterior, somente será lícita mediante autorização escrita dos titulares de bens intelectuais incluídos no programa, devida uma *remuneração adicional aos titulares para cada nova utilização*” (grifos nossos).

O artigo 92 (BRASIL, 1998) ainda estabelece a proteção aos direitos morais dos artistas intérpretes:

Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da *cessão* dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista. (grifos nossos)

Entretanto, o termo grifado “cessão” foi empregado, entendemos, de modo incorreto, pois não é permitida a cessão dos direitos patrimoniais dos direitos conexos, como já visto. Este artigo, combinado com o artigo 49 da Lei nº 9.610/98, que prevê a transferência ou cessão dos direitos *de autor*, está sendo utilizado pelos juízes em lides envolvendo direitos dos atores em dublagem para alegar uma suposta revogação tácita do artigo 13 da Lei nº 6.533/78, permitindo, desse modo, que os direitos conexos dos artistas intérpretes sejam cedidos totalmente.

Primeiramente, o artigo 89 da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998) estabelece que “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” (grifos nossos). A expressão “no que couber” implica em uma abertura de interpretação da norma. Trata-se, portanto, de norma em branco.

Em decisão acertada, no acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP que declarou improcedente a apelação da Fox Film do Brasil, mantendo a condenação da empresa em reparação por danos morais e materiais ao dublador Tatá Guarnieri, no processo em que o dublador pleiteava indenização por danos morais e materiais contra a distribuidora, pela comercialização de DVDs e veiculação para TV aberta da série 24 Horas com dublagem feita pelo autor sem seu consentimento, o Desembargador Egidio Giacoia (SÃO PAULO [Estado], 2008) observou:

Daí porque não se pode dar a interpretação ampliativa ao artigo 81 da Lei de Direito Autoral, já que a interpretação deve ser, na verdade, restritiva, em benefício do artista.

Não se nega a livre utilização econômica da obra, mas isso não significa que não deva ser o artista, no caso o autor pelo seu trabalho de dublagem, remunerado por isso.

O TJ-RJ, em uma ocasião, manteve a condenação à Globovídeo Sistema Globo de Videocomunicação Ltda. pelo uso desautorizado de dublagem realizada por André Pereira de Sousa, que havia celebrado contrato com o extinto estúdio Herbert Richers S.A. para fazer a dublagem de filmes a serem exibidos na televisão. Contudo, nem o dublador nem o estúdio celebraram contrato com a Globovídeo para autorizar o uso da dublagem em fitas de home video. Mesmo assim, a dublagem foi inserida em tais fitas, o que levou à indenização em quantia superior à que seria devida por contratação de dublagem ou por nova exibição de dublagem contratada (LEONARDI, 2013, p. 97)

Outro caso foi da apelação da dubladora e intérprete musical Cibelle Ribeiro de Sá Freire em face de Abril Vídeo da Amazônia S.A., em que o TJSP deu parcial provimento no requerimento de indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes da comercialização, sem pagamento nem indicação de sua participação, de fitas VHS do filme “Branca de Neve e os Sete

Anões” e da obra “Cante com a Disney”. A decisão levou em consideração que a omissão quanto ao crédito nominativo não foi negada, tornando incontroversa a questão e evidenciando o dano moral. Os danos patrimoniais não foram reconhecidos, pois a artista os havia cedido mediante ampla quitação (SÃO PAULO [Estado], 2006).

Em outra ocasião, os dubladores dos personagens Bernardo e Medusa do filme animado “Bernardo e Bianca em missão secreta” ajuizaram ação indenizatória contra a empresa que colocou à venda livros com a história do filme, acompanhados de discos ou fitas cassete que reproduziam trechos da gravação original da dublagem feita por eles para a animação. A sentença julgou improcedente o pedido inicial, considerando que os direitos autorais sobre a dublagem da obra haviam sido cedidos. Os dubladores apelaram, e o TJSP e o STJ, posteriormente, entenderam que a indenização por danos morais aos dubladores era devida pois, a despeito da eventual cessão de direitos patrimoniais, a empresa havia comercializado os discos e as fitas cassete contendo as vozes dos dubladores, transgredindo seu direito moral. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2004).

Um caso de muita repercussão envolveu os dubladores da animação dos estúdios Disney-Pixar, “Os Incríveis”. A ANAD (Associação Nacional dos Artistas de Dublagem), hoje extinta, ajuizou ação indenizatória contra as empresas The Walt Disney Company do Brasil e Delart Estúdios Cinematográficos, alegando que os artistas foram contratados pela Delart para dublar o filme animado exclusivamente para o cinema, mas houve reprodução do filme em outros meios, como DVDs e televisão, sem autorização da Associação e sem a devida remuneração. As empresas foram condenadas a pagar indenização por danos materiais, no valor de R\$ 25 mil, e danos morais, em R\$ 15 mil, para cada integrante da equipe de dublagem do filme “Os Incríveis”. Em recurso, a Disney afirmou que a autorização para exploração econômica da obra envolve tanto sua exibição em cinema, quanto comercialização em DVD e radiodifusão, salvo ressalva específica, inexistente no caso. Alegou, ainda, que o diretor de dublagem teria cedido e autorizado o uso irrestrito do direito conexo de dublagem, invocando, inclusive, os recibos de pagamento aos dubladores como prova do afirmado. O juiz relator do caso no TRT entendeu que a suposta “cessão de direitos” espelharia, na verdade, renúncia de direitos incompatível com o sistema jurídico vigente, especialmente com

as normas de proteção insertas na lei dos direitos autorais (9.610/98), pelo que seria desprovida de validade e eficácia, ainda que firmada pelo diretor de dublagem (DUBLADORES..., 2012).

Os herdeiros do dublador falecido Marcelo Gastaldi, que primeiramente emprestou sua voz a Chaves e Chapolin no Brasil, ajuizaram ação contra a emissora de TV SBT. O TJ-SP condenou, por unanimidade, o SBT a pagar indenização por dano moral e material aos herdeiros do dublador (RAÑA, 2011). De acordo com o relator da Apelação, o juiz Helio Faria, a emissora afrontou a Lei de Direito Autoral ao reexibir episódios com a voz do dublador sem a sua autorização. Além disso, a emissora usou músicas do artista sem atribuir crédito ou efetuar pagamentos devidos. O magistrado entendeu que com, a vantagem econômica obtida com reexibições, “a não remuneração aos apelantes configuraria enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico”. Assim, a ofensa aos direitos autorais passa a ser fundamentada pelas reprises dos programas, com músicas de autoria do artista sem a devida autorização e remuneração. O caso, inclusive, ilustra o parágrafo único do artigo 92 da Lei nº 9.610/98: “O falecimento de qualquer participante de obra audiovisual, concluída ou não, não obsta sua exibição e aproveitamento econômico, nem exige autorização adicional, sendo a remuneração prevista para o falecido, nos termos do contrato e da lei, efetuada a favor do espólio ou dos sucessores”.

Mais ainda, Carlos Alberto Bittar (1989, p. 96), como já abordado anteriormente, defende que o contrato adequado para a utilização da voz dos artistas é o de concessão, ou licença, não cessão, e que deve obedecer aos princípios e aos limites expostos, ficando a circulação da voz adstrita aos parâmetros indicados, inclusive à legislação especial sobre informação. Complementa ele (p. 45):

Para direitos da personalidade, são compatíveis apenas os contratos que importam em uso determinado, ou em uso temporário, dos bens disponíveis, uma vez que são intransmissíveis, como assinalamos.

São os contratos de concessão, ou de licença (licensing), os adequados para a utilização dos bens disponíveis que compõem a personalidade – da pessoa e da empresa (desta como os sinais distintivos, o nome, a marca e outros elementos de seu patrimônio incorpóreo) –, mantem-

do-se no âmbito do titular os demais direitos (assim, a licença para uso de imagem em televisão não se estende a cinema ou a outra forma).

Os contratos devem especificar a finalidade, as condições do uso, o tempo, o prazo e demais circunstâncias que compõem o conteúdo do negócio, interpretando-se restritivamente, ou seja, permanecendo no patrimônio do licenciante outros usos não enunciados por expresso.

Não podem esses contratos – quando de exclusividade – importar em cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício longo de sua personalidade, sendo considerada nula, como cláusula potestativa, a avença que assim dispuser (ex.: um contrato em que o titular se despojasse definitivamente de um direito dessa ordem).

Antônio Chaves (1999, p. 344) defende que “o Direito Autoral brasileiro não pode ser visto simplesmente como uma caixa registradora, onde os grandes beneficiados sejam os poderosos intermediários”, e que deve-se garantir ao intérprete “participar condignamente de um direito que é gerado pela força do seu trabalho”.

Oliveira Ascensão (1997, p. 484), por sua vez, diz que “o direito dos artistas não se limita à pretensão trabalhista a uma remuneração.” Prossegue ele (p. 486):

Normalmente, as prestações são absorvidas pelo regime das relações de caráter obrigacional. Só interessam ao credor, e por isso não se põe sequer o problema da sua utilização por outras pessoas.

Mas as prestações de caráter artístico podem, pela intervenção dos meios técnicos de que falamos, satisfazer as necessidades de um círculo muito mais vasto de pessoas. O recital que o cantor célebre dá para convidados pode ser gravado e transmitido pela rádio. A este interesse geral contrapõe-se o interesse do artista em impedir que a sua interpretação seja utilizada sem que ele disso participe.

A interpretação não deixa de ser uma atividade, uma prestação. Mas o que interessa não é propriamente o ato de prestar, o esforço despendido, mas a exteriorização captável visual ou auditivamente em que cristaliza. É esta, como realidade que é sempre pessoal, que se autonomiza da pessoa de modo a poder ser reutilizada sem a mediação desta e que pode satisfazer interesses mais vastos. Por isso recebe tutela legal.

Fernanda Leonardi (2013, p. 152) aponta que a tutela da voz no Brasil será mais efetiva se as próprias pessoas passarem a zelar mais por suas vozes e se houver maior conscientização de que a voz é um bem jurídico a ser protegido. Ressalta também que “é importante que as empresas de criação e de comunicação sejam as primeiras a reconhecer o valor jurídico e econômico do som da voz e a respeitá-lo”.

Todavia, não é surpresa que as empresas estão mais preocupadas com o lucro delas do que em respeitar os direitos dos artistas. Nas palavras de Walter Moraes (1976, p. 266), que fala sobre os contratos de filmagem e os artistas cinematográficos, cuja abordagem é perfeitamente encaixável na situação dos atores em dublagem:

Não seria de esperar da parte dos produtores um reconhecimento espontâneo dos direitos do artista cinematográfico, segundo os princípios básicos do direito da execução. No espírito da Convenção de Roma, uma vez remunerado o artista, considera-se ele arredado da esfera jurídica da produção cinematográfica, salvo prévia e expressa estipulação em contrário. Invertem-se, então, as posições, em flagrante contradição com o sistema jurídico: desaparece para o artista a exclusividade do direito de reprodução e difusão da execução pelo simples desempenho diante das câmeras e microfones, direitos cuja cessão depende, em regra, de ato prévio e expresso.

Não consideram que, para uma obra ser feita, é exigido muito mais tempo do que o dispensado na interpretação propriamente dita: são necessários muitos anos investindo tempo e dinheiro nos estudos de técnicas de interpretação. No caso dos atores em dublagem, é ainda mais evidente a necessidade de especialização, pois esta classe artística se aprofunda em técnicas da interpretação através da voz.

Os atores em dublagem entrevistados afirmaram que não acham que têm seus direitos plenamente garantidos pela legislação brasileira, e que gostariam que houvesse uma previsão legal mais específica sobre o pagamento dos direitos conexos aos direitos de autor pelas obras interpretadas, considerado por eles baixo ou pouco em relação ao lucro total das obras. Contudo, a maioria dos entrevistados disse nunca ter procurado as vias judi-

ciais para ter seus direitos reparados por medo de retaliação: muitos que o fizeram nunca mais foram contratados pelas empresas contra as quais acionaram judicialmente. Os profissionais também apontaram para a necessidade de união da classe, bem como de uma organização de uma associação para representá-los coletivamente de modo efetivo.

Quando perguntados se buscaram a Justiça para terem seus direitos reparados, muitos dubladores entrevistados declararam que não entram com processos contra os distribuidores de audiovisuais pois, caso o façam, não serão mais contratados para dublar. Com isso, nota-se uma realidade geral entre os atores em dublagem: sabem que não estão sendo devidamente pagos como contraprestação por seus direitos conexos aos direitos de autor, relativos à sua condição de artistas intérpretes; porém, não recorrem ao Poder Judiciário para que as lesões aos seus direitos da personalidade e conexos ao direito de autor sejam reparadas por medo de ficarem sem trabalho.

Além disso, os atores em dublagem reclamam da proliferação de estúdios de dublagem que não prezam tanto pela qualidade dos produtos e que se contentam com menos direitos, o que atrai mais os distribuidores e provoca uma desvalorização do trabalho da classe. Se há dois estúdios, em que um os atores cobram mais e reclamam por mais direitos, porém a qualidade é maior, e em outro os atores cobram menos e abrem mão dos direitos, na maioria das vezes os distribuidores vão prezar por este último.

Este fato implica em dependência econômica por parte dos atores em dublagem, conceituada por Natália Marques de Oliveira (2018) como a possibilidade de se observar, no seio de um contrato interempresarial, práticas contratuais abusivas ou injustas que, desviando da função econômica-social do tipo negocial, resultam em vantagens desproporcionais a uma das partes em detrimento dos interesses da outra, em “um cenário no qual um dos contratantes goza de poder de barganha significativamente superior, usufruindo de posição relativa de dominância no próprio contrato, o que lhe permite agir em condição de independência e indiferença sobre a contraparte”.

Essa situação é antiga. Antônio Chaves, na obra “Direitos Conexos” (1999, p. 356-357), aponta que os abusos contratuais ocorrem, pelo menos, desde os anos 70:

Antes mesmo da promulgação da Lei n. 6.533, de 24.05.1978, quando se discutia a formação da CNDA, a Associação de Atores manifestou, no dia 26.01.1976, que uma das maiores preocupações no momento era um processo contra empresas de comunicação que não pagavam direitos de intérprete há anos.

Explicou seu presidente, Jorge Ramos, que na assinatura do contrato entre um ator e uma emissora de televisão, por exemplo, o profissional é obrigado a ceder seus direitos de interpretação, ou seja, a parte intelectual do trabalho, porque, caso contrário, é demitido e outros tomam seu lugar.

Outro problema está relacionado com os órgãos da administração responsáveis por captar e repassar pagamentos sobre direitos de autor e conexos por execuções e exposições públicas de obras dos artistas intérpretes e executantes. Antônio Chaves (1999, p. 355) menciona a obra “Cinema, TV, Publicidade Cinematográfica” (1987), que falava sobre os direitos dos artistas pela ulterior exibição de filmes pela televisão, para expor essa problemática:

Cabe, assim, ao artista intérprete e executante o direito a uma remuneração suplementar, no caso de radiodifusão, em proporção ao número de usuários do rádio, correspondente a cada execução pública de disco gramofônico.

Mas na verdade o pagamento e a distribuição dos proventos aos artistas intérpretes e executantes sempre foi o ponto fraco do desempenho, até mesmo por parte dos órgãos da administração.

Isso demonstra a necessidade, também, de aumentar o poder de atuação, aprimorar as funções e tornar mais eficiente a ação de órgãos e entidades como o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais (ECAD), de modo a melhor supervisionar o uso de obras artísticas de interpretação e execução, recolher os direitos devidos e encaminhá-los para os artistas. O ECAD, uma organização privada, atualmente, possui somente a atribuição de fiscalizar e arrecadar pagamentos, a título de taxa, pela utilização de músicas em espaços públicos do território nacional (MUNHOZ,



2018). O Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), extinto pelo ex-presidente Fernando Collor em 1990, possuía funções semelhantes. Desde sua dissolução, não houve mais uma supervisão estatal do monopólio privado do ECAD concedido pelo Estado para gestão coletiva (FREJAT..., 2014). Se entidades como o ECAD ou o extinto CNDA se voltassem também à fiscalização e arrecadação de direitos de autor e conexos também dos artistas de obras audiovisuais, teríamos uma remuneração mais justa ao trabalho destes profissionais.

Por fim, um último fator que influencia a minimização dos direitos dos atores em dublagem está relacionado com a desvalorização do trabalho dos artistas. Este, por sua vez, transformado em mero produto de mercado, é fruto da indústria cultural, definida por Adorno e Horkheimer (1985) como um instrumento de alienação, tanto do público consumidor da cultura de massa, quanto dos próprios artistas. Nas palavras de Teixeira Coelho (1980, p. 10-11):

É esta, através das alterações que produz no modo de produção e na forma do trabalho humano, que determina um tipo particular de indústria (a cultural) e de cultura (a de massa), implantando numa e noutra os mesmos princípios em vigor na produção econômica em geral: o uso crescente da máquina e a submissão do ritmo humano de trabalho ao ritmo da máquina; a exploração do trabalhador; a divisão do trabalho. Estes são alguns dos traços marcantes da sociedade capitalista liberal, onde é nítida a oposição de classes e em cujo interior começa a surgir a cultura de massa. Dois desses traços merecem uma atenção especial: a reificação (ou transformação em coisa: a coisificação) e a alienação. Para essa sociedade, o padrão maior (ou único) de avaliação tende a ser a coisa, o bem, o produto, a propriedade: tudo é julgado como coisa, portanto tudo se transforma em coisa – inclusive o homem. E esse homem reificado só pode ser um homem alienado: alienado de seu trabalho, trocado por um valor em moeda inferior às forças por ele gastas; alienado do produto de seu trabalho, que ele mesmo não pode comprar, pois seu trabalho não é remunerado à altura do produzido; alienado, enfim, em relação a tudo, alienado de seus projetos, da vida do país, de sua própria vida, uma vez que não dispõe de tempo livre, nem de instrumentos teóricos capazes de permitir-lhe a crítica de si mesmo e da sociedade.

E, um pouco mais adiante (p. 26):

A indústria cultural fabrica produtos cuja finalidade é a de serem trocados por moeda; promove a deturpação e a degradação do gosto popular; simplifica ao máximo seus produtos, de modo a obter uma atitude sempre passiva do consumidor; assume uma atitude paternalista, dirigindo o consumidor ao invés de colocar-se à sua disposição.

Estes fatores apontam a dificuldade de garantir o efetivo exercício dos direitos conexos aos direitos de autor pelos atores em dublagem. Por isso, acreditamos ser necessário um aprimoramento do texto da Lei nº 9.610/98, mais precisamente no Título V, que trata dos direitos conexos. A imprecisão da Lei dá margem à interpretação pelos Tribunais de que os direitos conexos podem ser cedidos totalmente mediante somente uma remuneração, permitindo o uso da fixação da interpretação dos artistas intérpretes por tempo e vezes quase infinitos.

Com normas mais claras e precisas, somado ao estabelecimento de sanções graves no caso de descumprimento da Lei ou de abusos contratuais reiterados, movidos pela posição dominante das empresas, que demitem quem se insurge contra elas, poderíamos avançar, pelo menos um pouco, na proteção dos direitos conexos dos artistas intérpretes em geral.

Uma outra medida que poderia ser tomada é a criação de uma associação de atores para atuar de forma despersonalizada pelos interesses da classe, ou uma posição mais contundente dos sindicatos, que, notavelmente, não estão sendo eficientes na representação dos artistas contra os abusos dos distribuidores de obras audiovisuais.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou brevemente os direitos dos atores em dublagem e as previsões legais para os contratos envolvendo direitos conexos, em contraposição à realidade das práticas contratuais.

Os direitos dos artistas intérpretes, caso dos atores em dublagem, são regulados no âmbito dos direitos conexos aos direitos de autor. A legislação

brasileira proíbe a cessão de direitos conexos, mas, ainda assim, esta prática nos contratos de dublagem é muito comum.

Como visto, os dubladores encontram-se em uma situação de vulnerabilidade, devido à sua dependência econômica em relação aos distribuidores de obras audiovisuais, fato que impede ou limita a reivindicação de seus direitos perante o Poder Judiciário. Se acionam judicialmente os distribuidores, ficam sem trabalhar.

Uma solução envolveria as devidas alterações na atual legislação autoral, de modo a deixá-la mais precisa e menos ambígua na questão de cessão de direitos conexos, assim como a estabelecer parâmetros mais concretos de fiscalização, arrecadação e distribuição de remunerações aos titulares desses direitos.

Uma maior atenção do Poder Judiciário às demandas que lhe são apresentadas, reconhecendo a nulidade dos contratos que visivelmente desrespeitam normas de ordem pública e operam na ilegalidade, também ensejaria uma mudança de atitude por parte dos distribuidores de obras audiovisuais, que passariam a remunerar devidamente os atores em dublagem, conforme prevê a lei.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouch. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2009.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BLINN, Miika. The Dubbing Standard: Its History and Efficiency Implications for Film Distributors in the German Film Market. **IME Working Papers on Intellectual Property Rights**, Londres, n. 57, mai. 2008. Disponível em: <https://www.dime-eu.org/files/active/0/BlinnPAPER.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 82.385, de 05 de outubro de 1978**. Regulamenta a Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre as profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D82385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D82385.htm). Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.641, de 27 de maio de 1965**. Dispõe sobre os cursos de teatro e regulamenta as categorias profissionais correspondentes. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4641.htm). Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978**. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6533.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6533.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 148.781/SP**. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ: 02 set. 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19382520/recurso-especial-resp-148781-sp-1997-0065970-4/inteiro-teor-19382521>. Acesso em: 12 out. 2019.

CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizado de acordo com a nova lei de direitos autorais, n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. São Paulo: LTr, 1999.

CHAVES, Antônio. **Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

COELHO, Teixeira. **O que é indústria cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

DUBLADORES do filme “Os Incríveis” serão indenizados pela Disney. Migalhas, [s./l.], 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI154737,-51045-dubladores+do+filme+Os+Incriveis+serao+indenizados+pela+Disney>. Acesso em: 21 set. 2019.

FREJAT afirma que Lei dos Direitos Autorais é uma grande conquista. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262612>. Acesso em: 20 set. 2019.

MORAES, Walter. **Artistas Intérpretes e Executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

RAÑA, Líliam. **SBT deve indenizar herdeiros do dublador de Chaves**. Consultor Jurídico, [s./l.], 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/sbt-indenizar-herdeiros-dublador-chaves-decide-tj-sp>. Acesso em: 22 mai. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível com Revisão nº 302.094-4/4-00**. Relator: Desembargador Oscarlino Moeller. DJ: 30 ago. 2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=992861&cdForo=0>. Acesso em: 12 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0005862-31.2012.8.26.0100**. Relator: Desembargador James Siano. DJ: 23 out. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=7126978&cdForo=0>. Acesso em: 10 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1012761-86.2018.8.26.0011**. Relator: Desembargador Piva Rodrigues. DJ: 24 set. 2019a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=12912031&cdForo=0>. Acesso em: 10 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1067181-41.2013.8.26.0100**. Relator Desembargador Alexandre Bucci. DJ:

07 fev. 2017a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10159864&cdForo=0>. Acesso em: 10 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1105526-76.2013.8.26.0100**. Relatora Desembargadora Mary Grün. DJ: 08 fev. 2017b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10164100&cdForo=0>. Acesso em: 10 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 4008411-59.2013.8.26.0405**. Relator: Desembargador João Carlos Saletti. DJ: 10 set. 2019b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12901980&cdForo=0>. Acesso em: 10 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 528.962.4/4-00**. Relator: Desembargador Egidio Giacoia. DJ: 08 abr. 2008. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2551926&cdForo=0>. Acesso em: 11 out. 2019.



## Capítulo III

# DIREITO AUTORAL, INTERNET E TECNOLOGIA

# »»» MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO: UN ANÁLISIS DESDE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

Jorge Luis Ordelin Font<sup>1</sup>

Salete Oro Boff<sup>2</sup>

**RESUMO:** Las medidas tecnológicas de protección constituyen un importante mecanismo de protección de las obras y demás prestaciones artísticas en el ámbito digital, sin embargo, su uso abusivo por parte de los titulares de derechos puede conllevar a la vulneración de derechos humanos e impedir el acceso a los contenidos creativos. La regulación impuesta en los tratados de libre comercio no siempre tiene en cuenta esta relación y existe el riesgo que tras la implementación de estos acuerdos comerciales se vulnere esta relación. Un ejemplo de esta situación ha ocurrido de manera reciente en el ordenamiento jurídico mexicano. El objetivo del presente artículo es analizar la relación que existe entre el régimen jurídico de las medidas tecnológicas de protección y el acceso a las obras y demás prestaciones protegidas, con especial referencia al impacto de los tratados de libre comercio y tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico mexicano. Para su realización se utilizó el método exegético y de Derecho Comparado.

**Palavras-chave:** medidas tecnológicas de protección, limitaciones y excepciones, derechos humanos, tratados de libre comercio.

## INTRODUCCIÓN

El 1 de julio del año 2020 se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor de México. Entre estas

---

<sup>1</sup> Investigador posdoctoral del Programa Nacional De Posdoctorado PNPD/CAPES, Programa de Posgraduación *Stricto Sensu* en Derecho de la Faculdade Meridional IMED, Brasil.

<sup>2</sup> Profesora del Programa de Pos graduación en Derecho, Maestría, IMED. Profesora de IESA y UFFS.



adiciones se encuentra el Capítulo V, del Título IV, “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet”. El objetivo de estas modificaciones fue cumplir con las obligaciones establecidas en el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), como también se le conoce, específicamente aquellas relacionadas con lo dispuesto en el artículo 20.67 sobre las medidas tecnológicas de protección, artículo 20.68: Información sobre la Gestión de Derechos y artículo 20.88 sobre los Proveedores de Servicios de Internet.

Las modificaciones realizadas en la Ley Federal de Derechos de Autor para la implementación de estos apartados del TMEC han provocado múltiples cuestionamientos a nivel nacional e, inclusive, una acción de Inconstitucionalidad promovida por la Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). La implementación realizada por el legislador nacional del Tratado no deja de ser polémica, siendo uno de sus principales aspectos a debate el tema de las medidas tecnológicas. Se ha considerado que el establecimiento de estas impone restricciones indebidas para el ejercicio del derecho a la propiedad privada, y, por interdependencia, de otros derechos humanos, como son los de las personas usuarias de bienes que sirven como soporte material de obras protegidas tecnológicamente, entre los que se encuentran la libertad de trabajo o comercio, la libertad de expresión, y el derecho a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico (CNDH, 2020).

Más allá de que se pueda estar de acuerdo con la precisión de los argumentos esgrimidos para promover la acción de inconstitucionalidad, anteriormente referida, lo cierto es que la contradicción en relación a la implementación del Tratado no se halla en la figura de las medidas tecnológicas de protección, sino en la regulación que se realiza de estas, y en particular en lo previsto en el artículo 114 Quáter y Quinquies. Estos artículos regulan el régimen de excepciones y limitaciones de las medidas tecnológicas de protección. La situación que se pone de manifiesto refleja por un lado la incidencia de los tratados de libre comercio en los ordenamientos jurídicos nacionales, mientras que por otro se encuentra el delicado hilo que existe en el régimen de excepciones y limitaciones de los derechos de autor y el equilibrio que este representa.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la relación que existe entre el régimen jurídico de las medidas tecnológicas de protección y el acceso a las obras y demás prestaciones protegidas, con especial referencia al impacto de los tratados de libre comercio y tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico mexicano. Para su realización se utilizaron métodos de investigación generales de las Ciencias Sociales y particulares de las Ciencias Jurídicas, especialmente el método exegético y de Derecho Comparado, que nos permitieron obtener una visión contrastada sobre la regulación de esta figura en diferentes ordenamientos jurídicos y tratados de libre comercio.

## I MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y TRATADOS INTERNACIONALES

La figura de las medidas tecnológicas no es nueva en el Derecho de Autor y es parte de las obligaciones internacionales que adoptó el Estado mexicano al firmar y ratificar El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) (1996) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) (1996), el 6 de marzo de 2002 y 20 de mayo de 2002, respectivamente<sup>3</sup>.

Estos instrumentos internacionales regulan las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Con ellas se crea la obligación de brindar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, concernidos o permitidos por la Ley<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Estados partes de estos tratados el primero de junio de 2020. Disponible en <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wct.pdf>; (TODA); <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wppt.pdf> (TOIEF). Consultado el 14 de septiembre de 2020.

<sup>4</sup> Art. 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el art. 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), adoptados en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre

Esta concepción no es contraria con la que el apartado 6 del artículo 20.67 brinda al entender como medida tecnológica efectiva “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su funcionamiento, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o protege el derecho de autor o un derecho conexo”<sup>5</sup> y se halla en correspondencia con lo regulado en el artículo 114 Bis. La prohibición de eludir las medidas tecnológicas efectivas se considera dentro del término protección de los derechos de propiedad intelectual, al igual que las disposiciones concernientes a la información sobre la gestión de derechos. De manera general para los tratados de libre comercio esta protección comprende todos los aspectos relativos a la disponibilidad, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual<sup>6</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la violación de una medida tecnológica de protección es independiente de cualquier infracción en materia de derecho de autor y conexos. Siendo dos objetos de protección diferente es lógico que se deba hablar de dos regímenes de limitaciones y excepciones diferentes (uno recae sobre las medidas tecnológicas y el otro sobre los derechos de autor). No puede obviarse la estrecha relación que existe entre uno y otro. Si la medida tecnológica actúa como medio de protección, y controla el acceso el acceso y uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas, emisiones y demás prestaciones dicho control y uso no puede estar en contradicción con el régimen de excepciones y limitaciones previsto en la norma autoral ni el ejercicio de otros derechos humanos.

Hay que tener en cuenta que las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor, son expresión, o al menos intenta ser, del equilibrio que debe existir entre derechos y derechos humanos interdependientes. Por ende,

---

ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

<sup>5</sup> Una disposición de carácter similar se encuentra en el artículo 18.68.5 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT).

<sup>6</sup> Disposiciones similares encontramos en la Nota 2 del Capítulo 20 TMEC y nota 4 del capítulo 18 del TIPAT y en la nota 2 del capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos.

cualquier mecanismo que no respete o restrinja de una forma u otra este régimen de limitaciones está, por ende, quebrando el equilibrio anteriormente referido. Este es el principal riesgo que tiene la introducción de este artículo en el régimen autoral mexicano a partir de la adopción del TMEC.

Cualquier regulación de la propiedad intelectual en materia del comercio debe partir de reconocer que pese a su regulación en tratados internacionales no deja de ser una visión comercial de la propiedad intelectual, y que su régimen de protección y observancia se halla limitado por el ejercicio de otros derechos. En consecuencia, con ello, debe existir una correspondencia entre los objetivos de política pública de los sistemas nacionales de propiedad intelectual y la necesidad de promover la innovación y la creatividad; facilitar la difusión de información, conocimiento, tecnología, cultura y las artes; y fomentar la competencia, así como mercados abiertos y eficientes (TIPAT, 2018, art. 18. 4).

El régimen de protección toma como punto de partida precisamente la necesidad de promover la investigación y el desarrollo, así como el acceso al conocimiento, incluido aquel que se encuentra en dominio público. Por ende, cualquier medida de protección que no respete estos principios y límites debe reconocerse como un abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de sus titulares, no es prudente entonces que dicha protección no respete el ejercicio de otros derechos que el propio ordenamiento jurídico reconoce.

La relación entre las disposiciones de los TLC sobre los derechos de autor y conexos y el régimen de limitaciones y excepciones, así como entre este régimen y las limitaciones y excepciones en la elusión de medidas tecnológicas de protección ha sido regulado con un disímil alcance en estos Tratados internacionales. Mientras el TMEC en su artículo 20.65 reconoce que nada de lo dispuesto en este reduce ni amplía el ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones previstas en el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF, otros tratados como Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (en adelante TIPAT) que en su artículo 18.65.2 consagra una disposición similar, si hacen de forma expresa referencia al equilibrio que debe existir equilibrio en los sistemas de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

El artículo 18.66 del TIPAT establece la obligación de cada parte de alcanzar un equilibrio apropiados en los sistemas de Derechos de Autor y Derechos Conexos por medio de limitaciones y excepciones, incluidas aquellas para el entorno digital, prestando debida consideración a fines tales, pero no limitados, a la crítica, comentario; cobertura de noticias; enseñanza, becas, investigación, y otros fines similares; y facilitar el acceso a obras publicadas a personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. En este último supuesto la nota 78 del artículo 18 reconoce el Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013, al propio tiempo que se reconoce que algunas partes facilitan la disponibilidad de obras en formatos accesibles para beneficiarios más allá del Tratado de Marrakech.

Aun cuando el régimen de limitaciones o excepciones son determinados casos especiales, no pueden atentar contra la explotación normal de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma, y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. En la nota 79 del TIPAT se reconoce que un uso que tenga aspectos comerciales podrá, en circunstancias apropiadas, ser considerado que tiene un fin legítimo de conformidad con el régimen de limitaciones y excepciones establecido.

Más amplia es también la regulación que se establece en el artículo X.4.1 del Acuerdo estratégico entre el Mercosur y la Unión Europea donde se reconoce la permisión de cada parte de establecer las excepciones y flexibilidades permitidas en aquellos instrumentos multilaterales de los que son parte. En el caso específico de los derechos de autor y conexos, la sección B, X. 18 establece como únicos requerimientos permisibles el hecho de que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra u otra materia y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del derecho.

En materia de uso de medidas tecnológicas de protección para el acceso de obras y demás prestaciones y su relación con el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos la regulación ha sido también diferente. La regulación de estas disposiciones en el TMEC (apartado 4 del artículo 20.67) y en otros tratados como el suscrito entre Colombia y Estados Unidos solo se limitan a regular el régimen de limitaciones

y excepciones en relación con dichas medidas de protección, pero no la relación de estas con el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos. No existe claridad en estos acuerdos internacionales como las partes están obligadas a respetar el ejercicio de otros derechos con la aplicación de estas medidas de protección.

La formulación de la relación entre las medidas tecnológicas, su régimen de excepciones y limitaciones y los usos permitidos sin autorización en el caso de los derechos de autor queda mejor expuesto en el artículo 18.66.4 del TIPAT. En este apartado se reconoce que se pueden disponer de ciertas limitaciones y excepciones a las medidas tecnológicas con el fin de permitir usos no infractores si tales medidas tienen un efecto adverso real o potencial sobre los usos no infractores. Estas excepciones y limitaciones pueden ser determinadas en un proceso legislativo, regulatorio o administrativo, de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte.

La formulación del artículo es más respetuosa con los ordenamientos jurídicos nacionales, en este sentido el art. 18.68.4 del TIPAT reconoce que se debe dar consideración a la evidencia cuando sea presentada en el proceso (legislativo, regulatorio o administrativo) incluyendo aquellas medidas apropiadas y efectivas que han sido tomadas por parte de los titulares de los derechos para permitir a los beneficiarios disfrutar las limitaciones y excepciones al derecho de autor y conexos de conformidad con el ordenamiento jurídico de esa Parte.

Como puede verse la formulación es al contrario de la establecida en el TMEC porque la obligación de evidencia parte precisamente de tener en cuenta a los beneficiarios del régimen de limitaciones y excepciones del derecho de autor y no al contrario, de los titulares como parece ser en el supuesto del TMEC. Esta distinción es importante porque México es parte de ambos tratados, aun cuando la regulación de estas disposiciones parece ser contradictoria, y evidencia la ausencia de una clara posición en relación con este tema. Siendo la tendencia más negativa la que ha incidido finalmente en la formulación de la disposición nacional, lo que obedece a motivos económicos principalmente.

Se reconoce que el régimen de limitaciones o excepciones solo se autorizará para permitir el uso legítimo de una limitación o excepción per-

misible por parte de sus beneficiarios y no autoriza la puesta a disposición de dispositivos, productos, componentes o servicios más allá de aquellos beneficiarios previstos. También se reconoce que para el establecimiento de este régimen de limitaciones y excepciones no es preciso menoscabar la idoneidad del sistema legal para la protección de medidas tecnológicas efectivas o la efectividad de los recursos legales en contra de la elusión de tales medidas.

Una formulación diferente, pero más precisa es la que se realiza en el artículo X.19 del Acuerdo de Asociación Estratégica Mercosur – UE. En este precepto se reconoce la obligación de cada parte de brindar una protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los titulares de derechos en relación con el ejercicio de sus derechos. Siempre y cuando estas medidas restrinjan los actos no autorizados por los titulares de derechos interesados o permitido por la ley. La relación entre estas medidas y el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor queda consagrada en la obligación de los titulares de derechos de poner a disposición del beneficiario de una excepción o limitación los medios para beneficiarse de esta en la medida necesaria para beneficiarse de la misma.

Como se colige no todos los TLC han regulado con igual precisión esta relación, existen otros tratados que han sido más restrictivos y el respeto de otros derechos, a partir de la protección de los derechos de autor y conexos, no es expreso, sino que se debe presumir. Este ha sido el caso del TLC que se suscribió entre Colombia y los Estados Unidos. En este tratado, además de las excepciones y limitaciones previstas a la evasión de las medidas tecnológicas, se regula en el inciso f) del artículo 16.7.4. que cualquier otro uso no infractor es permitido siempre y cuando cualquier excepción o limitación adoptada esté basada en la existencia de evidencia sustancial que sea encontrada luego de un proceso legislativo o administrativo, tenga un impacto real o potencial en aquellos usos no infractores y siempre que se haga una revisión de dichos hallazgos mediante un procedimiento administrativo o legislativo, en intervalos de no más de cuatro años, para determinar si aún existe evidencia sustancial de un impacto real o potencialmente adversos sobre los usos no infractores.

Asimismo, en dicho tratado se obliga a las partes a aplicar procedimientos y sanciones penales si se determina que cualquier persona se ha involucrado dolosamente y con el fin de lograr un beneficio comercial o ganancia financiera en actividades relacionadas con la elusión de medidas tecnológicas y medidas conexas. Sin embargo, estos procedimientos y sanciones no tendrán que ser aplicados cuando las mismas sean realizadas por una biblioteca, museo, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial, sin fines de lucro. Estos organismos son excluidos de similar obligación en el TLC que suscribió Colombia con los Estados Unidos<sup>7</sup>.

Sin embargo, lo más relevante de este Tratado, es que al igual que sucede con el TMEC se comienza a apreciar una modificación en el discurso que fundamenta el régimen jurídico de excepciones y limitaciones, no solo en cuanto a que este es más restringido, sino también en el hecho de no tener en cuenta que estas medidas tecnológicas de protección son el medio para lograr un fin y no el fin en sí mismo. En este tratado se condicionan las excepciones y limitaciones a la evasión de las medidas tecnológicas de protección al hecho de que solo puedan ser aplicadas estas en la medida que no menoscaben la adecuada protección legal o la efectividad de los recursos legales contra la elusión de medidas tecnológicas. Según la redacción adoptada el régimen de excepciones y limitaciones debe quedar limitado a la función de protección de las medidas tecnológicas cuando debería ser al revés, estas no podrían menoscabar el régimen de excepciones y limitaciones de los derechos de autor.

Imprecisiones como las anteriormente comentadas no solo traen confusión en cuanto al alcance del régimen de limitaciones y excepciones tanto de los derechos de autor como de las propias medidas tecnológicas, así como su fundamento sino también tienen un impacto directo en su implementación dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales como ha acontecido precisamente en países como México. La redacción poco precisa y confusa en los Tratados internacional se une a la falta de claridad que existe en los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la finalidad de estas figuras de protección, que en muchos casos provocan más distorsiones que los

---

<sup>7</sup> Una disposición similar podemos encontrar en el artículo 16.7.4. inciso c) del TIPAT.



fines que verdaderamente dicen perseguir, y no son pocas las ocasiones en que los resultados que se alcanzan son diferentes a los perseguidos con los propios TLC, especialmente para economías y sociedades como las Latinoamericanas en las que los sistemas de protección de propiedad intelectual no se hayan suficientemente fortalecidos.

## **II MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LIMITACIONES Y EXCEPCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN MÉXICO**

Como ya se ha afirmado la principal contradicción en el ordenamiento jurídico nacional mexicano no se halla en la obligación de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, sino en el régimen de excepciones y limitaciones previsto en el apartado 4 del artículo 20.67 del Tratado, y particularmente la transposición al ordenamiento jurídico interno de las disposiciones contenidas en esta materia en el Tratado. Al transponer este apartado al ordenamiento jurídico interno el legislador mexicano adoptó de facto el régimen particular de excepciones y limitaciones que dicho apartado prevé para el caso de las excepciones y limitaciones en materia de medidas tecnológicas y crea innumerables dudas en relación a la compatibilización de este régimen con las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor que se prevén en el artículo 148 de la Ley Federal.

La regulación que hace el legislador no es clara y genera dudas en relación a si el régimen de excepciones y limitaciones a la elusión de medidas tecnológicas regulado en el artículo 114 Quáter es el único aplicado a este supuesto o si es posible aplicar al mismo el régimen previsto en el artículo 148 de la Ley Federal cuando la protección que brindan dichas medidas no permite el uso sin autorización de las obras literarias y artísticas, fonogramas, interpretaciones y ejecuciones y demás objetos de protección de la Ley. La regulación prevista en el apartado 9 del artículo 114 Quáter nos hace suponer que la regulación solo abarca el primero de los supuestos anteriormente citados, mas no el segundo. Ello se encuentra motivado por el hecho de que el apartado en cuestión establece que no se considerará como violación las acciones de elusión o evasión de una medida tecnológica de protecci-

ón efectiva cuando se fundamente en cualquier otra excepción o limitación para una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, siempre y cuando ello sea determinado por el Instituto a solicitud de la parte interesada basado en evidencia.

De esta forma la transposición realizada por el legislador nacional contradice el régimen de limitaciones y excepciones previsto por el propio Tratado y la norma nacional, al propio tiempo que establece un desacertado procedimiento para hacer valer un régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor, que no se corresponde con la práctica nacional ni parece ser viable desde la propia concepción de esta figura en el Derecho Autoral mexicano.

Como ya hemos afirmado la primera contradicción es en relación con el propio Tratado, específicamente el artículo 20.65 que regula las Limitaciones y Excepciones y con el régimen previsto en el artículo 148 de la Ley de Derechos de Autor. El propio Tratado reconoce en dicho artículo que nada de lo dispuesto en este reduce ni amplía el ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones previstas en el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Por lo cual el uso de cualquier medida tecnológica de protección efectiva no puede ir en contra o en detrimento de ninguna excepción o limitación que sea reconocida en estos tratados internacionales y regulada en el artículo 148 de la Ley Autoral mexicana.

Tomemos el ejemplo de las bibliotecas. Según el artículo 148 apartado 5 de la Ley Federal de Derechos de Autor las obras literarias y artísticas ya divulgadas pueden utilizarse sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, siempre y cuando no se afecte la explotación normal de la obra, se cite la fuente, no se explote la obra y la reproducción de una sola copia obedezca a razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. Sin embargo, el apartado IV del artículo 114 Quárter de la propia Ley solo no considerará como infracción de la elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva, cuando el acceso por parte del personal de una biblioteca, archivo o una institución educativa o de investigación, cuyas actividades sean sin fines de lucro se realice con el único propósito de decidir si se adquieren ejemplares de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma.

En otras palabras, qué sucederá si existe una medida tecnológica que impida realizar a una biblioteca el supuesto contemplado en el apartado 5 del artículo 148. Como se colige los fines de uno u otro artículo son totalmente distintos. Si bien pudiera argumentarse que los medios a los que están destinado uno u otro supuesto son diferentes, léase analógico y digital, nada obsta para que dicha situación se materialice y sea necesario aplicar el apartado 5 del artículo 148 en el contexto digital. Surge entonces la duda de si la elusión de la medida tecnológica puede ser permitida cuando el fin sea la seguridad y preservación de la obra y no solo para decidir sobre la adquisición o no de ejemplares.

Empero, como se reconoce en la propia Acción de Inconstitucionalidad el erro del legislador mexicano no solo estuvo en contemplar algunos fines o usos legítimos para la elusión de medidas tecnológicas de protección, dejando fuera otros sino también en crear una cláusula abierta, que permite al Instituto Nacional de Derechos de Autor determinar casuísticamente otros usos legítimos. Esta cláusula se traduce en: a) una inhibición ilegítima para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente para aquellos usos legítimos que no se hayan comprendidos en el artículo y derivan del ejercicio de otros derechos humanos; 2) constituye una carga injustificada para los usuarios quienes se encontrarían en la obligación de solicitar autorización para ejercer derechos humanos.

La fórmula utilizada en esta disposición trastoca el sistema de excepciones y limitaciones al que responde la propia Ley de Derechos de Autor, guarda similitud con el sistema de protección del Copyright en el cual no existe un catálogo expreso de supuestos para uso sin autorización del autor o los titulares de los derechos sobre las obras y demás prestaciones y en el cual, a partir de la aplicación del *fair use* determina cada uno de los supuestos. Sin embargo, más allá de que dicho mecanismo abierto pudiera ser beneficioso en el ámbito digital, el problema no se halla en la figura en sí, sino en cómo esta es implementada, lo cual trastoca el régimen legal de las limitaciones y excepciones, y el consecuente equilibrio entre los derechos de autor y derechos humanos.

A diferencia del propio régimen de *fair use* le corresponde al usuario solicitar autorización para determinar si se encuentra en un supuesto de li-

mitaciones y excepciones, además de presentar evidencias al respecto. Ello incide en el ejercicio efectivo de otros derechos humanos de los cuáles las limitaciones y excepciones pudieran ser expresión dado que le corresponderá al usuario demostrar que se halla en la situación prevista en la norma para poder eludir o evadir dichas medidas tecnológicas y por ende gozar de las limitaciones y excepciones que la propia ley reconoce, todo ello sin tener en cuenta que deberá, además, correr con la carga de la prueba sin tener precisión sobre cuáles son los criterios que el Instituto adoptará para considerar que es una limitación o excepción, solo las previstas en el artículo 148 de la ley o es posible configurar un régimen más amplio.

La pregunta entonces que surge es, si es posible conjugar las obligaciones previstas en el Tratado con el régimen interno de protección de los derechos de autor, con especial referencia al entorno digital. Para ello es importante tener en cuenta que existen modelos de regulación que permiten una comunión entre la protección que brindan las medidas tecnológicas y su consecuente régimen de excepciones y limitaciones y el régimen previsto para el uso sin autorización de obras, prestaciones artísticas, fonogramas y demás objetos de protección. Países como España y Ecuador que han regulado esta figura parten de reconocer que no existe protección efectiva por parte de las medidas tecnológicas si éstas no respetan el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos y, que, el sistema funciona al revés de como lo ha planteado el legislador mexicano, es decir, le corresponde al autor o sus titulares demostrar que el uso que se hace del objeto protegido por la ley no se corresponde con el régimen de limitaciones y excepciones, y por ende, la evasión o elusión de la medida tecnológica no se halla justificada.

El Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, también denominado Código de Ingenios, por ejemplo, brinda también la protección en virtud de las medidas tecnológicas, sin embargo, en pos de este equilibrio crea la obligación de los titulares de los derechos de proporcionar bajo las condiciones oportunas los medios sistemas, dispositivos y servicios necesarios para neutralizar o dejar sin efectos dichas medidas cuando sea necesario ejercer una limitación o excepción (art. 129), así mismo se reconoce que los usuarios que requieran el ejercicio de estas podrán eludir, neutralizar o dejar sin efecto dichas medidas (art. 130).

En el ordenamiento jurídico español el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en una regulación más limitada, regula la relación entre los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas, en este sentido reconoce que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones que se encuentren protegidos con estas medidas están en la obligación de facilitar a los beneficiarios de dichos límites los medios adecuados para disfrutar de estos conforme a su finalidad, y reitera los límites que la propia legislación reconoce. (art. 197).

El apartado 2 de la propia ley reconoce la posibilidad que tienen los beneficiarios de estos límites de acudir a la jurisdicción civil, e incluso de utilizar otras ramas del ordenamiento jurídico como es la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuando además de ser beneficiarios de dichos límites son consumidores o usuarios.

En México el legislador debió prever en la regulación legal además del régimen de excepciones y limitaciones consagrado de forma expresa en el Tratado, la obligación de respeto de las demás limitaciones y excepciones que se reconocen en la propia ley autoral, específicamente aquellas consagradas en el artículo 148 de la norma autoral. Incluso podía modificar dicho régimen y actualizarlo al ámbito digital amparado en el propio Tratado que prevé que solo establece como limitación el respeto al régimen el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Esta solución tampoco es contraria a lo establecido en el inciso h, apartado 4, artículo 20.67, puesto que el Tratado prevé que pueden existir otras excepciones o limitaciones adicionales

“para usos no infractores de una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, cuando un efecto adverso real o potencial sobre aquellos usos no infractores se demuestre mediante evidencia sustancial en un proceso legislativo, regulatorio o administrativo, de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte (el subrayado es nuestro)”.

En otras palabras, la única solución que desde el Tratado se brinda no era la regulación por parte de la entidad administrativa, dígase Instituto Nacional de Derecho de Autor para determinar otros supuestos de excepciones

o limitaciones, también era posible que el legislador adoptara una posición al respecto, es decir podía regular dicho régimen sin que existiera impedimento respecto al mismo. Todo ello sin entrar a dilucidar la aceptación, por parte de los negociadores, de un proceso que poco o nada tiene que ver con el régimen interno de limitaciones y excepciones de los Derechos de Autor en México. Una vez más, en la implementación del Tratado el legislador nacional deja de lado la posibilidad de utilizar vías y criterios alternativos para regular de forma integral los derechos de autor y de propiedad intelectual en beneficio del país. El debate jurídico para la regulación e implementación del Tratado careció de la diversidad que es consustancial a esta temática.

## CONCLUSIONES

Una vez más ha quedado demostrado que, la viabilidad sobre el uso de medidas de protección tecnológica debe rebasar los estrechos marcos del discurso entre usuarios y autores, al igual que suele suceder en otros temas de derechos de autor estas no son más que los extremos más afectados de cualquier relación que se establece alrededor de estos derechos. No es común que los autores implementen medidas tecnológicas de protección, ellos no tienen las condiciones económicas y técnicas para ello, por lo general, son las empresas intermediarias y titulares derivados de estos derechos quienes están interesados en utilizar estos medios de protección para proteger la inversión que realizan en el producto cultural, por ende, su uso solo es posible si se toma como referencia, en este uso los derechos de los usuarios.

Sin desconocer la importancia de las empresas que participan en la distribución y comercialización del producto cultural, es necesario comenzar a desmitificar los argumentos teóricos que sustentan la adopción de regulaciones desarticuladas que responden más a intereses foráneos y empresariales que a los de los propios autores, así como al desarrollo y fomento de una sociedad basada en la creatividad y el conocimiento.

En cierta medida los tratados de libre comercio también son expresión de estas diferencias, como ha quedado evidenciado a lo largo de este trabajo la regulación de la relación entre medidas tecnológicas de protección y el régimen de limitaciones y excepciones no es uniforme. Mientras que en los tratados suscritos con Estados Unidos se aprecia un régimen

restrictivo y contradictorio en otros tratados se parte del respeto que debe existir entre los derechos de autor y derechos humanos como el acceso a la educación, a la cultura y a la información. La disímil regulación de estas figuras en estos acuerdos comerciales implica importantes cuestionamientos en relación con la función social de la propiedad intelectual, como herramienta al servicio del desarrollo económico, social y cultural.

## REFERENCIAS

Acción de Inconstitucionalidad promovida por María del Rosario Piedra Ibarra, Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia, 3 de agosto de 2020.

Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia (TLC) en vigor desde el 15 de mayo de 2012

Acuerdo de Asociación Estratégica con la Unión Europea- Mercosur, firmado el 28 de junio de 2019 (aun no entra en vigor).

Ecuador: Asamblea Nacional. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial N° 899. 9 de diciembre de 2016

España. Cortes Generales. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE No. 97, de 22 de abril de 1996. Última modificación: 08 de julio de 2020

México: Congreso. Ley Federal de Derecho de Autor. **Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996. Última reforma publicada DOF 01-07-2020.**

Tratado Integral y Progresista de Asociación TransPacífico o TIPAT,, en vigor desde el 30 de diciembre de 2018.

Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá o T-MEC, en vigor desde el primero de julio de 2020.

# DISSEMINAÇÃO VIRTUAL E DIREITO DE IMAGEM: UM ESTUDO SOBRE O USO DE MEMES NA INTERNET

Bruno Felipe Barboza de Paiva<sup>1</sup>

**RESUMO:** O uso dos memes, especialmente nas redes sociais, além de trazer uma nova forma de expressão, *por meio de imagens*, também acabou originando uma onda de utilização indevida do direito à imagem das pessoas, sendo imperiosa a ponderação de seu uso em face da liberdade de expressão e com a possibilidade de aplicação da responsabilização civil de seus utilizadores. O objetivo desta pesquisa foi analisar as consequências jurídicas da disseminação de memes na Internet. Quanto ao aspecto metodológico, consistiu em pesquisa de natureza qualitativa e explicativa, com coleta de dados via análise bibliográfica. Em sede de conclusão observa-se que o uso dos memes, pode atingir a imagem das pessoas que servem de impulso para sua veiculação, sendo o uso passível de responsabilização cível, mas tudo isso é deixado em segundo plano quando analisada a necessidade moderna de fazer parte do meio, seja ele real ou virtual, e os memes como grande fonte de propagação de pensamentos, acabam tendo sua aplicação cada vez mais intensa e sem qualquer preocupação com a situação que veiculam.

**Palavras-chave:** Memes. Direito de imagem. Liberdade de expressão.

## 1 INTRODUÇÃO

O desenrolar das relações sociais fez com que as pessoas passassem a usar novos meios de comunicação e diferentes formas de expressão, tendo seu ápice ocorrido quando da popularização da Internet e das redes sociais, criando-se espaços abertos para propagação de novas ideias veiculadas das mais diversas maneiras.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido e mestrando em Direito pela mesma instituição. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Futura e pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Minas Gerais. Membro do DigiCult – Estudos e Pesquisas em Direitos Digitais e Direitos Culturais (UFERSA).



Nesse sentido, o uso indistinto de imagens, até mesmo fora de contexto, fez com que se criasse toda uma cultura de vulgarização das informações e fontes, originando-se cenários que fogem da realidade e sem qualquer preocupação com a veracidade do que vem a ser veiculado pelas pessoas, incluindo-se aqui, o uso da imagem de terceiros na confecção de memes<sup>2</sup>.

Diante deste quadro e visando compreender melhor a necessidade de se observar o Direito face ao uso de imagens, por meio de memes nas mídias virtuais, é que se direciona a pesquisa para a análise das implicações jurídicas no uso indiscriminado de memes na Internet.

O ambiente da Internet, em especial o das mídias virtuais<sup>3</sup>, foi o escolhido em razão de ser o espaço de maior propagação e alcance dos memes, reunindo as condições ideais para a análise jurídica de sua utilização.

Ademais, com o uso dos memes, em especial nas redes sociais, além de trazer uma nova forma de expressão por meio de imagens e frases, também acabou originando uma onda de utilização indevida de um bem juridicamente protegido por nosso ordenamento jurídico, no caso, o direito à imagem das pessoas.

Dessa forma, o objetivo principal é entender, de forma geral, quais seriam as principais implicações jurídicas quanto ao uso dos memes no espaço virtual e, mais especificamente, o direito de imagem em suas diversas formas legais, além de conhecer a expressão virtual chamada de meme, analisando os limites de seu uso na Internet e com o fito de buscar possíveis responsabilizações legais para seus utilizadores.

Pretende-se, assim, tratar a problemática da presente pesquisa, por meio do aporte teórico produzido por pensadores da ciência jurídica, bem como a legislação pertinente à matéria, explorando doutrinas, artigos científicos, buscando uma forma de observar o uso dos memes, na Internet, à luz do direito de imagem.

---

<sup>2</sup> O denominado Meme é um termo criado pelo escritor Richard Dawkins, em seu livro *The Selfish Gene* (O Gene Egoísta, lançado em 1976), cujo significado é um composto de informações que podem se multiplicar entre os cérebros de uma forma rápida e com grande alcance.

<sup>3</sup> KOTLER (2006, p. 15) define mídia virtual como toda aquela controlada por algum elemento tecnológico, caracterizado por outras formas de se chegar aos usuários por meio eletrônico.

## 2 O MARCO CIVIL DA INTERNET E SUA IMPLICAÇÃO NA DEFESA DA IMAGEM

O desenvolver da sociedade influenciou na criação de novas formas de comunicação, dentre elas, a Internet. Nesse espaço onde as informações são replicadas de maneira rápida, atingindo um incontável número de usuários, os memes ganham especial projeção, ante seu caráter de fácil comunicação e linguagem de simples memorização.

Mas, apesar disso, a existência de ilícitos envolvendo práticas virtuais só tende a aumentar e observando esse fenômeno, o legislador pátrio cuidou de promover medidas que regulamentassem as ações no ciberespaço, especialmente por meio do Marco Civil da Internet, instituto que agora passa ser analisado de maneira mais detida.

### 2.1 Considerações acerca da Era Digital

A expansão da Internet alterou a realidade social, culminando na chamada “Era Digital”, onde as pessoas passam a interagir através do meio virtual, ambiente esse onde as informações são facilmente criadas, acessadas e compartilhadas, o que altera perceptivelmente as relações pessoais e a forma de tratamento para com o outro.

Seguindo esse caminho, uma das tecnologias que mais evoluiu e proporcionou esse acesso às informações de maneira mais democrática e, sobretudo, de forma ágil e efetiva, foi a Internet, tornando-se essa, um dos principais meios de comunicação da sociedade atual, bem como, mesmo que de maneira subsidiária, uma fonte de riquezas e poder.

Sobre esse tema, Marcos Wachowichz ensina:

A informação ganha na Internet novas dimensões, já não mais o mero acesso às obras raras (livros, pinturas, esculturas), mas também o que contém o germe da nova invenção, da descoberta, que cria ou possibilita a criação do novo, que transforma, circula e permeia todos os universos humanos, desde a esfera econômica, social e política, até os planos éticos, culturais e ambientais. (WACHOWICHZ, 2015).

Por outro lado, importante se faz a ressalva quanto aos usos da Internet, especialmente no que pertine à vida privada das pessoas e à imagem a partir delas veiculada, haja vista ter o espaço virtual uma tônica peculiar que confere aos indivíduos uma sensação de incontáveis possibilidades, especialmente sob o manto do anonimato, onde os pensamentos de ausência de controle social prevalecem e essa aparente falta de responsabilização potencializa a violação dos mais variados direitos na esfera digital.

A evolução da Internet acabou gerando diversos pontos de tensão entre direitos fundamentais, como as situações que envolvem conflitos entre a liberdade de expressão e o direito de imagem, especialmente no que toca ao uso dos memes e a forma como eles atingem a esfera da personalidade das pessoas neles contidas.

Por tudo o exposto e como uma forma de regulamentação desse meio, no ano de 2014 foi publicada a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, com o intuito de preencher a lacuna na legislação brasileira quando da utilização dos meios digitais.

## **2.2 O Marco Civil**

A partir de consultas públicas realizadas de maneira colaborativa com a população, a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida por Marco Civil da Internet, surgiu como diploma normativo para regular responsabilidades, diretrizes, além dos direitos e deveres para usuários, seus provedores e o próprio Estado, haja vista ser a Internet uma das ferramentas com maior velocidade de desenvolvimento. Nesse sentido:

Enquanto o telefone levou cerca de 70 anos para aceitação, período que compreende 1876 até o período posterior entre as duas Guerras Mundiais; o rádio popularizou entre 1895 até o período entre as duas Guerras Mundiais (40 anos) e a televisão levou aproximadamente 25 anos - de 1925 até os anos de 1950 - para sua aceitação, a Internet levou apenas 07 anos, período que abarca os anos de 1990 até 1997 (WILDAUER; INABA; SILVA, 2013, p. 124).

O interessante da criação dessa lei foi, além da regulamentação de um ambiente tão vasto como o virtual, a intensa participação popular, que por meio de audiências públicas e espaços para manifestação na própria rede mundial de computadores, permitiu observar a opinião das pessoas sobre as normas aplicáveis aos serviços por elas utilizado, expondo, assim, a própria natureza da internet brasileira, com seus aspectos sociais, culturais, econômicos e de desenvolvimento humano.

Estabelecendo o direito de acesso à Internet, a qualidade das conexões fornecidas e a responsabilidade dos provedores, o Marco Civil visa a proteção dos dados e do tráfego de conteúdo, ainda possibilitando o conhecimento e a posterior responsabilização de usuários que usam o meio virtual para a disseminação de conteúdo indevido, isentando-se, em regra, a responsabilidade do provedor e indo diretamente ao autor das postagens impróprias.

Antes mesmo dessa lei, pondera-se que

A Internet não exige apenas novas soluções para os novos problemas; ela também afeta a maneira como os problemas e as soluções jurídicas devam ser analisados. Ao romper com os paradigmas jurídicos tradicionais e desagiar os mecanismos convencionais de tutela, a Rede representa um dos principais objetos de estudos dos doutrinadores preocupados com essa nova realidade social. (LEONARDI, 2012, p. 39).

O Marco Civil assegura diversos direitos aos usuários da internet e estabelece, em seu art. 8º, que: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Observa-se, ainda, que o Marco Civil não aborda, especificamente, direito autoral e crimes virtuais, por exemplo, mas ao dialogar com as demais normas de nosso ordenamento jurídico, vem como reforço ao combate à publicações indevidas, seja por seu conteúdo ou pela forma como são veiculadas e, aqui, a “viralização” dos memes encontra aporte para os debates sobre o direito de imagem das pessoas neles expostas, embora haja a necessária ponderação de direitos e interesses.

O modo como as informações seguem um fluxo para promoção da inovação e criatividade, acaba por gerar um maior desenvolvimento nas esferas culturais, sociais e econômicas e o papel de fundamental importância no desenrolar de tal processo é ocupado pelas plataformas e serviços *online*.

Tanto assim o é, que Bonavides (2010) considera a era pós-industrial como a concebida, em sua essência, pelos direitos da democracia, pluralismo e acesso à informação, claramente, os direitos de 4ª geração.

Com o prisma bastante voltado para relevância da liberdade de expressão nos meios virtuais, o Marco Civil traz, em diversos pontos de seu texto, regras para assegurar uma efetiva tutela. Como forma de exemplificação, o texto legal elucida o uso da internet no Brasil, tendo por fundamento, em seu art. 2º, o respeito à liberdade de expressão, além da própria proteção à comunicação e aos diversos tipos de manifestação do pensamento, já em seu art. 3º, nos termos da Magna Carta.

Não obstante, o desenvolvimento da internet também trouxe sensíveis vantagens à vida moderna, posto que aquela se transformou no meio mais fácil e rápido de comunicação de dados. Entretanto, acarretou num indesejável incremento de condutas potencialmente lesivas ao homem, uma vez que tem sido utilizada para a prática de atividades ilícitas.

Nesse sentido, entre as condutas lesivas ao bem jurídico alheio que prosperam na Internet, a ofensa ao direito de imagem ganha relevante espaço, devendo ter uma observação especial em prol de sua proteção.

## **2.3 A Internet e a proteção da imagem**

O surgimento do denominado meio ambiente virtual ou ciberespaço, que apresenta novas concepções de tempo e, sobretudo, de distância, também fomenta um desafio para a tutela jurídica da dignidade. A concepção clássica de território (espaço físico) ganha outra denotação: de espaço virtual, isto é, ambiente global no qual há uma transcendência dos limites territoriais (da vida real).

Assim, o ciberespaço não é propriamente um território, mas caracteriza-se por um fluxo constante de informações, através de rede de comunicação, de forma que a localização da informação passa a ter relevância, uma

vez que é ela quem concretiza a ideia de território, desvinculado do espaço físico, surgindo daí, diversas questões a serem solucionadas pelo Direito.

Nesse sentido, a Lei nº 12.965/2014 acaba por reconhecer a necessidade de respeito à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, no uso da rede no Brasil, embora enfatize a igual indispensabilidade de proteção aos dados pessoais e à privacidade.

No que toca à privacidade, importante ressaltar que está abarcada a imagem de seus usuários, com o intuito de preservar o caráter participativo na rede mundial de computadores.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2013, p. 221) ressaltam que o direito de imagem compreende a expressão externa sensível da individualidade humana, traduzindo a forma plástica do ser humano e seus reflexos, sendo capaz de atingir a própria honra do indivíduo com os direitos violados.

No que toca ao assunto, acrescenta Ferraz Júnior que:

A honra se projeta na imagem que, embora de alguém, é sempre como alguém julga e quer aparecer para os outros. O direito à imagem é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios. Por último, embora graduando-se nos diferentes objetos, o princípio da exclusividade tem, perante todos, um mesmo propósito: a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se na vida social e na vida pública. (FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 443).

Aqui, forçoso destacar o fato de toda regulação normativa ainda não ser capaz de evitar certas situações, em especial quando o próprio indivíduo promove sua exposição, o que acaba levando à consequências por diversas vezes indesejadas, face a imprudência como os dados dos usuários são expostos e utilizados, nessa incansável necessidade de exposição virtual imposta pela sociedade moderna como forma de participação efetiva do meio.

Nesse sentido, Peasani (2014), em sua obra *Direito e Internet*, dispõe:

As pessoas querem a privacidade? A resposta pode ser encontrada nas redes sociais, em especial o Facebook, que representa um instrumento

de vigilância e controle dos pensamentos e das emoções alheias mediante o consentimento e a participação de quem se expõe publicamente para comprovar sua existência. (PEASANI, 2014, p. 44).

Como se percebe, no âmago de uma maior visualização social, algumas pessoas acabam tendo sua imagem veiculada de maneira indevida e até mesmo as que não dispunham de tal pensamento, por alguma infelicidade, passam a ser expostas na internet em situações e contextos distorcidos da realidade fática.

Mister salientar que a grande intenção é a rápida propagação de seu compartilhamento, sendo os memes, o exemplo contemporâneo mais pertinente quando o assunto é a disseminação de imagens, mesmo que indevidamente, nos meios virtuais, sendo essa a figura a partir de agora a ser analisada.

### **3 A EXPRESSÃO VIRTUAL E OS MEMES**

A comunicação sempre foi uma das formas de aproximar as mais diversas pessoas e sociedades. Com o advento da Internet, essa troca de dados e informações passou a ser cada vez mais rápida e fluida, objetivando atingir grandes massas.

Nesse sentido, o século XXI tem sido uma rica fonte de novas formas de expressão e comunicação, tendo como exemplo os memes e essa criação moderna, por englobar tantas vertentes, como o direito de imagem e a liberdade de expressão, precisa de sua análise específica, com questões que giram desde sua origem até a sua forma de visualização pelo Direito.

#### **3.1 Da origem dos memes**

O desenvolver da sociedade acabou gerando uma enorme onda de informações, que se replicam em uma velocidade impressionante, surgindo novos dados a cada momento e, por consequência, aumentando a tendência à repetição.

Com o desenrolar de um fluxo cada vez maior nas redes sociais e na Internet em geral, algumas ferramentas foram utilizadas para expressar e difundir opiniões: os memes.

Tendo em vista a expansão dos meios virtuais, especialmente na década de 90, os memes acabam por integrar a cibercultura como um de seus elementos constituidores. André Lemos define inicialmente o tema, da seguinte forma:

Antes de ser uma cultura pilotada (de kubernetes, cibernética) pela tecnologia, trata-se, ao meu ver, de uma relação que se estabelece pela emergência de novas formas sociais que surgiram a partir da década de sessenta (a sociabilidade pós-moderna) e das novas tecnologias digitais. (...)A cibercultura é a cultura contemporânea marcada pelas tecnologias digitais. A cibercultura representa a cultura contemporâneas sendo consequência direta da evolução da cultura técnica moderna. (LEMOS, 2003, p. 11-12).

A cibercultura, pelo exposto, tem sua origem nessa relação dual entre modernidade e tecnologia, culminando em um projeto de racionalidade no meio virtual, que o filósofo Pierre Levy (1999, p. 17) conceituaria como inteligência coletiva, a qual seria compreendida, sinteticamente, como o espaço de comunicação digital que abriga as informações buscadas e utilizadas pelos seres humanos e que acabam por se reproduzir em tal meio, sendo a cibercultura e a inteligência coletiva expressões utilizadas para explicar o surgimento dos memes na rede virtual.

Para a maioria da doutrina, o termo “meme” tem sua fonte nos estudos da genética, mais especificamente no livro “O gene egoísta”, de Richard Dawkins (1976, p. 122), que definia meme como um “substantivo que transmite a ideia de uma unidade de transmissão cultural, ou uma unidade de imitação. (...) Pode-se, alternativamente, pensar que a palavra está relacionada à memória”.

Insta ressaltar que uma parte, ainda minoritária dos autores, credita a criação desse termo sob a perspectiva da comunicação, não como propagadores de informações, mas como “grupos de conteúdos”.



No espaço virtual, o meme pode ser considerado como uma evolução dos *emoticons* “nome dado a uma sequência de caracteres tipográficos ou umas imagens simbólicas, que representam o rosto humano e expressam as emoções dos participantes no processo de comunicação” (JABLONKA, 2012, p. 111).

Raquel Recuero, ao contribuir para a pesquisa dos memes, preleciona:

A presença de memes é relacionada ao capital social, na medida em que a motivação dos usuários para espalhá-las é, direta ou indiretamente, associada a um valor de grupo. Por exemplo, as pessoas que espalham os recados com imagens acreditam estar fazendo algo positivo, que deixará aquele que recebeu a mensagem contente. (RECUEIRO, 2009, pág. 130).

Nessa esteira, posiciona-se Shilfman (2014, pág. 37), ao explicar a origem dos estudos dos memes, sob o enfoque racional de ideias, sejam essas religiosas, políticas etc, também podendo ser resultado de comportamentos e práticas folclóricas, hábitos culturais e moda.

Como percebido, essa transmissão de pensamentos por meio de ideias de um ser para outro, em suas mais diversas variações é que impulsiona e fortalece o uso desses virais da *web* em nossa sociedade.

Como bem apontado por Dawkins (1989), ao identificar como características principais dos memes, a sua fidelidade, fecundidade e longevidade, sendo esses elementos usados para medir o “sucesso” particular dos memes.

A fidelidade com a qual o meme é copiado demonstra a quão forte sua ideia central realmente é. Enquanto o meme ainda está sujeito a variações, sua ideia inicial e principal deve permanecer intacta para que logre êxito em sua pretensão. A fecundidade diz respeito à velocidade de replicação dos memes, compreendendo a série de cópias e imitações feitas em um determinado espaço de tempo. Além desses, a longevidade mostra por quanto tempo um meme pode sobreviver no meio social.

Por fim, ressalta-se que o trabalho ora em comento, filia-se à corrente de Richard Dawkins, por ainda ser a mais aceita no ramo da comunicação virtual.

## 3.2 A exposição por meio dos memes

O reconhecimento de um meme, em regra, se dá por sua viralização<sup>4</sup> nos meios virtuais, seja uma imagem ou frase, o meme para ser considerado como tal, precisa atingir um número significativo de pessoas e não apenas atingir, mas ser recebido, usado e replicado como forma de comunicação.

Dawkins (1973), ao fazer sua analogia com os genes, entendia que a replicação dos memes era o fato determinante para sua perpetuação na história. O problema estaria no fato de que a replicação poderia gerar certas mutações ocasionadoras de divergências entre o parâmetro inicial e o resultado dessa transformação. O próprio autor aceitava a mutação nesse processo de replicação. O cerne da questão, entretanto, é que a possibilidade de mutação dos memes da internet não apenas é uma realidade, como também uma necessidade para sua manutenção.

Desse modo, entra-se na questão do uso dos memes envolvendo pessoas que, por uma situação específica, ou posição adquirida na mídia, acabam sendo objeto de viralização na internet.

No caso específico dos memes com pessoas, uma possibilidade de agravamento de seu uso surge quando se extrapola os limites mínimos do juridicamente possível para sua veiculação. Afinal, ao contrário dos desenhos, ou frases, a imagem de uma pessoa, por estar intimamente ligada à sua personalidade, pode vir a afetar de maneira bem mais gravosa aquele que se tornou conteúdo nas mídias virtuais.

Pinheiro (2016, p. 113) alerta para o uso indiscriminado do poder de informação ao ressaltar que “na era da informação, o poder está nas mãos do indivíduo, mas precisa ser utilizado de modo ético e legal, sob pena de no exercício de alguns direitos estar-se infringindo outros, e isso não é tolerável em um ordenamento jurídico equilibrado”.

Diante de tal problemática suscitada pela autora, clara é a necessidade de equilíbrio no uso da imagem de pessoas para a aplicação em memes, haja vista a real capacidade de estragos que esses podem causar, se utilizados

---

<sup>4</sup> A palavra é utilizada para designar os conteúdos que acabam sendo divulgados por muitas pessoas e ganham repercussão (muitas vezes inesperada) na *web*. (MATSUKI, 2012).

de maneira indevida ou ao arrepio da proteção conferida por nosso ordenamento jurídico.

Logicamente, deve haver toda uma análise sobre o que se é utilizado indevidamente, frente ao que foi exposto na internet pelo próprio dono da imagem.

Assim, por ser o meme uma das expressões da sociedade atual, especialmente no que toca à comunicação em rede, acaba tornando-se uma figura de expressão ou uma cópia imperfeita de algo inicialmente ideal, sendo desenvolvido e replicado, muitas vezes, de maneira anônima no meio virtual, tendo por objeto uma expressão irônica e com humor, sem atenção às consequências advindas de tal prática.

Dessa feita, a falta de controle por parte dos usuários das redes sociais também pode ser um dos motivos ensejadores para a replicação dos memes, se levarmos em consideração o próprio poder de alcance das mídias virtuais e a capacidade do ser humano em criar situações novas de fatos aparentemente triviais.

Isto posto, fundamental é o equilíbrio entre o que se veicula na internet e o uso dessa informação por seus usuários, pois a replicação indevida de uma imagem ou situação, por meio de memes, por exemplo, pode acabar resultando em proporções consideráveis, onde a análise do direito de expressão, juntamente com a intimidade seriam sopesadas na balança do aceitável social e juridicamente.

### **3.3 MEMES E DIREITO**

Em seu livro *A cultura no mundo líquido moderno*, Zygmunt Bauman leciona:

A cultura é modelada para se ajustar à liberdade individual de escolha e à responsabilidade. (...) Sua função é garantir que a escolha seja e continue a ser uma necessidade e um dever inevitável da vida, enquanto a responsabilidade pela escolha e suas consequências permaneçam onde foram colocadas pela condição humana líquido-moder-na. (BAUMAN, 2013, pág. 12).

No basilar trecho acima, percebe-se a crítica do autor ao relatar que algumas necessidades individuais acabam por se sobrepor às responsabilidades socialmente impostas. O uso dos memes, dessa forma, acaba seguindo o mesmo caminho, em especial aqueles onde são utilizadas imagens de pessoas da mídia, por exemplo.

Existe uma linha tênue no uso dos memes e a finalidade para o que são usados pode ser o delimitador entre a liberdade de expressão e o direito à imagem. Essa ilação depreende-se do fato de, cada vez mais, as pessoas passarem a utilizar imagens, sem qualquer tipo de autorização, para a produção de memes.

Esse desenvolvimento dos meios de comunicação e a própria alteração por que passa a linguagem, especialmente no meio virtual, provoca modificações nas experiências de seus usuários.

A questão da interação em massa gerou a necessidade de se deixar um pouco de lado a forma de expressão individual, para dar espaço a um meio que fosse mais facilmente entendido e com melhor alcance de seus receptores, promovendo, assim, as experiências coletivas em prol da inclusão de todo um grupo de utilizadores.

Percebe-se, portanto, que a rede modela o próprio comportamento de seus usuários, ditando regras que precisam de observância para uma melhor visibilidade no ciberespaço, sendo aqui enquadrado o uso dos memes, uma vez que é por meio da disseminação dessas imagens que os usuários passam a se comunicar de maneira universal e, por conseguinte, atingem maior projeção em tal ambiente.

Em geral, como comentam fatos do cotidiano ou situações que repercutem nas mais diversas mídias, propagando tais situações com o intuito de divertir, os memes passam a ser usados pelos internautas como forma de também demonstrar sua participação naquele ambiente e de ser notado pelos demais.

Com intuito de disseminar conteúdos, os memes criam contextos capazes de oportunizar uma ampla propagação no ambiente virtual e essa “viralização” decorrente da interação entre os usuários virtuais alastra-se pelas plataformas digitais, alcançando um número incontável de outras pessoas.

E para a divulgação dessa cultura existem estímulos que incentivam a replicação pelas pessoas, podendo ser particulares, que variam de pessoa para pessoa, ou sociais, possuindo esses últimos maior capacidade de atração por meio da cultura participativa.

A expressão cultura participativa contrasta com noções mais antigas sobre a passividade dos espectadores dos meios de comunicação. Em vez de falar sobre produtores e consumidores de mídia como ocupantes de papéis separados, podemos agora considerá-los como participantes interagindo de acordo com um novo conjunto de regras, que nenhum de nós entende por completo. (JENKINS, 2009, p. 30).

Nesta condição da cultura de maneira participativa, as pessoas envolvidas não são mais meros expectadores, mas sujeitos ativos, cooperando de maneira coletiva e dialogando com possibilidades diversas por meio de novos conhecimentos e formas de expressão.

Contudo, essa cultura dos memes pode levar a resultados negativos, especialmente quando se expõe a imagem de uma pessoa, em um contexto totalmente diferente do inicialmente pretendido com sua fotografia, mas que ganha tanta visibilidade que acaba sendo tida, agora, como a realidade de fato.

Essas situações demonstram, sob o ponto de vista social, que apesar de criarem um efeito cômico nas imagens retratadas, os memes podem atingir de maneira degradante as pessoas neles veiculadas, especialmente quando são compartilhados de maneira rápida sem qualquer atenção às pessoas neles contidas ou inobservando as consequências dessas práticas.

Assim, a irresponsabilidade pelo uso indiscriminado da imagem encontra sustento em uma necessidade desenfreada de fazer parte do meio, sendo esse meio, o próprio causador de tanta utilização, ultrapassando as fronteiras entre o mundo real e o virtual e influenciando ambos.

Por todo o exposto, não poderia o Direito deixar de observar mais essa inovação social, com profunda conexão com a imagem, intimidade e liberdade de expressão, direitos amplamente resguardados por nosso ordenamento jurídico.

Portanto, observando a expansão da internet e a disseminação dos memes como uma das maneiras de manifestação e expressão popular, as restrições previstas em nosso ordenamento jurídico são basilares para a proteção da liberdade de pensamento, mas sempre equilibrando com a proteção do direito de imagem.

Como é possível verificar, a depender da forma como a imagem de determinada pessoa é utilizada, danos morais podem ser aplicados ao caso concreto pelo abalo que certas montagens são capazes de provocar à psique humana, sem falar na perpetuação no tempo dessa criação, devendo haver também uma análise no que toca à responsabilidade civil de quem faz uso dessas imagens.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET E O USO DE MEMES**

O desenrolar das relações sociais e a dinâmica, cada vez mais rápida com que as pessoas interagem, acaba por gerar um risco maior de prejudicialidade nas conjunções interpessoais, haja vista o maior contato e a própria variabilidade das condutas humanas.

Essa convivência em sociedade é passível de gerar danos que afetam a esfera jurídica dos indivíduos, podendo ser que tais danos sejam originados pelo próprio sujeito, ou essa conduta pode ser atribuída à outra pessoa e, nesse caso, impõe-se a aplicação do autêntico pacto social, com a responsabilização de seus autores.

O importante a ser grifado é o fato de os diversos ordenamentos jurídicos, há bastante tempo, já preverem as situações de tensão entre os indivíduos, necessitando, portanto, de uma regulação mínima nos casos de violação ao direito de terceiros.

### **4.1 Liberdade de expressão no meio virtual**

A dignidade humana pode ser considerada como equivalente a um valor que corresponde ao ideário de justiça e de adequação social por que passa a sociedade em sua busca pelo desenvolvimento da vida em plenitude.

Nesse caminho, a visão da dignidade humana como um valor social flexibiliza o seu conteúdo, possibilitando sua alteração conforme as transformações sociais no tempo e lugar em que se estiver fazendo sua análise.

Justamente por isso, ao longo da história, observou-se diversas formas de interpretação da dignidade humana, sempre levando em consideração as alterações políticas e sociais, culminando no ponto onde o direito à liberdade de expressão também passa a incluir o rol mínimo nesse conjunto existencial.

O texto constitucional, em seu art. 5º, IV, reconhece o direito de livre pensamento e manifestação a todos os brasileiros, sendo vedado o anonimato em seu exercício. Como apontam Luiz Araújo e Vidal Nunes Júnior:

[...] enquanto opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, na situação em que o indivíduo manifesta seu sentimento ou sua criatividade, independente da formulação de convicções, juízos de valor e conceitos. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002, p. 103).

Essa amplitude e pluralidade de ideias é que promove o desenvolvimento de uma sociedade mais participativa e tolerante para com as diferenças, onde as pessoas podem expor seus pensamentos de forma a não serem perseguidas pelo que falam, nem terem seu discurso rebaixado pelas ideias que defendem.

Dessa forma, a liberdade de expressão passa a ser mais uma das características da sociedade contemporânea, conferindo ao espaço social o pluralismo de ideias necessário ao bom desenvolvimento de qualquer ambiente:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. (MORAES, 2006, p. 207).

Nesse sentido, a liberdade de expressão existe para além de um sentido individual, abarcando também o aspecto difuso.

Sob a ótica individual, considera-se como o direito que cada indivíduo possui de expressar suas ideias, informações e pensamentos. Como direito difuso, engloba a necessidade social de receber informações, pensamentos e opiniões dos demais diversos componentes do meio, sendo esse direito capaz de proporcionar uma forma de intercâmbio entre os seres humanos.

Tal direito, com o advento da Internet, ganhou uma forma de projeção mais ampla e eficaz, onde as pessoas expressam suas ideias de maneira livre, com a capacidade de atingir grupos cada vez mais distantes, acrescentando fatos à sua existência e até modificando determinados hábitos, a depender da forma como a informação é veiculada.

Assim, o ambiente virtual possibilitou a ampliação do exercício do direito de expressão e da livre circulação das informações, sem as restrições comumente observadas em outras mídias, como a televisão, onde veiculam-se informações, mas partindo do ponto de interesse da emissora que o faz.

Um dos grandes realces da Internet foi a viabilidade de comunicação instantânea e a um baixo custo, em especial com o surgimento das redes sociais. Conforme também ressalta PINHO:

Diferente de qualquer outro meio de comunicação, tais como rádio, televisão e publicações impressas, baseadas na transmissão unidirecional de informação, as pessoas não são mais destinatários passivos, mas também editores ativos de informação. Essas plataformas são particularmente valiosas em países onde não há meios de comunicação independentes, na medida em que permitem aos indivíduos compartilhar pontos de vista críticos e obter a informação objetiva. Além disso, os produtores de mídia tradicional também podem usar a Internet para expandir grandemente as suas audiências a um custo nominal. (PINHO, 2003, p. 77).

Esse potencial, por oportuno, decorre de suas características singulares, especialmente a velocidade de propagação de seu conteúdo, alcance em nível mundial e anonimato até determinado nível de utilização, proporcionando aos indivíduos a possibilidade de disseminação virtual daquilo



que produzem e incluem à rede mundial de computadores, potencializando, portanto, a liberdade de expressão.

Nesse ponto de análise, ante tudo já demonstrado em face do direito de imagem e, agora, da liberdade de expressão, imperiosa é a observância de tais direitos no ambiente virtual quando presentes de forma antagônica, em especial no uso dos memes, sendo o debate a seguir proposto.

## **4.2 O uso dos memes, na Internet, à luz do direito de imagem**

Como os direitos não se mostram absolutos, algumas razões são elencadas para a proteção da segurança coletiva e de outros direitos de igual patamar, sendo necessária a sua relativização, em caso de colisão de normas, aplicando-se a razoabilidade das medidas restritivas.

Nas palavras de NOBRE (1985), seguindo essa lógica, restrições à liberdade, no âmbito da Internet, são legítimas quando englobam certos requisitos, em especial, a excepcionalidade, adequação, necessidade, proporcionalidade e possibilidade.

A excepcionalidade compreende as restrições que devem estar taxativamente observadas em lei, com uma linguagem clara e objetiva, além de ser recomendável a interpretação mais restritiva possível na aplicação dos casos.

Adequação diz respeito às restrições que devem ter uma finalidade e serem realmente capazes de atingi-la. Tais finalidades são consideradas, segundo o autor, como as reconhecidas pelas declarações internacionais de direitos, como a proteção à reputação do direito de outros indivíduos, segurança nacional e ordem pública.

No que toca à necessidade é preciso expor que a liberdade de expressão, no meio virtual, só poderia ser restringida no que fosse estritamente necessário para o alcance das metas visadas pela restrição, sempre após a análise criteriosa acerca da existência de outras medidas menos restritivas.

A proporcionalidade diz respeito à ponderação feita entre os resultados esperados pela restrição em face da necessária redução da liberdade de expressão.

Por último, a possibilidade é mencionada no sentido de prever uma possível revisão dos atos praticados por uma autoridade com independência para tanto, possibilitando, com isso, que qualquer ato restritivo à liberdade de expressão possa ser analisado por quem de direito e sem qualquer interferência externa, de forma a não ser arbitrária ou discriminatória.

E são esses os requisitos, segundo NOBRE (1985), a serem analisados quando da formulação dos marcos regulatórios da Internet, em especial, do uso da expressão como forma de exercício de direitos, mas sempre com a perspectiva de ponderação para que sua utilização não passe a atingir ou suprimir outros de igual importância na análise do caso concreto.

Assim, considerando a ponderação de direitos que sempre se faz presente na observância dos mais diversos casos, mister adentrar na questão central do presente trabalho, qual seja, o uso dos memes, no ambiente virtual, sob a perspectiva do direito de imagem e suas principais implicações, especialmente frente à liberdade de expressão.

No decorrer de toda a pesquisa, demonstrou-se como a imagem reflete as atribuições mais intrínsecas do ser humano, sendo objeto de especial proteção nos diversos ordenamentos jurídicos.

Especificamente no caso do Brasil, o direito de imagem possui uma esfera de proteção legal e constitucional, sendo componente primordial do conjunto mínimo de salvaguardas conferidas aos indivíduos, no caso, os direitos de personalidade.

Noutro quadrante, tem-se a liberdade de expressão, também amplamente defendida e com proteção normativa de igual relevância ao direito de imagem. Aqui, o que impera, especialmente por estarmos falando de um Estado Democrático de Direito, é a oportunidade a todos conferida de expressar seus pensamentos e ideias sem restrição de seu conteúdo.

Entre esses dois institutos, ainda reside a questão da responsabilidade civil pelos atos praticados em desacordo com as normas pátrias e que, de alguma forma, atingem o patrimônio jurídico de terceiros, podendo gerar o direito de reparação e a própria aplicação de sanções em face dos atos exercidos.

O espaço escolhido para análise dessas interligações é a Internet e seu ambiente virtual, onde, em uma velocidade exponencial, as informações,

dados e conteúdos dos mais diversos são disseminados e chegam cada vez mais longe em um menor espaço de tempo.

Ainda dentro desse ambiente, entre tantas questões a serem observadas, a utilização dos memes é o merecedor de todos os destaques, principalmente os que fazem uso da imagem de pessoas, famosas ou não, mas que abrigam em seu conteúdo, o retrato de alguém, em certa situação, nem sempre condizente com a realidade transmitida, porém com a incrível capacidade de replicação e alcance.

É é diante deste quadro e visando melhor compreender o uso dos memes na Internet, algumas ponderações necessitam ser realizadas.

Os memes, como já demonstrado, tornaram-se uma das formas de comunicação moderna, onde alguém, por meio da junção de uma imagem à determinada situação ou frase, consegue espaço nos diversos ambientes virtuais, com uma obra humorística ou satírica, retratando determinados fatos do cotidiano ou situações específicas, mas que, de alguma forma, entram na psique do ser humano e resguardam seu espaço como motivo de lembrança.

Especialmente quando de seu uso com imagens de pessoas, a grande problemática gira em torno dos limites de sua utilização, considerando que um direito alheio está sendo, ao menos sob análise prévia, atingido, mesmo que na outra ponta conste a liberdade de expressão da pessoa responsável por sua criação ou disseminação.

O meme passou a ser uma linguagem universal, onde qualquer um pode expor suas ideias e tê-las reconhecidas, analisadas, criticadas e replicadas com um simples clique, sendo meio de manifestação, projeção e inclusão dos mais variados indivíduos e questões merecedoras de destaque.

Por outro lado, seu uso constante e cada vez mais abrangente acabou por gerar diversas situações que ligam a imagem das pessoas à acontecimentos ou contextos que nem sempre são as retratadas na imagem a ser veiculada, originando questões sobre o limite quanto ao uso de certas representações fotográficas para a disseminação do humor.

Assim, é importante frisar que não se está analisando, no presente estudo, as hipóteses onde os memes são compostos por desenhos ou ilus-

trações que não de seres humanos. O foco na pessoa é necessário para o equilíbrio dos direitos observados.

Isto posto, vastos são os materiais que trazem como fator principal a imagem de um indivíduo, celebridade ou anônimo, e mais comuns ainda são as situações veiculadas de maneira distorcida da realidade em que se passaram os fatos.

Justamente por isso, o direito dessas pessoas precisa ser analisado de forma que se tenha um equilíbrio entre a liberdade de expressão de quem faz os memes e o direito de imagem daqueles que são os próprios memes.

Desconsiderar que a imagem de uma pessoa pode ser afetada, ao ser veiculada sem sua autorização, para um incontável número de receptores e dentro de um contexto, na maioria das vezes, distorcido do original, seria suprimir um de seus direitos fundamentais e desequilibrar a balança na ponderação de interesses.

Inegável é que a maior parte dos memes que circulam no meio virtual apenas veiculam o humor, mesmo que de uma maneira ampliada ou com foco em certos aspectos, mas existem situações envolvendo crianças ou ocorrências como acidentes e doenças que são merecedoras de uma especial atenção quando de seu uso.

Nesses últimos casos, inegável é o abalo produzido à imagem de quem está sendo posto como produto de disseminação virtual, pois, para além de qualquer direito, em risco está a própria dignidade da pessoa humana em seu sentido mais nuclear.

Nos demais casos, o que se observa é a necessidade moderna de fazer parte do meio social. As pessoas estão cada vez mais conectadas, necessitando estar por dentro dos tópicos do momento e das situações de destaque no meio físico e virtual, sendo os memes grandes propagadores de informação.

E essa necessidade de fazer parte e ser visto pelos demais é que acaba fazendo com que as pessoas que criam, utilizam e repassam os memes deixem de lado a preocupação para com a imagem daqueles que estão veiculando. Não importa, assim, o conteúdo ou a situação, pois o principal foco é fazer circular o meme de forma rápida, eficaz e abrangente.

Ocorre que, sem olvidar de posicionamentos em contrário, o uso dos memes, em maior ou menor grau, vai acabar atingindo a imagem das pessoas que nele estão. A problemática estaria em ser ou não necessária a intervenção da máquina judiciária para a promoção do equilíbrio entre os direitos em questão.

Desse modo, é razoável considerar e defender que o uso dos memes, embora sejam vistos como formas modernas e autônomas da liberdade de expressão, têm potencial para violar o direito de imagem dos indivíduos. Entretanto, a necessidade de intervenção judicial para uma possível ponderação de direitos só é aceitável quando quem é usado na produção de um meme se sente ofendido.

Não caberia aqui dizer que todo e qualquer meme deve ser retirado da Internet para assegurar a imagem das pessoas neles contidas, porém é real a possibilidade de que isso venha a acontecer quando da ocorrência de um fato concreto, bastando a provocação pelos meios judiciais cabíveis.

Em suma, ao se tratar do uso dos memes, na Internet, à luz do direito de imagem, mesmo como forma de disseminação virtual e legítima fonte de expressão, deve aquele direito prevalecer, por ser possível de gerar prejuízos bem maiores e duradouros que a imposição da adequação de uma montagem visual veiculada em um meme ou, até mesmo, a sua retirada de circulação.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As mudanças enfrentadas pela sociedade, especialmente na última década, são inegáveis e vieram trazendo uma série de padrões comportamentais para que o ser humano fosse capaz de estar incluído, efetivamente, no meio em que vive, fosse esse meio real ou virtual.

No âmbito da Internet, com a grande disseminação de informações em uma velocidade e alcance surpreendentes, os usuários passaram a criar formas de comunicação cada vez mais universais e que chegassem ao maior número de pessoas possível, usando, para tanto, uma forma leve, cômica e trazendo imagens facilmente reconhecidas: os memes.

Para tanto, objetivando regulamentar o uso da imagem nas mídias virtuais, bem como o exercício da expressão por parte dos usuários, o Marco

Civil da Internet mostrou-se como grande impulsionador de normas de boa conduta para as pessoas no ciberespaço, além de trazer responsabilização para quem atinge bem jurídico alheio.

Ressalte-se que não se está retratando uma restrição à liberdade de expressão dos indivíduos, mas apenas a sua necessária regulação no âmbito virtual. Isso ocorre, especialmente, pelo fato de não se poder desconsiderar certas práticas abusivas quanto ao uso dos memes, principalmente na prática de bullying.

Ao ponderar o direito de imagem das pessoas expostas por meio dos memes e a liberdade de expressão de quem os cria e veicula, é preciso que se tenha em mente a agressão bem mais voraz à imagem do ser humano, uma vez que na Internet, as informações tendem a nunca desaparecer, sempre havendo um local onde determinados arquivos, por mais antigos que sejam, podem ser encontrados.

Apesar disso, o que se percebe é ainda a pouca importância dada ao tratamento jurídico dos memes, até mesmo pelas pessoas que tornam-se a fonte de inspiração para os mesmos, tendo em vista que é mais socialmente aceita a ideia de fazer parte do meio e essa, por ser uma necessidade moderna, acaba prevalecendo sob a perspectiva da maior parte dos usuários.

Dessa forma, possível concluir pelo alcance dos objetivos inicialmente propostos, ao verificar-se a existência de consequências jurídicas na utilização dos memes no meio virtual, mas a própria pressão social faz que a isso seja posto de lado ou, até mesmo, desconsiderado, para que se siga com o fluxo de informações, reproduções e alcance dos conteúdos produzidos, garantindo, assim, uma maior conexão entre as pessoas e possibilidade de reconhecimento e visibilidade do espaço que habitam.

Por fim, o ganho proporcionado pela presente pesquisa é, justamente, a perspectiva de que não se pode desconsiderar os memes como legítima forma de expressão moderna, mas seu uso deve ser pautado no equilíbrio entre o que se usa e a intenção pretendida a ser veiculada, para que não se atinja negativamente essa forma tão criativa, leve, cômica e universal de comunicação que são os memes.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Polônia: Zahar, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Marco Civil da Internet**. Brasília: Senado Federal, 2014.
- DAWKINS, Richard. **The selfish gene**. Nwe York: Oxford University Press, 1976.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841). Acesso em: 10 mar. 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- JABLONKA, Edyta. **Do emoticon ao meme – Evolução dos símbolos na comunicação virtual**. 2012. Disponível em: <http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/actas/article/view/15558>. Acesso em: 31 jan. 2020.
- JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. São Paulo: Aleph, 2008.
- LEMO, André; CUNHA, Paulo (Orgs). **Olhares sobre a cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- LEONARDI, Marcel. **Tutela da Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- MATSUKI, Edgard. **Saiba o que significa viral na Internet**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2012/11/o-que-e-viral>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- NOBRE, Freitas. **Comentários a Lei de Imprensa**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PEASANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHO, J. B. **Jornalismo na internet**: Planejamento e Producao da Informação Online. São Paulo: Summus, 2003.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

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

WACHOWICZ, Marcos. **Cultura Digital e Marco Civil da Internet**: contradições e impedimentos jurídicos no acesso à informação. Disponível em: [http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_pi\\_marco\\_civil\\_internet\\_2015.pdf](http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_pi_marco_civil_internet_2015.pdf). Acesso em: 01 fev. 2020.

WILDAUER, Egon Walter; INABA, Talita Midori Moura; SILVA, Guilherme Parreira da. A Distribuição da internet nos domicílios brasileiros e suas perspectivas futuras. In. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Santa Catarina, n. 9, 2013.



# »» **BLOCKCHAIN E OS ATRIBUTOS DA TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA COMO ELEMENTOS CENTRAIS NO REGISTRO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE *SOFTWARES***

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira<sup>1</sup>

Fabiana Faraco Cebrían<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo analisou os atributos da transparência e confiança presentes em *Blockchain* no contexto do Direito de Propriedade Intelectual, com ênfase no registro de software, por meio de uma abordagem multidisciplinar entre sociedade da informação, inovações tecnológicas e sua possibilidade de adoção pelo INPI. Uma rede dotada de confiança e transparência foram consideradas essenciais para viabilizar a inovação dos registros de direitos autorais de *softwares*. Cotejou o papel do INPI e a adoção do *Blockchain* que poderia facilitar a identificação de autoria e a justa proteção de direitos autorais. Foi elaborado a partir de análise teórica com base no método dedutivo, relacionando definições da área tecnológica e conceitos próprios do direito autoral sobre obras intelectuais, software e o *Blockchain*. Para tanto, foram adotados referenciais teóricos do Direito de Propriedade Intelectual e da tecnologia *Blockchain*. A técnica de pesquisa aplicada foi a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. Em que pese à existência de pesquisas sobre o uso de *Blockchain* para finalidades diversas, o artigo concluiu que o *Blockchain* poderá ser adotado, com as devidas ressalvas em relação ao seu estado de evolução e pode tornar-se um importante meio para ampliar a eficiência da propriedade intelectual, gerar a cultura do regis-

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC-PR) e Direito e Processo do Trabalho (Unicuritiba). Professor da Graduação em Direito da FAE. Professor e Coordenador adjunto do curso de Pós-graduação em Direito Digital da PUC-PR. Coordenador do Grupo de Discussões sobre Proteção e Dados Pessoais da Comissão de Inovação e Gda OAB-PR. E-mail: danton@zomadv.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). E-mail: fabiana.cebrían@gmail.com.

tro e possibilitar a transferência de criações para a sociedade de maneira ágil por possibilitar em uma mesma rede atuações simultâneas entre organizações, autores e o INPI.

**Palavras-chave:** Registro de *Software*, *Blockchain*, Confiança.

## I INTRODUÇÃO

O incentivo ao desenvolvimento da criatividade humana e da inovação são duas das principais missões da disciplina da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Um eventual vácuo normativo para resguardo destes direitos implicaria em um ambiente menos ético, em que a utilização não autorizada de inventos seria a regra, nada podendo o inventor fazer para impedir que outros aproveitassem de sua criação, o que, acredita-se, desestimularia todo o árduo processo de concepção e desenvolvimento de novas ideias.

No ordenamento jurídico brasileiro, cabe observar que o próprio constituinte também se preocupou, a nível constitucional, com a tutela dos direitos autorais, resguardando aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, inclusive no que toca à fiscalização de seu aproveitamento econômico (art. 5º, XXVII e XXVIII, b, CRFB). O legislador infraconstitucional, a seu turno, também se encarregou de regular a extensão de tais direitos, bem como sua forma de instrumentalização, especialmente nas Leis nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), 9.609/98 (Lei do *Software*), 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e o Decreto nº 9.931/2019 (Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual).

Partindo deste arcabouço normativo, procurou-se conferir adequado grau de importância e proteção dos bens jurídicos afetos aos direitos de propriedade autoral, de modo a tutelar os interesses pela exploração dos direitos autorais, especialmente aqueles de natureza patrimonial. Estes, diga-se, também são vistos e sentidos no mercado da criação de *softwares* que, no estágio atual de desenvolvimento da humanidade, revela-se cada vez mais prolífico.

Com efeito, o exponencial aumento da necessidade de desenvolvimento e atualização de softwares, além da lucratividade a partir de sua exploração, alteraram o paradigma inicialmente vigente, em que *softwares* eram livremente desenvolvidos, sem maior pudor quanto ao livre acesso destas criações. Constituiu-se, então, todo um mercado em torno da prote-

ção de *softwares*, visando sua – legítima – exploração comercial por parte dos criadores mediante licenciamento, transferência de tecnologia ou prestação de serviços.

Em que pese o registro de *softwares* perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) se encontrar devidamente regulado, é notório o interesse no aperfeiçoamento do modelo atual, sendo que o próprio INPI vem buscando implementar novas tecnologias nesse processo.<sup>3</sup> Isso vai ao encontro de outras iniciativas governamentais como a Estratégia de Governo Digital, regulada pelo Decreto nº 10.332/2020, que trata do uso de recursos de tecnologia da informação e comunicação, a fim de promover, dentre outras, ações de transformação digital de serviços. O desafio da modernização, não é apenas uma questão tecnológica, mas também uma evolução da governança, da produção intelectual, modelos de negócios e sociedade. É necessária uma colaboração mútua, entre as partes interessadas neste novo ecossistema para rastrear, autenticar e efetuar o registro por meio de uma tecnologia confiável, verificável e eficiente.

Exemplo disto é a tecnologia *Blockchain*, que, em princípio, conferiria maior transparência e confiabilidade nas etapas do procedimento de registro de *softwares* e demais direitos de propriedade intelectual, dando ainda maior lisura à gestão do INPI. Ainda, constituiria novo meio para a transferência de criações de forma mais dinâmica, pois, em uma única rede, poderiam colaborar mutuamente organizações, autores e o INPI.

Desta feita, o presente artigo propõe a análise da relevância dos princípios da transparência e confiança no contexto da *Blockchain* na Sociedade da Informação e da possibilidade de aplicação desta tecnologia no processo de registro de *softwares* junto ao INPI. Adotou-se, para tanto, o método dedutivo, mediante a revisão bibliográfica, documental, legislativa e técnica apta a suportar a pesquisa ora apresentada.

---

<sup>3</sup> Conforme notícia veiculada no próprio sítio do INPI, em 2018, representantes da autarquia participaram de evento sediado na Rússia, em que “o presidente do INPI destacou que a tecnologia *blockchain* abre uma série de oportunidades para o sistema de PI, como gerar evidências de autoria e origem, rastrear as etapas de registro e uso de um direito de PI e até para combater a pirataria digital, entre outros aspectos”. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/noticias/inpi-participa-de-evento-na-russia-sobre-novas-tecnologias-em-pi>; Acesso em: 04 out. 2020.

## II A TRANSPARÊNCIA E A CONFIANÇA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Transparência e confiança podem ser entendidos como valores, *lato sensu*, ambos muito caros ao Direito.

A transparência decorre da necessidade em permitir acesso à informação, sendo que “o registro público preserva informações importantes em repartições oficiais além de dar-lhes publicidade para a segurança dos envolvidos e de terceiros” (MAMEDE, 2012, p. 56). No âmbito registral, sobretudo considerando a natureza de autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), órgão responsável pela gestão da propriedade intelectual no Brasil, a transparência decorre diretamente do princípio da publicidade, que rege a Administração Pública, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>4</sup>. Infraconstitucionalmente, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) pode ser considerada como o marco legal da transparência, haja vista que impõe aos órgãos e entidades do poder público, como regra, a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação (art. 6º, I) e, mesmo em caso de sigilo, é imperiosa a informação quanto à existência de procedimentos administrativos (CUEVA, 2020, p. 203).

Também se pode cogitar da transparência como fator de sucesso em organizações, apresentando Schnackenberg e Tomlinson (2016, p.05) uma revisão dessa temática para definir transparência como “o valor percebido de informações intencionalmente compartilhadas de um remetente”. Portanto, no núcleo da transparência está o valor da divulgação de informações, o que significa dizer que a disseminação de informação com precisão e clareza de informações promove valor.

A seu turno, a confiança pode ser entendida como a ausência do receio de que algo ou alguém venha a frustrar as expectativas de outrem, ou também no sentido de previsibilidade, que contribui para a redução das incertezas (DE FILIPPI; MANNAN; REIJERS, 2020, p. 4). A confiança tem se tornado cada vez mais importante, visto que a evolução da sociedade a tornou

---

<sup>4</sup> “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

uma questão social ligada às escolhas racionais. Essa perspectiva racional reconhece que a redução da confiança, especialmente nas relações de longo prazo, aumenta os custos de transação, visto o crescimento da necessidade de investimentos em proteção (TYLER, CRAMER; 1996).

Embora o ritmo acelerado das mudanças que vêm ocorrendo na sociedade, ainda deve-se considerar a importância da inserção da confiança e transparência nas relações e na tecnologia, visto o quão mais pervasiva esta tende a se tornar (WEISSER, 1991).

Nesta busca incessante por inovação, com o passar dos anos, os avanços da tecnologia permitiram a liberação da capacidade ociosa de objetos e a implementação de valor em ativos de todos os tipos. Surge a era dos dados e nas palavras de Volpi e Freitas (2010), o dado em si – sozinho e isolado – não tem valor, não pode ser entendido. Neste sentido, o dado precisa se transformar em informação; outra evolução. E o próximo estágio desta evolução foi o nascimento da sociedade da informação e nesta os questionamentos sobre a transparência e a confiança diante da possibilidade de uma Reengenharia da Humanidade (FRISCHMANN; SELINGER, 2018).

Na Sociedade da Informação, os custos de transação (NORTH, 1994) são também compostos por três elementos principais, um relacionado ao processamento de informações (Lei de Moore), armazenamento (Lei de Kryder) e outro à comunicação e transferências destas informações (Lei de Nielsen). Ao permitir que tais elementos integrem uma rede descentralizada, com critérios de confiança e transparência, além da supressão de etapas de processamento, armazenamento e transferência, tais custos podem ser reduzidos.

Paralelamente a esta evolução, o indivíduo ao longo da história possui habilidades para compartilhar, permutar ou comercializar, sejam dados, marcas, softwares, objetos ou até mesmo o conhecimento. Destaca-se que em meio a tais habilidades estão, também, a ineficiência, racionalidade limitada e opacidades nos processos que geram incertezas e reduzem a confiança inerentes às transações. De modo a reduzir as incertezas, a sociedade desenvolve as instituições que, não raras vezes, impõem restrições ao comportamento humano, porém visam conferir segurança e estabilidade, na medida

em que disciplinam as oportunidades que os agentes têm ao adotar suas condutas (NORTH, 1990). As instituições não evoluem quando a inovação é vista como uma ameaça para a sua sobrevivência.

Assim, dentro do desenvolvimento histórico das economias, ocorreu uma evolução incremental das instituições. O investimento das organizações e dos governos em conhecimento e habilidades incrementalmente, alterou as estruturas institucionais básicas, incluindo os costumes, novos conceitos, novos modos de convívio em uma sociedade da informação, além de novas regras institucionais para acompanhar a inovação. Esta última (inovação), representa a acolhida da mudança, uma das características do Estado Informacional (BOFF; FORTES; FREITAS, 2018, p. 19).

Este cenário proporcionou o surgimento e fortalecimento de ativos intangíveis, inclusive no contexto de mercados internacionais, nos quais a confiança e a transparência surgem como novos ativos em uma cadeia de valor. A confiança pautada em descentralização, liberdade e imutabilidade de registros, deve ser garantida em inovações. Esta, se aliada à transparência pode gerar a eficiência de processos, inclusive na proteção de obras intelectuais, originadas do espírito humano, como os *softwares*.

Nas palavras de Floriani e Ribeiro (2018), “a eficiência está, portanto, diretamente relacionada à alocação de recursos com o menor custo possível, a fim de que o bem-estar seja maximizado, sem que se configurem desperdícios”. Economizar nos custos de produção leva a uma alocação eficiente de recursos e economizar em custos de transação leva a um sistema institucional eficiente (DAVIDSON, DE FILIPPI, POTTS; 2018). E, neste sentido, as novas tecnologias e o desenvolvimento dos sistemas de comunicação, uma vez que modificam profundamente e em grande velocidade a prática dos direitos autorais então vigentes, demanda adaptações legislativas (EGEA, 2015).

Na Sociedade da Informação, portanto, as inovações não devem representar um *trade-off*, nas palavras de (GICO JUNIOR, 2011), cada escolha pressupõe um custo ou, um *trade-off* ou um custo de oportunidade. Através de novas soluções, como o *Blockchain* é possível obter confiança, transparência e informação, sem a necessidade de escolhas que podem afetar o bem-estar e a eficiência.

### III O BLOCKCHAIN E SEUS ATRIBUTOS DE TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA

O desenvolvimento da *web*, Inteligência Artificial (IA), Internet das Coisas (IoT), *Blockchain* e computadores quânticos, são apenas alguns exemplos de inovações que foram aprimoradas nos últimos anos e que permitirão no futuro a criação de uma sociedade transparente, descentralizada e inteligente. A rápida adoção de novas tecnologias e o surgimento de novos paradigmas mais que dobrou na última década. Um exemplo, são os telefones que levaram mais de cem anos para serem adotados, ao contrário dos celulares, *notebooks* e a própria *web*, que levaram menos de dez anos. Nesse ciclo evolutivo, a estrutura tecnológica anterior é aprimorada e utilizada para a criação da próxima geração que, ao atingir o ápice, recomeça a partir criação do próximo paradigma, em regra, disruptivo.

Dentre os novos paradigmas, destaca-se o *Blockchain* que, assim como a Internet, marcará um novo ciclo no fluxo de dados nas sociedades do conhecimento (BOLZ, 1993) e da informação (CASTELLS, 1999). Conforme Lapointe, Fishbane (2019), o *Blockchain* também pode ser usado como uma ferramenta para criar mudanças no controle da informação, que é um recurso crítico e valioso em uma sociedade digital.

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, (20015), 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.

Nele, os blocos (ou "nós") que compõem a cadeia de blocos (daí o nome "*Blockchain*") replicam os registros de forma conjunta, gerando um sistema de confiança automatizado, dispensando intermediários, alavancando o potencial de transformação dos atuais paradigmas econômicos, sociais e políticos, permitindo novos modelos de organização social (MARTINS, 2018, p. 15).

Quando o Bitcoin foi pela primeira vez apresentado ao mundo em 2008 (NAKAMOTO, 2008), iniciou-se uma verdadeira revolução nas formas de transações. Este foi elaborado a partir de um conjunto de tecnologias já existentes, como o DLT, criptografia, *hash* e protocolos de consenso que deram origem a criptomoeda validada por pares. A partir daquele momento acreditou-se que o *Blockchain* resolveria vários problemas em diferentes aplicações. Embora ainda apresente limitações relacionadas ao seu custo energético e escalabilidade, o potencial desta tecnologia vem ganhando cada vez mais destaque.

Porém, o *Blockchain* ainda apresenta algumas limitações, relacionadas ao seu custo energético e escalabilidade, mas suas demais propriedades ganharam destaque e tendem a evoluir para a resolução de determinados problemas. Tais limitações podem ser solucionadas por arquiteturas de referência que podem fornecer modelos de *Blockchain*. Tais modelos tendem a surgir naturalmente devido a adoção da tecnologia pelo mercado, instituições e organizações (TASCA; TESSONE, 2019).

Dentre suas propriedades, cabe destacar três atributos, a transparência, a confiança e imutabilidade dos registros (LAPOINTE, FISHBANE, 2019), a saber: (i) transparência, pois todos os registros de transações são disponíveis a todos os participantes, ou seja, cópias idênticas são distribuídas, por isso é um livro de razão distribuída. Em alguns casos tais livros são disponíveis para qualquer pessoa e fornecem transparência de transações para qualquer pessoa que tenha o acesso; (ii) confiança, eis que são trabalhadas simultaneamente regras de governança, criptografia e imutabilidade de transações a fim de fornecer segurança para os indivíduos que interagem diretamente em uma rede distribuída sem uma autoridade central confiável; e (iii) imutabilidade, considerando que as transações registradas em um *Blockchain* não podem ser alteradas ou removidas. Para alterar uma transação no *Blockchain*, uma nova transação precisa ser adicionada para reverter os efeitos da original. Em livros contábeis imutáveis, por exemplo, não seria possível excluir um registro de transação, mas apenas adicionar um novo bloco para alterar a informação antes registrada.

A tecnologia *Blockchain* não é confiável por si só, pois não exige verificação de terceiros (ou seja, terceiros de confiança), mas em seu lugar,



adota um mecanismo de consenso com incentivos criptoecômicos para verificar a autenticidade de uma transação em banco de dados, o que torna seguro, mesmo que a rede apresente terceiros oportunistas que tentem impedir os usuários de participar (DAVIDSON, DE FILIPPI, POTTS; 2018). Nesta esteira, o registro de softwares no INPI são soluções centralizadas e custosas, visto a necessidade de cumprimento de vários passos para a sua concessão e o desconhecimento sobre o tratamento desta informação. Conforme explica Davidson, De Filippi e Potts (2018), soluções centralizadas apresentam problemas, principalmente em relação a confiança e seu abuso, porém até recentemente, não existia uma solução descentralizada e eficaz.

Ao longo do desenvolvimento de qualquer sistema complexo, seu processo evolutivo parte do modo centralizado para o descentralizado. A centralização, em um primeiro momento, é mais eficiente para a geração de estruturas de conhecimento e aplicação de regras, além do estabelecimento de uma hierarquia. Ao longo do tempo, a manutenção destes sistemas gera custos que tendem a se acumular à medida que vulnerabilidades são criadas em sua exploração. Na lição de Davidson, De Filippi e Potts (2018), embora a centralização traga a ideia de ordem, esta mesma ordem pode se tornar frágil e a descentralização pode tornar o sistema mais robusto, flexível, seguro e eficiente.

Em relação ao funcionamento do *Blockchain*, os dados uma vez gravados em *Blockchain*, são difíceis de serem retirados e detalhes são armazenados, como o remetente, o receptor e a transação efetuada. Na criação de um bloco é adotada uma técnica adicional ao processo de criptografia denominada *hash*, a qual vem a ser uma função matemática que possui um algoritmo que determina uma identificação exclusiva sobre o texto original e desta forma garante a sua unicidade (FREITAS, 2008). Logo, ao criar um bloco, a função *hash* identifica o bloco e seu conteúdo, de modo que seja único, comparável a uma impressão digital. Portanto, ao alterar algo dentro do bloco, uma nova função *hash* será criada e poderá ser utilizado para detectar e bloquear mudanças.

Se a função *hash* for alterada, significa que não é mais o mesmo bloco, e isto altera a conexão com os demais blocos, que passa a ser inválida por não armazenar o *hash* correspondente do bloco anterior. Portanto, o *hash* do

bloco anterior quando inserido no bloco posterior, permite a criação de uma cadeia de blocos e isto faz com que o *Blockchain* seja considerado seguro. Os blocos das pontas, possuem uma codificação diferente, pois ele não possui um bloco posterior para conectar.

Apenas o uso da função *hash* não é suficiente, visto a capacidade computacional de calcular milhares de *hashes* por segundo. Logo, é possível efetivamente manipular um bloco e recalculá-los todos os *hashes* dos blocos seguintes, para tornar a cadeia de blocos válida novamente. A fim de mitigar este problema, a cadeia de blocos apresenta um contador denominado prova de trabalho (*proof-of-work*), este desacelera a criação de novos blocos (TASCA; TESSONE, 2019).

O indivíduo ao entrar para a rede, recebe uma cópia completa da cadeia de blocos. Logo, este nó pode ser usado para verificar se tudo está inalterado. O mesmo ocorre quando um novo bloco é criado, este é enviado para todos na rede, logo, cada nó pode verificar o bloco criado para certificar que não ocorreram modificações. Se suas características forem aceitas, cada nó irá adicionar este bloco à sua própria cadeia de blocos. Nasce, neste momento, o conceito de consenso (baseado em *proof-of-work* ou *proof-of-stake*), onde todo o nó da rede cria um consenso sobre o novo bloco adicionado e decide se este é válido ou inválido. Ou seja, um mecanismo de descoberta ou verificação de veracidade (TASCA; TESSONE, 2019).

O *Blockchain* foi recomendado no plano de Estratégia de Governo Digital 2020-2022, definido pelo Decreto nº 10.332, de 28 de Abril de 2020 em seus objetivos 8.4 e 8.5. A Administração Pública federal pretende disponibilizar até o final de 2022 um conjunto de dados em *Blockchain*, bem como criar uma rede *Blockchain* do governo federal. Diante do Decreto nº 10.332 que trata da implantação do governo digital e do Decreto nº 9.931/2019, que pretende propor inovações para que a propriedade intelectual torne-se competitiva, pode-se afirmar que foi aberto o caminho para o desenvolvimento de novas aplicações de *Blockchain* com o apoio da legislação vigente.

A intensidade e a frequência da interação entre atores sociais são maiores se esses atores forem nós de uma rede do que se não pertencerem a ela (CASTELLS, 1999). Assim, os blocos em uma rede *Blockchain*, são os nós de uma rede, que podem permitir a interação entre organizações, desen-

volvedores e reguladores, em um ambiente de transparência, confiança e imutabilidade.

#### **IV ASPECTOS DA PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE SOFTWARE E SEU REGISTRO PERANTE O INPI E O PARADIGMA BLOCKCHAIN**

Antes de adentrar propriamente à discussão da registrabilidade de *softwares* perante o INPI, primeiramente se faz necessário defini-lo e delimitar o espectro de proteção a ele conferido pela legislação pátria.

Considera-se *software* como “um código que, aplicado a determinada máquina, possibilita-lhe entender determinadas instruções e executá-las de forma que o seu objetivo seja cumprido” (MACHADO, 2000, p. 125). Se o “código” instrui a máquina, comandando-a adotar determinada ação, o chamado “código-fonte”<sup>5</sup>, em sentido figurativo, seria o ‘DNA’ de uma determinada aplicação, podendo ser definido tecnicamente como uma série de declarações escritas em uma linguagem de programação de computador legível (BLACK, et. al., 2011). Já a Lei 9.609/98, em seu art. 1º, define *software* (ou “programa de computador”) como

“(…) a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

De qualquer sorte, para fins de propriedade intelectual, *software* é o código-fonte que é levado a registro e, conseqüentemente, objeto de proteção de direitos de autor (MACHADO, 2000, p. 126). Isso se deve, historicamente, em razão da possibilidade de comparação entre uma obra literária e à concepção geral que hoje se tem sobre código-fonte, uma vez que as linhas de código de um determinado programa são passíveis de diferenciação de

<sup>5</sup> “Código-fonte é o código que estrutura e descreve as tarefas que o *software* realizará ao ser utilizado.

autor para autor (ou melhor, de programador para programador), existindo uma “boa dose de criação autoral” (PINHEIRO, 2018, p. 210).

Passando às questões registrais, sabe-se que a proteção de obras intelectuais – aqui incluído o *software* – independe de registro, na forma prevista pelo art. 18, da Lei 9.610/98, sendo que até hoje, na prática, grande parte dos autores de *softwares* deixa de registrá-lo, valendo-se tão-somente de provas de sua criação e autoria para se resguardar de eventuais litígios (CALZAVARA; DE PAULA, 2020, p. 90).

Nada obstante, não se pode olvidar que o ato de registro protege os direitos autorais em sua dimensão moral, ou seja, a integridade da obra em si e sua autoria, bem como patrimonial, assegurando ao autor a exploração econômica de sua obra e valorizando seu trabalho, além de gerar evidências de anterioridade em eventual conflito sobre sua autoria (PINHEIRO, 2018, p. 175 e 212), impedindo inclusive o uso da obra por qualquer meio sem autorização prévia e expressa do autor, como edição, adaptação, qualquer alteração e tradução para qualquer idioma (MEDEIROS; WACHOWICZ, 2020). Aliás, a limitação da exploração de bens de propriedade intelectuais por terceiros corresponde a uma forma de efetivação da função social dos direitos autorais (SOUZA, 2006).

De outro foco, também não se pode olvidar que o ato formal de registro perante o INPI é vantajoso na medida em que confere maior grau de publicidade e transparência quanto à titularidade e características da obra registrada, proporcionando segurança jurídica não apenas em território nacional, mas em todos os 176 países membros da Convenção de Berna (INPI, 2018, p. 5). Além disso, o registro tem validade por cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à data de sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.<sup>6</sup>

Feitas estas considerações, passando à análise das questões registrais, é preciso situar o registro de *software* perante o rol de direitos de propriedade autoral passíveis de registro que assume o mesmo regime de proteção à propriedade intelectual conferido às obras literárias, pela legislação de direitos autorais e conexos<sup>7</sup>. Além do espectro de proteção autoral, isto

<sup>6</sup> Conforme prevê o art. 2º, § 2º, da Lei 9.609/98.

<sup>7</sup> Conforme disposição do art. 2º, da Lei 9.609/98.

influi determinantemente na procedimentalidade do registro, especialmente quanto aos pressupostos formais, o que não nos caberia aprofundar no escopo deste artigo.

No âmbito de contribuição desse trabalho, cumpre apontar quais seriam os possíveis benefícios e desafios na adoção do *Blockchain* no processo de registro de *softwares*, sobretudo considerando que a proteção intelectual pode ser vista como um pilar invisível da inovação e, portanto, deve ser tratada de forma estratégica dentro de políticas públicas e não apenas como um mero sistema de registros.<sup>8</sup>

Embora também se possa atribuir a responsabilidade pela guarda da documentação técnica (código-fonte) correspondente ao pedido de registro ao próprio interessado, isto é, o autor e titular do direito, no procedimento de concessão de registro de *softwares*, deve o INPI manter uma “cópia lacrada do *software*” em seus arquivos (PINHEIRO, 2018, p. 213), que, conforme disposto no Manual do Usuário para Registro Eletrônico de Programas de Computador corresponde a “um *hash* único que validará, quando necessário, a autenticidade do *software* (arquivo) guardado pelo titular” (INPI, 2018, p. 11).

Nessa esteira, a tecnologia *Blockchain* seria de grande valia para conferir ainda mais confiança e transparência à seara registral, uma vez que o registro descentralizado da cópia criptografada em múltiplos servidores, como visto, significa maior segurança jurídica sobretudo em razão da imutabilidade das informações registradas nos diversos “blocos” que compõem a cadeia de informação.

Isso, inclusive, repercutiria na atuação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)<sup>9</sup> é um órgão que, embora faça parte das Nações

---

<sup>8</sup> Nessa ótica, em virtude dessa necessidade estratégica, o Ministério da Economia, através de Decreto Presidencial nº 9.931 de 2019, instituiu o Grupo Interministerial de Proteção Intelectual (GIPI) para o desenvolvimento da Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual. A necessidade de criação do GIPI partiu da observação de exemplos inovadores adotados em outros países, demanda do setor produtivo e dos resultados de indicadores sobre a ineficiência da Proteção Intelectual. A estratégia traz como objetivo impulsionar a inovação nacional de modo a aumentar a competitividade e o desenvolvimento econômico e social do Brasil, através de um Sistema Nacional de Proteção Intelectual (SNPI). Dentre as diretrizes propostas, cabe destacar a agregação de valor a produtos e serviços, além do incentivo a todo tipo de inovação, a simplificação e agilidade dos processos relacionados à propriedade intelectual, bem como a busca por soluções em consonância com uma visão estratégica de futuro.

<sup>9</sup> Ou, na denominação internacional “World Intellectual Property Organization” (WIPO).

Unidas, possui autonomia para conduzir políticas, serviços, informação e cooperação em matéria de propriedade intelectual a nível internacional.<sup>10</sup> É certo que os atributos da transparência e da confiança, intrínsecos à tecnologia *Blockchain* apenas otimizará o controle a nível internacional exercido pelo referido órgão.

Além disso, *softwares* criados de forma aberta (*opensource*) e colaborativa (*crowdsourcing*) poderiam ter as fases de desenvolvimento devidamente documentadas de acordo com a contribuição de cada um dos envolvidos na construção do código-fonte, que ficaria gravada em um *ledger* privado mediante requisição, armazenado externamente aos registros públicos da rede *Blockchain* (VALE; FERREIRA, 2019, p. 184).

É de todo relevante salientar que a transparência anteriormente mencionada não visa elidir o elemento *novidade*, ou seja, o caráter efetivamente inventivo do *software*, mas tão somente prover a estabilidade decorrente da imutabilidade de registros nas diversas etapas de desenvolvimento do *software* e, quando do registro, a segurança jurídica proporcionada pela descentralização do registro em *Blockchain*.

## V CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade da informação, fenômeno decorrente do crescimento exponencial de dados e do uso da informação, valorizada como verdadeiro ativo econômico, é constantemente fomentada pela evolução tecnológica.

Nesse contexto, a proteção de direitos autorais ganha ainda maior relevância, haja vista que o acesso cada vez mais livre e fluido à informação pode colocar em cheque o interesse pela inovação, sobretudo no meio da criação e desenvolvimento de *softwares*, cujo registro é capaz de enrobustecer o grau de proteção já conferido pela lei à propriedade intelectual.

Em uma cadeia descentralizada de registro de informações – *Blockchain* – a proteção da propriedade intelectual seria favorecida de forma notável. Ilustrativamente, um autor com o perfil empreendedor, poderá criar uma *startup* para explorar a seu *software* no mercado, por outro lado, mesmo

---

<sup>10</sup> Confira-se o sítio oficial disponível em <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>; Acesso em: 04 out. 2020.

que este perfil seja existente as incertezas do negócio, bem como meios de encontrar investidores, elaborar um plano estratégico, podem ser limitadores; já aqueles que não possuem um perfil empreendedor poderiam se beneficiar da mesma da forma. Em ambos os casos, ao armazenar em *Blockchain* as expressões relevantes do código-fonte, cria-se uma alternativa dentro de uma rede, de encontrar parceiros interessados na comercialização deste *software*, o qual já estaria devidamente protegido e registrado. Até mesmo desenvolvedores que possuem vínculo com universidade e que desejam comercializar suas criações, poderiam através deste sistema encontrar alternativas, inclusive de fomento em pesquisas ou licenciamento para terceiros. O fato de ser um pesquisador, não deve ser um limitador de sua criação e esta pode ser vista com uma perspectiva de negócio.

Tais ligações, permitidas por meio de nós em um sistema de *Blockchain*, apenas fomentam o surgimento de novas marcas, organizações, meios de produção e serviços, *softwares*, enfim, novos bens intelectuais provenientes da criação do espírito humano.

Promover o empreendedorismo em um sistema de propriedade intelectual em *Blockchain* seria uma inovação, ante a possibilidade de geração de novos negócios e efetividade em disponibilizar inovação para a sociedade.

Nesta senda, a utilização de *Blockchain* elimina as incertezas e inseguranças da Sociedade Informacional, indo a encontro desta nova perspectiva de confiança em rede. A utilização de cadeias em rede, cria um mercado para coisas e ativos intangíveis que nunca tiveram um lugar para serem comercializados e registrados antes, especialmente em razão das características já destacadas de imutabilidade, transparência e confiança, proporcionadas pela tecnologia *Blockchain*.

Conclui-se, pois, que a resignificação da confiança e da transparência, fundamentais ao procedimento de registro de *softwares* perante o INPI, assume um papel de protagonismo nas transações, sendo que a possibilidade de execução de atos de forma distribuída, a partir de um consenso pré-existente e de uma trilha auditável de informações em *Blockchain*, só tende a contribuir para com a lisura do procedimento registral.

## REFERÊNCIAS

BLACK, Paul E., et. al. **Source Code Security Analysis Tool Functional Specification Version 1.1**. National Institute of Standards and Technology NIST SP 500-268 v1.1, 2011.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: do Direito às Novas Tecnologias na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOLZ, Norbert. **Am Ende der Gutenberg-Galaxis**: Die neuen Kommunikationsverhältnisse. Deutschland: Fink, 1993.

BRASIL, Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). **Manual do Usuário para o Registro Eletrônico de Programas de Computador**. Rio de Janeiro, 2018.

CALZAVARA, Maíra Bendlin; DE PAULA, Bianca Martins. Propriedade Intelectual. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LOPES, Alan Moreira; TAKADA Thalles. **Manual jurídico da inovação e das startups**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura**. 5ª ed. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas Atividades do Poder Judiciário. In: DONEDA, Danilo et. al. **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)**: A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. **Economics of Blockchain. Public Choice Conference**, May 2016, Fort Lauderdale, United States, 2016.

DE FILIPPI, Primavera; MANNAN, Morshed; REIJERS, Wessel. **Blockchain as a confidence machine**: The problem of trust & challenges of governance. *Technology in Society* 62 (2020) 101284, 2020.

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. **As novas formas de expressão das obras intelectuais nas tecnologias digitais e de comunicação e os direitos autorais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **US farm Bill (2014) e DS522 (2016) x eficiência das decisões do OSC**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 17, n. 24, p.57-71, jan./abr. 2019.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A Assinatura Digital: Necessidade ou Obrigação?. In: Antônio Carlos Efing; Cinthia O. de A. Freitas. (Org.). **Direito e Questões**



**Tecnológicas - Aplicados no Desenvolvimento Social.** 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

FRISCHMANN; SELINGER. Brett **Frischmann**, Evan **Selinger**, "Re-Engineering Humanity". Cambridge University Press, Apr 19, **2018** - Law - 417 pages, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAPOINTE, Cara; FISHBANE, Lara. **The Blockchain Ethical design Framework.** The Beeck Center for Social Impact and Innovation. Geogertown University. 2019.

MACHADO, Cynthia Semíramis Figueiredo. **Software e privacidade: uma defesa do código-fonte aberto na preservação do direito constitucional à vida privada.** In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, ErickBelo Horizonte: 2001.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial – volume 1.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Pedro. **Introdução à Blockchain: Bitcoin, criptomoedas, smart contracts, conceitos, tecnologia, implicações.** Lisboa-Portugal: FCA Editora de Informática Lda., 2018. ISBN 978-972-722-887-4.

MEDEIROS, Heloísa Gomes; WACHOWICZ, Marcos. La superposición de los derechos de propiedad intelectual en el software em la legislación brasilina. In: María Sol Terlizzi; Marcos Wachowicz. **Propiedad intelectual, sociedad y desarrollo: reflexiones desde Latinoamérica /; a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Flacso Argentina; Curitiba: GEDAI-UFPR, 2020.**

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.** Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>; Acesso em: 03 out. 2020.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review.** Vol. 84, No. 3 (Jun., 1994).

\_\_\_\_\_. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance.** New York: Cambridge University Press, 1990.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHNACKENBERG, A. K.; TOMLINSON, E. C. Organizational transparency: A new perspective on managing trust in organization-stakeholder relationships. **Journal of Management**, 42(7), 1784-1810. 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TASCA, Paolo; TESSONE, Claudio. Taxonomy of Blockchain Technologies. Principles of Identification and Classification. **Ledger Journal**, vol 4, 1-39. 2019.

TYLER, CRAMER; Whither Trust? In: KRAMER, Roderick; TYLER, Tom (Coords.). **Trust in Organizations**: Frontiers of Theory and Research. Califórnia: Sage Publications, 1994.

VALE, Samyr Béliche; FERREIRA, Carlos Anderson dos Santos. **Direito autoral de softwares desenvolvidos em crowdsourcing: condições e possibilidades de sua proteção através de smart contract**. Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2019: Curitiba, PR).

VOLPI, Angelo; FREITAS, Cinthia. **A evolução do ponto de vista dos dados**. Portal do Instituto Information Management. Jun, 2012. Disponível em: <https://docmanagement.com.br/06/10/2012/a-evolucao-do-ponto-de-vista-dos-dados/>; Acesso em: 03 out. 2020.

WACHOWICZ, Marcos. **O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional**. Disponível em: [https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo\\_o\\_novo\\_direito\\_autoral\\_na\\_sociedade\\_informacional\\_marcos\\_wachowicz-1.pdf](https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf); Acesso em: 03 out.2020

WEISER, M. **The Computer for the 21st Century**. Scientific American Ubicomp Paper, p. 94 – 104. Sept. 1991.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera, **Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia** (March 10, 2015), 2015.

# A TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA NA ERA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E AS REDES SOCIAIS

João Paulo Borean Pelissari<sup>1</sup>

Marcos Wachowicz<sup>2</sup>

**RESUMO:** A utilização de transformação criativa na produção de obras autorais não é novidade, porém sua popularização nas redes sociais acende um holofote para a técnica. A legislação autoral brasileira levanta margem de dúvidas em relação a legalidade de sua formação, ainda que a preveja como obra passível de tutela. A obra derivada por transformação criativa tem as mesmas características essenciais ao reconhecimento de autoria das obras originais e a diferença primordial entre as duas é que, na derivada, há elementos da original presente. A chegada da cibercultura e o avanço no uso das redes sociais alavancou a utilização da transformação para a criação de postagens, como os memes, e a insegurança relativa à autoria persiste, em virtude do descompasso entre a realidade das redes, que prima pela liberdade, e a proteção da legislação autoral brasileira. O reconhecimento de autoria neste tipo de conteúdo acaba por se tornar uma tarefa afanosa, o que gera insegurança para aqueles que pretendem se valer da lei.

**Palavras chave:** Transformação Criativa; Direitos Autorais e Redes Sociais; Autoria.

---

<sup>1</sup> Advogado, Bacharel em Cinema e Vídeo pela Faculdade de Artes do Paraná, Pós-graduando em Direito do Uso e Proteção de Dados na PUC Minas e membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI (UFPR).

<sup>2</sup> 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-líder do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao CNPq.

## 1 INTRODUÇÃO

A utilização de transformação criativa na produção de obras autorais não é novidade, porém sua popularização nas redes sociais acende um holofote para a técnica. A massificação do uso das novas Tecnologias da Informação e Comunicação, as denominadas TICs<sup>3</sup>, transformaram a forma das pessoas se expressarem, trazendo novas modalidades criativas de comunicação e interações. Como no exemplo de João que postou uma foto segurando um café, que foi repostada por Raimundo, que foi enviada à Maria, que virou um *meme*<sup>4</sup> por Joaquim, que foi ignorado por Lili. João riu da situação no caminho para o estágio, Raimundo esqueceu do *meme*, Maria não entendeu o motivo das risadas, Joaquim seguiu a vida e Lili voltou a ler as poesias de Carlos Drummond de Andrade, que sempre foi parte da história.

Na quadrilha das postagens em redes sociais, o que mais importa é o conteúdo e engajamento, enquanto a acomodação as normativas ficam em segundo plano. Não há filtro de adequação a legislação pertinente e, nesta seara, o direito autoral vira alvo na mesma velocidade em que a economia criativa se expande: é o paradoxo da comunicação contemporânea, onde se prima por uma liberdade no acesso à informação e cultura, sem a mesma ansia na checagem da origem, da fonte.

O acesso e produção de bens culturais têm nessa liberdade um campo fértil para criação, sendo essencial pontuar uma das ferramentas mais democrática para sua formação: a transformação criativa. Essa técnica parte de um referencial histórico comum para romper, tanto as barreiras autorais, quanto de popularização.

A utilização de técnicas previamente desenvolvidas por terceiros é comum no desenvolvimento artístico de uma geração. Nas aulas de literatura no ensino médio, o ensino era segmentado: Se estudava o romantismo em

---

<sup>3</sup> A expressão novas Tecnologias da informação e comunicação se refere a função da comunicação na moderna tecnologia da informação. As TICs compreende todos os meios técnicos usados para tratar a informação e auxiliar na comunicação, o que inclui o hardware de computadores, rede e celulares, dentre outros dispositivos.

<sup>4</sup> A expressão *meme* de Internet é usada para descrever um conceito de imagem, vídeos, GIFs e/ou relacionados ao humor, que se espalha via Internet. O termo é uma referência ao conceito de *memes*, que se refere a uma teoria ampla de informações culturais criada por Richard Dawkins em seu best-seller de 1976, o livro O Gene Egoísta.

um bloco, dividido em 3 gerações, pela comunhão ideias e pensamentos que os autores à época dividiam, cada um com seu elemento psíquico próprio. Não se confundem as obras de José de Alencar, Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo, Casimiro de Abreu e Castro Alves, apesar de todos estarem caracterizados como parte do mesmo movimento literário.

A transformação é uma regra da natureza e sua chegada é sempre esperada. O importe das técnicas transformativas as redes sociais ocorreu de maneira bastante orgânica, não há a existência conhecida de alguém que propôs a utilização do método para a construção de postagens, ela apenas seguiu seu fluxo natural.

Essa chegada, entretanto, foi o broto de um embate que ainda se sustenta: As obras derivadas, como as produzidas por transformação criativa, utilizam técnicas, ou mesmo trechos de obras autorais de terceiros, do autor da obra utilizada como referência, a “original”<sup>5</sup>, e não é incomum seu uso isento do ato permissivo do criador da obra original.

A legislação pátria impõe diversas restrições ao uso de obra de terceiros e essa continência não foi bem recebida pelos usuários das redes sociais que, ao invés de virarem “algozes” dos direitos autorais, simplesmente optaram em não se incomodar com a lei, ignorando-a. Essa opção, assim como a do uso da transformação, foi inerente à própria cultura das redes sociais, que prima essencialmente pela liberdade de manifestação.

E é, a partir desse desenho, que o presente estudo se sustenta. Partindo da análise histórica e caminhando até a massificação da técnica, este artigo pretende recortar como a questão de direitos autorais influencia a utilização das transformações criativas nas redes sociais e discutir a possibilidade de reconhecimento de autorais neste tipo de conteúdo.

## **2 A TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA NAS REDES SOCIAIS.**

As Redes sociais neste estudo entendida como sendo estruturas sociais composta por pessoas ou organizações, conectadas por meio das TIC's

---

<sup>5</sup> Conforme será exposto, há uma divisão doutrinária entre obras derivadas e obras originais e a escolha de colocar aspas, na primeira aparição do termo, se justifica no fato de que a obra derivada também detém a qualidade “originalidade”.

em vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns, tendo como característica a transformação digital de conteúdos e a formação de redes de relacionamentos, não hierárquicos entre os seus participantes.

Muito embora um dos princípios da rede seja sua abertura, por ser uma ligação social, percebe-se que novas formas de comunicação, de transformações e de expressão entre as pessoas existe um espaço de criatividade e de uma nova cultura artística.

## **2.1 A transformação é arte**

Acompanhar o caminho da arte através da história é, acima de tudo, viajar nos sentimentos enraizados de uma sociedade afogados pela natureza humana. A criação artística é a projeção daquilo que a razão não encontra linha para preencher e, quando a faz, transforma.

A sociedade se transforma, a arte também. O mais intrigante da transformação é que ela parte de um ponto em comum para sair da trajetória. Seja para a criação de algo absolutamente novo, mas profundamente grato pelo seu referencial de partida, seja pela negação do momento e a construção de uma linguagem que vá romper com os conceitos pré-estabelecidos, como feito pela literatura naturalista brasileira com seu “antagônico”, o romantismo.

A história da arte se confunde com as transformações. Veja o exemplo da perspectiva. Os Egípcios já trabalhavam com escala, ainda em um frontalismo de representação que deixava todo mundo “reto”, “chapado”. Para identificar os Deuses e Faraós, os egípcios os desenhavam maiores que aqueles julgados comuns pela sociedade da época, evidenciando assim sua imponência. Os Gregos também usavam o frontalismo, mas já traziam um teor naturalista as obras, o que se traduzia numa aproximação do objeto fruto da visão humana ao retratado na arte.

Anos se passaram, a matemática evoluiu, a sociedade passou a olhar para a ciência e a arte se transformou. Quando se pensa na metamorfose e evolução dos estudos da perspectiva, Leonardo da Vinci pula a mente, dado que foi um dos maiores exponenciais no estudo e na aplicação da técnica,

porém não foi o primeiro italiano a se debruçar sobre. O pintor pré-renascentista Giotto di Bondone já desenvolvia os estudos sobre perspectiva que viriam a ser popularizadas pelos renascentista que, justiça seja feita, levaram-na a um patamar altíssimo em termos de técnica e qualidade realista.

Uma vez compreendida a exatidão técnica da perspectiva, a razão física e matemática de serem, alguns artistas passaram, como de praxe, a desafiá-la. O impressionista Paul Cezanne mudava o ponto de vista da obra a fim de “distorcer” a perspectiva da obra. Maurits Cornelis Escher foi além e subverteu, de vez, as regras da perspectiva criando espaços lúdicos que fogem da compreensão racional e linear de leitura e se aproxima daquilo que vemos em sonhos (ou durante uma “viagem” de LSD).

A técnica foi passada adiante, sendo utilizada, transformada e readaptada a linguagem única de cada artista. Essa transformação da perspectiva dá o teor cômico na charge, a sensibilidade no mangá, o olhar único em uma fotografia, o realismo no videogame.

No Brasil, o movimento antropofágico, dos saudosos Oswald de Andrade, Mário de Andrade e tantos outros, já trazia a transformação em seu nome. Um dos movimentos mais importantes da cultura brasileira, que revolucionou a sociedade em sua semana de arte moderna, adotou em sua essência a ideia de “comer o homem” para ascensão da cultura nacional: “única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os *collectivismo*. De todas as religiões. De todos os tratados de paz” (ANDRADE, 1928, p.3-7)

Esse pequeno recorte demonstra a essência da transformação na arte. Não é mera cópia, é a materialização da gratidão, ou mesmo da repulsa, por aqueles que antes vieram e criaram uma obra, uma técnica, e serviram de base para algo novo.

Há um nome dado a essa ferramenta de criação transformativa de obras autorais, que abraça essa ideia, que não se envergonha, que não esconde sua origem, conhecida como transformação criativa. Em um sentido bem amplo, é a criação de uma obra artística nova, com elementos ou partes identificados em uma obra pré-existente, que não se confundem (Loren, 1997, p. 30). Alexandre Pesserl e Mariele Berger Bernardes a conceituam como:

(um) “mecanismo pelo qual a arte se apropria de trechos de artefatos culturais pré-existentes para instrumentalizar de forma determinante certas manifestações artísticas e sociais, democratizando e socializando as possibilidades de criação”. (Pesser, Alexandre; Bernardes Marcele Berger. 2010. P. 7)

No século passado a transformação criativa passou de técnica de criação para objeto da obra com o movimento *pop art*. A utilização de símbolos caros a cultura pop, como a fotografia de Marilyn Monroe, utilizada por Andy Warhol para criar uma obra nova, quebrou por completo a ideia de obra estática e popularizou a transformação criativa, graças não só ao apelo comercial das obras, mas também a popularização dos meios de comunicações que levaram mais pessoas a terem acesso ao seu conteúdo. Sobre este movimento, o Professor Marcelo Conrado aponta:

Tudo se modifica com a *pop art*, quando os artistas apropriam-se do que estava acontecendo na década de 1960, e isso implica, em alguns casos, o uso de imagens protegidas pela Lei de Direitos Autorais. A *pop art* é, por excelência, uma arte de apropriação, ou de citação. Os artistas retiram da realidade, como, por exemplo da publicidade, dos produtos da cultura de massa, e até mesmo da obra de outros artistas, a matéria-prima de seus trabalhos.

A *pop art* alimenta-se da apropriação. Jasper Johns pintou a bandeira americana, Mel Ramos fez uso da publicidade dos cigarros Lucky Strike, Andy Warhol apropriou-se da imagem de Elvis Presley, de Marilyn Monroe, dos rótulos das sopas Campbell, das Billo Box, dentre outras imagens.

Aliás, Warhol apropriou-se também do trabalho de outra artista, com quem teve complicações por ofensa aos direitos autorais, mas o caso foi solucionado extrajudicialmente. Trata-se da série Flowers, produzida por Warhol a partir do trabalho da fotógrafa Patricia Caulfield. E Warhol não fazia uso apenas de imagens de terceiros, rótulos de produtos registrados e de imagens de pessoas. (...) (CONRADO, 2013, p. 103-104)



Com as portas abertas de vez com a *pop art*, a revolução do acesso à informação e a facilidade de trocas de conteúdo, a transformação criativa se tornou um berço fértil para novas produções. As postagens em redes sociais se valendo de memes criados a partir de uma obra pré-existente, um filtro do “Instagram” que leva o usuário para dentro do quadro “O Grito” de Edvard Munch, popularizaram a técnica e permitiram o acesso quase universal à ela. Se Escher precisava de uma exposição em um museu para mostrar sua obra, Andy Warhol da capa da revista Vogue, hoje só é necessário o cadastro em uma rede social para tanto.

Essa rápida evolução desprovida de um conhecimento técnico da arte e da legislação protetiva de direitos autorais, agravam a sensação de instabilidade quanto a autoria da obra, sua titularidade e de eventual proteção. Por este motivo, é necessário entender exatamente o que é a transformação criativa, suas nuances e como funciona sua tutela.

## **2.2 A transformação criativa na era da proteção dos Direitos Autorais**

Como indiretamente mencionado, a transformação criativa é considerada pela legislação brasileira como obra derivada (Art. 5º, inc. VIII, g, da Lei de Direitos Autorais - LDA), termo este também adotado majoritariamente pela doutrina para caracterizar a obra criada por esta técnica e abarcada pela proteção autoral (art. 7, inc. XXI da LDA). São também exemplos de obras derivadas as charges, as adaptações traduções, dentre muitas outras.

Carlos Alberto Bittar ensina que as obras originárias nascem “sem qualquer vinculação a outras” (BITTAR, 2018, p.50), por outro lado, as derivadas “são obras em que se retoma outra preexistente, em parte ou integralmente, por diferentes processos de elaboração intelectual (transformação, incorporação, complementação, redução, junção, reunião)” (BITTAR, 2018, p.51).

Essa criação derivada é esteticamente independente (BITTAR, 2018, p.51) e segue os mesmos pressupostos, para que possa vir a ser tratada como criação autoral, das obras caracterizadas como original. A criação intelectual, indiferente se derivada ou não, prescinde da inserção de elemento psíquico, como defende Pontes de Miranda (MIRANDA, 2001, p. 47). Esse elemento

psíquico pode ser lido como a inserção do autor na obra, através da sua originalidade, esteticidade e linguagem pessoal própria.

A originalidade é um requisito básico levantado por Bittar. Para o doutrinador, “a identificação de elementos criativos próprios faz entender-se obra original” (BITTAR, 2018, p. 49). Não é esperado uma novidade absoluta, como aponta, bastando “a existência de contornos próprios” (BITTAR, 2018, p.49). Essa concepção de originalidade “relativizada” é essencial para vislumbrar o motivo da obra derivada ser independente, visto que, o olhar do criador a diferencia daquela primígena.

Assim como as demais criações autorais, as características do direito de autor não são afastadas na utilização da transformação criativa e a ciência destas auxilia a identificação da obra autoral. Marcos Wachowicz e Manuela Gomes Magalhães Biancamano pontuam:

Dois elementos caracterizam o direito de autor, são eles o *corpus mysticum* e o *corpus mechanicum*, os quais representam a ideia e sua expressão sobre um suporte físico tangível, daí se diz que o direito autoral nasce com a criação intelectual materializada ou expressa e abrange duplo aspecto, de natureza moral e de natureza patrimonial. (Wachowicz; Magalhães, 2014, p. 198)

Os requisitos acima elencados podem ser facilmente visualizados nas transformações criativas que seguem:



The toughest address is someone else's shoes (2017/19)  
by Marcelo Conrado  
Oscar Niemeyer Museum



You cannot finish the track running from yourself (2017/19)  
by Marcelo Conrado  
Oscar Niemeyer Museum

As obras acima são de autoria do artista plástico e professor Marcelo Conrado e foram expostas em sua mostra “O que original?” no Museu Oscar Niemeyer (Curitiba/PR, 2019, curadoria de Maria José Justino)<sup>6</sup>. A primeira obra, “*The toughest address is someone else’s shoes*”, é uma transformação criativa, partindo da fotografia original de Davidson Luna (CONRADO, 2019, p. 81) e, assim como na segunda imagem, o elemento original inserido pelo brilhante artista não só ressignifica a obra original, como criar uma completamente nova.

Pontes de Miranda alerta ainda que criar é diferente de especificar, “quem especifica nem sempre cria; quem cria nem sempre especifica” (MIRANDA, 2002, p. 47). Para o autor há necessidade de inserção de elemento psíquico próprio para poder ser considerada criação intelectual, e, caso contrário, está-se diante de uma especificação. Ponte de Miranda exemplifica:

Essas proposições são ricas em consequências: a) se A ditou a B, que o escreveu em papel de C, B, se o fazia sem ser por ordem e risco de A, faz-se dono do escrito, como especificador, mas A tem o direito autoral de personalidade, o direito autoral de nomeação e o direito autoral de exploração; se A estava a fazer conferência e a empresa de radio-difusão a apanhou, ela é, ainda que haja usado material de outrem, dona do disco ou do filme sonoro, mas A tem os direitos autorais, razão por que pode impedir a irradiação pela empresa captadora (MIRANDA, 2002, p. 47).

A transformação criativa, como técnica de criação de obras derivadas, toca em conteúdo sensível a direitos autorais visto que sua referência é <necessariamente> uma obra ou técnica previamente criada, via de regra por um terceiro. Via de regra porque não há imposição da lei em haver uma base criativa criada por terceiro, basta ser derivada de uma outra obra ou técnica e ser apresentada como criação intelectual nova: um Autor pode criar uma obra por derivação de uma obra original sua. Ainda que seja uma hipótese que foge à regra da cultura latente, não há por que entender por uma limitação.

---

<sup>6</sup> Todos os direitos reservados. O artista plástico Marcelo Conrado gentilmente permitiu a reprodução de suas obras neste artigo.

Como dito, porém, o mais comum é que a obra derivada seja retomada a partir da criação ou técnica de um terceiro. Nesta situação, é esperado que surjam dúvidas em relação a necessidade de haver ou não permissão do criador da obra original.

Carlos Alberto Bittar defende que é necessária a anuência e autorização do criador da obra originária, salvo nas hipóteses em que a lei permite seu uso (BITTAR, 2018, p.51). A LDA em seu art. 29 é também bastante categórica ao exigir a autorização prévia e expressa do autor para que outros utilizem sua obra, ainda que parcialmente, para que a editem, adaptem ou transformem.

Os permissivos legais que Bittar indica são os constantes no art. 46 da LDA e alguns se comunicam com a permissibilidade do antropófago da transformação criativa. O inc. VIII do referido artigo é de grande valia para quem trabalha com transformação criativa e merece ser transcrito:

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.

Há subsunção efetiva de boa parte das transformações criativas a este artigo, que inclusive chama a especificidade, o que se contrapõe ao teor do art. 29, inc. I. Na prática, essa justaposição causa uma enorme insegurança jurídica, o que *provavelmente* leva doutrinadores, como Bittar, a defender a necessidade de anuência do criador da obra original.

Falando em doutrina, existe um referencial aparentemente incompleto que precisa ser clareado para a defesa da prática de transformação. Tanto Bittar, quanto a LDA, levam a crer que a transformação criativa parte somente do uso de uma obra, ou elementos de uma, devidamente fixada, e deixam de lado que a transformação criativa pode surgir do uso de técnica ou ideia, previamente desenvolvida por outro criador.

A obra artística não é só aquilo que salta aos olhos. Há, por trás dos traços dados, das partituras escritas, técnicas e ideias que fundamentam toda

a escolha realizada pelo criador. Utilizar essas técnicas também é aproveitar de uma obra pré existente para criar uma nova, sendo claramente, transformação criativa. Nestes casos, como fica a permissão do criador da técnica original?

A própria LDA entrega a resposta em seu art. 8º, onde se lê que ideias, sistemas, métodos não são protegidos como direito autoral. Bittar também é categórico ao afirmar que “enquanto na mente do autor, não se pode cogitar da proteção legal da obra, que somente passa ao mundo físico quando plasmada na forma possível” (BITTAR, 2018. p.49).

Da leitura da lei, portanto, é fácil concluir que, se a transformação criativa tem sua referência em ideia ou técnica prévia, não há necessidade de permissão para o uso, justamente por esses não serem alvo de proteção autoral. Por outro lado, a utilização parcial de uma obra pré-existente < pode > necessitar de prévia autorização do criador da obra original (a *pop art* encontraria dificuldade em sobreviver a lei de direito autorais brasileira).

A permissão feita pelo criador da obra original praticamente afastaria qualquer violação autoral na produção por transformação criativa e, um ponto relevante que surge dessa posição, é a questão da autoria da obra original que já está em domínio público.

Pontes de Miranda ensina que essas obras podem ser objetos de reprodução por, justamente, não contarem mais com a tutela do direito autoral de reprodução (MIRANDA, 2002, p. 81). Estão fora da esfera da exclusividade, porém é importante frisar que não há cessão dos direitos morais do autor, esses continuam sendo do autor da obra original e devem ser respeitados.

Na mesma linha, tanto a LDA (art. 112) quanto Bittar, apontam que estando em domínio público, comum, ou detenham licença obrigatória, prescinde a autorização do autor da obra original (BITTAR, 2019, p.51). O que determina no Brasil se uma obra se torna de domínio público é o lapso temporal definido pela LDA<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Conforme dito, o conteúdo da LDA é contraditório sobre a permissão de uso de obras alheias sem autorização do criador da obra original.

<sup>8</sup> A regra é 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente do falecimento do autor (art.41), porém, em se tratando de obras audiovisuais e fotográficas continua setenta anos, porém a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação da obra (art.44).

Há também a questão de exposição de obras em espaços públicos, como na *Plaza Botero* em Medellín, Colômbia. A reprodução dessas obras em fotografias, pinturas, por exemplo, é livre por força do art. 48 da lei de direitos autorais<sup>9</sup>. Isso não significa que os direitos autorais de personalidade<sup>10</sup> tenham sido afastados, somente que há permissivo legal para, por exemplo, fotografar a obra.

Por último e definitivamente não menos importante, há de se ressaltar o teor do art. 24, inc. IV da LDA, onde se lê que são direitos morais do autor “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”. Na mesma linha, o dispositivo XI da Convenção de Washington<sup>11</sup> dispõe:

O autor de qualquer obra protegida, ao dispor do seu direito por venda, cessão ou de qualquer outro modo, conserva a faculdade de reclamar a paternidade da obra e a de opor-se a toda modificação ou utilização da mesma, prejudicial à sua reputação de autor, a não ser que, por seu consentimento anterior, simultâneo ou posterior a tal modificação, haja cedido esta faculdade ou, renunciado à mesma de acordo com as disposições da lei do Estado em que se celebre o contrato.

A escolha do legislador em tratar a oposição a modificação como direito moral reflete muito o teor protecionista da lei. Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27 da LDA), que se comunicam com os direitos de personalidade (art. 11 do Código Civil), e a transformação criativa é, por excelência, uma técnica que parte de obra de terceiros e que, a depender da construção, acaba por modificar essas obras.

---

<sup>9</sup> Art. 48 As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

<sup>10</sup> Termo utilizado por Pontes de Miranda que se aproxima do direito moral do Autor constante na LDA. Pontes defende a tripartição (direitos de personalidade, nomeação e exploração) face à bipartição feita pela lei (direitos morais e patrimoniais).

<sup>11</sup> No Brasil, a Convenção de Washington ou “Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas” foi introduzida em nosso ordenamento com o decreto nº 32.480, de 27 de março de 1953.

Ocorre que com as novas TICs a desmaterialização de obras artísticas e a interconexão pela INTERNET, possibilitou o surgimento de incontáveis formas de transformação de bens intelectuais.

No ambiente digital, as transformações criativas constituem basicamente de criações recombinantes de informações digitais, realizadas com os recursos tecnológicos para contextualizar as informações binárias da base originalmente utilizada, elementos esteticamente novos e distintos (WACHOWICZ,2001, p.226).

Assim se pode observar a existência de transformações criativas em várias hipóteses, dentre as quais se exemplifica:

- (i) **Transformações criativas de imagens** – quando por meio de recursos informáticos se utiliza uma informação digital de uma tonalidade da cor amarela do quadro *Crepúsculo em Veneza* (1908-1912) de Claude Monet realize uma recombinação desta informação digital para contextualizá-la em outra obra completamente distinta da base original, com o intuito de criar algo novo e original, como por hipótese, recombinar a informação digital destas tonalidades de amarelo numa paisagem da areia de um deserto completamente distinta.
- (ii) **transformação criativa de sons** – ocorre quando por meio de recursos informáticos uma pessoa utilizando uma informação digital (base de dados digital) do timbre da voz de Elis Regina, cantora que é bastante conhecida nos meios musicais do movimento musical da bossa nova e da MPB, realize uma transformação criativa modulando a voz para a sonoridade de um clarinete ou um saxofone, criando uma outra obra original.

É claro que, os *memes* são casos diversos, porém são obtidos também de forma similar através dos recursos das TIC's.

Em suma, há um grande vácuo de certeza na legalidade da criação de uma obra através do método de transformação criativa, o que aumenta a insegurança na utilização da técnica e resulta numa dificuldade de criação através de um modelo empregado há séculos.

## 2.3 A transformação criativa nas redes sociais

A influência da tecnologia influenciou todos os campos sociais e a arte não foi poupada. O acesso cada vez mais numeroso de pessoas à internet, o que permite uma troca de informações mais ágil e fácil em comparação com as ferramentas anteriores, e sua popularização “constituiu a necessidade de inserção da sociedade como um todo no viés de novos meios de informação” (WACHOWICZ; CRUZ, 2011, p. 561).

A utilização de transformação criativa nas redes sociais se tornou algo rotineiro a ponto de, em 11 de janeiro de 2018, o perfil oficial do Planalto da rede social “Twitter” utilizar o método em uma publicação para homenagear os 90 anos da pintura a óleo “Abaporu”, da artista brasileira Tarsila do Amaral. O Governo Federal utilizou elementos da obra original e criou, a partir dela, uma ilustração com elementos textuais, que substituem a figura humana representada, que não se confunde com a obra referenciada. É um belo exemplo de transformação criativas nas redes sociais, cujo divulgação foi feita próprio Estado.

A revolução tecnológica, que ocorre há tempos e em forma contínua, impacta diretamente a sociedade da informação, modifica a forma como a produção cultural é realizada e insere os sujeitos, que vivem essa era tecnológica, no acesso à cultura:

O sujeito desta nova realidade social passa a perceber o mundo em termos culturais, e não pode ficar refém de Estados, de grupos ou de determinadas classes, pois é a sua individualidade, o acesso aos bens culturais, e o seu conhecimento e criatividade que irão ditar o futuro da humanidade na sociedade Informacional. (WACHOWICZ; CRUZ, 2011, p. 561)

A criatividade é hoje “um elemento indispensável à economia e à sociedade” (WACHOWICZ; CRUZ, 2011, p.562) e fomenta a economia criativa. A economia criativa pode “ser definida como processos relacionados à criação, produção e distribuição de produtos e serviços que se utilizam de recursos produtivos como criatividade, conhecimento e capital intelectual” (WACHOWICZ; CRUZ, 2011, p. 562):



A Economia Criativa é sistêmica, lida com as interfaces entre a economia, a cultura e a tecnologia com vistas a um desenvolvimento sustentável num movimento includente de compartilhamento, centrado no uso e acesso aos produtos criativos por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). (WACHOWICZ; CRUZ. 2011, p. 565).

As redes sociais são ferramentas que alavancam a economia criativa por servirem, tanto como vitrine para a exposição do bem cultural, quanto como meio da produção desta. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, considerou que a exposição de fotografias em redes sociais se equipara ao portfólio do artista<sup>12</sup>. O problema, se for assim subjetivamente considerado, das redes sociais se justifica quando analisada a extensão, quantitativa e qualitativa, do seu alcance. Ingo Wolfgang Sarlet pontua que:

No caso do ambiente digital, em especial a partir da versão 2.0 da Internet e de sua abertura, destacando-se, no contexto, as assim chamadas mídias sociais e os provedores de pesquisa e compartilhamento, as dimensões temporal e espacial restaram substancial e irreversivelmente (salvo alguma mudança que por ora não se pode divisar), visto ser o ambiente da Internet cada vez mais um fenômeno global e onipresente( SARLET, 2019, p.1209).

As redes são uma das principais formas de comunicação e compartilhamento de conteúdo, cujo número de usuários se encontra na casa dos bilhões<sup>13</sup>. Esse alto número de usuários trocando informações geram alguns conflitos quando o tema é direitos autorais, em especial quando há postagem de obra artística alheia sem autorização e sem identificação da autoria.

O problema é agravado quando se analisa que, parte significativa do montante de conteúdo produzido para as redes sociais não possuem nenhuma forma de apontamento de autoria na imagem produzida, o que dificulta a identificação do criador original no lastro das postagens.

---

<sup>12</sup> TJ-SP Apelação nº 1046283-79.2015.8.26.0506, Relator: Rodolfo Pellizari, Data de Julgamento: 02/08/2018, 6ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 02/08/2018.

<sup>13</sup> Informação de estatísticas de usuários das redes sociais disponível no link < <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> > Acesso em 10/09/2020.

O desenho da transformação criativa nas redes sociais encontra um ponto de convergência com seu histórico, a natureza da técnica em si, porém tangência a uma liberdade quase anárquica, tanto na concepção, quanto na divulgação e reprodução e, ainda que haja uma aceitação social na utilização de obras de terceiros nas redes sociais, há um choque entre essa cultura e a LDA.

Em relação a identificação do criador, há um ponto que merece ser anotado. Têm-se em diversas publicações jornalísticas o uso da palavra “perfis anônimos” quando estes são cadastrados sem a identificação natural<sup>14</sup> do usuário. Essa utilização do termo não pode se confundir com anonimia de publicação de obras. Obra anônima é a característica da obra que tenha sido publicada sem trazer qualquer nome, ou trazendo a expressão “anônima” (MIRANDA, 2002, p.120). Para a LDA, é anônima a obra “quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido” (art. 5º, VIII, “b”).

Pontes de Miranda defende (MIRANDA, 2002, p.120) que se há qualquer identificação do autor, como número que possa identificá-lo, a obra não pode ser conhecida como anônima. Neste caso, trata-se de obras pseudônimas e, por este motivo, para fins unicamente de tratamento pela LDA, o conteúdo das postagem dificilmente será de autoria anônima, por justamente haver a necessidade da criação de uma conta para que ocorra a atividade na rede e, havendo qualquer identificação, trata-se de pseudônimas, ainda que o usuário não tenha em mente esse instituto. A LDA define em seu art. 5º, inc. VIII, “c” a pseudonímia “quando o autor se oculta sob nome suposto”.

Outro ponto relevante, que envolve autoria, é a questão da titularidade, que não necessariamente acompanha o criador. A LDA em seu art. 11 instrui que somente pessoa natural pode ser considerado autor para fins de proteção da lei. Em virtude disto, em uma análise *stricto sensu*, a criação formada a partir de derivação por transformação criativa e divulgada em perfil de pessoa jurídica não terá esse como seu “autor”, podendo, ao ver das circunstâncias, ser identificada como titular. Há, entretanto, previsão no parágrafo único do referido artigo de concessão da proteção a pessoas jurídicas, nos casos permitidos pela lei. Esse parágrafo não afasta o *caput*, não reconhece pessoa jurídica como autora, somente a projeta os efeitos protetivos.

---

<sup>14</sup> Identificação natural no sentido de utilização do nome e dados constantes em documentos cíveis.

A questão da titularidade é de grande valia quando, por exemplo, há cessão dos direitos patrimoniais, de exploração, dos direitos autorais ou são adquiridas através de outros instrumentos contratuais legítimos (BITTAR, 2018, p.58). Neste caso, a pessoa jurídica tem interesse econômico na proteção autoral. Em situações assim postas, via de regra, fala-se de titularidade derivada, que se diferencia da titularidade original concebida para a tutela do criador original (BITTAR, 2018, p. 57-58). José Carlos Costa Netto aponta que há sim possibilidade de aquisição da titularidade original por pessoa jurídica, nos casos onde esta for organizadora de obra coletiva, além dos direitos conexos ao produtor fonográfico e dos conexos à empresa de radiodifusão (COSTA NETTO, 2019, p. 169).

Conforme visto, não há uma equação simples ou um caminho limpo para definir se a obra derivada por transformação criativa será ou não protegida pela LDA, visto que, *prima facie*, se o autor da obra original se sentir violado, poderá se valer da lei que concede a ele as proteções por ela elencadas. O exame acaba-se por se tornar casuístico, a depender tanto do conteúdo, quanto da forma utilizada na criação.

## 2.4 A proteção autoral

A LDA prevê em seu art. 7<sup>a</sup>, inc. XI, que obras concebidas a partir da técnica de derivação são passíveis de proteção em seu âmbito. Portanto, não há relevância na discussão sobre a proteção de uma obra proveniente de transformação criativa, se revestida dos termos da lei.

A questão que cinge quando se trata da transformação criativa em redes sociais se resume ao confronto de interesses entre o criador da obra original, criador da obra derivada e o interesse público. Como apontam:

De um lado, há o autor que necessita da proteção contra a exploração desautorizada de suas obras. Do outro, há os interesses de outros autores, em criar e discutir arte num ambiente livre protegido de usurpações em termos de conteúdo ou limitados pela ameaça de repercussões financeiras. (Pesser; Berger, 2010, p.6)

Há, entretanto, uma bússola para meditar essa demanda entre interesse público e proteção autoral: a utilização da regra de 3 passos para o *fair use*, prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, que são: 1) aplicação em certos casos especiais; 2) a reprodução não pode prejudicar a exploração normal da obra; 3) a reprodução não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (Art. 9 – 2 - da Convenção de Berna, promulgada no Brasil pelo decreto 75.699/1975).

O art. 46, inc. III, da LDA incorporou, ainda que implicitamente, o mecanismo acima descrito e “pode ser considerada uma tentativa de realizar o ‘*fair use*’ (uso justo) no âmbito das legislações signatárias da Convenção de Berna na sua revisão em 1971”(AMARAL, BOFF, 2019. P. 153).

Em relação aos legítimos interesses do autor, previsto tanto no 3º passo do art. 9(2) do Acordo TRIPS, quanto na redação do art. 46, inc. III da LDA, que deixam bem claro o primor pelos efeitos econômicos, vale o destaque feito por Denis Borges Barbosa:

Os “interesses” podem ser patrimoniais ou de outra natureza. “Legítimos” serão tanto os interesses decorrentes de norma jurídica, quanto aqueles não conflitantes com o sistema jurídico. A noção do que é “injustificadamente” seria distinta do simplesmente razoável: pode-se admitir, por exemplo, uma certa perda de receita em favor de outros objetivos da lei nacional, mas se a lesão for considerável, há que instituir alguma forma de compensação. (BARBOSA, 2012, p. 58)

A verdade é que não é possível afirmar categoricamente que toda criação feita através da transformação criativa poderá se recorrer da LDA, mesmo diante da regra apresentada, em virtude das questões aqui anteriormente levantadas, especialmente por não haver um direcionamento claro na lei brasileira para este reconhecimento em virtudes de interesses justapostos na proteção por ela concedida.

Há de um lado o art. 19, que comanda pela necessidade de autorização de uso de obra, ainda que parcial, de outro o art. 46, inc. VIII, que permite o uso nas situações nela elencada, porém que parte para um campo subjetivo, quando ao final do seu texto dita “nem cause um prejuízo injustificado

aos legítimos interesses dos autores”, por projetarem a esses autores, somente, a guarda do interesse.

Mesmo diante das dificuldades legais elencada, a transformação criativa chegou às redes sociais e, para uma melhor leitura do conteúdo, passa-se a analisar duas espécies comuns que se originaram na técnica e hoje predominam nas redes sociais: os memes e os filtros para fotografia disponibilizados em redes sociais.

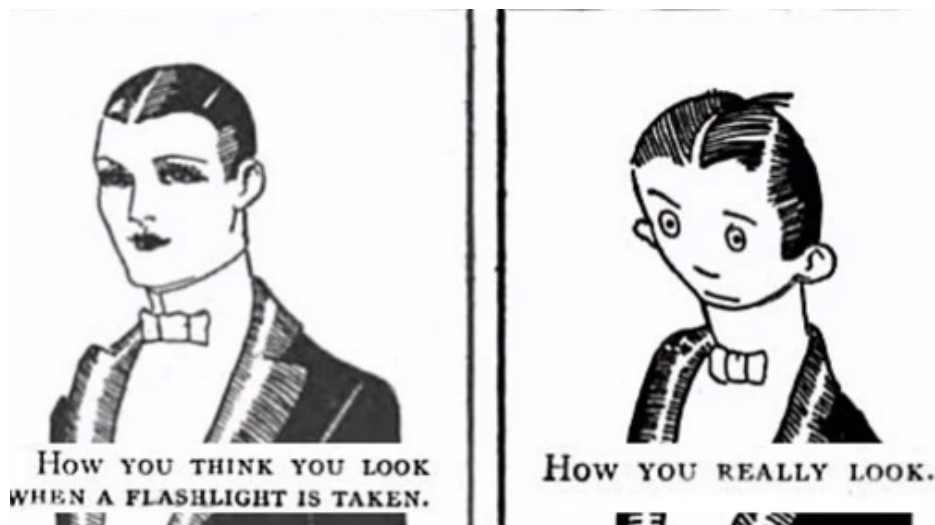
### **2.4.1 Os Memes como elementos da cibercultura.**

Os *memes* podem ser vistos como parte da cibercultura. A cibercultura “refere-se a cultura contemporânea que estabelece uma nova relação entre as tecnologias e a formas de sociabilidade. Ela nasce na década de 1970, a partir da fusão entre a as tecnologias de informática, de comunicação e a cultura” (AMARAL; BOFF, 2019, p. 153, *apud* LEMOS, 2003). Neste sentido, aponta Marcos Wachowicz:

A Cibercultura enseja novos hábitos e comportamentos, cuja velocidade de assimilação no meio social e cultural estão ligadas inexoravelmente ao contexto acesso ao meio tecnológico, a ponto de que, pensar na exclusão tecnológica é também na exclusão cultural na Sociedade Informacional (WACHOWICZ, 2018, p. 263)

A criação de *memes* surgiu antes da década de 1970, porém sua popularização se deu na velocidade de disponibilização das novas ferramentas tecnológicas. A revista norte-americana “Vice” reportou (MUFSON, 2018) que o primeiro *meme* seria (não há comprovação, de fato, que seja) a publicação abaixo feita na revista Judge Magazine, em 1921<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Fonte BBC (<<https://www.bbc.com/news/blogs-trending-43783521>>). A revista “The Judge”, publicada pelo Universidade de Yowa (EUA), era conhecida por suas sátiras e encerrou suas atividades em 1947, o acervo para consulta de suas publicações está disponível on-line no link < <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=iau.31858046260596&view=1up&seq=106>>



A ideia central desse *meme*, é a dicotomia “expectativa *versus* realidade” que ainda gera muito *meme*. A publicação de 1921 não trazia a palavra *meme* para identificar a publicação. A origem do termo foi cunhada por Richard Dawkins em 1976, no seu livro “The Selfish Gene” (AMARAL; BOFF, 2019, p.148-149), onde é conceituado, em suma, como uma unidade de informação que se auto propaga.

Naturalmente, um *meme* não necessariamente passa pela técnica da transformação criativa, ainda que geralmente seja uma obra derivada. A primeira utilização da expressão *meme* na internet apareceu, em 1994, na revista estadunidense “Wired” e foi proposta pelo jornalista Mike Godwin (GODWIN, 1994). A publicação traz a concepção de *meme* comparando-o a um vírus no corpo humano: uma ideia “infecciosa” que pula de “mente em mente”.

Essa comparação traz a questão da “propagabilidade”, que é uma temática central nos estudos sobre *memes*. A “propagabilidade” “diz respeito ao grau de capacidade e de recursos técnicos que um tipo de conteúdo tem para circular em comparação com outros, isto é, o quanto um conteúdo consegue circular de forma virótica” (AMARAL, BOFF, 2019, p.144).

A partir da anotação acima, é fácil notar o porquê da popularidade dos *memes*: além do elemento comunicativo ser de fácil entendimento, geral-

mente com referências a cultura pop ou do *mainstream* em geral, seu campo de disseminação é na internet, o que obviamente contribuiu para o aceleração do compartilhamento e que resulta numa exposição exponencial do seu conteúdo aos usuários.

Os *memes* fazem parte da cultura das redes sociais de uma forma bastante orgânica. Um exemplo de sua inserção em nossa cultura digital e seus efeitos autorais, e que será analisado casuisticamente como referência, são os *memes* criados a partir de transformação criativa das obras em quadrinho da “Turma da Mônica”, de autoria de Maurício de Sousa, cujas equipes criativa e de assessoria optaram por utilizar essas postagens a seu favor, diversamente de entrar em atrito com os criadores dos *memes*.

Um dos primeiros *memes* a serem geridos, utilizando como referência original os quadrinhos de Maurício de Sousa, é datado de 2017 e consiste na personagem “Mônica” sentada na frente de um computador, onde na tela deste se lê a expressão “ATA” (contração da expressão “Ah, tá!”). A partir de então, a tela do computador é modificada, a locução é retirada, e novas frases criadas por usuários diversos são inseridas, retratando a mensagem que pretendem passar com a postagem.

Neste caso, temos as características usuais de uma obra derivada por transformação criativa: há elementos da obra original, porém há inserção de elemento criativo novo, sendo esteticamente independente e que não se confunde com a obra original.

A Mauricio de Sousa Produções não demonstrou implicação com as derivações e passou a responder os usuários, utilizando inclusive os *memes* por eles criados. Ao entrar nesta “nova” cultura, os próprios gerenciadores das redes sociais da “Turma da Mônica” passaram também a produzir *memes*, através de transformação criativa, com obras de terceiros, como o exemplo de uma publicação de 7 de julho de 2020, onde o personagem “Cascão” faz parte do seriado alemão “Dark”, produzido pela Netflix.

E é, a partir desta criação, que a discussão de autoria e titularidade se tornam interessantes: Há elementos autorais da série da série “Dark”, inclusive com referência direta ao título da obra (o *meme* “aportuguesa” o título para “Darquê”), e também dos quadrinhos da “Turma da Mônica” que, apesar da publicação ter sido feita no seu canal oficial do Twitter não conta com a assinatura do seu criador, Mauricio de Sousa, como de praxe faz.

Sob a luz da LDA, a obra só passa a ser tutelada quando plasmada. No caso em epígrafe, a obra foi contextualizada e publicada pelo perfil oficial da “Turma da Mônica”, cabendo a eles, caso respeitado o padrão da lei, a titularidade da imagem.

Essa prática vai de encontro com as novas relações vivenciadas na economia criativa. A Maurício de Sousa Produções poderia se levantar contra essas transformações, como supostamente fez a “Rede Globo” em 20 de junho de 2018, quando usuários da rede social “Twitter” passaram a receber notificações da emissora para remoção de conteúdo que violava seus direitos autorais, a maioria *memes*, e alguns usuários chegaram a ter suas contas encerradas na rede social. O resultado foi um levante dos usuários contra a emissora que, no dia seguinte, negou que tenha feito tal notificação e que eram favoráveis a essa forma de interação com o público. (AMARAL; BOFF, 2019, p.150)

Esse recorte foi trazido para exemplificar o liame da insegurança autoral na criação de conteúdo para redes sociais. Há uma lei autoral que protege o conteúdo produzido pela Rede Globo, assim como há na LDA uma permissão, ainda que bastante frágil como já apontado, para a utilização da transformação criativa. Ponderando, a Rede Globo teria mais chances de sair vitoriosa nesta disputa autoral, porém os danos à imagem da emissora junto ao seu público a fizeram, supostamente, retroceder da atitude inicial.

A transformação criativa nas redes sociais vem pondo a prova a legislação brasileira. Os embates entre liberdade e restrição de autoria vão tomando um contorno que ainda carece de tempo para sua definição, dado que, ainda que haja uma aparente aceitação de alguns conglomerados de comunicação no uso de suas obras por terceiros, não é possível, sem uma definição legal clara no Brasil, saber ao certo se esta atitude será normalizada ou se haverá novas crises no formato.

Há também a questão dos perfis comerciais que têm como atividade econômica o desenvolvimento e publicação de *memes*. Esses perfis têm a tendência em colocar uma marca d’água para justamente identificar sua titularidade do conteúdo postado. Nesta seara, Viktor Chagas alerta que a “posição que ocupam na economia simbólica dos produtos culturais é de mediação, uma linha intermediária entre conteúdos originais e obras deri-



vadas” e conclui que “as obras que derivam de *memes* devem se preocupar, acima de tudo, com os direitos de terceiros” (CHAGAS, 2018, p. 374), em outras palavras, a utilização de *memes* pode também ser alvo de violação de direitos autorais:

A relação entre *memes* e mídias sociais, muitas vezes, coloca em xeque os limites conceituais do próprio gênero. *Mememes* podem e devem ser compreendidos, em determinados contextos, como produções autorais. No caso dos *mememes* que comentamos acima, o perfil psicológico dos personagens criados, o aspecto antropofágico das traduções culturais, e muitas outras questões são indicativos claros de que o debate sobre a criação autoral de *mememes* de internet perfaz os campos da propriedade intelectual e dos estudos de mídia. (CHAGAS, 2018, p. 374)

Não há, portanto, uma afirmação categórica positiva ou negativa no sentido de reconhecimento de autoria, tanto para fins de proteção dos *mememes* criados através de transformação criativa, quando na licitude de sua formação. Os elementos casuísticos afetam os dois caminhos assinalados, porém é possível afirmar que há perspectiva de reconhecimento de autoria no *meme* e sua conseqüente tutela, uma vez revestido dos termos da lei.

### **2.4.2 Os filtros para fotos e seu uso nas Redes Sociais**

Os filtros para fotos não são nenhuma novidade e seu uso é bastante habitual nas redes sociais. Boa parte destes filtros não nascem de transformação criativa, são criados unicamente a partir da linguagem original do software desenvolvido. Para melhor visualizar do que trata os filtros para fotos que utilizam a transformação criativa, segue o exemplo ao lado.



A referida imagem<sup>16</sup> foi produzida por um usuário da rede social “Instagram” utilizando um filtro batizado de “Pop Art” e criado, pela também usuária da rede, Kimiko Tyan (@kimikotyán). O filtro, como próprio nome já diz, utiliza de técnicas de ilustração que remetem ao movimento da “Pop Art”, mais especificamente as notas de Roy Lichtenstein

A controvérsia que surge, a despeito de todo o conteúdo aqui trazido e que também se comunica com essa criação, é sobre o pertencimento da autoria. A imagem só pôde ser concebida por haver uma rede social que permite a criação e utilização de filtros, por haver alguém que o criou e pela possibilidade dos usuários da rede terem acesso ao seu uso e divulgação do resultado.

A resposta da indagação acima já foi trazida neste artigo: só há proteção autoral da obra materializada e aportada. Neste caso, o autor é o usuário que efetivamente tirou a foto. José Carlos Costa Netto pontua:

Na “obra criada por computador” – uma vez que possa ser considerada uma “criação intelectual nova” – a quem caberia a autoria: ao criador do programa (ou software) utilizado na realização da obra ou ao operador que utilizou o programa e produziu a obra?

Aplicando-se os princípios já examinados, é indiscutível que, uma vez que o resultado seja – efetivamente – uma criação intelectual nova, o “operador” será, na verdade, autor desta obra, se tiver atuado criativamente na utilização do computador criando uma obra intelectual original (COSTA NETTO, 2019, p. 208-209)

Importante notar, como faz Costa Netto, que as características esperadas em uma obra para fins de reconhecimento de autoria não são afastadas neste tipo de técnica fotográfica, como a originalidade e a criatividade.

Em respeito ao produto resultante, a fotografia, a LDA é bastante receptiva no tocante à sua formação. Em seu art. 7º, inc. VII, há previsão clara de tutela de obra fotográfica “produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”.

---

<sup>16</sup> Imagem exemplificativa criada pelo autor deste artigo, utilizando do filtro mencionado na rede social “Instagram”.

Isto posto, quando um usuário utiliza de filtro para suas fotos nas redes sociais, a autoria da sua foto, se criação intelectual nova como bem pontua Costa Netto, será do usuário que produziu de fato a obra devidamente materializada. A questão de uso de software pode ser discutida na seara contratual, pelos termos de uso que os usuários anuem ao se cadastrarem nas redes sociais, mas a autoria, em caso de reconhecimento, será de quem a plasmou e divulgou, no caso o usuário.

### **3 CONCLUSÃO**

A utilização da transformação criativa acompanha a história da arte. A tentativa institucionalizada pela Lei de Direitos Autorais de dificultar esse fluxo de atividade criativa encontrou nas redes sociais uma reação inesperada: A mais completa apatia ao seu teor.

Com o advento da internet, em especial das redes sociais que permitem a troca de informações de uma forma mais livre, a transformação criativa se tornou um instrumento não só de criação, mas principalmente de comunicação. Através do uso da técnica, os usuários trocam informações, dividem os sentimentos em comum, se divertem e passam a olhar para os acontecimentos do cotidiano a partir de diferentes perspectivas.

A legislação autoral brasileira, porém, não acompanha esse fluxo. A conjugação reiterada de exigência de consentimento do autor da obra original e o reconhecimento do seu direito de impedir a modificação da obra, como direito moral – que se fossemos qualificar, seria a face intocável do direito autoral – acarreta uma insegurança jurídica que faz a opção pela transformação criativa ser bastante arriscada.

O caminho da legalidade é árduo. Há de um lado previsão clara de tutela de obras derivadas, como as produzidas por transformação criativa, porém esse permissivo acaba sendo minado no próprio texto legal, visto que, do outro lado, são inúmeros os dispositivos protetivos a autoria das obras originais. Esse descompasso de tratamento entre os criadores gera uma insegurança que resulta em um afastamento entre o direito posto e a realidade dos fatos.

Não há dúvidas sobre a possibilidade de reconhecimento da autoria em obras criadas por transformação criativa e sua consequente tutela pela lei, porém há um ponto bastante crucial em relação ao poder ter esse reconhecimento e o querer ter, que está diretamente ligado ao sistema protetivo. Com exceção dos perfis que se sustentam na criação e divulgação de, por exemplo, *memes* não se vê hoje uma busca generalizada de guarda de direitos autorais para este formato de conteúdo.

Os usuários criam e dispõem suas concepções nas redes sociais e, quando há cópia deste conteúdo por outros usuários sem o devido crédito ao criador, não se visualiza um incômodo típico de quem tem direito autoral violado. Alguns perfis, geralmente os voltados estritamente a comunicação em redes sociais, como os pertencentes aos chamados “influenciadores”, acabam “denunciando o kibe”<sup>17</sup>, porém isso ocorre no seio da própria rede social, como um tribunal interno, não comumente se recorre à justiça comum.

Essa medida negativa do exercício de paternidade se comunica com o próprio momento do indivíduo inserido na sociabilidade informacional, diretamente influenciada pelas novas vertentes tecnológicas e a cibercultura. Ainda é cedo para saber se os usuários das redes, de um modo geral, reclamariam trivialmente a paternidade de suas postagens.

Analisando este artigo ao fim, percebe-se que o fruto da adversidade entre a proteção das obras originais e derivadas, está mais enraizada na proteção da primeira: A opção legislativa em socorrer mais o criador da obra original, a despeito da derivada, criou uma referência assimétrica que, para os criadores das obras derivadas, torna-se mais confortável estar em um ambiente livre, como das redes sociais, e utilizar as obras originais como elegerem, se afastando do formalismo legal.

O resultado está à mostra: o autor da obra original resta insatisfeito com o paradigma atual, visto haver uma legislação mais protetiva a ele, porém na prática social, essa busca de proteção pode acabar se voltando contra ele, como supostamente ocorreu com a Rede Globo. Não há hoje uma saída segura para nenhum dos criadores.

---

<sup>17</sup> “Kibe” é uma expressão utilizada nas redes sociais para caracterizar a apropriação de uma postagem alheia.

A discussão sobre autoria trazida neste artigo acende uma luz sobre a dificuldade de se trabalhar na legalidade com a transformação criativa, porém ainda é cedo para saber ao certo se os usuários das redes querem essa luz acesa, em virtude da suposta ilegalidade que possam estar incorrendo.

O que pode ser vislumbrado é que, caso venha a haver embates mais emblemáticos entre os interesses sociais e os interesses pessoais do autor, teremos de um lado uma massa social adaptada às novas formatações da economia criativa e cibercultura e, de outro, interesses autorais legitimados pela lei que tentam barrar esse momento.

O resultado poderá ditar o futuro da economia criativa brasileira. A esperança reside no bom senso: se espera que a Lei de Direitos Autorais continue defendendo os direitos dos criadores, porém de uma forma mais inclusiva, estabelecendo uma isonomia entre os criadores de obras originais e derivadas. Essa realidade, em um país *civil law* como o Brasil, terá de vir de uma adequação legislativa, não necessariamente sua ab-rogação, mas sim de inclusão ao seu corpo de permissivos que se adequem a realidade dos fatos, instituindo por exemplo, parâmetros claros para a caracterização de transformação criativa, que uma vez preenchidos, garantem ao criador não só o exercício de direito autoral, mas principalmente a liberdade em criar, pressuposto essencial para o exercício artístico.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Jordana Siteneski; BOFF, Salet Oro. A Propriedade Intelectual sobre os “Memes” da Internet: Perspectivas a Partir do Direito Autoral e do Direito de Marca. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 144-163, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p144. ISSN: 2178-8189.

ANDRADE, Oswald. Manifesto Antropófago. In **Revista de Antropofagia**. Ano 1, número 1. Pg. 3-7. SÃO PAULO: 1928.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual. Normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias**. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plagio\\_autoral\\_e\\_academico.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plagio_autoral_e_academico.pdf) 2012. Acesso em: 10 set. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**; revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHAGAS, Viktor. Entre criadores e criaturas: uma investigação sobre a relação dos memes de internet com o direito autoral. *In Revista Fronteiras – estudos midiáticos* 20(3):366-377, setembro/dezembro 2018 Unisinos – doi: 10.4013/fem.2018.203.09.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais**: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2013.

CONRADO, Marcelo. **O que original?** Catálogo da mostra. Curadoria de Maria José Justino e Juliana Vellozo Almeida Vosnika. Curitiba: Museu Oscar Niemeyer, 2019.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GODWIN, Mike. **Meme, Counter-meme**. Disponível em: <https://www.wired.com/1994/10/godwin-if-2/>. Publicado em 1994. Acesso em: 14 set. 2020, às 10:26.

LEMOS, André. Cibercultura: alguns pontos para compreender a nossa época. In: LEMOS, André; CUNHA, Paulo (org.). **Olhares sobre a cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 11-23.

LOREN, Lydia Pallas. **Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems**, 5 J. Intell. Prop. L. 1. <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol5/iss1/2>. Georgia/USA: Georgia Law University, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo XVI**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002

MUFSON, Beckett. **This 1921 Proto-Meme Is Eerily Relevant Today**. Disponível em: [https://www.vice.com/en\\_us/article/mbxkwy/meme-1921-expectation-vs-reality-judge-magazine-comic-twitter?utm\\_source=vicefbus](https://www.vice.com/en_us/article/mbxkwy/meme-1921-expectation-vs-reality-judge-magazine-comic-twitter?utm_source=vicefbus) . Publicado em 2018. Acesso em: 14 set. 2020, às 10:26.

PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marcielle Berger. **Transformação criativa na Sociedade da Informação**. In: III Mostra de Iniciação Científica da Associação Nacional de Pós Graduação, 2010, Rio de Janeiro. XXII Congresso Nacional de Pós Graduandos, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *In Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

WACHOWICZ, Marcos. Ciberultura: Múltiplas Perspectivas na Sociedade Informacional. In **Direitos culturais: múltiplas perspectivas** vol. IV, CUNHA FILHO, Francisco Humberto; AGUIAR, Marcus Pinto; Organizadores. Fortaleza: EdUECE, 2018.

WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Direito Autoral, Criatividade e Plágio na Econômica Criativa. In **PIDDC**, Aracajú, Ano III, Edição nº 6/2014, p. 196- 211. Jun/2014.

WACHOWICZ, Marcos; CRUZ E SILVA, Rodrigo Otávio. Direito autoral e economia criativa: a construção de uma economia preocupada com a criatividade. In **Liinc em Revista**, v.7, n.2. Rio de Janeiro: IBICT, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e o domínio público da informação. In: SANTOS, Manoel J. P. dos. (org). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011

# »»» DIREITO DE AUTOR NA INTERNET: MECANISMOS DE PROTEÇÃO E ACESSO ÀS OBRAS INTELECTUAIS

Flávia Holz Angst<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca da disponibilização e acesso das obras intelectuais no ambiente digital protegidas pelo direito de autor, abordando alguns mecanismos no ambiente digital que propiciam a proteção autoral e o acesso às obras e, conseqüentemente, à cultura pela sociedade. Para análise do tema, em um primeiro espaço, realizar-se-á o estudo da sociedade da informação e a internet, para, num segundo momento, debater acerca da disponibilização das obras no ambiente digital. Por fim, far-se-á o estudo dos mecanismos de disponibilização das obras intelectuais no ambiente digital - as licenças *copyleft*, *creative commons* e as plataformas de *streaming* -, como forma de manter um equilíbrio entre os direitos de autor e os interesses da sociedade em obter o acesso à informação e à cultura.

**Palavras-chave:** Direito de Autor – Internet – Acesso à cultura e à informação

## INTRODUÇÃO

Em meados do século XX deu-se início a denominada sociedade informacional, ou era digital, que trouxe importantes avanços que contribuíram de forma significativa para a promoção do desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural.

O avanço tecnológico, com o surgimento da Internet, marca a atualidade e moldou uma nova sociedade, em que inexistem fronteiras territoriais, modificando a forma como passou-se a distribuir o conhecimento e a troca de informações.

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Graduada em Direito pela Faculdade CNEC Santo Ângelo. Advogada. E-mail: flavia\_angst@hotmail.com



Paralelamente a isso, as tecnologias trouxeram problemas jurídicos antes impensados e inexistentes, entre eles no âmbito dos direitos autorais, por conta de infrações aos direitos patrimoniais do detentor da obra na rede.

As obras se desmaterializaram e passaram a ser acessadas na rede. Surgiram meios de propagação da criação intelectual, e, muitas vezes, ocorrendo a exposição das obras em desacordo com a tutela autoral, surgindo a dificuldade de encontrar os transgressores e os individualizá-los, acarretando um conseqüente desestímulo à produção intelectual.

Ainda, por conta do desenvolvimento tecnológico e da popularização da Internet o direito de autor vem sofrendo consideráveis transformações, acarretando conflitos entre o interesse público de livre acesso às obras e o interesse privado do autor.

Em razão da ascensão, das mudanças e dos novos desafios surgidos no que se refere à rede e disponibilização das criações intelectuais, é necessário realizar uma adaptação na forma de aplicação dos tradicionais conceitos de direito de autor à nova realidade, utilizando-se de meios que sejam hábeis a resguardar os direitos de autor e ao mesmo tempo proporcionar o direito de acesso às obras pela sociedade, garantindo o direito consagrado constitucionalmente de acesso à cultura e informação, bem como da proteção autoral.

## **1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

O período pós-industrial é conhecido como o início da era digital, ou sociedade da informação, onde ocorreram inúmeras e importantes transformações relativas ao avanço tecnológico, que modificaram a sociedade e suas relações, surgindo uma sociedade voltada ao acesso, a informação e a comunicação.

Segundo Castells, foi a partir da década de 1970 que deu início ao que pode ser chamado de novo paradigma tecnológico, organizado com base na tecnologia da informação, tendo sido constituído principalmente nos Estados Unidos e na Califórnia, vindo a concretizar um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida e de certa forma, podendo ser relacionado à cultura da liberdade, inovação individual e iniciativa empreendedora originária da cultura (1999, p. 43).

Ana Antunes explica que as sociedades contemporâneas são marcadas por inúmeras mudanças, sendo relevante as relativas às novas tecnologias, o que motivou alguns autores a defender a existência de um novo paradigma de sociedade, que é respaldada principalmente na informação, motivo pelo qual a designação de Sociedade de Informação, ou Sociedade do Conhecimento pois a informação é um meio de produção/divulgação de Conhecimento (2008, p. 3).

Seguindo o mesmo entendimento, Juliano Madalena (2016) afirma que as transformações sociais trazidas pelo avanço da tecnologia marcam a sociedade contemporânea, passando de uma sociedade industrial para uma sociedade impulsionada pela hiper-informação.

As características fundamentais da sociedade da informação são enumeradas por Castells, quais sejam: i) a informação é sua matéria prima, pois “são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informações para agir sobre a tecnologia”; ii) a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, já que “a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados pelo novo meio tecnológico”; iii) a lógica de redes, onde qualquer sistema ou conjunto de relações estão usando as novas tecnologias da informação e a “morfologia das redes parece estar bem adaptada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação; iv) a flexibilidade, já que “não apenas os processos são reversíveis, mas organizações e instituições podem ser modificadas [...] pela reorganização de seus componentes” e v) a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, “no qual trajetórias tecnológicas antigas ficaram literalmente impossíveis de se distinguir em separado” (1999, p. 108-109).

A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada como substituto para o conceito de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo do “novo paradigma tecnológico-econômico”, que está ligada às transformações técnicas, organizacionais e administrativas, bem como a expansão e reestruturação do capitalismo (WERTHEIN, 2000, p. 71-72).

Castells faz uma distinção entre sociedade informacional e sociedade da informação e justifica a escolha terminológica da utilização do termo so-

cidade informacional, sustentando que “o termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade” e que “a informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como a comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades”. Quanto ao termo sociedade informacional “indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e transmissão da informação tornam-se as fontes tecnológicas surgidas nesse período histórico” (1999, p. 64-65).

A Sociedade da Informação, conforme definição de Luís Manuel B. Gouveia, “está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e distribuição da informação por meios eletrônicos, como a rádio, a televisão, telefones e computadores, entre outros” (2004, s.p.).

Para Ascensão, a sociedade da informação, reflete, na realidade, uma sociedade da comunicação e não da informação, na medida em que se pretende impulsionar a comunicação, de forma que somente em um sentido muito amplo é que seria possível qualificar toda e qualquer mensagem como uma informação, o que causaria uma certa imprecisão no termo (1998, p. 21).

As novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) logo que se propagaram “foram apropriadas por diversos países, várias culturas, organizações diversas e diferentes objetos”, tendo expandido em “todos os tipos de aplicações e usos, que por sua vez, produziram inovação tecnológica acelerando a velocidade e ampliando o escopo das transformações tecnológicas, bem como diversificando suas fontes” (CASTELLS, 1999, p. 44).

Segundo Boff et al., a sociedade da informação “marca a atualidade, indica o atributo de uma forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informações se convertem nas fontes fundamentais de produtividade e do poder”, isso pelas “novas condições tecnológicas surgidas neste período”, de forma que “a utilização das TICs pelo Estado amplia seu poder ao se apropriar de seus usuários e redefini-los” (2018, p. 9).

Portanto, a informação é o centro da sociedade e suas características que são específicas e a definem como a velocidade, a facilidade de produção, disseminação e recebimento das informações, surgidas por conta do avanço tecnológico e da consolidação da Internet e demais TICs.

Bolaño e Brittos (2003) destacam que a influência da sociedade informacional gera impactos tanto econômicos, quanto políticos e nas formas de sociabilidade, atingindo a esfera pública.

Além disso, as “TICs interferem nos modos de produção até então fundados na produtividade com vista ao aumento do excedente” e “esse ‘novo’ modo produtivo ‘o informacional’ tem a sua fonte de produtividade na tecnologia de geração e aplicação de conhecimentos, do processamento da informação e de comunicação de símbolos, cujo valor é a informação” tendo como exemplo “as tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações e engenharia genética” (BOFF, 2018, p. 16).

A Internet é considerada uma das maiores invenções tecnológicas e se caracteriza especialmente como um poderoso meio de comunicação e difusão de conteúdo, por conta de seu alcance irrestrito.

Para Branco Junior, a Internet é o maior símbolo da globalização por ter conseguido abolir as fronteiras e unificar o meio de comunicação entre os povos (2007, p. 41), permitindo a comunicação entre várias pessoas, de qualquer parte do mundo, simultaneamente.

Inicialmente, a Internet foi criada para fins militares, durante a Guerra Fria, quando a Agência de Projetos e Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa norte-americano criou a ARPANET, que tinha como objetivo a comunicação a eventuais ataques nucleares.

Castells explica que “a criação e o desenvolvimento da Internet nas três últimas décadas do século XX foram consequência de uma fusão singular entre estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural” (1999, p. 82).

Nas universidades norte-americanas, a internet era utilizada como recurso de divulgação, troca e propagação do conhecimento acadêmico. Do mesmo modo, o primeiro contato do Brasil com a Internet foi quando pesquisadores da Universidade de São Paulo (USP) solicitaram a Embratel o desenvolvimento de uma rede que propiciasse a comunicação entre os acadêmicos do Brasil e do exterior, apenas por volta de 1987.

O que propiciou e permitiu que a Internet se transformasse em um instrumento de comunicação em massa, foi o *World Wide Web* (ou WWW, W3, ou simplesmente *Web*), passando a ser uma rede mundial (PAESANI, 2013, p. 11).

Desse modo, verifica-se que a rede “propiciou a integração das potencialidades de recursos que possibilitam o registro, a produção, a transmissão e a recepção de informações e a comunicação entre indivíduos independentemente de onde estejam localizados” (BOFF et al., 2018, p. 30).

Vislumbra-se uma sociedade da informação estruturada em torno de redes virtuais e conexões sem fronteiras limítrofes. A Internet se encontra estabilizada no meio social e com o aporte tecnológico, se expandindo e estabelecendo interconexões, facilitando os meios de comunicação, as criações, e a difusão de conhecimento e informação.

## **2 ANÁLISES SOBRE O DIREITO DE AUTOR NA REDE**

As transformações provocadas pela sociedade da informação, especialmente pela utilização da Internet, combinadas com as facilidades de acesso e transmissão de informações, trouxeram impactos em diversas áreas do direito, entre elas, o direito de autor, com a problemática acerca da tutela jurídica sobre as criações intelectuais e seu acesso no âmbito da rede.

O direito de autor constitui-se em um ramo da Propriedade Intelectual, sendo o “conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas” (CHAVES, 1995, p. 29), sendo “o nome dado ao direito que o autor, o criador, o tradutor, o pesquisador ou o artista tem sobre sua criação, regulamentando as relações jurídicas surgidas da criação e utilização da obra” (BOFF, 2009, p. 40).

A Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) foi elaborada na década de 90 a partir de um longo processo de elaboração, transcorrendo quase dez anos entre sua redação oficial e sua efetiva publicação, antes da popularização da Internet e das formas digitais de acesso às obras, trazendo uma visão proveniente de uma era fabril, com investimentos em gráficas, estúdios, películas, para a produção cultural (WACHOWICZ, 2011).

A respeito disso, Cabral (1999) explica que a Lei de Direitos Autorais foi promulgada em 1998, após longo debate e emendas ao projeto inicial, retirando-lhe a atualidade esperada em virtude do tempo transcorrido que permaneceu no parlamento, especialmente por conta de novas técnicas de distribuição e comunicação do texto criativo ao público em geral, bem como

os problemas surgidos na seara do direito autoral em virtude da revolução tecnológica.

A Internet colocou à disposição da sociedade uma série de informações: músicas, filmes, textos, *softwares* e uma infinidade de obras intelectuais, onde a maioria dos conteúdos são protegidos por direitos autorais e circulam livremente pela rede. Isso é possível por conta da desmaterialização das obras intelectuais, fenômeno chamado de digitalização, que não depende mais de seu *corpus mechanicum* para se ter o acesso (SEVERINO JUNIOR, 2011).

A Internet possibilita a rápida troca de conteúdo, trazendo facilidade no acesso às obras e a desmaterialização, já que o acervo intelectual passa a ser não mais de forma física, mas virtual.

Com a facilidade na propagação de conteúdos na rede em virtude das novas formas de compartilhamento e acesso às obras, surgem as violações aos direitos de autor, bem como a dificuldade em encontrar o transgressor, já que as formas de fiscalização e controle dos dados no ambiente digital se tornam menos efetivas e a propagação de conteúdos ocorre com extrema rapidez.

Elisângela D. Menezes afirma que “a *web* exige novas posturas e um novo olhar sobre a criação intelectual” e que “o seu uso não impede, porém, a postura de respeito à autoria” sendo “imprescindível o resguardo da menção ao autor nas utilizações de obras alheias, quer estejam em meios impressos, eletrônicos ou digitais”. Dessa forma, “é preciso saber que o autor tem direitos sobre o que publica, mesmo que numa mídia tão livre quanto a Internet”, já que, “trata-se não só da preservação dos direitos morais do criador, mas também da garantia de originalidade da nova obra a ser citada” (2011, p. 196).

Assim, verifica-se que o progresso tecnológico e digital apesar de permitir uma maior acessibilidade aos bens intelectuais, provoca uma reviravolta nos direitos de autor, trazendo um cenário de conflitos, em que “de um lado tem-se o autor, que requer a tutela sobre as suas criações, para que possa receber a remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto, inclusive como meio de incentivo à criação” e “de outro lado tem-se a coletividade que pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento, como meio de promoção do desenvolvimento da sociedade como um todo” (PIRES; ADOLFO, 2018, p. 1.142-1.143).

Nesse sentido, Liliana Paesani (2007) explica que existem duas correntes, a primeira delas que entende que a obra pertence de forma exclusiva ao autor e todos os direitos são reservados a ele. A segunda, por sua vez, sustenta que é necessário existir um abrandamento dos direitos exclusivos do autor, de forma a incentivar a livre reprodução e difusão da obra.

Gouveia explica que entre terminais privados, há um mero uso privado, onde em nenhum momento chega-se a problemática da utilização pública, onde o direito de autor constitui-se principalmente exclusivo de utilização pública da obra. Já no caso de utilização pública, ocorre “quando uma obra é colocado em rede, de tal maneira que a ela pode aceder um número indeterminado de pessoas” (1999, p. 22-23).

Marcos Wachowicz afirma que a característica da legislação autoral tendente a superproteger os interesses do titular de direitos e vinculada ao padrão do século XIX, causa impasses com os usos possíveis de obras autorais no ambiente digital, que trouxe a democratização dos custos de produção e distribuição das obras, e “ao criar travas ao acesso à cultura e ao conhecimento, gera insegurança jurídica aos usos possíveis de obras, tanto pelos usuários, como aos próprios autores, e, portanto, ao próprio investidor; ou seja, à sociedade em geral (2011, p. 22).

Por conta disso, Wachowicz (2011) afirma que o direito de autor é uma equação de vários fatores, onde é necessário conciliar os interesses dos autores, dos investidores e do público, que possui interesses sociais legítimos no acesso à cultura.

Nesse sentido, Pires e Adolfo sustentam que “a fundamentalidade e a proteção legal reconhecida aos Direitos Autorais, da mesma forma não representa que este direito seja absoluto” assim como “outros institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, os Direitos Autorais também devem cumprir uma função social (p. 1.143-1.142).

Assim, verifica-se que a sociedade da informação trouxe o confronto entre o interesse privado do titular do direito sobre a obra e o interesse público da coletividade em ter o acesso às obras intelectuais, surgindo o impasse de realizar uma paridade entre o interesse do criador e o da coletividade no acesso à cultura, de forma a efetivar a função social do direito de autor.

### 3 OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO E ACESSO ÀS OBRAS INTELECTUAIS

Uma das formas de estímulo ao desenvolvimento da sociedade é o acesso à informação e à cultura, que possui suma importância na geração do conhecimento.

Pensando nisso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948, dispõe em seu art. XXVII que “toda pessoa tem direito de participar da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”.

Além disso, expõe a respeito da proteção dos direitos de autor sobre suas criações intelectuais, sustentando que “toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

O propósito foi de trazer um equilíbrio entre os direitos de autor e o acesso à informação e cultura pela sociedade, de forma que as obras intelectuais sejam protegidas, porém, sem que isso impossibilite a população de ter acesso a elas.

No mesmo sentido dispôs a Constituição Federal de 1988, trazendo em seu art. 5º, XIV que é assegurado a todos o direito de informação e no art. 215, em que diz que “o governo garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

O direito tutela a criação das obras pois o autor necessita de estímulo e proteção. Essa proteção se dá não apenas a partir da remuneração, mas também através da concessão da exclusividade sobre as formas de utilização da obra, que vem prevista nos arts. 28 e 29 da Lei 9.610/98 (SOUZA, 2005).

Uma das questões a serem repensadas é sobre a possibilidade de utilização de outras formas de incentivar os autores a criar, sem que o estímulo cause o afastamento das obras com relação às pessoas que gostariam de ter acesso (SOUZA, 2005).

Outro debate, é sobre a criação de plataformas digitais que possibilitem o acesso às obras sem que os direitos de autor sejam violados.



Por conta das problemáticas enfrentadas pelo direito de autor diante da evolução tecnológica, do fácil acesso e violação às obras intelectuais, existem alternativas que buscam o equilíbrio entre a proteção dos direitos de autor e a proteção dos interesses da sociedade no acesso às obras, entre elas se destacam, o *Copyleft*, a *Creative Commons* e as plataformas de *Streaming*.

### 3.1 O *Copyleft*

O *copyleft* surgiu nos Estados Unidos em contraposição ao sistema *copyright*, e licenciam os direitos do *copyright*, porém, obrigam todos os licenciados a referenciar o autor da obra e utilizar idêntico modelo de licenciamento nas redistribuições do mesmo original, de cópias ou de versões derivadas (MORIZ; CERDEIRA, 2004).

Entende-se que o *copyleft* é um mecanismo jurídico que garante que os detentores de direitos de propriedade intelectual sejam capazes de licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, porém, sem deixar de serem amparados por esta. Assim, por meio das licenças *copyleft*, seria garantido ao licenciado genericamente, “valer-se das obras de terceiro nos termos da licença pública outorgada” (LEMOS; BRANCO JÚNIOR, 2006, p. 182).

Originou-se, por sua vez, do movimento do *software* livre, que segundo Sérgio Amadeu da Silveira “trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores”.

No modelo tradicional de proteção ao *software*, o detentor dos direitos de autor tem sobre ele o direito de limitar o acesso dos usuários ao seu código-fonte, podendo apenas o autor modificar o *software*. Já no regime “livre”, ocorre exatamente o oposto, onde o autor pode possibilitar que qualquer usuário tenha o direito de acesso ao seu código-fonte, tendo a liberdade de usar, modificar e criar trabalhos a partir daquele código-fonte específico, bem como utilizá-lo para quaisquer propósitos. A “violação aos direitos de autor em um *software livre* ocorre quando algum agente tenta transformar esse software, mantido em regime de *copyleft*, novamente em regime de *copyright*”, ou seja, “quando o agente tenta fechar o código-fonte, impedir o acesso a ele, impedir a livre redistribuição do software etc” (LEMOS, 2011, p. 72).

Importante constar que no *software* livre o autor não abre mão de seus direitos e de sua titularidade da obra, porém, permite que terceiros façam uso, cópia, redistribuição, entre outras formas de autorização, abrindo mão da obrigação de terem sua autorização.

Conforme explicam Lima e Santini o *copyleft* é um mecanismo para criadores de conteúdo que possui como objetivo a proteção dos direitos do trabalho enquanto é disseminado de forma ampla; a proteção “contra a restrição do acesso ao trabalho, contra a sua vontade e além do que considera necessário como recompensa; assegurar que seus trabalhos não serão vulneráveis a ações legais ruinosas” e “criar ambientes de cultura livre, no qual seus trabalhos tenham liberdade de circulação e possam ser construídos de forma aberta” (2008, p. 124).

Dessa forma, o *copyleft* é uma licença que amplia o acesso às obras intelectuais pela sociedade e ao mesmo tempo busca a proteção jurídica dos detentores do direito de autor.

### **3.2 As Licenças Creative Commons**

O *Creative Commons* são licenças públicas que autorizam o uso das criações por terceiros, sem necessitar de autorização especial e não perdendo o autor a titularidade de sua obra.

Criado pelo professor Lawrence Lessing, o *Creative Commons* permite que os autores das obras intelectuais realizem o licenciamento de tais obras por meio de licenças públicas, possibilitando, assim, a utilização de suas obras pela coletividade dentro dos limites das licenças (BRANCO; BRITTO, 2013).

O modelo de licenciamento *Creative Commons* traz a permissão do autor utilizar-se de “*some rights reserved*” (alguns direitos reservados) ao invés de “*all rights reserved*” (todos os direitos reservados).

Valendo-se o autor de alguns direitos reservados, permite a utilização da obra por toda a sociedade, dentro dos termos da licença pública que adotou (BRANCO; BRITTO, 2013).

As licenças *Creative Commons* são divididas em:

- a) Atribuição – CC BY: é a licença mais flexível e permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original.
- b) Atribuição - Compartilha Igual – CC BY-SA: licença que permite que outros remixe, adaptem e criem a partir do trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.
- c) Atribuição – Sem Derivações – CC BY-ND: licença que permite a redistribuição, comercial e não comercial, desde que o trabalho seja distribuído inalterado e no seu todo, com crédito.
- d) Atribuição – Não Comercial – CC BY-NC: licença que permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais e, mesmo que os trabalhos devem atribuir o devido crédito e não possam ser utilizados para fins comerciais, os usuários não precisam licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos.
- e) Atribuição – Não Comercial – Compartilha Igual – CC BY-NC-SA: essa licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam o devido crédito e licenciem as novas criações sob idênticos termos.
- f) Atribuição – Sem Derivações – Sem Derivados – CC BY-NC-ND: é a licença mais restritiva, apenas permite que outros façam download dos trabalhos e os compartilhem desde que atribuam o crédito, não sendo possível alterá-los ou utilizá-los para fins comerciais (CREATIVE COMMONS BR).

Assim, o uso do modelo de licenciamento do *Creative Commons* protege os direitos do autor e ao mesmo tempo permite o acesso à cultura e a informação à população através de um meio juridicamente válido (BRANCO; BRITTO, 2013).

Sendo a tutela dos direitos de autor uma preocupação crescente na Internet, tendo em vista o grande número de disponibilizações de obras que desrespeitam as prerrogativas da propriedade intelectual e dos direitos do autor, o instituto do *Creative Commons* se mostra um facilitador do acesso às

obras intelectuais na rede e ao mesmo tempo confere os direitos escolhidos pelo autor por meio da licença, trazendo incentivo à produção intelectual e democratizando o acesso às obras intelectuais.

### 3.3 As Plataformas de *Streaming*

O *streaming* é caracterizado como “uma forma de execução em que o usuário pode assistir ou ouvir um produto através de pacotes de dados que são recebidos em fluxo constante pela rede, de forma *online*” e foi desenvolvido no ano 2000, ganhando popularidade por conta de seu uso em plataforma de música (AMARAL, 2018, p. 27).

A partir das plataformas de *streaming* é possível assistir filmes e séries bem como ouvir músicas e *podcasts*, sem a necessidade de realizar o *download*, de modo que não ocupa memória física do dispositivo, necessitando apenas de conexão com a Internet para realizar a transmissão dos dados necessários para a execução.

Por conta disso, passa a se falar em acesso do usuário ao conteúdo e não mais em posse, bastando que o usuário se conecte à internet e acesse a plataforma para usufruir das obras disponíveis, o que traz maior segurança jurídica os direitos do autor, impedindo a violação das obras por meio da pirataria.

O *streaming* é dividido em duas modalidades, quais sejam: o *streaming* interativo, também conhecido como *webcast on-demand* e o *streaming* não interativo, ou *simulcasting*. O *streaming* interativo é a transmissão simultânea de conteúdo por meio da Internet, em tempo real, onde o usuário segue uma programação pré-fixada. O *streaming* não interativo é por meio do qual o usuário pode escolher a obra que deseja executar, a ordem que deseja seguir, bem como no momento e local que deseja consumir o conteúdo.

Cumprido destacar que algumas plataformas, inclusive, permitem seu uso sem a cobrança de mensalidades dos usuários, como é o caso do *Spotify*. Porém, em sua versão *premium*, possibilita que o usuário ouça as faixas sem interrupções de anúncios, bem como, ouça músicas *off-line*, sem a conexão com a Internet, por meio da realização de *download*, ficando, porém, as obras disponíveis apenas no aplicativo da plataforma, não na memória física do dispositivo.

Com o *streaming* é possível perceber um equilíbrio entre a tutela dos direitos de autor e as obras disponibilizadas na Internet, uma vez que garante a remuneração do artista com base no acesso das obras na plataforma. Ao mesmo tempo, possibilita o acesso a grande acervo de obras musicais e visuais, garantindo o direito à cultura e a função social do direito de autor.

No entanto, a discussão que prevalece no *streaming* é quanto ao enquadramento do serviço como execução pública, de forma a ensejar a cobrança de direitos autorais de execução pública no ambiente digital.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o assunto no Recurso Especial nº 1559264/RJ, afirmando ser devida a cobrança de direitos autorais pelo serviço de streaming, por conta das obras e fonogramas serem transmitidos na internet, local de frequência coletiva, caracterizando-se, portanto em execução pública.

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou na decisão que compreender o streaming como “hipótese de execução pública passível de cobrança pelo ECAD prestigia, incentiva e protege os atores centrais da indústria da música: os autores” e destaca que “outro aspecto relevante é que a disponibilização em formato *streaming* permite que a música, de maneira dinâmica, ultrapasse fronteiras regionais, o que faz gerar um direito mundial recíproco”.

Em contrapartida, é possível argumentar que a decisão poderá engessar um mercado que ainda se encontra em desenvolvimento e que proporciona os benefícios já citados, entre eles o da disponibilização das obras no meio digital sem que os usuários possam compartilhá-las de forma ilícita, já que a cobrança causaria um *bis in idem*.

## CONCLUSÃO

A era digital trouxe mudanças significativas na realidade dos direitos de autor, os quais podem trazer benefícios por conta da facilidade na disseminação da informação alcançando um grande número de pessoas, proporcionando um amplo acesso às obras intelectuais e à cultura, mas também, situações negativas, ante a dificuldade de a legislação autoral prever todas as questões atinentes, bem como da violação das obras no ambiente digital.

O compartilhamento desenfreado e a desmaterialização das obras trouxeram preocupações aos autores, na medida em que verificam suas obras serem expostas no ambiente digital de forma gratuita e sem seu consentimento, além da dificuldade em encontrar o transgressor.

Os direitos de autor devem ser pensados sobre uma nova ótica, dentro dos novos padrões surgidos com o advento da era digital, sobretudo da Internet, onde o compartilhamento ocorre de forma vertiginosa e ocasiona a impossibilidade de controle da propagação.

Por conta de não ter se encontrando uma solução definitiva para os problemas encontrados na disponibilização das obras na rede, a criação de métodos e plataformas que buscam uma nova forma de disponibilização das obras protegendo os direitos dos autores da utilização indevida parece acertado.

Verifica-se que os modelos de licenças livres como o *copyleft* e *creative commons* se mostram alternativas eficazes na garantia dos direitos dos criadores das obras disponibilizadas no meio digital, possibilitando que os autores possam licenciar suas obras.

Da mesma forma, as plataformas de *streaming*, que apesar das controvérsias existentes com relação a execução pública das obras disponibilizadas na plataforma, trouxe aos autores a segurança de que suas obras não serão compartilhadas, já que não se faz possível a realização de *download* das obras, ou seja, seu armazenamento permanece apenas na plataforma.

A partir disso, os autores possuem novas garantias de proteção gerando estímulo a criação e ao mesmo tempo, as obras são disponibilizadas por meio da rede à sociedade, assegurando o acesso democrático à cultura e ao conhecimento.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Jordana Siteneski do. **Do “like” ao “strike”**: o uso de fonogramas protegidos pelo direito de autor nos vlogs do youtube no ambiente das novas tecnologias. 194p. Dissertação (Mestrado em Direito), Escola de Direito, Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. **Revista da EMERJ**, v.2, n.7, 1999. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o\\_direito\\_do\\_autor\\_ni\\_ciberespaco.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_direito_do_autor_ni_ciberespaco.pdf)> Acesso em: 30 set. 2020.

ANTUNES, Ana Maria Pereira. **Sociedade da Informação**. Coimbra, 2008. Disponível em: <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2008007.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; BRITTOS, Valério Cruz. Capitalismo, esfera pública global e o debate em torno da televisão digital terrestre no Brasil, **Contracampo**, v. 9, 2003. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17356/10993>. Acesso em: 30 set. 2020.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **Proteção de dados e privacidade**: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**: inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: IMED, 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BRASIL (2017). Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1559264 / RJ** (2013/0265464-7) autuado em 19/08/2013. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de fevereiro de 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAVES, João da Gama. **Criador da obra intelectual**: direito de autor, natureza, importância e evolução. São Paulo: LTr, 1995.

CREATIVE COMMONS BR. Disponível em: <https://br.creativecommons.org/licencas/>. Acesso em: 07 out. 2020.

GOUVEIA, Luís Manuel Borges. **Sociedade da Informação**: notas de contribuição para uma definição operacional. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004. Disponível em: <https://www.cin.ufpe.br/~cjgf/SOCIETY/Sociedade%20da%20Informacao%20-%20contribuicao%20para%20uma%20definicao%20operacional.pdf>. Acesso em: 28 de set. 2020.

LEMONS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio. Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 180-210, 2006. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft\\_Software\\_Livre\\_e\\_CC\\_A\\_](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_)

Nova%20Feicao\_dos\_Direitos\_Autorais\_e\_as\_Obras\_Colaborativas.pdf?sequen-  
ce=1. Acesso em: 05 out. 2020.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Fundação Getúlio Vargas. 2005. Dis-  
ponível em: [http://www.overmundo.com.br/download\\_banco/livro-direito-tecno-  
logia-e-cultura-ronaldo-lemos](http://www.overmundo.com.br/download_banco/livro-direito-tecno-<br/>logia-e-cultura-ronaldo-lemos). Acesso em: 05 out. 2020.

LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de  
uso de informação na sociedade da informação. **Ciência da Informação**, vol. 37, n.1,  
Brasília, jan/abr, 2008. p. 121-128.

MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: um primeiro passo para  
uma teoria geral do direito digital. **Revista dos Tribunais**, vol. 974/2016, p. 81-110,  
dez. 2016.

MENEZES, Elisângela Dias. O plágio na Internet. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Pro-  
priedade Intelectual e Internet**: volume II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 175-197.

MORIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e software livre:  
uma opção pela razão – eficiência tecnológica, econômica e social – I. **Revista da  
ABPI**, n. 70, p. 65-69, maio/jun. 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Huma-  
nos**. 1948.

PAESANI, Liliana Minardi. A flexibilização dos direitos: *software* livre e licença *copyleft*.  
In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São  
Paulo: Atlas, 2007.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e  
responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Do vinil ao streaming: as mudan-  
ças no mercado musical e na relação entre direitos autorais e acesso à música.  
In: **Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba:  
Universidade Federal do Paraná, 2018. Disponível em: [https://www.gedai.com.  
br/wp-content/uploads/2019/06/046-DO-VINIL-AO-STREAMING-AS-MUDAN%-  
C3%87AS-NO-MERCADO-MUSICAL-E-NA-RELA%C3%87AO-ENTRE-DIREITOS-AUTO-  
RAIS-E-ACESSO-%C3%80-M%C3%9ASICA.pdf](https://www.gedai.com.<br/>br/wp-content/uploads/2019/06/046-DO-VINIL-AO-STREAMING-AS-MUDAN%-<br/>C3%87AS-NO-MERCADO-MUSICAL-E-NA-RELA%C3%87AO-ENTRE-DIREITOS-AUTO-<br/>RAIS-E-ACESSO-%C3%80-M%C3%9ASICA.pdf). Acesso em: 03 out. 2020.

SEVERINO JUNIOR, Zauri Geraldo. O direito de autor, as novas tecnologias e a cultura  
remix. In: REIS, Jorge Rentato dos; BOFF, Saete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI,  
Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson (Orgs). **Estudos de direito de  
autor no constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2011.



SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão Digital, Software Livre e Globalização contra-hegemônica. **Software Livre no governo do Brasil**. Disponível em: [http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo\\_02](http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02). Acesso em: 05 out. 2020.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Considerações introdutórias sobre direito autoral e acesso ao conhecimento**. 2005. Disponível em: <https://www.monografias.com/pt/trabalhos/consideracoes-direito-autoral-acesso-conhecimento/consideracoes-direito-autoral-acesso-conhecimento.shtml>. Acesso em: 05 out. 2020.

WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral?: estudos e pareceres**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889>. Acesso em: 28 set. 2020.

# »»» BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET E OS DIREITOS DE AUTOR

Bibiana Biscaia Virtuoso<sup>1</sup>

Heloisa Molitor<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca trazer à discussão a responsabilidade civil dos provedores de internet após o sancionamento do Marco Civil da Internet, em especial no que diz respeito à proteção dos direitos autorais. A Lei 12.965 dispõe que o provedor de conexão de internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Todavia, caso notificado, sua inércia incorrerá em culpa, de maneira que se observa a responsabilidade subjetiva. Quanto aos direitos autorais, a lei deixou de dispor acerca do assunto, aguardando, deste modo, a elaboração de lei específica. O presente trabalho busca analisar as três formas de retirada do conteúdo infringente: *judicial notice and takedown*, *notice and takedown* e *notice and notice*. No caso do Brasil, a legislação e jurisprudência utilizam do *judicial notice and takedown* para retirar o conteúdo. Todavia, ao tratar dos direitos autorais, esta alternativa não é a mais adequada haja vista a demora para a derrubada do conteúdo. Deste modo, faz-se necessário buscar uma via mais rápida e eficaz, tal como o *notice and notice*, bem como pensar em uma legislação específica acerca da retirada de conteúdo infringente de direitos autorais.

**Palavras-chave:** Marco Civil da Internet – Responsabilidade Civil – Direito Autoral

## I INTRODUÇÃO

Em 23 de abril de 2014 foi sancionada a Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet. A lei parte de princípios, garantias, direitos e deveres

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UFPR. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2016). Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Doutoranda em Direito pela PUC SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito e Tecnologia da Informação. Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pela POLI - USP. Possui graduação em direito pela Universidade de Marília (2002).

para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação do Estado na matéria.

Dentre os temas abordados, a Lei 12.965 trata da neutralidade de rede, a proteção de dados e a responsabilidade de dano causado por conteúdo gerado por terceiros.

Este último tema merece uma análise mais profunda, tendo em vista que, apesar de mostrar um avanço, ainda há críticas a serem feitas à redação da lei, principalmente no que tange a proteção dos direitos autorais e conexos. O art. 19, §2º do Marco Civil da Internet deixa de dispor acerca da infração de direitos de autor e conexos, apenas prevendo que a matéria depende de previsão específica:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

**§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal** (grifo do autor)

A tese da responsabilização dos conteúdos produzidos por terceiros já despontava na jurisprudência, partindo de uma noção consumerista do assunto. Utilizava-se o fundamento da falha de serviço prestado, partindo da ideia de que haveria uma relação de consumo entre o usuário e o provedor (SCHREIBER, 2015, p. 285).

As cortes brasileiras vinham entendendo que a responsabilização dos provedores de internet era objetiva, tendo em vista que as empresas exploram este tipo de atividade economicamente. O fornecedor deveria oferecer mecanismos de proteção com vista a proteger o usuário (SCHREIBER, 2015, p. 286).

Apesar de a jurisprudência apontar para a direção objetiva, a Lei 12.965 fixou que a responsabilidade aplicada aos provedores de internet seria a de ordem subjetiva, ou seja, depende da prova da culpa.

Trata-se de uma responsabilidade condicionada, dependente da inércia do provedor ao receber a comunicação e manter o conteúdo infringente no ar (SCHREIBER, 2015, p.287).

Tendo em vista que a legislação deixa de dispor acerca da violação de direitos autorais e conexos, como poderia ser resolvido as questões envolvendo estas violações? Qual seria a melhor alternativa para a remoção do conteúdo infringente do ar?

## **II A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES NO MARCO CIVIL DA INTERNET**

Primeiramente, é necessário distinguir dois termos técnicos para melhor compreensão deste estudo: provedores de conexão e provedores de aplicações.

Provedores de conexão são aqueles que promovem a intermediação entre a operadora e o usuário do serviço contratado. Os provedores de conexão não são responsabilizados pelos conteúdos gerados por terceiros, uma vez que não há como realizar uma fiscalização completa e integral destes conteúdos.

Para o presente estudo, importa o segundo termo: os chamados provedores de aplicações. O art. 5º, VII conceitua aplicações de internet como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por um terminal conectado à internet”.

A lei faculta aos provedores de aplicações que, mediante ordem judicial, guardem os registros de acesso a aplicações de internet, mas somente se tratar de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

Neste sentido, caso determinado conteúdo viole os direitos de outrem, pode o provedor de aplicação responder civilmente caso não faça a devida retirada deste conteúdo.

Por responsabilidade civil, entende-se como uma espécie de instrumento compensatório, cujo objetivo é restituir as perdas sofridas pela vítima

e como forma de desestimular condutas semelhantes no futuro (STOCCO, 2014, p. 235).

Originalmente, a responsabilidade civil nasce de forma subjetiva, quando o indivíduo comete um ato ilícito e causa dano a outra pessoa. É o dano causado por imprudência, imperícia ou negligência.

Entretanto, com o passar do tempo se verificou que nem sempre a responsabilidade civil subjetiva era apta a resolver todas as questões, uma vez que nem sempre é possível comprovar todos os elementos fundamentais da teoria subjetiva (STOCCO, 2014, p.235). Assim, nasceu a chamada responsabilidade civil objetiva, a qual não necessita do elemento culpa. Basta que haja o ilícito para que exista o dever de indenizar.

Esta teoria é fundada na teoria do risco, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. É a teoria aplicada no Código de Defesa do Consumidor.

Quando se fala em responsabilidade na Lei 12.965, os juristas entendem que se trata da responsabilidade subjetiva, que é, em regra, a utilizada pelo direito brasileiro. Isto significa que é necessário que haja culpa por parte do provedor de internet.

O Marco Civil fixa que a inércia do provedor após a ordem judicial específica se enquadra como culpa e, por este motivo, a vítima deve ser compensada.

A exceção a esta regra é o artigo 21, quando se fala em cenas de nudez e sexo. É a única ressalva da lei: basta a inércia após a notificação para que se responsabilize subsidiariamente. Frisa-se que, apenas nestes casos, não é necessária ordem judicial específica.

A responsabilidade de dano causado por conteúdo gerado por terceiros se encontra fixada no capítulo III, seção III do Marco Civil da Internet, nos artigos 18 a 21.

Conforme dispõe o Marco Civil da Internet, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (art. 18).

A responsabilização só ocorrerá se, após ordem judicial específica, o provedor não tomar as providências necessárias para tornar indisponível o

conteúdo (art. 19), devendo esta ordem conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo, de forma a permitir a localização inequívoca do material (§1º).

As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais (§3º). Nestes casos, pode haver antecipação de tutela se existir prova inequívoca do fato, verossimilhança na alegação do autor e receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação (§4º).

Uma vez indisponibilizado o conteúdo, se o provedor de aplicações de internet possuir as informações acerca do usuário responsável pelo conteúdo, deve comunicar os motivos e informações referentes à indisponibilização, abrindo espaço para o contraditório e ampla defesa. Ainda, o usuário pode solicitar que o provedor substitua o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização. (art. 20).

O Marco Civil da Internet se destaca por tratar, especificamente, da derrubada de conteúdos que envolvam cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado. Nestes casos o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado caso, mesmo após a notificação para retirada do conteúdo, não tome as providências necessárias (SERRO, 2015, p.8).

Entretanto, no que tange as infrações de direitos de autor ou direitos conexos, o Marco Civil da Internet dispõe que a questão fica dependente de previsão legal específica. Ocorre que, passados seis anos de sua publicação, não houve a criação desta lei específica.

Deste modo, questiona-se qual seria a melhor alternativa para garantir a proteção dos direitos autorais e conexos. O próximo tópico abordará as alternativas utilizadas para a derrubada de conteúdo infringente e a adotada pelo Marco Civil, para então apresentar como a jurisprudência brasileira está lidando com a questão.

### III A RETIRADA DE CONTEÚDO DA REDE: NOTICE AND TAKEDOWN, NOTICE AND NOTICE E JUDICIAL NOTICE AND TAKEDOWN

O Marco Civil trata sobre a retirada do conteúdo do ar, tornando-o indisponível após ordem judicial. Entretanto, esta retirada pode ser realizada de formas diferentes: *notice and takedown*, *notice and notice* E *judicial notice and takedown*.

Aplicado principalmente nos Estados Unidos, o primeiro modelo é o chamado *notice and takedown*. O instituto nasceu com o intuito de proteger os direitos de autor. Na prática, envia-se uma notificação extrajudicial ao provedor de conteúdo, para que retire imediatamente o conteúdo infringente, sem necessidade de ordem judicial prévia ou de contranotificação, antes ou depois da retirada. Caso não haja a indisponibilização do conteúdo, o provedor pode vir a ser responsabilizado (SOUZA; SCHIRRU, 2016, p.41). É uma maneira encontrada para evitar que o dano se alastre e cause prejuízos ainda maiores (SCHREIBER, 2015, p.290).

O segundo modelo diz respeito ao chamado *notice and notice*. Nestes casos, há o envio de notificação extrajudicial para a retirada do conteúdo supostamente infringente. A diferença em relação ao primeiro modelo é que, aqui, há a possibilidade de contranotificação, abrindo espaço para o contraditório.

O último modelo é o adotado pelo Brasil: o chamado *judicial notice and takedown*. Neste modelo, o provedor só é responsabilizado nos casos em que não há cumprimento da ordem judicial para retirada do conteúdo.

O descumprimento de ordem judicial passa a ser condição necessária para a responsabilização. É necessária a propositura de uma ação judicial para que ocorra a responsabilização dos provedores (SCHREIBER, 2015, p. 291).

A partir do exposto, faz-se necessária a breve análise de alguns casos envolvendo a responsabilização do provedor por conteúdo de terceiros, corroborando com o entendimento que, no Brasil, a derrubada de conteúdo somente pode ser realizada via *judicial notice and takedown*.

## IV APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR POR CONTEÚDO DE TERCEIROS NA JURISPRUDENCIA

A jurisprudência vem gradativamente trazendo a aplicação do Marco Civil aos casos concretos. A maioria envolve grandes empresas, tais como *Google* e o *Facebook*, sendo resolvidas apenas após decisão judicial.

Trata-se de agravo regimental em agravo de recurso especial, proposto pela empresa *Facebook Serviços Online do Brasil LTDA*, em face de Valtemário Silva Frazão Júnior, com interesse da empresa *Google Brasil Internet LTDA*.

O autor é sacerdote da Igreja Católica e foi vítima de falsário que criou e-mail e perfil falsos no *Facebook* e divulgou mensagens inverídicas com afirmações enganosas, inclusive sobre seu engajamento em uma associação de promoção da homossexualidade. Os réus relutaram em bloquear os perfis falsos, o que contribuiu para que permanecesse sendo divulgado o conteúdo, abalando a imagem do sacerdote perante a sociedade e seus superiores eclesiásticos. Considerou-se a falha na prestação do serviço e se impôs o bloqueio do e-mail e exclusão do falso perfil.

O *Facebook* alegou que não havia sido notificado previamente acerca da retirada de conteúdo, de forma que não poderia ser responsabilizado e requer a retroatividade da aplicação da Lei 12.965.

Entretanto, o recurso não foi provido:

AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. FUNGIBILIDADE ENTRE AGRAVO REGIMENTAL E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE PÁGINA WEB.

NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014). APLICAÇÃO.



1. Nos termos do art. 253 do RISTJ, permite-se ao relator conhecer do agravo para negar-lhe provimento se correta a decisão que inadmitiu o recurso especial, podendo manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Súmula n. 182 do STJ).

3. Inexiste omissão quando a decisão agravada dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

4. Não há falar em eventual fungibilidade entre o agravo regimental e os embargos de declaração quando, no caso concreto, a alegação de omissão pode ser analisada em agravo regimental, sem prejuízo para a parte agravante.

**5. A nova disciplina da Lei n. 12.965/2014 estatuiu que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de *internet* pela postagem por terceiros de conteúdos violadores de direitos reclama prévia ordem judicial específica.**

**6. Com relação a fatos pretéritos à edição da Lei n. 12.965/2014, comprovado nos autos que houve prévia comunicação aos provedores de *internet*, ainda que não por meio de ordem judicial específica, acerca de conteúdo violador de direito postado por terceiro e, desidiosamente, nada foi feito, são eles responsáveis civilmente pelos danos daí advindos.**

7. Agravos regimentais parcialmente conhecidos e desprovidos.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agrg no Agravo em Recurso Especial nº 712.456. Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, DF, 17 de março de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília)

No voto do Ministro João Otávio de Noronha, afirma-se que a vítima de fato entrou em contato com a empresa, a fim de remover o perfil falso, mas não obteve resultado.

A exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a lei se contenta com a noti-

ficação que aponte o material ilícito, caso em que o provedor responderá subsidiariamente pela inércia.

No caso envolvendo o *Facebook*, o Ministro João Otávio de Noronha ressalta que a remoção de conteúdo da *internet* depende necessariamente de ordem judicial. Por conseguinte, a ausência dessa ordem impede que o proprietário do *site* eletrônico seja responsabilizado civilmente por conteúdos gerados por terceiros. Entretanto, no caso em comento, malgrado não tenha havido ordem judicial para a remoção de conteúdo da *internet*, esse entendimento não tem a aplicação desejada pela empresa, ou seja, não tem o condão de afastar a sua responsabilidade civil.

O Ministro entende que, embora não tenha havido ordem judicial de retirada do conteúdo impróprio, foi comunicado à empresa a presença de conteúdo na plataforma do *site* e, mesmo assim, nenhuma providência foi feita.

O *Facebook*, então, deve ser responsabilizado pela “desídia em não atender aos anseios do autor, após a denúncia de perfil falso com conteúdo impróprio, contribuindo para que permanecesse sendo divulgado o conteúdo com caráter jocoso e inverídico” (sentença - fl. 329).

No que diz respeito aos direitos autorais, o entendimento segue no mesmo sentido. É possível observar, a exemplo de decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a derrubada de conteúdo infringente de direitos autorais somente é autorizada mediante ordem judicial.

Conforme se depreende da ementa da apelação cível nº 1094431-39.2019.8.26.0100, de relatoria de José Carlos Ferreira Alves,

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de obrigação de fazer – Remoção de conteúdo publicado na rede social da ré – Sentença de parcial procedência – Conteúdos publicados que violam direitos autorais da autora e, portanto, devem ser removidos – Permissão para que a autora indique outros conteúdos que devem ser removidos, em fase de cumprimento de sentença – Inadmissibilidade – **Remoção de conteúdo da Internet que depende de ordem judicial** – Necessidade, portanto, de análise judicial a respeito da alegação de violação – Recurso provido para reformar parcialmente a sentença.

(TJSP; Apelação Cível 1094431-39.2019.8.26.0100; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/09/2020; Data de Registro: 08/09/2020)

Do mesmo modo, a apelação cível nº 1071176-28.2014.8.26.0100, de relatoria de Benedito Antonio Okuno reforça o entendimento:

Direitos Autorais – Não verificada a alegada condenação por litigância de má fé. **O provedor de conexão à internet não pode ser responsabilizado pelos conteúdos publicados pelos seus clientes.** Reconhecida a ilegitimidade passiva da apelada, que não participa, compõe ou edita as páginas de seus contratantes. RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA NEGADO PROVIMENTO.

(TJSP; Apelação Cível 1071176-28.2014.8.26.0100; Relator (a): Benedito Antonio Okuno; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 18/11/2019)

Uma das principais teses arguidas, neste sentido, é a ideia de que os provedores de conteúdo e hospedagem não podem realizar, por si só, a retirada do conteúdo, sob pena de incorrer em censura do material. Somente o Poder Judiciário teria poder para determinar o que viola ou não o direito autoral.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. PERDAS E DANOS. 1. Exclusão de vídeos da plataforma do Youtube em razão de alegada violação de direitos autorais, com bloqueio de acesso do agravante ao seu perfil. Tutela de urgência indeferida. Inconformismo. Acolhimento parcial. 2. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC. **Remoção de vídeos que depende de ordem judicial, conforme art. 19 da Lei 12.965/2014. Precedente do C. STJ. Remoção extrajudicial que afronta, em tese, a livre circulação de notícias e opiniões, caracterizando censura.** Tutela deferida para restaurar os vídeos excluídos do canal do recorrente e restabelecer o seu acesso ao seu perfil. Demais medidas, consistentes em proibição futura de bloqueios e suspensões, que são genéricas e extrapolam, ao menos por ora, o ob-

jeto da lide. Decisão reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2228394-38.2019.8.26.0000; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 09/12/2019)

Agravo de Instrumento. Pedido de “Tutela Antecipada Antecedente” ajuizada pela agravante, objetivando o restabelecimento de um vídeo na plataforma do youtube, removido administrativamente pela empresa ré. Insurgência. Acolhimento. **É vedado aos provedores - de conteúdo e de hospedagem - realizarem juízo e valor sobre as publicações dos seus usuários, cabendo ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinado conteúdo fere ou não, como na espécie, direito autoral. Inteligência do art. 19 do Marco Civil da Internet.** RECURSO PROVIDO para confirmar a tutela recursal concedida, a fim de determinar o restabelecimento do vídeo publicado pela agravante, agora, sem a fotografia, cuja autoria se atribui ao fotógrafo Sebastião Salgado, sob pena de multa diária de R\$500,00, pelo descumprimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2224880-77.2019.8.26.0000; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2019; Data de Registro: 05/12/2019)

Observa-se que a jurisprudência tanto dos tribunais superiores como regionais (a exemplo de São Paulo) aplicam o *judicial notice and takedown*, proibindo expressamente que a retirada de conteúdo seja feita sem intervenção do Poder Judiciário.

Todavia, apesar da posição adotada, no caso do conteúdo infringente for de direito autoral, o *judicial notice and takedown* pode não ser efetivo. Ao se tratar da internet, o acesso a este tipo de conteúdo é de longo alcance. Isto significa que, mesmo pouco tempo no ar, o conteúdo pode ser disseminado de maneira extremamente rápida.

Ocorre que o direito autoral, em sua essência, busca proteger justamente a expressão da criatividade humana. A partir do momento que há a

violação desta criatividade, atinge-se não somente os direitos patrimoniais, mas principalmente os direitos morais do autor.

Um exemplo é o plágio acadêmico. A apropriação indevida da autoria de um texto pode prejudicar demasiadamente o autor original, pois sua obra corre o risco de perder sua originalidade e diminuir sua importância.

Outro exemplo é o caso de um designer que tem seus desenhos copiados e reproduzidos sem autorização. Por ser um ramo específico, as imagens são associadas à pessoa que desenhou, de maneira que qualquer alteração pode prejudicar a própria reputação do artista.

Estes casos ilustram os problemas do *judicial notice and takedown*. É arriscado para o autor da obra violada precisar aguardar todo o trâmite jurídico. Trata-se de um processo lento e que pode até mesmo não alcançar o fim pretendido. Além disso, é um processo custoso para o titular da obra.

A questão de tempo, risco e dispêndio financeiro podem levar a uma inefetividade do *judicial notice and takedown*. Quanto mais tempo a obra violada fica na internet, mais difícil vai se tornando sua retirada e diminui o grau de proteção que deveria ser mantido pelo direito autoral.

Então por que não adotar o *notice and takedown*? Apesar de utilizado em outros países, acredita-se que a aplicação deste modelo no Brasil poderia trazer uma censura prévia do conteúdo (WACHOWICZ; KIST, 2014), o que fere terminantemente a Constituição Federal. Ainda, este sistema apenas garantiria apenas a responsabilização após a ocorrência do dano e a consequente notificação, ficando sem proteção até este momento (SCHREIBER, 2015, p.287).

Ademais, o sistema do *notice and takedown* deve ser adotado com cautela, a fim de evitar sua utilização abusiva e garantir seu funcionamento adequado (SCHREIBER, 2015, p.288), principalmente quando não há a garantia de que o instituto será aplicado integralmente no país.

Schreiber afirma que o artigo 19, em sua redação, abre espaço para que os provedores saiam impunes, uma vez que possibilita alegações como a de que a ordem judicial não foi específica ou a impossibilidade por questões de ordem técnica (SCHREIBER, 2015, p.303).

Segundo o autor,

“Para o art. 19, nem basta a *notice*, nem levará ao *takedown* porque o que o dispositivo faz é criar ressalvas e embaraços ao efetivo cumprimento da ordem judicial. A norma assegura às vítimas de danos menores do que elas já tinham pelo sistema geral de responsabilidade civil e engessa a tutela dos direitos fundamentais, retrocedendo em relação ao que os tribunais já vinham concluindo nesse campo” (SCHREIBER, 2015, p. 292).

Apesar das considerações apresentadas, o *judicial notice and takedown* foi a forma que prevaleceu na Lei 12.965, embora seja criticada pela doutrina. Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2015, p.289) afirma que o modelo adotado no Brasil é extremamente prejudicial, engessado, reduzindo o grau de proteção da vítima que vinha sendo trabalhado pela jurisprudência.

No que tange os direitos autorais, adotar o *notice and notice* parece ser a solução mais adequada. A possibilidade de notificar extrajudicialmente é um caminho mais acessível e rápido, inclusive servindo como importante instrumento para eventual ação judicial, uma vez que já constitui em mora o notificado.

É evidente que o *notice and notice* não garante a retirada imediata do conteúdo infringente. Do mesmo modo que o *judicial notice and takedown*, a questão do tempo pode prejudicar o titular de direitos. Todavia, o *notice and notice* permite uma maior agilidade, além de ser menos custosa ao artista, uma vez que não necessita da participação de um advogado.

## V CONCLUSÃO

A responsabilidade civil na internet ainda encontra dois grandes obstáculos. O primeiro deles é a descentralização. Não há um órgão central que administre a rede e cuide do conteúdo disseminado nela. Há muitos sujeitos envolvidos para que seja determinada a responsabilidade de cada um (MORAES, 2015, p.87).

O segundo fator é o anonimato. A Internet permite a comunicação entre usuários que não sabem as origens do outro. Apesar de ser um dos atrativos da rede, há quem afirme que deveria haver um mínimo de controle acerca de quem acessa e o que faz ali.

Deste modo, o Marco Civil da internet foi uma tentativa de conter os danos causados por atividades ilícitas na rede. No que tange a responsabilidade civil, tratou-se de sua aplicação nos casos em que o provedor de internet agiu com culpa e desrespeitou ordem judicial específica.

A escolha do sistema do *judicial notice and takedown* é passível de críticas. Nos casos em que a violação a um direito da personalidade é latente, não seria inconstitucional tolher o direito de defesa da vítima, necessitando aguardar ordem judicial específica para retirada do conteúdo? Não seria mais lógico e adequado aplicar a exceção de que trata o artigo 21?

É o caso dos conteúdos que violam os direitos de autor. A necessidade de uma ordem judicial específica para a retirada do conteúdo pode ser extremamente prejudicial ao artista, tendo em vista o tempo que o conteúdo fica no ar, sendo disseminado. É importante ressaltar que não se trata apenas do aspecto patrimonial, mas, principalmente, do aspecto moral da obra.

Por outro lado, há quem defenda que a aplicação do *notice and takedown* poderia ser prejudicial, tendo em vista que é uma modalidade que abre espaço para uma censura prévia. Ademais, o instituto deveria ser aplicado em sua forma original, não em partes, como muitas vezes ocorre quando absorvemos um instituto estrangeiro.

Apesar disto, a jurisprudência vem cada vez mais aplicando a Lei 12.965, buscando responsabilizar os provedores que, mesmo sabendo do dano, nada fizeram para resolvê-lo.

No que diz respeito à proteção dos direitos autorais, o Marco Civil da Internet deixou de legislar sobre o assunto, deixando para a legislação específica tratar do assunto. Todavia, a ausência de legislação específica prejudica a proteção das obras na Internet. O caminho adotado pelo Direito, o *judicial notice and takedown*, é importante em um segundo momento, quando não há retorno do *notice and notice*.

Outro elemento que é preciso destacar é a necessidade de se especificar o conteúdo a ser retirado. Com a Internet, a disseminação das informações é extremamente rápida, de forma que nem sempre é possível para o titular de direitos especificar o que se pretende derrubar.

Ainda há um longo caminho até a efetivação do Marco Civil. Deve-se pensar qual é a melhor forma para conter os danos e compensar as vítimas

da maneira adequada. A Lei 12.965 veio como um novo norte na proteção dos usuários da rede, mostrando que, apesar de todos os obstáculos e problemas apresentados pela complexidade do sistema, a internet não é uma terra sem lei.

Quanto à proteção dos direitos de autor, deve-se caminhar para a criação de lei específica acerca do tema, considerando a necessidade de rápida retirada do conteúdo infringente, o qual nem sempre pode aguardar a proteção do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

MORAES, Thiago Guimarães. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES DE CONTEÚDO DA INTERNET. In.: **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Civil, v. 4, jun. 2015. Bimestral.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SERRO, Bruna Manhago. **DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES FRENTE À LEI 12.965/2014: ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 3., 2015, Santa Maria. **Anais...** . Santa Maria: Ufsm - Universidade Federal de Santa Maria, 2015. p. 1 - 15. Disponível em: e <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 24 set. 2020.

SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. Os direitos autorais no marco civil da internet | Copyrights in the Civil Rights Framework for the Internet. **Liinc em Revista**, [s.l.], v. 12, n. 1, p.40-56, 31 maio 2016. Liinc em Revista. <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i1.891>.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WACHOWICZ, Marcos; KIST, Vitor Augusto Wagner. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: uma breve análise crítica. **Boletim GEDAI**, set. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=ptbr/boletins/boletimgedaisetembro2014/marcocivildainternetedireitoautoralumabrevean%C3%A1lise>. Acesso em: 26 set. 2020.



# AS LIVES NO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19 E A COBRANÇA PELO ECAD

Roberta de Carvalho Ferreira Rodrigues<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo com o presente trabalho é trazer as questões jurídicas envolvidas na recente polêmica das lives patrocinadas, que viraram grande fenômeno com o advento da pandemia mundial do Covid-19 e o cancelamento de grandes eventos, com o questionamento sobre o pagamento devido dos direitos de execução pública a serem pagos ao ECAD. O presente estudo busca traçar o histórico da gestão coletiva no Brasil, em específico sobre a trajetória da mesma relacionada aos direitos de execução pública no streaming, pincelando sobre os processos judiciais e posteriores acordos que norteiam a relação jurídica entre ECAD e YouTube, chegando à atual forma de pagamento. A partir de pesquisas em artigos, livros e demais publicações de doutrinadores especializados no tema, e ainda como base os esclarecimentos e comunicados do ECAD, o presente estudo traz ainda as consequências causadas ao mercado, e a aplicação das novas regras impostas pela entidade de gestão coletiva.

**Palavras-chave:** Gestão Coletiva –Direito Autoral – *Streaming*

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da gestão coletiva de direitos autorais foi um processo natural decorrente da necessidade prática do exercício coletivo desses direitos. A gestão coletiva é quase uma atividade obrigatória diante das dificuldades de gestão individual dessa espécie de direito.

A ascensão das plataformas digitais vem influenciando o consumo de música, de modo que não podem ser percebidas como meros canais entre artista e consumidor.

---

<sup>1</sup> Advogada especializada em Direito Autoral e Direito do Entretenimento, com Pós Graduação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em Propriedade Intelectual. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016).

A Internet de forma geral alterou o formato como os direitos autorais são conceituados e categorizados, fazendo necessário uma reformulação de normas relacionadas ao Direito Autoral e também sobre as atividades comuns do mercado de música em específico, como por exemplo os downloads ilegais que impactaram todo o setor, e os principais agentes necessitaram se reinventar para que não houvesse prejuízos.

Em 2020, em decorrência da pandemia mundial do Covid-19, e em meio ao distanciamento social imposto em todo os países, o mercado do entretenimento em geral se viu diante de uma necessidade de se reinventar.

Com isso os artistas iniciaram uma nova onda, com shows ao vivo para seus fãs de dentro das suas casas. Desde apresentações com estrutura de festival até de forma mais caseira apenas com seus celulares, nasceram as famosas lives.

Utilizando a grande visibilidade que os artistas possuem, empresas de diversos segmentos de mercado enxergaram nas lives como uma ferramenta excelente para ações publicitárias, Branded Content, patrocínio e engajamento.

Ocorre que diante disso, surgiu uma nova forma para cobrança dos direitos de execução pública, e surge a polêmica: precisa pagar ECAD pelo show transmitido ao vivo?

Antes de adentrar na questão central do presente estudo, cabe trazer o histórico da gestão coletiva no Brasil, e em específico o reconhecimento de streaming como frequência coletiva e passível de recolhimento de direitos de execução pública.

## **2 ECAD: BREVE HISTÓRICO**

O direito autoral é um instrumento de proteção do criador na relação com as instituições que exploram suas criações. As obras musicais são protegidas pela Lei de Direito Autoral nº 9.610/98, e por conta da mesma, qualquer comunicação pública realizada em locais de frequência coletiva depende de expressa autorização de uso de autor ou de seus representantes.

Atualmente quem realiza essa cobrança é o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, um órgão privado, fundado em 1976, o qual

detém monopólio legal sobre a atividade de cobrança de direitos autorais nesta modalidade de execução pública no Brasil. O Ecad é administrado por sete associações de gestão coletiva: Abramus, Amar, Assim, Sbacem, Sicam, Socinpro e UBC.

O ECAD é uma sociedade civil privada instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pelas associações de titulares de obras musicais que o integram, conforme o art. 99 da Lei. 9610/98.

Cabe no presente estudo pincelar sobre a evolução histórica da proteção de direito do autor no Brasil e a criação do ECAD. Foi publicado o Decreto nº 75.699 de 06 de Maio de 1975, o qual recepcionou a Convenção de Berna, mas o referido direito somente recebeu tratamento específico após o advento do Código Civil de 1916, por meio do Capítulo VI | Da Propriedade Literária, Científica e Artística, tendo sido estabelecidas regras relativas à execução pública das obras autorais e seus reflexos econômicos.

No referido Código não havia previsões específicas para o exercício dos direitos de execução pública e, portanto, por algum tempo este direito simplesmente não era exercido, porquanto inexecuível para qualquer titular de direitos individualmente. Diante deste cenário, os titulares de direitos começaram a se organizar em associações para tentar coletivamente gerir seus direitos de autor de forma mais efetiva.

Conforme dispõe Veronica Torri:

Reconhecida a necessidade de proteção dos direitos autorais contra sua utilização indevida ou não remunerada, começaram a surgir movimentos coletivos de autores literários que reivindicavam o respeito por parte de terceiros com relação à autoria de suas obras.<sup>2</sup>

Considerando que cada utilização de obra musical ou fonograma necessita de autorização prévia, percebe-se que o titular de direitos possui enormes dificuldade de controlar e administrar cada utilização, tendo em vista que a grande parte das utilizações se da em lugares públicos, múltiplas, simultâneas e dispersas, sendo mais eficiente um controle através de gestão coletiva.

<sup>2</sup> TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pg. 15

As associações foram criadas para serem mandatárias de seus associados (titulares de direitos) para a cobrança dos valores relativos à execução pública de suas obras. A gestão coletiva se deu origem por conta dos problemas de ordem prática a partir da dificuldade de controlar a utilização das obras por parte dos autores.

Seria a opção mais segura para administração de direitos autorais, desde que fosse concretizada equilibrando os interesses dos titulares e dos usuários.<sup>3</sup>

Foi criada em 1917 a primeira sociedade de autores, com objetivo de administrar coletivamente os direitos autorais de obras musicais e não musicais, que seria a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT). Entre os anos 1940 e 1950, foram criadas a ABCA (Associação Brasileira de Compositores e Autores), UBC (União Brasileira de Compositores), SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores), SADEMBRA (Sociedade Arrecadora de Direitos de Execuções Musicais no Brasil).

No entanto, as associações perceberam uma enorme dificuldade de arrecadação, considerando a complexidade desse mecanismo. Devido à existência de diversas associações, e a conseqüente fragmentação do repertório entre elas, os usuários simplesmente não pagavam alegando a cada associação que utilizava apenas o repertório que ela não representava, entre outros argumentos para não realizar o pagamento.

Com a finalidade de organizar e regular essa complexa cadeia de direitos, o legislador nacional promulgou a Lei nº 5.988/1973, que além de estabelecer o mandato legal entre o titular de direito autoral e direitos conexos com a associação a que este venha a se filiar<sup>4</sup>, também instituiu a figura do Escritório Central de Arrecadação – ECAD, uma associação civil de natureza privada sem finalidade econômica e sem fins lucrativos, conforme disposto no art. 115 da referida Lei.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Veronica Torri ainda acrescenta que essa administração deveria ser realizada de acordo com critérios objetivos e pautada na publicidade e transparência das informações.

<sup>4</sup> Art. 104. Com o ato de filiação, as associações se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial e extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para a sua cobrança.

<sup>5</sup> Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e

O seu objetivo era centralizar toda a arrecadação e distribuição de direitos autorais relativos à execução pública de composições musicais e literomusicais e de fonogramas inclusive por radiodifusão e de exibição cinematográfica.<sup>6</sup>

Em 1977 as Associações então em operação constituíram o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, delegando para este os poderes que lhes foram conferidos pelos titulares de direitos autorais e os que lhes são conexos.

Instituído sem qualquer finalidade lucrativa, o ECAD passou a centralizar a arrecadação dos direitos de execução pública musical, por iniciativa das próprias interessadas, consolidando a unificação no setor musical e criando métodos e processos novos para esse fim e distribuição dos valores obtidos.

Quanto às associações cabia atuar na defesa dos titulares dos direitos, em juízo ou fora dele, independente de mandato específico. E ao ECAD coube a função de arrecadação e distribuição de verbas, conforme sistema de rateio.

O Estatuto do ECAD, logo no seu primeiro capítulo, define sua natureza:

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que adota na sua denominação a sigla ECAD, é uma associação civil de natureza privada, sem finalidade econômica e sem fins lucrativos, com prazo de duração indeterminado, constituída por Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhe são conexos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas, na forma da Lei nº 9.610/98, com as alterações da Lei. Nº 12.853/2013.<sup>7</sup>

Com este movimento constituiu-se no Brasil o que a doutrina chama de presunção de repertório universal em favor do ECAD. Em outras palavras, passou-se a haver uma presunção legal de que o ECAD é o único legítimo representante em território brasileiro de todo e qualquer titular de direitos autorais e/ou conexos de execução pública.

---

Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da cinematográfica, das composições ou litero-musicais e de fonogramas.

<sup>6</sup> TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pg. 24

<sup>7</sup> Estatuto Social do ECAD: disponível em [https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/estatuto%20\(2\).pdf](https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/estatuto%20(2).pdf)

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, os direitos autorais e suas prerrogativas receberam proteção constitucional mais abrangente, aqui incluindo expressamente a autorização de reprodução e comunicação pública, como também a fixação do preço pela exploração econômica por terceiros, conforme os preceitos constitucionais contidos nos incisos XXVII<sup>8</sup> e XXVIII, alínea “b”<sup>9</sup>, do artigo 5º, da Carta Magna.

As legislações posteriores, apesar de revogarem a Lei nº 5.988/1973, mantiveram tanto o mandato legal entre o titular de direito autoral e suas associações, como também a regularidade do ECAD como entidade única de arrecadação e distribuição dos direitos autorais ali tutelados, conforme se verifica respectivamente nas normas contidas nos artigos 98 e 99, ambos da Lei nº 9.610/98, com as alterações feitas pela Lei nº 12.583/2013.

O ECAD, portanto, passou a ser o órgão centralizador de arrecadação e distribuição dos direitos autorais decorrentes de execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas de todos os autores e intérpretes nacionais e internacionais filiados às associações que o integram ou com as quais têm acordo de reciprocidade.

E para exercer essa função, na forma que lhe autoriza a legislação constitucional e federal, a entidade emitiu os regulamentos de Arrecadação e Distribuição, que estabelecem, dentre outras diretrizes, conceitos, diferentes metodologias de arrecadação, deveres e obrigações dos clientes/usuários, além das fórmulas de processamento e distribuição dos referidos direitos.

A regra básica da cobrança pelo ECAD é que todo estabelecimento que se utilize de obras musicais e de fonogramas é cadastrado no escritório e o mesmo é enquadrado de acordo com suas particularidades. A partir disso, é fixado um valor de retribuição, e o estabelecimento passa a receber guia de pagamento de direitos autorais, que assim que seja quitada, autoriza a utilização de música durante todo o mês ou para determinado evento.

---

<sup>8</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

<sup>9</sup> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas

### 3 CONCEITOS PRINCIPAIS E FUNCIONAMENTO DA GESTÃO COLETIVA

A gestão coletiva tem como finalidade autorizar, remunerar, arrecadar e distribuir direitos autorais sobre cada execução pública de obra musical ou literomusical. Somente com a autorização que o usuário obtém a licença de uso, através de um contrato, em que são estipuladas as condições.<sup>10</sup>

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) define gestão coletiva como “exercício dos direitos autorais e direitos conexos feito por organizações que atuam no interesse e em nome dos titulares desses direitos”.<sup>11</sup>

Uma sociedade de gestão coletiva atua assim, como mandatário de diversos titulares de direitos autorais, podendo ainda praticar todos os atos, como por exemplo, dar autorização de uso, e recolher os valores devidos pelo mesmo.<sup>12</sup>

Conforme previsto na Lei 9.610/98, direito de execução pública decorre da situação em que letra e música são executadas publicamente em shows, rádio, televisão, boates, ao vivo, por radiodifusão ou forma fixada. É sobre este direito patrimonial em específico que o sistema de gestão coletiva do ECAD se funda, e a este direito específico que usualmente se está referindo ao usar corretamente a expressão “gestão coletiva de direitos autorais”.<sup>13</sup>

A cada utilização de música em ambientes denominados de frequência coletiva, os detentores de direitos autorais sobre ela têm direito de receber uma remuneração, por meio de licenças.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pg. 29

<sup>11</sup> Disponível em <https://www.wipo.int/copyright/en/>

<sup>12</sup> Em seu trabalho, Pedro Augusto P. Francisco e Mariana Giorgetti Valente, definem gestão coletiva como: “Atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras. Ela consiste basicamente nos autores e titulares se juntando em associações, delegando a elas a faculdade de praticar em nome deles os atos para a defesa dos seus direitos, cada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de pessoalmente exercer essa administração. Uma sociedade de gestão coletiva nada mais é do que um ente que atua como mandatário de diversos titulares de direitos autorais, com o poder de praticar atos como a autorização prévia pelo uso das obras, e o recolhimento dos usuários dos valores devidos pela utilização das obras protegidas.”

<sup>13</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira Francisco. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autorais e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016, pg. 106

<sup>14</sup> Art. 68 da Lei 9.610/98: Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em

Primeiramente, distingue-se o valor recebido pelos artistas, em decorrência de contratos com os organizadores dos eventos, denominado de cachê, do direito de execução pública.

Quanto ao conceito de frequência coletiva, cabe trazer transcrição do que consta na Lei de Direito Autoral

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.<sup>15</sup>

De acordo com as regras estabelecidas pelo ECAD, os usuários de músicas são classificados por níveis, de acordo com a região em que estão localizados, com a atividade exercida, a capacidade financeira e outros indicadores.

O Estatuto do ECAD ainda prevê as regras para cálculo do valor devido à cada titular de direito, que leva em consideração diversos fatores, como “(i) o grau de importância da exibição musical para a atividade ou estabelecimento do usuário (a utilização pode ser indispensável, necessária ou secundária), (ii) a periodicidade da utilização (permanente ou eventual) e (iii) a forma de apresentação (música mecânica ou ao vivo, com ou sem dança).”<sup>16</sup>

O subsistema do ECAD e das associações de gestão coletiva de direitos autorais é, em essência, um sistema de intermediação. (...) Daí entra em cena a gestão coletiva, para intermediar as operações de arrecadação e distribuição.<sup>17</sup>

---

representações e execuções públicas.

<sup>15</sup> Lei. 9.610/98

<sup>16</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira Francisco. **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016, pg. 11

<sup>17</sup> *Idem*

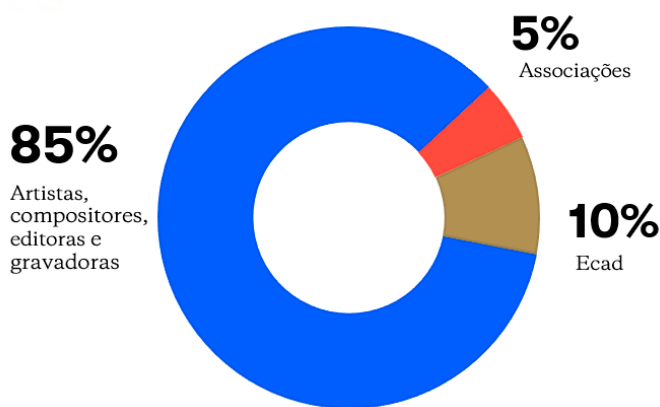


O ECAD firma contratos com cada usuário, como por exemplo, com emissoras de TV e transmissoras de rádio, e essas passam a ter autorização para utilizar qualquer música do catálogo daquele, desde que realizado o pagamento conforme acordado.

Quanto a distribuição, em seu regulamento específico de distribuição, estão previstos todos os critérios para tanto. De modo geral, pode ser direta, quando utilizadas em eventos, shows, TV aberta e cinema, e de forma indireta, a partir de amostragem realizada pelo ECAD, para estabelecimentos de música ao vivo, tv aberta e por assinatura.

Cabe ainda destacar que ainda que a lei não disciplina qualquer fiscalização ao ECAD, não estipulando como será a tabela de preços nem a forma de arrecadação e distribuição, cabendo unicamente ao escritório a determinação dos critérios, descritos nos regulamentos.

O ECAD arrecada, analisa a execução pública através de suas planilhas e mecanismos de controla, retira o valor referente 10% (dez por cento) equivalente a taxa de administração e distribui os valores correspondentes para as associações de gestão coletiva. Estas retiram 5% (cinco por cento) referente à sua taxa de administração e repassam os valores para os titulares de direitos. Tais porcentagens tem sofrido adequação ao longo do tempo, inclusive, de forma a equilibrar a relação.



Fonte: site ECAD<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/o-ecad/gestao-coletiva/Paginas/default.aspx>

Com alguns grandes usuários, o ECAD firma acordos milionários para regularizar a cobrança, como o caso da GLOBO. Em 2013 as partes firmaram acordo, aprovado pelo Superior Tribunal de Justiça, e no mesmo ano a entidade distribuiu mais de R\$ 470.000.000,00 (quatrocentos e setenta milhões de reais) a mais de 100 (cem) mil compositores, intérpretes, músicos, editores, produtores fonográficos e associações.

## 4 STREAMING E EXECUÇÃO PÚBLICA

As tecnologias digitais reconfiguraram as relações entre artistas, intermediários e consumidores. Elas acabaram por permitir, ao menos em tese, uma comunicação direta entre os dois extremos da cadeia da produção, garantindo assim uma diminuição nos custos de transação e os intermediários deixam de existir.<sup>19</sup>

O que a internet causou foi uma reconfiguração das relações de poder entre esses atores em um sistema originalmente repleto de conflitos. Tal como um produtor brasileiro ressaltou, a Internet é hoje um espaço para o surgimento de novos modelos de negócio. Se inicialmente a indústria da música se mostrou conservadora e reticente com o surgimento de diversas tecnologias que mudaram o modelo de negócio vigente, posteriormente essas novas tecnologias impulsionaram esta mesma indústria, dando origem a uma sobreposição de formas e meios de criação, expressão e consumo de música.<sup>20</sup>

O item “Mídias Digitais” só foi inserido pelo ECAD em 2010, através das seguintes rubricas “Internet-show”, “Internet-simulcasting” e “internet-de-mais”, pois antes tais mídias no momento de arrecadação e distribuição do valor devido, eram encaixadas nas rubricas existentes.

Um dos casos mais emblemáticos acerca do assunto é o processo iniciado pelo ECAD contra a operadora OI, em 2009. O pedido inicial era que a

---

<sup>19</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira Francisco. Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016, pg. 13

<sup>20</sup> *Idem.*

Rádio Oi efetuasse pagamento dos direitos de execução pública pela programação da rádio constante na Internet.

Para o STJ o entendimento era que a internet seria um local de frequência coletiva ao passo que colocaria o conteúdo à disposição de um público bem amplo. Sendo assim, serviços como Netflix, Spotify, Youtube deveriam pagar pelos direitos de execução pública.

*Nesse cenário, a compreensão de que o streaming é hipótese de execução pública passível de cobrança pelo Ecad prestígia, incentiva e protege os atores centrais da indústria da música: os autores*<sup>21</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264 – RJ (2013/0265464-7). Recorrente: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO ECAD. Recorrido: OI MOVEL S.A. INCORPORADOR DO TNL PCS. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Ementa: EMENTA RECURSO ESPECIAL. 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. 1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades webcasting e simulcasting (tecnologia streaming); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. 2. Streaming é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados. 3. O streaming é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o simulcasting e o webcasting. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução. 4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia streaming enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito. 5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. 6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra mu-

De acordo com o acórdão, a simples disponibilização de uma obra já qualifica seu uso como uma execução pública, inclusive em transmissão digital interativa ou qualquer outra forma de transmissão a justificar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

*O que caracteriza a execução pública da obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.*<sup>22</sup>

## 5 ACORDO YOUTUBE ECAD

No caso do Youtube há que se ter em mente algumas questões específicas, como a carta de compromisso firmada entre a empresa e o ECAD, em 2008, com finalidade de estabelecer um regime de cobrança. Decidiu-se que Youtube deveria destinar 2,5% do seu faturamento para pagamento de direitos de execução pública, com um valor mínimo de 150 mil dólares.

O Youtube aparece, no mercado de música digital como uma plataforma interativa de serviços de streaming bastante sui generis. Em primeiro lugar, tem a particularidade de, até o momento, ser gratuito. (...) Em segundo, o Youtube é baseado em vídeos, e não somente áudio,

---

sical pela internet é a sua disponibilização decorrente, da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas. 7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. 8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do simulcasting, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD. 9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998. 10. Recurso especial provido.

<sup>22</sup> *Idem.*

embora em muitos casos o vídeo em questão consista apenas em uma imagem que dá suporte a um áudio.<sup>23</sup>

Nesse sentido, em 2010 foi criada uma das mais importantes associações para o segmento do streaming e de papel fundamental no tópica ora em estudo, a União Brasileira de Editoras de Música – UBEM, uma associação sem fins lucrativos.

As editoras iniciaram um processo de fusão que culminou na fundação da UBEM, que se tornou a intermediadora de convênios com diversas plataformas de distribuição de conteúdo online.

A associação então passou a celebrar acordos com cada plataforma, e os mesmos começaram a influenciar na relação do ECAD com Youtube. Em 2013, a empresa passou a questionar o enquadramento do seu serviço como execução pública, recusando-se a renovar o acordo anteriormente firmado.

O ECAD e a UBEM tinham um acordo até 2015, em que deveria repassar 75% (setenta e cinco por cento) dos direitos autorais de streaming) e a segunda que ficaria com 25% (vinte e cinco por cento). Esta porcentagem começou a ser discutida.

Após anos de disputa, em 2018, as partes firmaram acordo, para que a plataforma voltasse a realizar o pagamento aos compositores pelas músicas visualizadas na mesma, sendo devido ao ECAD 4,8% do seu faturamento, e no mesmo ano, a entidade distribuiu os valores devidos que estavam pendentes, relativos a quase 1 milhão de músicas e mais de 200 bilhões de visualizações na plataforma, que haviam sido depositados judicialmente no decorrer do processo judicial.

## **6 AS LIVES E A COBRANÇA DE DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA**

Enfrentada a polêmica de streaming ser considerado como local de frequência coletiva e por isso passível de cobrança de direitos de execução

<sup>23</sup> FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira Francisco. Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016, pg. 275

pública, e ultrapassada a questão judicial entre as partes envolvidas de quanto pagar, eis que em 2020 surge uma nova, que movimentou o mercado da música.

Com o advento da pandemia mundial do Covid-19, o distanciamento social foi imposto em todos os países, e uma das primeiras medidas adotadas pelos governos foi o cancelamento de todo e qualquer evento em que houvesse aglomeração. A partir de março todos os shows, festivais, e demais eventos foram cancelados, remarcados, sem qualquer previsão para retorno.

A medida que a quantidade de casos da doença avançava, a certeza era uma só: o mercado do entretenimento seria o último a reabrir, tendo em vista a forma de contágio do vírus.

Produtores, donos de estabelecimentos, empresários e os artistas, após diversos eventos cancelados e um prejuízo sem tamanho, começaram a utilizar a tecnologia ao seu favor. De dentro de suas casas, através de suas redes sociais, deram início ao fenômeno das lives.

No início eram bem discretas, dentro do formato que as plataformas permitiam, sendo apenas uma forma de estarem em contato com seus fãs. Até que os artistas mais influentes do mercado da música iniciam outra fase das lives, as lives patrocinadas, com estrutura gigante, e com horas de duração.

A princípio o valor dos direitos de execução pública referentes àqueles vídeos, transmitidos ao vivo e depois disponibilizados em cada plataforma, principalmente no Youtube, seriam pagos através do acordo com a UBEM e do ECAD.

No entanto, a partir do momento em que as lives tomaram uma proporção gigante, com visibilidade para grandes marcas, o ECAD decidiu por cobrar 10% dos direitos autorais das músicas tocadas nas lives patrocinadas no Youtube.

No dia 01/06/2020 a entidade emitiu comunicado que dizia o seguinte:

Em meio à pandemia, as lives patrocinadas por marcas assumiram destacada relevância para o meio artístico, inimaginável à época em que estes contratos foram firmados, o que faz com que voltemos nossa atenção às novas formas de uso e de remuneração à classe artística por sua criação.

Neste contexto, esclarecemos que patrocinadores e promotores de lives patrocinadas, promovidas por meio de redes sociais ou platafor-

mas de outras naturezas, devem procurar o Ecad para regularizar o pagamento de direitos autorais de execução pública de forma prévia à utilização das obras musicais. Este pagamento é essencial para que os autores também sejam remunerados por seu trabalho e sua obra.<sup>24</sup>

Foi o suficiente para que o mercado da música se movimentasse contra a medida, e a própria plataforma, para que não fosse efetivada a cobrança. O Youtube alegava que já pagava pelos direitos dos vídeos ao ECAD, e que os patrocínios das lives eram pagos diretamente pelas empresas aos produtores e aos artistas, sem qualquer remuneração à plataforma.<sup>25</sup>

Após grande repercussão, foram ainda divulgados novos esclarecimentos pela entidade em seu site oficial, afirmando que o pagamento feito pela plataforma não contempla a live patrocinada, pois se trata de um show ao vivo transmitido pela plataforma.

De acordo com entendimento da entidade, os patrocinadores e promotores das lives deveriam realizar o pagamento de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) sobre a receita bruta do valor do patrocínio dos shows transmitidos ao vivo. Porém, em decorrência da crise instaurada no país por conta do Covid-19, até Dezembro de 2020 iriam cobrar 5% (cinco por cento) da receita bruta.

A cobrança, conforme consta no site oficial do ECAD, seria feita ainda de forma retroativa, desde 20 de março de 2020. Ou seja, as lives realizadas após essa data deveriam regularizar sua situação perante o ECAD.

A justificativa do escritório seria de garantir o recebimento dos direitos autorais aos compositores, inclusive no surgimento de novas tecnologias, e a população deveria se conscientizar quanto a isso, de forma a prestigiar, respeitar a classe artística.

---

<sup>24</sup> Disponível em <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Paginas/direitos-autorais-lives-patrocinadas.aspx>

<sup>25</sup> NOTÍCIA g1 <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2020/06/24/a-conta-chegou-ecad-e-editoras-cobram-taxas-de-direito-autoral-em-lives-e-irritam-produtores.ghtml>

## 7 CONCLUSÃO

A gestão coletiva é necessária a partir do momento em que a cada nova tecnologia surgida crescem substancialmente a dificuldade dos titulares de direitos sobre determinada obra musical, por exemplo, autorizar a utilização, providenciar licença, receber os devidos valores, e ainda fiscalizar para detectar possíveis violações.

No Brasil, o ECAD, é a entidade sem fins lucrativas que tem a responsabilidade de arrecadar os valores referentes aos direitos de execução pública, e distribuir os valores aos autores, interpretes, editoras, gravadoras e demais titulares de direitos, de acordo com os seus regulamentos de arrecadação e distribuição.

A forma de remuneração, os cálculos, as rubricas e demais regras estão em constante atualização, considerando as tecnologias surgidas.

A partir do surgimento do streaming, e após o entendimento do STJ de que seria local de frequência coletiva, não restou dúvidas de que seria passível de cobrança de direitos de execução pública.

Com o surgimento da UBEM, para intermediar a relação de editoras com o ECAD, firmaram-se acordos com os grandes clientes, dentre eles o Youtube, plataforma de titularidade do Google.

Após anos de discussão judicial sobre qual valor deveria ser pago ao ECAD, em decorrência dos direitos de execução pública, as partes chegaram a um acordo em 2018, estabelecendo percentual de 4,8% do faturamento da plataforma para ser repassado a entidade.

Em 2020, com o surgimento do fenômeno das lives, shows transmitidos ao vivo pela internet, em sua maioria através da plataforma do Youtube, surge nova discussão. As lives patrocinadas precisam efetuar pagamento de direitos de execução pública.

A entidade alega que se deve respeitar e prestigiar a classe artística, enquanto por outro lado o Youtube alega que há realiza pagamento, e não deveria ser cobrado outro valor sobre shows transmitidos em sua plataforma, considerando ainda que os valores de patrocínio sequer passam para a plataforma.



Com isso, os contratos de patrocínio entre as marcas patrocinadores e os artistas começaram a sofrer alterações. Tal percentual devido ao ECAD por vezes passou a ser embutido no cachê e por vezes foi acrescido no valor do contrato.

Não obstante, a falta de conhecimento sobre as regras de direito autoral, de forma geral, gera um inadimplemento considerável de usuários de música, tanto na internet como em casas de festas, e outros estabelecimentos físicos.

Em um cenário de centenas de lives sendo realizadas por final de semana, há que se levar em conta a capacidade de fiscalização e controle por parte do ECAD para verificar cada show realizado, especialmente pois nem todos os eventos ficam disponíveis na plataforma do Youtube após a transmissão do evento.

Ainda que seja coerente de um lado a intenção do ECAD em favorecer a classe artística, cabe destacar que tais mudanças repentinas como a ocorrida com a pandemia mundial do Covid-19, não se pode tomar certas atitudes de forma unilateral sem sequer travar alinhamentos com as partes envolvidas, sob pena de ser considerada arbitrária.

Estabelecida uma forma justa e equilibrada de cobrança para as novas formas de utilização de obras, cabe ainda ao ECAD estabelecer regras concretas de aplicação, fiscalização e controle, ainda que em um ambiente digital.

Em um cenário de tantas incertezas, debates sobre ser devida a cobrança ou não, e ausência de sanções, não será incomum a realização de lives sem sequer comunicar ao ECAD e sem realizar o pagamento dos direitos de execução pública, de forma a não prestigiar a classe artística e ainda criando precedentes de ilegalidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264 – RJ (2013/0265464-7). Recorrente: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO ECAD. Recorrido: OI MOVEL S.A. INCORPORADOR DO TNL PCS. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017

BRASIL, **Lei de Direito Autoral nº 9.610/98**, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)

Estatuto Social do ECAD: disponível em [https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/estatuto%20\(2\).pdf](https://www3.ecad.org.br/o-ecad/Documents/estatuto%20(2).pdf)

ECAD, **Ecad esclarece sobre pagamento de direitos autorais em lives patrocinadas**. Disponível em <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Paginas/direitos-autorais-lives-patrocinadas.aspx>, 2020.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira Francisco. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

ORTEGA, Rodrigo. **Após cinco anos de disputa com Google, Ecad faz 1º repasse a autores de músicas por vídeos no YouTube**. Brasil. Rio de Janeiro, G1, 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2018/07/18/apos-cinco-anos-de-disputa-com-google-ecad-faz-1o-repasse-a-autores-de-musicas-por-ideos-no-youtu-be.ghtml>

TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011



## Capítulo IV

# **DIREITO À CULTURA, À INFORMAÇÃO E LIMITES CONSTITUCIONAIS**



# »» O RESGATE DA MEMÓRIA CULTURAL A PARTIR DO USO DA TECNOLOGIA DE REALIDADE AUMENTADA EM PATRIMÔNIOS CULTURAIS

Bianca Amorim Bulzico<sup>1</sup>

Cinthia Obladen de Almendra Freitas<sup>2</sup>

**RESUMO:** A busca pela memória cultural sempre foi fator de identificação com a história de uma sociedade. Imersos pela era tecnológica, os olhares estão frequentemente apontados para o futuro, esquecendo das singularidades da história que consagraram o surgimento de uma geração, uma cultura e uma nação. No Brasil, assegurados pela tutela constitucional, as obras arquitetônicas e objetos dispostos em patrimônios culturais contam histórias da colonização e do surgimento do território, permitindo enriquecer a memória dos que a experienciam. O artigo demonstra como a tecnologia pode interferir positivamente no processo de incentivo à memória cultural a partir das histórias contadas em patrimônios culturais, mediante a aplicação da Realidade Aumentada ao patrimônio material. A escolha do recurso de Realidade Aumentada partiu da integração entre os mundos real e virtual, por meio da facilidade disposta em aparelhos móveis que permitem maior interatividade do usuário com situações imagináveis, enriquecendo ainda mais ambientes físicos. O artigo desperta o aprendizado e instiga a criação de bases de dados para a formação de uma memória cultural, de maneira mais facilitada e permissiva, tendo sido utilizado o método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa documental indireta e técnica bibliográfica. Conclui-se pelo uso da tecnologia como instrumento de perpetuação da história.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural. Memória Cultural. Realidade Aumentada.

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. E-mail: biancabulzico@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Informática Aplicada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora do curso de Direito da Escola de Direito da PUCPR. Professora Permanente e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Diretora Acadêmica do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD). Membro Consultor da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. E-mail: cinthia.freitas@pucpr.br

## 1 INTRODUÇÃO

Experiências vivenciadas por sociedades históricas permitem aproximar, por meio da universalização da cibercultura, a interação e copresença de pontos específicos no espaço físico, social ou informacional à vida e a história que ocupa no seu tempo presente (LÉVY, 2010).

O patrimônio, anteriormente ligado à sua forma direta e assimilativa de pedra e cal, passou por uma (re)categorização ao ser orientado pelos contextos atuais do momento (CHOAY, 2006). Sem dúvida o contexto atual vigente de patrimônio cultural, incorpora novas nuances visto criar a possibilidade de diálogo com meios digitais, possibilitando um amplo território a ser explorado e capaz de gerar muitas memórias.

Na contemporaneidade, marcada por um ritmo acelerado de transformações, a tríade entre patrimônio, história e tecnologia, foi capaz de concretizar memórias sociais possíveis de se multiplicarem virtualmente. Isso porque, quanto mais velozes as mudanças sociais, mais essencial a busca pela memória (LE GOOF, 2003).

Nesse panorama, a historicidade de muitos patrimônios culturais pelo mundo, e especialmente no território nacional, restou desafixada do interesse de ser explorada, especialmente em razão da única possibilidade de acessá-las presencialmente. Consequentemente, as memórias sociais que alimentam a cultura e a história, restaram evidentemente distanciadas.

Contudo, a partir da instrumentalização da tecnologia e da Inteligência Artificial foram estabelecidas possibilidades para que origens e raízes fossem mantidas de maneira remota, em estruturas virtualizadas. Isso porque, a tecnologia de Realidade Aumentada (do inglês, *Augmented Reality*), permite adicionar em tempo real dados e informações visuais sobre uma imagem que é capturada, desde *scanners* 3D até mesmo por *smartphones* e outros dispositivos móveis, aproximando o usuário à ambientes historicamente culturais.

O artigo tem por objetivo evidenciar a importância da manutenção de patrimônios históricos direcionado ao resgate de memoriais sociais em espaços culturais a partir da implementação da tecnologia de Realidade Aumentada, possibilitando assim a ampliação do acesso da histórica pelo maior número de pessoas.

Para melhor aproveitamento e enalce do objetivo, a escolha dos tópicos segue uma cronologia fundamental adequada à lógica ao desenvolvimento do assunto. Assim, foi realizado um levantamento bibliográfico pormenorizado e direcionado, de modo que o método de pesquisa foi o hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que a tecnologia de Realidade Aumentada aplicada aos patrimônios culturais nacionais auxilia no resgate da memória cultural.

Na construção desse conhecimento, percorreu-se um amplo e interessantíssimo aspecto da cultura brasileira que poderá ser facilmente acessada a partir da utilização de métodos tecnológicos que possibilitam a aproximação de patrimônios culturais à instrumentos digitais para a construção e manutenção das memórias sociais com o auxílio da Realidade Aumentada.

## **2 UM OLHAR SOBRE A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Em uma determinada sociedade, a transmissão da memória social de uma geração à outra pode ocorrer de diversas formas, em especial por meio de objetos culturais, que se apresentam como suportes materiais dessa memória social.

A partir desse contexto, compõe o patrimônio cultural tudo aquilo que possibilita que a memória seja externalizada e até mesmo perpetuada, uma vez que é na importância da preservação do patrimônio cultural que se constitui o legado de um povo (STUMPP; RADUNZ; COSTA, 2011).

A constituição do patrimônio, sempre aliada ao Estado de Direito e à democracia (CAMPOS; PREVE; SOUZA, 2015) tem forte ligação com a constituição de uma herança, e compreende o conjunto de bens identitários que caracterizam povos e espaços culturais (CONSONI; MARTINS; JAPUR, 2020).

Ao pensar em bens culturais, pode-se buscar por grandiosas e estonteantes arquiteturas milenares ou também associar a manifestações artísticas e culturais de uma nação, assim como a música, o teatro, a literatura e outros bens culturais, sejam eles materiais ou imateriais.

A Constituição Federativa do Estado Brasileiro, em seu artigo 216, expressamente prevê e tutela a preservação de bens materiais e imateriais que

constituem de forma representativa a identidade de um povo, de modo assegurar a inviolabilidade e a não degradação destes espaços, assim como, fomenta novas iniciativas para a produção e conhecimento de bens e valores culturais (BRASIL, 1988).

Volta-se aos patrimônios culturais materiais, no foco deste artigo, de modo que o ato de preservação costuma ser comumente utilizado como sinônimo de tombamento, fazendo indispensável a distinção entre eles antes de prosseguir.

Portanto aqui, a preservação é um conceito genérico e, ponto de vista normativo, Sônia Rabello afirma que além das formalidades legais, existem também atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, se caracterizam como ação de fomento para a consequente preservação da memória.

Já a respeito do tombamento, a autora conceitua como finalidade “*a conservação da coisa, aí entendida como bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis*”, estendendo seus efeitos para além da efetiva tutela do patrimônio cultural e natural do país, adentrando na esfera do Direito de Privado e da função social da propriedade (RABELLO, 2009, p. 24).

Logo, ainda que haja tutela específica, faz-se imprescindível considerar as modificações nas edificações culturais devido à falta de manutenção do próprio Estado, vandalismo e outros incidentes, como incêndios e desastres naturais. Frente às constantes modificações nas paisagens urbanas, a percepção de patrimônio arquitetônico é progressivamente alterada, de maneira que as edificações histórico-culturais passam a coexistir com arquiteturas modernas e futuristas (CANUTO; MOURA; SALGADO, 2016).

A exemplificar, no início do século XIX, o Brasil passou por grandes transformações com a vinda da família real. De acordo com a história, em 1818, D. João VI decretou a criação de um museu real para a corte portuguesa, estabelecido na cidade de Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro, nascendo assim o Museu Nacional.

Durante quase 200 (duzentos) anos de história, além da imponência arquitetônica e fachada neoclássica que constituem esse patrimônio histórico, o Museu Nacional compõe fragmentos diversificados que contam a história do Brasil, da humanidade e do mundo, abrigando ciências naturais e

antropologia e se tornando assim um dos maiores museus da América Latina (PIRES, 2017).

Contudo, em setembro de 2018, um incêndio de grande proporção consumiu grande parte do acervo do patrimônio material composto por peças etnográficas e arqueológicas, produtos mineralógicos e coleções ornitológicas, instrumentos de física e química, pinturas e modelos de máquinas industriais de diferentes países. (SÁ; SÁ; LIMA, 2018).

Cientes da importância desse patrimônio para a história do Brasil, iniciou-se o trabalho de reconstrução do prédio e de resgate e recuperação das peças perdidas no incêndio.

Revelados os percalços da manutenção de patrimônios históricos, especialmente do Museu Nacional, e atentos especialmente aos patrimônios materiais, sem dúvidas um dos mecanismos em evidência para a melhor conservação destas grandes obras arquitetônicas emerge da tecnologia.

Diante deste espectro, urge a crescente necessidade da preservação desses monumentos arquitetônicos e de bens culturais que retratam a história e a memória social e coletiva na tentativa de conjugar os tempos do passado e futuro (MARTINS, 2014) que habitam juntos ao tempo presente no conglomerado das cidades e pela extrema necessidade em salvar ao que está prestes a desaparecer (GONÇALVES, 2002).

Certamente o uso da tecnologia se revelou indispensável para salvar a história na modernidade, e ainda, possibilitar o acesso às informações sobre bens culturais e patrimoniais, criando novas formas de visualização, interação e manipulação de objetos materiais, locais físicos e toda a memória cultural que permeia essas evidências.

### **3 A PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA SOCIAL**

A memória articula muito mais do que a própria lembrança e esquecimento em qualquer contexto, mas sim admite que a história coletiva possa ser contada mediante as contradições e conflitos existentes a partir da união de fragmentos de histórias individuais. (TAVARES, 2012).

Estreita às conceituações de Michael Pollak (1992), a construção da memória está diretamente relacionada a um fenômeno coletivo e social,



ou seja, submetido de flutuações, transformações e mudanças constantes. Além desses acontecimentos, a memória é constituída por pessoas, personagens, lugares, monumentos, que tornam válida e justificada a autenticidade dessas lembranças.

Tendo como premissa a afirmação de Le Goff (2003, p. 419) que *“o conceito de memória é crucial”*, a memória a qual será apropriada nessa pesquisa é aquela ativa ao entendimento de Diehl (2002, p. 121) de que a memória é *“uma representação daquelas experiências vividas por homens numa dimensão social”*, ou seja, voltados a registrar a memória social representada em patrimônios culturais digitais, vai além da dialética entre o individual e o coletivo e que deve ser, sem dúvidas, preservada.

Para Pablo Lisboa (2011), a partir do surgimento da escrita que o saber se tornou disponível, estocado, acessível, comparável, deixando apenas de ser aquilo que poderia ser útil no dia-a-dia para ser um objeto suscetível à análise e exame. Na passagem do século XX para o XXI, a busca pela preservação da memória tomou força e a nossa memória passou a ser uma *“memória registradora”* (NORA, 1993, p. 15), que produz um gigantesco estoque material de tudo que poderia ter necessidade de ser lembrado.

Nas reflexões do filósofo Nietzsche (2009), a expansão ininterrupta da ciência e da tecnologia, permite a expansão do conhecimento histórico que passa a abarcar toda a história universal, voltando-se para o estudo para épocas e civilizações do passado, com rigoroso detalhamento.

Na Era de grandes evoluções e transformações tecnológicas na sociedade, da transição da escrita para o digital, as percepções de tempo e espaço estão em constante processo de transformação, com práticas cotidianas cada vez mais mediadas pelas tecnologias da informação e comunicação - TICs (CASTELLS, 1990) e com olhar direcionado cada vez mais para o futuro, e menos ao passado.

Considerando a tendência de expansão dos registros digitalizados, é visível, cada vez mais, o afastamento de fontes tradicionais escritas, da cartografia, do material iconográfico e da cultura material em geral que compõem em documentos um conjunto de dados que sustentam histórias e informações do passado, para dar lugar a inovação presente em tecnologias que admitem que o armazenamento de memórias seja feito em nuvem computacional, por exemplo.

É evidente e necessário o despertar para a importância em observar o documento conservado que preserva a memória no tempo presente, pois as gerações necessitarão reconhecer o seu passado para se comprometer com as sociedades atuais que zelam pela preservação digital da informação, considerando a expansão dos meios e dos formatos tecnológicos que já condicionam a elaboração de documentos do presente (TAVARES, 2012).

Isso não significa ignorar, em determinados contextos, a guarda de registros documentais como única fonte de acesso às experiências vividas no presente. Assim, é possível gerar maior fertilidade da memória cultural uma vez que alimentada de maneiras diversas, possibilitando que cada indivíduo requinte sua própria memória com detalhes que fazem parte da observação individual de cada um.

Nesse contexto, imersos na dinâmica da Internet, as tecnologias têm transformado a maneira de lembrar. Para Pierre Lévy (1999), ainda que o amplo acesso à Internet seja um ponto crucial de segregação social em muitos aspectos, este fato não deve impedir de contemplar implicações culturais da cibercultura em todas as suas dimensões.

Dessa forma, a concordar com Pablo Lisboa (2011), o processo digital que influencia o caminhar de preservação dessas memórias, condiz especialmente ao processo de atualização e fruição de informações disposta em mecanismos externos de representação da linguagem, sejam ela oral, escrita ou digital.

#### **4 A TECNOLOGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE PRESERVAÇÃO DE MEMÓRIAS SOCIAIS**

Voltados a crescente preocupação de preservação aos patrimônios culturais, reflete-se o desejo de preservar as memórias e incentivar o saber e a cultura, sem que o aspecto nostálgico possa servir como impasse para a vivenciar este tempo.

Notadamente se questiona como fazê-lo, uma vez que o conceito de patrimônio cultural se aproxima cada vez mais as necessidades de melhoria da vida nas cidades, dando azo às ações de peso político decisivo (SANTOS; GONÇALVES; BOJANOSKI, 2012).

Contemporaneamente, com a popularização da Internet, a sociedade atual vivencia uma nova experiência com o fenômeno da globalização, da comunicação, do intercâmbio cultural, profissional e da expansão do saber.

Conteúdos que até então eram apenas publicados em livros, revistas, jornais e televisão, abrem espaço aos blogs, *vlogs*, canais virtuais e redes sociais. Rompe-se o paradigma moderno de tempo-espaço, de modo que a sociedade da informação passa a prevalecer como modelo social vigente (LENHARDT; FONTANA, 2016).

Dessa forma, os governos passaram a investir em políticas públicas de acesso à Internet na busca pela inclusão digital das pessoas que ainda vivem à margem das TICs, visando a inserção dessas pessoas em espaço de interação social.

A pensar nas mudanças sociais advindas da popularização da Internet e de novas tecnologias digitais, Martins, Silva e Carmo (2018) abordam os aspectos dos acervos digitais a partir da cultura digital e apresentam a ideia de rede como uma nova forma de representação da sociedade. Percebendo a considerável importância e o potencial construtivo de acervos culturais digitais conectados, sobretudo pela perspectiva da otimização na disponibilização de tais acervos, os autores apresentam um panorama relacionado aos apontamentos da necessidade dessa ação.

Como ponto de referência, a Carta Recife 2.0, elaborada pela Rede Memorial, aponta o desenvolvimento por instituições de iniciativas de digitalização e publicação de seus acervos, entretanto, as dificuldades giram em torno de um problema central e de maior complexidade, que se representa como a inexistência de uma política específica para o campo da digitalização de acervos culturais (MARTINS; SILVA; CARMO, 2018). Logo, ainda que a iniciativa esteja comprometida em articular o uso da tecnologia em instituições de memória social junto ao interesse governamental voltado às políticas públicas de transformação digital de acervos, afirmam os autores acertadamente não haver força no processo político brasileiro para que essas mudanças possam ser concretizadas.

A Internet apresenta um novo meio e formato cultural, e os novos incentivos para a compreensão desse novo contexto da cultura digital são decisivos para as memórias e para o patrimônio (SPÍNDOLA; MARTINS, 2019).

Dessa forma, a tecnologia como modelo de descoberta e aperfeiçoamento, pode ser utilizada de diversas formas, especialmente para traçar novos olhares e memórias aos aspectos materiais dos patrimônios culturais, ampliando as percepções e sentidos, e trazendo ao usuário novas sensações.

## **5 O USO DA REALIDADE AUMENTADA COMO MECANISMO DE EXPANSÃO DA MEMÓRIA**

O caminho de pesquisa percorrido demonstrou a necessidade social de reinventar formas para criação de memórias culturais adequadas com as novas facilidades tecnológicas. Sem dúvida, essa nova Era permite o redescobrimento cultural com a utilização de ferramentas que possibilitam conciliar o tempo presente ao passado.

A escolha pelo recurso tecnológico da Realidade Aumentada, permite exatamente isso. A integração do meio real com o virtual, promove a exposição virtual de elementos sobre a imagem do ambiente real por meio da tela de algum dispositivo móvel (celular, computador, tablet), e é nesse sentido que a Realidade Aumentada pode ser utilizada para resgatar memórias culturais guardadas em patrimônios históricos (KIRNER; TORI; SISCOOTTO, 2006).

Caracterizada por ser uma tecnologia de múltiplas aplicações, a exemplo do uso militar, educacional, profissional e outras grandes áreas, essa tecnologia abre novas dimensões para visualizar melhor objetos e formas. Com o auxílio de programadores, a biblioteca ARToolKIT permite por meio do rastreamento óptico a implementação das técnicas de visão computacional capaz de identificar e estimar em tempo real a posição e a orientação de um ponto específico (ex: uma parede, uma moldura, entre outros elementos) em relação ao dispositivo de captura de vídeo. Ou seja, com a união de 03 (três) elementos: biblioteca ARToolKIT, um marcador e um dispositivo móvel; é possível visualizar o objeto desejado e interagir junto ao espaço real.

Para entender um pouco mais sobre a Realidade Aumentada e as técnicas computacionais utilizadas para integração, Kirner, Tori e Siscoutto (2006) especificam 04 (quatro) aspectos importantes, sejam eles: i) a renderização de alta qualidade do mundo combinado; ii) calibração precisa, envolvendo o alinhamento dos elementos virtuais em posição; iii) orientação dentro do mundo real; iv) interação em tempo real entre objetos reais e virtuais.

Assim, tendo-se como hipótese que a tecnologia de Realidade Aumentada aplicada aos patrimônios culturais nacionais auxilia no resgate da memória cultural, s vislumbra a referida aplicação não somente retratando visualmente o ambiente, mas contando a história que pertence.

Nesse contexto, compilando o que foi apresentado até o momento, algumas notícias anunciaram que diversos museus da cidade de Varese, na região italiana da Lombardia, decidiram criar um guia virtual para seus visitantes, a partir do uso da Realidade Aumentada. Assim, logo na entrada de todos os museus participantes dessa iniciativa, os visitantes poderão baixar em seus dispositivos móveis o aplicativo Aurasma (ANSA,2017), *software* que possibilita a interação com as obras assinaladas. Em seguida, basta que os visitantes enquadrem as obras de arte ou detalhes arquitetônicos com sinalização específica para terem informações adicionais sobre as obras, os textos, fotos de arquivos, narrações em áudio e gráfico em *tour* multimídia, tudo na tela do aparelho e em Realidade Aumentada. A Figura 01 exemplifica o uso da tecnologia pelo Museu Versace.

**FIGURA 01: REALIDADE AUMENTADA – MUSEU VERSACE**



Fonte: adaptado de: (ANSA,2017)

Cada vez mais instituições de arte utilizam a tecnologia para proporcionar intimidação multimídia detalhada sobre obras expostas, a fim de enriquecer a experiência de desfrutar da arte, e também torná-la mais acessível e compreensível.

Outro aplicativo que ganhou muita credibilidade para a orientação em patrimônios culturais e galerias de arte ao redor do mundo, é o Smartify (PALOU, 2017). A plataforma combina reconhecimento de imagem em alta velocidade e Realidade Aumentada, de modo que com aproximação da câmera do dispositivo móvel apontada para o objeto que se pretende interagir, é possível que os visitantes possam conhecer informações relacionadas à obra, incluindo críticas e comentários, história, vídeos e dados bibliográficos do autor, como pode ser observado na Figura 02.

### FIGURA 02: INTERAÇÃO POR MEIO DO SOFTWARE SMARTIFY



Fonte: adaptado de: (PALOU, 2017).

Acertadamente o Smartify proporciona uma integração com o espaço, de maneira que a visita e a história contada tornem-se mais interessantes, visto que além das ferramentas já mencionadas, o aplicativo ainda permite

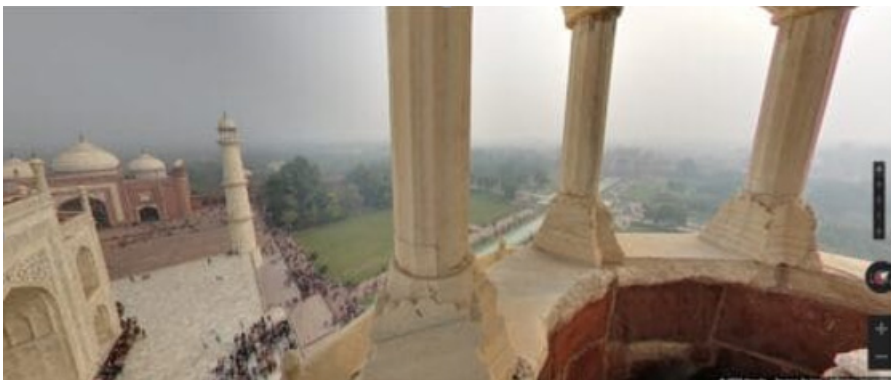
que as imagens sejam armazenadas em uma galeria própria do usuário, facilitando ainda mais na construção da memória individual.

No Brasil, o uso do recurso de Realidade Aumentada chegou mais tímido, porém alguns museus, a exemplo do Museu de Arte de São Paulo e Museu do Amanhã no Rio de Janeiro, incluíram programação uma experiência diferenciada aos visitantes.

Em São Paulo, o MASP lançou um aplicativo próprio que possibilita que pessoas com deficiência visual ou mobilidade reduzida possam ter acesso ao acervo por meio da Realidade Aumentada, com o acréscimo de informações àquilo que está sendo visto, seja por meio de texto, áudio ou demais recursos. Já no Rio de Janeiro, o Museu do Amanhã também utiliza de uma plataforma que possibilita aos visitantes visualizar animais se movimentando dentro de espelhos cuja Realidade Aumentada está programada para ser reproduzida. As cenas buscam dar ao visitante a sensação de estar imerso ao conteúdo.

Em tempos de pandemia do Covid-19, a Google lançou (NORONHA, 2020) novo aplicativo que permite ao usuário visitar virtualmente museus, galerias de arte, pontos turísticos do mundo inteiro, com a mesma tecnologia utilizada para o mapeamento (*streetview*), o chamado *Art and Culture*. No aplicativo, o usuário percorre locais históricos sem sair de casa e ainda pode ter acesso às obras mais conhecidas do mundo, em tamanho natural, com a especificação de todos os detalhes. A Figura 03 exemplifica uma vista 360° do Taj Mahal, na Índia, com o uso do aplicativo *Art and Culture*.

**FIGURA 03:** VISTA 360° DO TAJ MAHAL, NA ÍNDIA, COM O USO DO APLICATIVO ART AND CULTURE DA GOOGLE



Fonte: adaptado de: (NORONHA, 2020).

Conforme demonstrado até aqui, a tecnologia, sem dúvida, pode ser amplamente utilizada como aliada no processo de melhoramento e expansão da cultura e das memórias extraídas pelas histórias locais por todo o mundo, desde a colonização até a arte moderna.

Infelizmente, no Brasil, a história contada por intermédio de diversos prédios, museus, praças e demais patrimônios culturais, se mantém há muitos anos no estágio em que se encontra. Ao que parece, o cenário nacional coloca em pauta prioridades diferentes da inclusão digital nessa esfera, deixando que a história se limite a ser contada somente de uma única forma, sem tamanha interação e a desperta curiosidade.

Ainda que a inclusão digital seja para o benefício coletivo, muitos desses locais são ainda prejudicados por não receberem o correto incentivo e investimento dos governantes responsáveis, de modo que muitas dessas obras encontram-se avariadas, desgastadas e sem cuidado.

Dessa forma, enquanto existirem ainda limitações que impossibilitem ao maior número de pessoas a oportunidade de ver a história contada (e visualizada) de maneira fidedigna, a tecnologia será utilizada para conhecer e explorar a cultura pelo mundo, seja do sofá de casa ou dessa experiências conjugadas em locais históricos.

## CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento dos aspectos importantes para a preservação de patrimônios históricos, não restam dúvidas de que as memórias sociais são fontes de grande valor para o processo evolutivo de uma sociedade.

Além de grandiosas e estonteantes arquiteturas, manifestações artísticas e culturais de uma nação, assim como a música, o teatro, a literatura e outros bens culturais, os patrimônios reservam inúmeras memórias que precisam ser reconstruídas e preservadas.

Como fonte de registro daquilo que vivenciamos, a memória social une memórias coletivas e individuais e, portanto, está em constante mudança e evolução. Submersos à contemporaneidade, registros físicos foram atropelados por registros digitais produzidos em grande velocidade, de modo



que afastou as pessoas cada vez mais do conhecimento primário, cultural e científico a respeito da história.

Portanto, voltados à preocupação em preservar essa história a partir da construção de uma memória social, sugeriu a utilização da tecnologia de Realidade Aumentada.

Acertadamente o recurso é capaz de conciliar o mundo real ao mundo virtual, possibilitando a interação dos usuários em em edifícios históricos, museus ou galerias de arte.

Dessa forma, a escolha pela Realidade Aumentada como recurso para o resgate da historicidade, foi direcionada especialmente à necessidade de se conhecer o passado detalhadamente, para entender o presente e alcançar o maior número de pessoas no futuro.

Aliando os preceitos constitucionais de preservação patrimonial face a memória social, as políticas de governança para acesso à cultura em defesa dos interesses sociais, se apresentam nitidamente enfraquecidas.

Tão logo o artigo 216 da Constituição Federal disserte sobre a preservação de patrimônios históricos, muitos desses patrimônios no Brasil já se encontram em processo de degradação e, muitos deles, de abandono.

Portanto a Realidade Aumentada permite que o patrimônio possa ser revigorado, revisitado e explorado com a autenticidade histórica que lhe pertence, possibilitando ao visitante experiências individuais únicas. O mecanismo, além de extremamente facilitador, uma vez que basta o visitante portar um dispositivo móvel para explorar a visita, também permite renderização de alta realidade do mundo combinado, calibração precisa entre todos os elementos virtuais envolvidos, orientação dentro do mundo real e interação entre objetos reais e virtuais.

A Realidade Aumentada já conquistou diversos países ao redor do mundo, promovendo a cultura junto de elementos tecnológicos e aproximando os visitantes de patrimônios culturais e histórias contadas por eles.

Infelizmente, no Brasil, a Realidade Aumentada ainda é tímida. Contudo, cientes de que o uso da tecnologia é mecanismo indispensável para salvaguardar a história na modernidade, o recurso já faz parte de dois dos

maiores patrimônios culturais: Museu da Arte de São Paulo (MASP) e Museu do Amanhã.

A tecnologia já provou ser o caminho na concretização de grandes conquistas para a sociedade, e sem dúvidas, a Realidade Aumentada ainda tomará maiores proporções (positivas) para tão logo fazer parte do patrimônio cultural que represente e que conta toda a história do nosso Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANSA, Brasil. **Museus na Itália poderão ser conhecidos com realidade virtual**. 2017. Disponível em: [http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italianos/noticias/2017/07/06/museus-na-italia-poderao-ser-conhecidos-com-realidade-virtual\\_93120605-832b-49b3-974d-2de920a10987.html](http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italianos/noticias/2017/07/06/museus-na-italia-poderao-ser-conhecidos-com-realidade-virtual_93120605-832b-49b3-974d-2de920a10987.html). Último acesso: 08 out.2020

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

CAMPOS, Juliano Bittencourt; PREVE, Daniel Ribeiro; DE SOUZA, Ismael Francisco. **Patrimônio Cultural, direito e meio ambiente, um debate sobre a globalização, cidadania e sustentabilidade**. Vol. I. Multideia. Curitiba, 2015.

CANUTO, Cristiano Lopes; MOURA, Larissa Ribeiro; SALGADO, Mônica Santos. **Tecnologias digitais e preservação do patrimônio arquitetônico: explorando alternativas**. Disponível em: <file:///C:/Users/Bianca%20Amorim/Downloads/8647456-Texto%20do%20artigo-27729-1-10-20170517.pdf>. Último acesso: 1º de set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Ed. Paz e Terra. São Paulo, 1999.

CONSONI, Gilberto Balbela; MARTINS, Paulo Edi Rivero. JAPUR, Léa Maria Dornelles. **Realidade aumentada aplicada no patrimônio histórico-arquitetônico**: projeto de aplicação para visualização dos prédios históricos da UFRGS. RIHGRGS, n. 157 especial, p. 63-78. Porto Alegre, 2020.

DIEHL, Astor Antônio. **Cultura historiográfica: memória, identidade e representação**. EDUSC (Coleção histórica). São Paulo, 2002.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. 2002. **A Retórica da Perda**: os discursos do patrimônio cultural no Brasil. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.

KIRNER, Claudio; TORI, Romero; SISCOOTTO, Robson. **Fundamentos e tecnologia de realidade virtual e aumentada**. Editora SBC – Sociedade Brasileira de Computação. Porto Alegre, 2006.

LE GOFF, Jacques. **História de Memória**. Editora UNICAMP, São Paulo, 1990.

LENHARDT, Augusto; FONTANA, Eliane. **Políticas públicas de acesso a internet: a (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso a internet no país**. XII Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da UNISC. Ed. 2016. Rio Grande do Sul, 2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Editora 34, 1ªed. São Paulo, 1999.

LISBOA, Pablo Fabião. **Memória e arquivos digitais – outras maneiras de lembrar e esquecer**. 5º Seminário Internacional em Memória e Patrimônio. Rio Grande do Sul, 2011.

MARTINS, Dalton Lopes; SILVA, Marcel Ferrante; CARMO, Danielle. **Acervos em rede: perspectivas para as instituições culturais em tempos de cultural digital**. Ed. Em Questão, 2018 v. 24, n.1. pag. 194-216.

MENDES, António Rosa. **O que é património cultural**. 1ª ed. Editora Gente Singular. Olhão (PT), 2012.

MICHELON, Francisca Ferreira; JÚNIOR, Cláudio de Sá Machado; GONZÁLEZ, Ana Maria Sosa. **Políticas Públicas do patrimônio cultural: ensaios, trajetórias e contextos**. Editora da Universidade Federal de Pelotas. Rio Grande do Sul, 2012.

MARTINS, Sandra. **A Experiência da Modernidade e o Patrimônio Cultural**. Revista de Estudos e Investigações Antropológicas, ano 1, vol.1, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Ed. Companhia de Bolso. São Paulo, 2009.

POLLAK, Michael. **Memória e Identidade Social**. Estudos Históricos, vol.5, n.10. Rio de Janeiro, 1992. p. 200-2012.

NORA, Pierre. **Entre memória e história: a problemática dos lugares**. Projeto História. n. 10. São Paulo, 1993.

NORONHA, Cátia. App usa realidade aumentada para você visitar museus sem sair de casa. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/viagem-livre/app-usa-realidade-aumentada-para-voce-visitar-museus-sem-sair-de-casa/> Último acesso em: 09 out. 2020.

PALOU, Nacho. **Assim funciona o “shazam da arte”**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/10/tecnologia/1489151406\\_512872.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/10/tecnologia/1489151406_512872.html). Último acesso: 08 out.2020

PIRES, Débora de Oliveira. **200 anos do Museu Nacional**. Associação Amigos do Museu Nacional. 1.ed. Rio de Janeiro, 2017.

RABELLO, Sônia. **O Estado na preservação dos bens culturais:** o tombamento. IPHAN. Rio de Janeiro, 2009.

SÁ, Dominichi Miranda; SÁ, Magali Romero; LIMA, Nísia Trindade. **O Museu Nacional e seu papel na história das ciências e da saúde no Brasil.** Cad. Saúde Pública 2018; 34(12):e00192818.

SPÍNDOLA, Calíope. MARTINS, Dalton. **Políticas Públicas para acervos digitais:** análise das iniciativas no cenário brasileiro. Evento: Colóquio em Organização, Acesso e Apropriação da Informação e do Conhecimento (COAIC) da Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2019.

STUMPP, Monika; RADUNZ, Roberto; COSTA, Ana Elisia da. **Patrimônio e mídia interativa: as residências modernas na Serra Gaúcha – Brasil.** 9º Seminário Docomomo Brasil. Brasília, 2011.

ZOOX, Smart Data. **Como museus usam realidade aumentada para te teletransportar no tempo?** 2020. Disponível em: <https://zooxsmart.com/pt/como-museus-usam-realidade-aumentada-para-te-transportar-no-tempo/> Último acesso: 09 out. 2020

# »» A RETÓRICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS AUTORAIS NAS DISPUTAS SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA<sup>1</sup>

Nayara F. Macedo de Medeiros Albrecht<sup>2</sup>

**RESUMO:** este artigo tem como objetivo discutir a utilização dos princípios constitucionais na retórica das disputas políticas sobre direitos autorais. A finalidade é identificar como os primados da Constituição são usados para justificar intervenções políticas na legislação de direitos autorais brasileira. Isso é feito por meio de um estudo de caso sobre uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados que versa sobre o tema. Analisei 10 audiências públicas com diferentes partes ao longo de quatro anos de atuação da referida Comissão. Com base nas transcrições das audiências, realizei uma análise dos discursos dos representantes das partes interessadas de modo a verificar os princípios constitucionais defendidos. O estudo conclui que os primados constitucionais são utilizados tanto pela coalizão da indústria quanto pelo grupo que defende maior flexibilização, porém, sustentam-se em premissas filosóficas distintas.

**Palavras-chave:** política, direitos autorais, discurso

## INTRODUÇÃO

O direito de criadores ao aproveitamento econômico de suas obras artísticas e científicas consiste em um direito constitucional, fundamentado no inciso XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, o texto constitucional também determina o acesso à cultura e à educação

---

<sup>1</sup> Este trabalho expressa parte dos dados coletados no âmbito da pesquisa que deu origem à tese de doutorado apresentada em 2019. O trabalho completo encontra-se disponível no Repositório Institucional da Universidade de Brasília: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35664> A tese foi também apresentada no concurso "Apresente sua Tese", no Congresso de Direito Autor e Interesse Público em 2019. O foco deste *paper* é, porém, distinto do trabalho.

<sup>2</sup> Pesquisadora no Laboratório de Políticas Públicas e Internet – LAPIN/Universidade de Brasília.

como princípios basilares, sendo a garantia desses direitos uma competência compartilhada entre os entes federativos. A propriedade intelectual relativa a obras literárias e científicas é regida pela Lei no. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei de Direitos Autorais (doravante LDA).

Ainda que seja um campo marcado por alta complexidade técnica, o direito autoral consiste em um domínio imerso em disputas políticas. Diz-se que essas disputas são marcadas pela existência de duas grandes coalizões: uma em prol de uma expansão da proteção aos direitos autorais<sup>3</sup> e outra em favor de maior flexibilização do sistema (chamadas respectivamente de *“strong copyright”* e *“strong fair use”* por Herman, 2009, 2013). Em outras palavras, trata-se do antigo conflito entre “aqueles que querem ser pagos” e “aqueles que não querem pagar” (Vasconcelos, 2010). Ademais, a literatura sobre o tema mostra que tais disputas têm historicamente beneficiado a indústria no sentido que as legislações nacionais e internacionais promoveram maior proteção em vez de flexibilização do sistema protetivo (Lessig, 2004; Fisher, 2004; Herman, 2009 e 2013; Horten, 2013, Farrand, 2015, entre outros).

Evidência adicional é que a maioria dos acordos internacionais que versam sobre o tema tratam da proteção e dos direitos individuais de artistas, autores e empresas, em vez de limitações e exceções<sup>4</sup>. De fato, as primeiras legislações sobre direitos autorais foram resultado da ação da pressão de editores (na Inglaterra) e de criadores (na França) em detrimento do público. Posteriormente, na França, o “direito de autor” seria reconhecido como proveniente da ordem natural (Souza, 2005). Com a legislação brasileira não foi diferente, com uma vitória da proteção do conteúdo perante o acesso na aprovação da lei 9610/98 (cf. Valente, 2018).

O objetivo deste artigo é discutir a utilização dos primados constitucionais nas argumentações utilizadas por diferentes partes interessadas nas disputas políticas sobre direitos autorais. A finalidade é identificar como tais grupos e indivíduos incluem os dispositivos constitucionais em suas retóri-

---

<sup>3</sup> Essa expressão é usada neste trabalho em referência a direitos de autor e conexos, conforme art. 1º da Lei 9.610, de 1998.

<sup>4</sup> O Tratado de Marraqueche foi o primeiro acordo internacional a estabelecer limitações ou exceções mandatórias aos direitos autorais. O texto do acordo está disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh/> (Último acesso: 08 out. 2020)

cas. Para tal, foi realizado um estudo de caso sobre uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, instaurada em 2015, com o propósito de promover mudanças na atual legislação. Por meio da análise de vinte e nove discursos feitos em dez audiências públicas, concluo que as distintas coalizões que participam do conflito utilizam a Constituição para defender seus interesses econômicos, porém, com base em premissas filosóficas distintas.

## MÉTODOS E DADOS

A pesquisa realizada caracteriza-se como predominantemente qualitativa e os dados foram coletados principalmente por meio de revisão bibliográfica e de análise documental. Com base nas transcrições das dez audiências públicas, separei cada discurso individualmente e analisei os textos com base em categorias previamente desenhadas segundo a literatura especializada e a prática legal (leis e jurisprudência). A classificação se baseia, primariamente, nas teorias de propriedade intelectual, conforme expressas por William T. Fisher (2001), na discussão sobre o conceito de “propriedade” na teoria política moderna e contemporânea e, por fim, na terminologia própria ao campo do direito autoral.

A análise de discurso é predominantemente qualitativa e foi feita por meio de uma ficha de perguntas, construída com base nas categorias. Além da quantidade de menções à Constituição e aos princípios fundamentais, considerei o teor das alocações no sentido de identificar a base filosófica dos argumentos defendidos: em que medida reproduzem o que as teorias determinam e se estavam concentrados em premissas morais ou utilitaristas. Como se tratavam de um número relativamente baixo de observações, utilizei o Excel para tabular os dados. Posteriormente, coletei informações sobre cada apresentador/a e as instituições que representaram na audiência. Foram recolhidos dados sobre a trajetória dos participantes, assim como a categoria jurídica das instituições. Com base na proximidade ideológica entre os participantes – em termos da visão sobre direitos autorais – subdividi as coalizões de modo a identificar diferenças internas entre seus membros.

Vale ainda ressaltar que todos os dados utilizados neste trabalho são públicos, ou seja, estão disponíveis abertamente nos veículos de comunicação da Câmara dos Deputados. Todavia, como o foco reside no papel das

organizações e não dos agentes individuais, optei por não usar os nomes dos participantes. O artigo está dividido em duas sessões, além das considerações finais: a primeira apresenta as teorias de propriedade intelectual, que se referem às premissas filosóficas nas quais se apoiam os participantes das disputas; já a segunda refere-se à análise do caso em si.

## TEORIAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A chamadas “teorias de propriedade intelectual” referem-se a conjuntos de ideias, crenças e argumentos utilizados para justificar a existência dos direitos de PI (Fisher, 2001). Em outras palavras, consistem em pressupostos filosóficos que justificam os mecanismos de proteção ou as suas limitações. Em grande parte, baseiam-se em discussões sobre o próprio conceito de “propriedade”, conforme aplicado aos bens materiais. William T. Fisher (2001) classifica tais teorias em quatro: a “teoria do bem-estar” (utilitarista), a “teoria da justiça” (ou “do trabalho”), a “teoria da personalidade”, e a “teoria da cultura”.

Baseada em uma análise econômica do direito, a teoria do bem-estar parte de premissas utilitaristas (Fisher, 2001). Nesse sentido, o que justifica a existência de direitos de PI consiste nos custos de transação. De acordo com tal perspectiva, o preço de mercado de uma obra tenderia a decrescer em relação aos custos das cópias, o que desencorajaria a produção, já que a criação inclui outros custos além da cópia em si (Landes & Posner, 2003). Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual atuariam como uma forma de garantir que os benefícios econômicos dos criadores excederiam os custos da criação. Sem ignorar que existem outros tipos de motivação, os direitos de PI atuam, portanto, como incentivos para a produção de bens intelectuais (Landes & Posner, 2003).

O objetivo final da proteção aos direitos autorais é a maximização do bem-estar social, entendido como agregação das preferências individuais, por meio da produção de mais bens intelectuais. Vale ressaltar que a natureza não-rival dos bens imateriais os tornam semelhantes aos bens públicos, o que corrobora a necessidade de criar-se um artifício – os direitos de PI – de forma a conferir uma espécie de controle aos “donos” das obras (Boyle, 2008; Aplin & Davis, 2016). A alcunha de “utilitarista” vem da ideia de que o objeti-



vo final é o benefício do maior número de indivíduos, conceito presente no utilitarismo (Driver, 2014).

Essa perspectiva está expressa na prática legal, como, por exemplo, na Constituição dos Estados Unidos da América, que associa a proteção autoral a finalidades relacionadas ao desenvolvimento das ciências e das artes. A própria comissão do congresso estadunidense que relatava o Estatuto de 1909 declarou que os direitos autorais têm como base o bem-estar do público (Menell, 2000). Assim, tem-se que, de forma geral, os discursos baseados em premissas utilitaristas focam no caráter instrumental (Hughes, 1988) da propriedade intelectual em detrimento de seu valor moral.

A teoria da justiça ou do trabalho (*labour theory*), por outro lado, baseia-se em justificativas morais para a defesa da propriedade privada. Com referência no pensamento político de John Locke, a ideia que permeia essa teoria é que os direitos de propriedade são uma recompensa pelo trabalho realizado (Fisher, 2001). Em relação à propriedade física – sobretudo no que tange às terras – John Locke (1689) defendia o princípio de que a propriedade privada faz parte dos direitos naturais dos homens tendo em vista que se trata do resultado do trabalho humano na natureza.

Segundo tal perspectiva, os direitos autorais são recompensas por contribuições oferecidas em razão do valor normativo da justiça (Fisher, 2001). Trata-se, portanto, de uma justificativa de natureza moral, visto que consiste em retribuição. O direito está condicionado, porém, a certas limitações: a propriedade é legítima desde que haja suficiente para os outros (determinação chamada, na literatura, de condição Lockean). Em que pese o foco na justiça, admite-se também uma interpretação utilitarista de tal teoria, uma vez que o trabalho é também algo necessário à preservação dos “comuns” (*commons*) (Hughes, 1988).

Outra teoria abordada por William T. Fisher (2001) refere-se à “da personalidade”. Nesse caso, os bens intelectuais são considerados extensões das personalidades de seus inventores ou criadores. A propriedade intelectual estaria relacionada ao direito à auto-expressão, uma vez que os direitos de propriedade refletiriam os meios que as pessoas teriam para o autodesenvolvimento (Hughes, 1988). Nesse sentido, os direitos autorais justificam-se devido à relação pessoal entre criador e obra. Proeminente na Europa conti-

mental, esse tipo de abordagem fornece a base filosófica para a existência e a observância dos chamados direitos morais, que versam sobre a paternidade e a integridade da obra, i.e. aspectos não-comerciais (Fisher, 2001). Tendo em vista que o direito à personalidade é tido como direito natural, nota-se a existência de premissas jusnaturalistas também nessa teoria.

Por fim, a teoria da cultura se distancia um pouco das demais devido ao foco no desenvolvimento cultural em vez da recompensa individual a artistas e criadores. Com base em um conjunto variado de pensadores e de correntes teóricas, essa perspectiva concentra-se na relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento da sociedade. Embora partilhe de algumas ideias da teoria do bem-estar – direitos autorais como incentivos ou como necessários ao desenvolvimento – essa abordagem traz uma ideia diferente de “bem-estar” da sociedade. A corrente defende a diminuição do prazo de extensão dos direitos, assim como menor controle por parte dos titulares em relação a obras derivadas, por exemplo, como formas de desenvolver uma cultura justa e atrativa (Fisher, 2001).

Assim, o bem-estar estaria relacionado a uma cultura justa e atrativa de um ponto de vista mais coletivista em comparação ao individualismo metodológico do utilitarismo, o qual relaciona o bem-estar à agregação de preferências. Os direitos de propriedade intelectual também são alvo de diferentes tipos de críticas, as quais variam entre uma perspectiva mais radical que defende a abolição da propriedade a vertentes que admitem a necessidade de um sistema de proteção, porém, mais flexível. Neil Netanel (2008) argumenta, por exemplo, que os direitos autorais podem comprometer a liberdade de expressão quando o sistema de proteção é excessivo.

Lawrence Lessig (2004), por sua vez, destaca que a pressão da grande mídia teria resultado em maior controle sobre a dimensão não-comercial da cultura. Com fronteiras menos claras entre cultura comercial e não-comercial, atos ordinários de criação e de distribuição de conteúdos por indivíduos se tornaram objeto de regulação e de controle. De acordo com o autor, a causa reside nos interesses de tipos determinados de negócios, não de autores e de artistas.

Muitos dos argumentos aqui apresentados fazem parte da prática legal, pois estão expressos nas legislações ou são utilizados em disputas judi-

ciais. No caso analisado, destacaram-se as premissas jusnaturalistas e utilitaristas, tanto nos discursos de membros da cadeia econômica da produção cultural, quanto nas exposições realizadas por usuários comerciais e representantes que se puseram como interlocutores do interesse público, como se verá a seguir.

## **ANÁLISE DE CASO: O DEBATE DA COMISSÃO ESPECIAL (CÂMARA DOS DEPUTADOS, BRASIL, 2015-2019)**

Instituída em 2015 pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, a Comissão Especial sobre Direitos Autorais consistia em uma comissão temporária. A instalação de comissões especiais é um recurso previsto no Regimento Interno da casa legislativa. Pode ser um meio estratégico de acelerar a tramitação, tendo em vista que sua análise substitui o papel exercido pelas comissões temáticas. O objetivo da Comissão era discutir o projeto de lei no. 3.968, de 1997, e seus apensados. A ementa da referida proposição legislativa é a seguinte: *“Isenta os órgãos públicos e as entidades filantrópicas do pagamento de direitos autorais pelo uso de obras musicais e lítero-musicais em eventos por eles promovidos”*.

O conteúdo da proposta versa, portanto, sobre dispensa de pagamento pelo direito de execução pública, um tema bastante controverso e permeado por conflitos entre titulares, associações e usuários. No decorrer dos anos, foram acrescentados diversos projetos à proposição original, que hoje conta com 58 apensados<sup>5</sup>. A maior parte desses projetos tinha como objeto a dispensa de pagamento por direitos autorais em situações específicas diversas, tais como músicas em hospitais, eventos beneficentes, execuções por rádios comunitárias ou em quartos de hotéis. Atingiam, assim, uma gama variada de usuários.

Entre 2015 e 2017, foram realizadas dez audiências públicas na Comissão Especial antes da apresentação do relatório da Deputada Renata Abreu. Os trabalhos da Comissão foram interrompidos em 2017, supostamente devido a um impasse sobre alguns dispositivos do relatório final. No total, fo-

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20529> (Último acesso: 09 out. 2020)

ram feitos 18 requerimentos, dos quais 17 foram aprovados. As audiências contaram com a participação das seguintes organizações divididas segundo os setores que representam:

- a) **Poder Público** (órgãos reguladores): esteve representado pelo Ministério da Cultura – MinC e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O antigo MinC era o órgão responsável pela implementação de políticas públicas relativas a direitos autorais por intermédio de seu Departamento de Direitos Intelectuais – DDI, cuja atuação foi bastante ativa na tramitação do PL 3968/1997. Durante o período de existência da Comissão, a estrutura do DDI passou por diversas modificações estruturais: no começo era uma diretoria, transformando-se depois em Departamento durante a gestão do Ministro Calero<sup>6</sup>, para, por fim, tornar-se uma Secretaria em 2019<sup>7</sup>. O CADE<sup>8</sup> já havia participado de processo administrativo envolvendo o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad, no qual o Ecad e seis associações foram condenados por formação de cartel;
- b) **Associações de Gestão Coletiva (classificadas como “intermediárias” para os fins da pesquisa)**: esteve presente nas audiências a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção dos Direitos Intelectuais (SOCINPRO)<sup>9</sup>, além do Ecad, o ente arrecadador de que trata o artigo 99 da LDA. O Ecad é constantemente alvo de críticas e reclamações dos dois lados: dos usuários no que tange à cobrança e da classe artística em relação à distribuição. Não por acaso, o Ecad era o principal “alvo” dos projetos em discussão, cuja maioria versava sobre dispensa de pagamento e mudanças no ente. A União Brasileira de Editoras de Música (UBEM), a qual pela Lei 12.853 não

---

<sup>6</sup> Decreto nº 8.837, de 17 de agosto de 2016 (revogado posteriormente pelo Decreto nº 9.411. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8837.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8837.htm) (Último acesso: 28 out. 2018).

<sup>7</sup> Decreto no. 9.411, de 18 de junho de 2018, estrutura que foi mantida na Secretaria Especial da Cultura, no âmbito do Decreto nº 9.674, de 2 de janeiro de 2019.

<sup>8</sup> Ver em: <http://www.etc.com.br/noticias/economia/2013/03/cade-condena-ecad-e-seis-associacoes-por-formacao-de-cartel> (Último acesso: 27 out. 2018).

<sup>9</sup> Ver em: <http://www.socinpro.org.br/> (Último acesso: 09 out. 2020).

pode ser considerada associação de gestão coletiva<sup>10</sup>, também participou de uma das audiências.

- c) **Autores e artistas:** do lado dos titulares primários, destaca-se o Grupo de Ação Parlamentar Pró-Música (GAP Pró-Música) e o Procure Saber, dois grupos criados por artistas e compositores da indústria musical para representar seus interesses no debate público. O Procure Saber chegou a contar com figuras como Roberto Carlos e Gilberto Gil, que foi Ministro da Cultura<sup>11</sup>.
- d) **Outros representantes de titulares:** do lado de outros titulares, que defendem um fortalecimento do sistema de proteção, encontram-se a Associação Brasileira de Direitos Autorais (ABDA)<sup>12</sup>, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)<sup>13</sup>, o Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual (SICAV)<sup>14</sup>, a Câmara Brasileira do Livro (CBL)<sup>15</sup>, a Motion Pictures Association (MPA)<sup>16</sup> e a União Brasileira de Vídeo e Games (UBV&G)<sup>17</sup>. Vale ainda destacar que a ABPI e o SICAV foram representados pelo mesmo interlocutor: um advogado da área de propriedade intelectual, que posteriormente viria a se tornar Secretário de Economia da Cultura, na reestruturação do MinC que transferiu o DDI para esse setor (Decreto 8837/16) durante a gestão Calero.

<sup>10</sup> O assunto é objeto de controvérsias. A legislação requer que as associações sejam dirigidas por titulares primários, enquanto a UBEM é composta majoritariamente por titulares secundários (editoras). No entanto, a associação desempenha funções semelhantes às que-las exercidas por associações de gestão coletiva, sobretudo no que tange à arrecadação e à distribuição de pagamentos advindos de direitos sobre a utilização de obras e fonogramas. Na página eletrônica da organização, ela é descrita como “empresa”: <http://www.ubem.mus.br/sobre.php> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>11</sup> Há poucas informações sobre ambos os grupos na Internet. As informações foram extraídas das páginas no Facebook (meio pelo qual os membros dos grupos se comunicam e expõem informações, do relatório da CPI do ECAD e de notícias de jornais, além de entrevistas realizadas com membros do setor público.

<sup>12</sup> Ver em: <https://www.abdabrasil.org.br/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>13</sup> Ver em: <http://www.abpi.org.br/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>14</sup> Ver em: <http://www.sicavrj.org.br/quem-somos/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>15</sup> Ver em: <http://cbl.org.br/a-cbl/a-associacao> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>16</sup> Ver em: <https://www.mpaamericalatina.org/who-we-are/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>17</sup> Ver em: <http://ubveg.org.br/ubvg/> (Último acesso: 09 out. 2020).

e) **Usuários:** os segmentos dos hotéis e das rádios foram os mais representados no campo dos usuários das obras intelectuais. Os estabelecimentos de hospedagem contaram com duas entidades de defesa de interesses, i.e. a Associação Brasileira da Indústria de Hotéis (ABIH)<sup>18</sup> e o Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB)<sup>19</sup>, duas entidades de defesa de interesses. Ademais, participou do debate a Federação do Comércio do Rio Grande do Sul (FECOMÉRCIO-RS)<sup>20</sup>, instituição que representa empresários do setor de bens, serviços e turismo do Rio Grande do Sul. O Instituto Brasileiro do Turismo (EMBRATUR)<sup>21</sup> esteve presente em uma das audiências, mas se absteve em dar opiniões sobre o assunto em discussão. Já as rádios contaram com três instituições, quais sejam: a Associação Brasileira de Radiodifusão Comunitária (ABRAÇO)<sup>22</sup>, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e a Associação das Rádios Públicas do Brasil (ARPUB)<sup>23</sup>, além da Empresa Brasileira de Comunicação (EBC)<sup>24</sup>. Outros representantes de usuários que participaram das discussões foram a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (ABRASEL)<sup>25</sup> e a Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares (FBHA)<sup>26</sup>, também chamada de “Federação Brasileira de Hospedagem e Alimentação”.

Além dos segmentos acima, as audiências públicas contaram com a participação de especialistas na área, entre eles um escritório de advocacia especializado em mercado de entretenimento e mídia<sup>27</sup>. As audiências

---

<sup>18</sup> Ver em: <http://abih.com.br/apresentacao/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>19</sup> Ver em: <http://fohb.com.br/sobre-nos/quem-somos/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>20</sup> Ver em: <http://fecomerccio-rs.org.br/institucional/quem-somos/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>21</sup> Ver em: [http://www.embratur.gov.br/lai\\_embratur\\_secom/opencms/menu/embratur/quemsomos.html](http://www.embratur.gov.br/lai_embratur_secom/opencms/menu/embratur/quemsomos.html) (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>22</sup> Ver em: <http://www.abracobrasil.org.br/inicial> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>23</sup> Ver em: <https://arpub.wordpress.com/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>24</sup> Ver em: <http://www.ebc.com.br/institucional/sobre-a-ebc/o-que-e-a-ebc/2012/09/historico> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>25</sup> Ver em: <http://www.abrasel.com.br/a-abrasel.html> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>26</sup> Ver em: <http://www.fbha.com.br/> (Último acesso: 09 out. 2020).

<sup>27</sup> Trata-se do Escritório de Advocacia Cesnik, Quintino e Salinas Advogados (CQS): <http://cqs.adv.br/pt/home/> (Último acesso: 09 de outubro de 2020).

contaram com um total de 29 participantes. Os “direitos fundamentais” são evocados ora como expressão genérica em associação às premissas jusnaturalistas, ora em referência ao texto constitucional, nomeadamente a parte sobre direitos e garantias fundamentais. O representante do MinC, na primeira audiência (transcrição no. 01, audiência realizada no dia 14 de outubro de 2015), destacou que tratar os direitos autorais como isenção é inconstitucional, uma vez que consiste em direito privado.

Nas palavras do representante do Ministério:

Do ponto de vista da Constituição, enquanto direito privado, é, é... Disposto no Art. 5º, tratar o não pagamento como isenção, na nossa opinião, é inconstitucional. Por favor. Ah... O pagamento de direitos autorais é de natureza privada e não de natureza tributária. É... O que significa que... É... Que não é por uma questão de problemas que o usuário tem com o fiscal do ECAD, com a direção do ECAD, com a direção de Associações, que o instituto do direito autoral, como um todo, tem que ser colocado em causa (Transcrição #1).

Por outro lado, o representante também destacou a importância das limitações e exceções – termo mais adequado para tratar da dispensa de pagamento – para o exercício de direitos fundamentais:

(...) agora é também uma parte muito importante da Lei de Direito Autoral porque são as limitações que criam o equilíbrio entre a proteção autoral e o direito de acesso à cultura, à educação, à informação, etc, então é delicadíssimo, mas é, talvez, a parte mais difícil de escrever numa reforma legislativa (Transcrição #1).

O representante do MinC expressou uma posição intermediária ao defender certos projetos ao passo que posicionava contra outros. Defendeu a remuneração dos titulares, mas também os direitos dos usuários. Foi favorável às limitações para atividades litúrgicas de instituições religiosas, fins educacionais (ampliando o que já existe, por meio, por exemplo da inclusão da exibição audiovisual<sup>28</sup>).

<sup>28</sup> A legislação atual permite apenas a execução musical e a representação teatral nos estabelecimentos de ensino, para fins exclusivamente didáticos e sem lucro (LDA, art. 46, inciso VI).

Ademais, foi favorável à inclusão de uma cláusula aberta de uso justo (*fair use*) e da liberação de usos privados. Por outro lado, declarou-se contrário às propostas que versavam sobre as regras do Ecad e as limitações para outras instituições. Os primados constitucionais estão presentes em seu discurso tanto na defesa dos direitos dos titulares quanto na preservação dos direitos do público, sobretudo na necessidade de equilíbrio entre tais direitos fundamentais.

Na segunda audiência, realizada no dia 22 de outubro, o representante da SOCINPRO evocou o caráter constitucional dos direitos autorais em menção ao inciso XXVII do artigo 5º da Constituição. Segundo ele, a “isenção” – termo utilizado equivocadamente por diversos projetos – fere o dispositivo constitucional. Ele também citou o dispositivo constitucional que versa sobre a criação de associações para se opor à intervenção estatal na seara:

E... apenas me oponho, evidentemente, à violação do inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal que proíbe a, a intervenção do poder público na constituição e no funcionamento das associações civis... e, ou seja, não me parece lógico que o Estado queria interferir na fixação de preços, que o Estado queria interferir na composição das diretorias das associações, não acho razoável... tem que ter, tem que ter uma coisa, ser uma coisa comedida (Transcrição #2).

De acordo com seu discurso, infere-se que, para ele, os direitos autorais são uma questão de justiça, tendo em vista que ele ressalta o trabalho realizado pelos titulares. Compara ainda o uso de outros tipos de produtos aos bens intelectuais: “você chega num avião, você usufrui da comida do avião, que hoje já é rara, essa comida é paga, essa comida é paga e isso tá embutido no preço da passagem” (transcrição #2). Ele destaca o uso de bens intelectuais para ampliar o aproveitamento econômico de certos estabelecimentos. Também relaciona a propriedade intelectual a um reconhecimento da criatividade humana.

Da releitura de seu discurso, verifica-se o teor jusnaturalista de sua linha de argumentação no sentido de que associa simultaneamente os direitos a uma questão de justiça (comparação com outros bens) e a elementos relativos à capacidade humana (criatividade). Embora tenha se classificado



como flexível, não defendeu nenhuma limitação ou exceção proposta nos projetos de lei em análise. Na mesma audiência, o caráter constitucional dos direitos autorais foi enfatizado pelo representante da ABDA. Novamente foi citado o dispositivo constitucional que versa sobre o direito dos criadores em fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras.

Tal dispositivo foi mais uma vez citado na sexta audiência, que ocorreu no dia 26 de novembro de 2015 e contou com representantes do Poder Público, do Ecad e de usuários comerciais. Na ocasião, o representante do Ecad reforçou novamente o caráter constitucional dos direitos autorais:

(...) eles têm, ah, direito de aproveitamento econômico de suas obras e esse direito se aplica a autores, intérpretes, cantores, músicos, editores e isso faz com que cada música, que uma vez seja executada, você tem múltiplos titulares que têm direito a receber os recursos, o pagamento pela utilização daquela obra musical.

E o direito autoral é um bem como qualquer outro. E é um bem especialmente importante, isso é importante se ter, até para, para artistas às vezes que não são os mais, ah, chamados, pra shows, pra televisão, que tem naquele ganha pão a única coisa que eles têm pra vender... e, quan..se em algum momento, seja o poder público, seja a, a sociedades beneficentes, o que for, passa a ter direito a usar sem pagar, isso não deixa de ser uma forma de expropriação, talvez incompatível com a Constituição (transcrição #6).

Em termos quantitativos, trata-se de um dos participantes que mencionou a Constituição mais vezes (oito menções diretas à Constituição durante suas falas na audiência). Na dimensão qualitativa, o representante trata ainda da liberdade associativa. Assim como o representante da SOCINPRO, ele utiliza a Constituição para destacar, além dos direitos dos artistas e criadores à fiscalização do aproveitamento econômico, a liberdade de associação. Assim, defende a atuação do Ecad com base na liberdade de associação conferida pelo texto constitucional:

E aí mais uma vez a nossa Constituição, que é muito rica, e graças a Deus democrática, ela assegura a liberdade de associação, o que faz com que haja múltiplas associações, que representam diferentes titu-

lares, e com o detalhe no sistema brasileiro, que uma mesma, que um mesmo titular pode participar de mais uma associação em situações diferentes. O sujeito pode ser cantor na associação A e autor na associação B. O que geraria, também gera um problema pra administrar isso que essas associações, elas não têm, toca uma música, várias associações têm direito, e, mais uma vez os usuários não saberiam a quem pagar, e as associações não teriam como exigir o pagamento daquilo que lhes é devido. Então, a partir dos anos 70, surgiu o ECAD, ahm, um sistema de unificação em que há uma associação das associações que reúne, ah, todas as associações titulares de direitos autorais, que congrega essas associações, e que representa os titulares de direitos autorais, ahm, na, no exercício desse direito de recolher os direitos que lhes são devidos e depois de recolher, distribuir esses direitos (Transcrição #6).

No que tange a artistas e criadores, ele ressalta a dimensão econômica dos direitos autorais ao associá-los à remuneração justa dos titulares. Enfatiza, portanto, a questão da sobrevivência. Os dispositivos constitucionais supracitados (aproveitamento econômico da obra e direito exclusivo) são mencionados novamente na sétima audiência, desta vez por dois convidados: um profissional do Direito e um representante da UBEM. O profissional do Direito foi professor e assessor do Ministro da Educação. Participou de muitos trabalhos de regulamentação da lei, além de ter sido ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Ao explicar as diferenças entre os sistemas “copyright” (Estados Unidos) e “*droit d’auteur*” (França), ele reforçou a garantia ao “direito individual” expressa desde a Constituição brasileira de 1886.

O representante da UBEM argumentou que a LDA decorre diretamente da Constituição, pois nada mais seria que um “desdobramento” desse direito ao monopólio sobre as criações. Reforçou o caráter individual dos direitos autorais destacando que o titular consiste no “beneficiário final” da lei e explicando que a evolução do sistema francês está relacionada ao “reconhecimento do indivíduo”. Esse tipo de argumento o afasta das premissas utilitaristas, visto que, na teoria do bem-estar, o beneficiário final é a sociedade.

Assim, os defensores do fortalecimento do sistema de proteção levantam o dispositivo constitucional que tem foco no aproveitamento econô-

mico, mas não fazem diferenciação explícita entre usos econômicos e não-comerciais. Não se posicionam favoráveis a nenhuma limitação específica, mesmo que para usos não-lucrativos. Pelo contrário, demonstram ressalvas quanto a expressões como “beneficentes” e “filantrópicas” por receio de abrir precedentes para uma ampliação maior das limitações, embora a lei brasileira atual seja excessivamente restritiva em comparação a outras legislações nacionais<sup>29</sup>. Isso retoma a crítica de Lessig (2004) entre a extinção das fronteiras entre usos comerciais e não-comerciais, o que teria resultado na criminalização de atos sem fins lucrativos cotidianos – especialmente no Brasil, onde o texto do Código Penal é demasiado genérico em relação a violações contra direitos autorais.

Como se pode notar na lista das instituições que participaram das audiências, a Comissão contou com mais representantes da indústria, dos titulares e de usuários comerciais em detrimento de usuários finais ou instituições com finalidades sociais. As rádios comunitárias são a exceção, mas ainda assim integraram o segmento “rádio”, que contou também com representante das rádios comerciais. A apresentação mais destoante nesse sentido foi realizada por um professor de uma universidade pública na oitava audiência.

Sem estar em condição de representante de instituição específica, ele expôs sobre o conflito entre direitos fundamentais. Divergindo substancialmente da linha argumentativa dos demais, ele argumentou que as limitações são parte integrante do próprio sistema de proteção:

Bom, a questão... a existência das limitações aos direitos autorais é... Ela é uma necessidade e a sua garantia... Primeiro ela existe desde o início da proteção aos direitos autorais e em todos os países do mundo. Então não é uma exceção, não é algo extraordinário. Ela é parte essencial e integrante do sistema, pra própria saúde do sistema de proteção dos direitos autorais. Esse pra mim é o primeiro e o mais importante ponto. Nós não estamos de exceções, de exclusões dos direitos autorais, nós estamos falando de algo intrínseco ao próprio sistema de proteção, sem o qual não é possível um sistema saudável, viável e permanente (Transcrição #8).

---

<sup>29</sup> A lei estadunidense tem uma cláusula aberta de uso justo.

Dessa forma, o professor contrapôs-se às alocações anteriores ao destacar as limitações não como aspecto excepcional dos direitos autorais, mas como elementos inerentes ao sistema, presentes desde a fundação. Sobre tudo, o acesso à cultura é ressaltado como um direito de igual status constitucional ao dos direitos de criadores e artistas:

Então a questão, é... Sobre as limitações não é uma questão de redução dos direitos autorais, ao contrário, mas de promoção do acesso à cultura resultando num equilíbrio e no balanceamento entre dois direitos fundamentais em... De igual status constitucional e de igual status no nosso ordenamento jurídico. É... O direito de acesso à cultura ele sempre foi muito relegado, as limitações sempre foram vistas como aquilo que sobra dos direitos autorais e é uma visão bastante equivocada, mas ela representa uma visão dos anos 90. Uma visão muito comum no mundo todo de que as limitações é aquilo que realmente não dá pra deixar sem, só, excepcionalmente nós vamos pontuar limitações (Transcrição #8).

Mediante a análise de todos os discursos proferidos nas dez audiências, os resultados mostraram que a defesa da propriedade intelectual se fez, no plano discursivo, com base em duas premissas: moral, que consiste na ênfase ao direito natural ou individual; e instrumental, que se baseia na análise econômica e na ideia de incentivos. Diversos elementos das teorias de propriedade intelectual delineadas por Fisher (2001) podem ser encontrados no discurso. Nas alocações dos titulares – sobretudo primários e associações de gestão coletiva – prepondera a relação entre o caráter constitucional dos direitos e a defesa de direitos e liberdades individuais como princípio moral a ser defendido. No que tange aos poucos participantes que levantaram questões sociais ou atreladas ao interesse público, o acesso à cultura é ressaltado como parte dos direitos individuais e garantias constitucionais.

Vale, por fim, ressaltar que os grupos não são homogêneos. Do lado da defesa do sistema protetivo, titulares primários por vezes divergem de titulares secundários e de intermediários. Já no que tange aos usuários, há uma diferença marcante entre estabelecimentos comerciais e usuários finais. O campo é, portanto, heterogêneo em termos de elementos discursivos, capacidade de mobilização política e interesses econômicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da Comissão Especial resultou na identificação de sub-coalizões dentro dos dois grupos geralmente visados no campo dos direitos autorais (proteção e flexibilização). Do lado da proteção, os interesses da indústria – empresas, grandes corporações, que se classificam como titulares secundários – nem sempre condizem com os posicionamentos de artistas e criadores. A posição das associações de gestão coletiva é ainda mais emblemática, visto que elas são mandatárias dos titulares, mas ainda assim desenvolvem interesses próprios em consonância à teoria da representação esboçada por Robert Michels (1982)<sup>30</sup>.

As discussões sobre a Lei no. 12.853, de 2013, ilustram bem essa relação ambígua entre representantes e representados, visto que artistas e criadores se opuseram explicitamente aos posicionamentos adotados pelo Ecad. Entretanto, os titulares primários estão longe de se constituir um grupo homogêneo, tendo em vista a diversidade de posições políticas, visões de mundo gerais e condições socioeconômicas entre eles. Assim, no que tange à Lei 12853/2013, um grupo de artistas e compositores lutou coletivamente pela lei, enquanto alguns dissidentes se alinham aos interesses defendidos pelo Ecad.

Os dois grupos mais atuantes na aprovação da lei – GAP e Procure Saber – estiveram também presentes em uma das audiências da Comissão Especial instalada em 2015. As associações e o Ecad contaram com cinco representantes no total. O discurso do representante do Ecad na sexta audiência da Comissão reforça a existência de tal interesse especial, tendo em vista que o Ecad não defende apenas seus mandantes, mas também seu próprio interesse de manutenção do status-quo. Isso fica claro nas diversas vezes em que o representante trouxe a presença da “liberdade de associação” no texto constitucional como um argumento para a defesa da instituição.

Os primados constitucionais foram levantados por instituições diversas, como as próprias associações, outras organizações representativas em defesa da propriedade industrial e também o Poder Público. Observa-se que os dispositivos e os princípios expressos na Constituição são utilizados predominantemente

---

<sup>30</sup> A ideia geral é que organizações coletivas desenvolvem interesses próprios, uma vez que seus dirigentes e a camada burocrática se distanciam das bases representadas.

temente de duas formas: ora para defender o direito natural à propriedade intelectual, na qual inserem-se os direitos autorais, ora para defender um maior equilíbrio entre proteção e flexibilidade em razão do conflito entre direitos.

No que concerne o direito natural à propriedade intelectual, os participantes enfatizam a natureza privada dos direitos autorais. No segundo caso, a defesa da Constituição está centrada a direitos públicos e coletivos, sobretudo o acesso à cultura, à informação e à educação. Os participantes partem de diferentes premissas. Grande parte dos titulares primários e dos representantes das associações mandatárias apoiam-se em discursos que se assemelham à teoria da justiça ou do trabalho, com uma inspiração claramente jusnaturalista. Isso porque os direitos autorais são vistos como direitos naturais advindos da capacidade humana de criar e de trabalhar. Além disso, maior ênfase é conferida ao indivíduo e seus direitos em vez de objetivos sociais.

Sobretudo, os benefícios advindos do aproveitamento econômico são considerados uma recompensa pelo investimento feito em termos de despesas e de esforços. Outras associações representativas de setores relacionados à produção ou à distribuição – mas que não são responsáveis pela coleta e distribuição de direitos – destacam os benefícios sociais da proteção, principalmente com base em premissas utilitaristas que consideram os direitos de propriedade como incentivos.

Em contraste, “cultura”, “educação” e “informação” são elementos relacionados a direitos fundamentais pela ala que defende maior flexibilização do sistema protetivo. No debate aqui analisado, o representante do Poder Público adotou uma posição intermediária entre ambos os grupos, reforçando tanto o caráter constitucional dos direitos de propriedade intelectual quanto a importância de outros direitos fundamentais.

Assim, o estudo confirma o quão heterogêneas são as disputas envolvendo direitos autorais, não apenas em termos de participantes, mas também de fundamentos ideológicos, elementos de discurso e características das coalizões. O debate é formado por grupos com grandes divergências e disparidades internas em relação à capacidade econômica e às visões de mundo de seus membros.

## REFERÊNCIAS

- APLIN, Tanya; DAVIS, Jennifer. **Intellectual Property Law: Texts, Cases and Materials**. Oxford: Oxford University Press, 3a edição, 2016.
- BOYLE, James. **The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind**. New Haven London: Yale University Press, 2008.
- DRIVER, Julia, "The History of Utilitarianism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edição Inverno 2014, Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>> (Último acesso: 20 dez. 2018).
- FARRAND, Benjamin. "Lobbying and lawmaking in the European Union: the development of copyright law and the rejection of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement". *O.J.L.S.* 2015, 35(3), 487-514, 2015.
- FISHER, William T. "Theories of Intellectual Property". Em: **New Essays in the Legal and Political Theory of Property** 193, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment**. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- HERMAN, Bill D. **The battle over digital rights management: A multi-method study of the politics of copyright management technologies**. Tese de doutorado. Universidade da Pensilvânia, 2009.
- \_\_\_\_\_. **The Battle Over Digital Rights: The Politics of Copyright and Technology**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.
- HORTEN, Monica. **A Copyright Mascarade: How corporate lobbying threatens online freedoms**. Londres: Zed Books, 2013.
- HUGHES, John. "The Philosophy of Intellectual Property". Em: **77 Geo. L.J.** 287, 1988.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. 1989. "An Economic Analysis of Copyright Law", **18 Journal of Legal Studies**, 325-363.
- LESSIG, Lawrence. **Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**. Nova York: The Penguin Press, 2004.
- LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/pages/john-locke-two-treatises-1689> (Último acesso: 10 de outubro de 2020).
- MICHELS, Robert. (1982), **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília.
- NETANEL, Neil. **The Copyright's Paradox**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: A História da Proteção Jurídica. Em: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7, 2005.
- VALENTE, Mariana Giorgetti. **Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998 / Orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria -- São Paulo**, 2018.
- VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

# »»» DILEMAS DO AUTOR DE MATÉRIA JORNALÍSTICA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Susana Carleto da Rocha<sup>1</sup>

Rangel O Trindade<sup>2</sup>

**RESUMO:** O dilema experimentado por autores de matérias jornalísticas que pretendem reportar fatos cuja repercussão pode gerar certa violação do direito de privacidade de pessoas envolvidas merece ser tratado sob a ótica trazida pela Sociedade da Informação. Este artigo aborda os direitos envolvidos na publicação de notícias por jornalistas, como o direito ao esquecimento e liberdade de informação, que mostram-se por vezes colidentes entre si em relação à abordagem de fatos que podem ou não lesar partícipes dos mesmos. Para tanto, através da análise do Caso Aída Curi, objetiva estabelecer e dirimir as incongruências de regulação, visto que a jurisprudência das Cortes Superiores ainda não é pacífica a termos de repercussão geral. Para o presente estudo, fez-se uso do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica que teve por base central a pesquisa jurisprudencial sobre o assunto. A importância deste estudo reside na necessidade prévia de compreensão pela sociedade brasileira das implicações e dos elementos componentes do julgamento do Caso Aída pelo Supremo Tribunal Federal, que está em vias de ocorrer. Acima de tudo, de ser uma base ao profissional/comunicador social a que compreenda e reduza a incerteza na tomada de decisão a respeito de elaboração e veiculação de matérias que envolvam fatos atacados ou não pelo direito ao esquecimento.

**Palavras-chave:** Sociedade da Informação. Liberdade de expressão. Direito ao esquecimento.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Sistemas de Informação pela Univille (2007), Graduanda em Direito pela ACE/FGG - Associação Catarinense de Ensino/Faculdade Guilherme Guimbala.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito, subárea Direito e Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR/CNPq). Consultor da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (Brasília/DF). Professor universitário e advogado.



## INTRODUÇÃO

O dilema experimentado por autores de matérias jornalísticas que pretendem reportar fatos cuja repercussão pode gerar certa violação do direito de privacidade de pessoas envolvidas – e que constitui o direito ao esquecimento – merece ser tratado sob a ótica trazida pela Sociedade da Informação. As Cortes Superiores brasileiras debruçam-se em ponderar a liberdade de informação em face do esquecimento pleiteado por vítimas ou seus parentes, e o atual momento não configura uma postura única sobre o assunto.

Nesse contexto, este estudo tem como objetivo geral abordar os direitos envolvidos na publicação de notícias: o direito ao esquecimento e liberdade de informação, que mostram-se por vezes colidentes entre si. Para tanto, através da análise do Caso Aída Curi (paradigma nacional de repercussão geral), bem como das repercussões geradas, é que o fenômeno da difusão de informação em tempos atuais depara-se com o dilema da juridicidade a ser seguida pelo agente comunicador, que suscitou o problema da incerteza jurídica de utilização de informações sensíveis em seu labor.

O artigo trata em seu capítulo primeiro o contexto profissional do jornalista, e da compreensão da informação e de suas matizes contemporâneas. Por sua vez, o capítulo dois analisa os direitos envolvidos na publicação de notícias, quais sejam, o direito ao esquecimento e o da liberdade de informação. Partindo desta base teórica, temos no terceiro capítulo a detida análise do Caso Aída Curi, suas repercussões e dilemas.

Com relação aos procedimentos metodológicos utilizados, este trabalho faz uso do método hipotético-dedutivo, e com pesquisa bibliográfica, tendo como base central a pesquisa jurisprudencial sobre o assunto. Com relação à estratégia de pesquisa, este trabalho se apresenta como uma pesquisa descritiva, na qual se teve como objetivo a obtenção de um aprofundamento teórico sobre o tema.

A importância deste estudo reside na necessidade prévia de compreensão pela sociedade brasileira das implicações e dos elementos componentes do julgamento do Caso Aída Curi pelo Supremo Tribunal Federal, que está em vias de ocorrer. Acima de tudo, de ser uma base ao profissional/

comunicador social a que compreenda e reduza a incerteza na tomada de decisão a respeito de elaboração e veiculação de matérias que envolvam fatos atacados ou não pelo direito ao esquecimento.

## **1 O AUTOR DE MATÉRIA JORNALÍSTICA E A INFORMAÇÃO NO SÉCULO XXI**

O exercício da profissão de jornalista, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 972/1969, engloba um número de atividades que são tratadas em seu art 2º:

Art 2º A profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:

- a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
- b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
- c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
- d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
- e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea “ a”;
- f) ensino de técnicas de jornalismo;
- g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
- h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e a adequação da linguagem;
- i) organização e conservação de arquivo jornalístico, e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
- l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.

Da maior importância é a menção à Constituição Federal a respeito do exercício livre laborativo:

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

(...)

**XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;** (grifo nosso)

Podemos desta forma apontar as características da profissão de jornalista, que, diplomado ou não, deve ser capaz de atuar como produtor intelectual e agente da cidadania, respondendo à complexidade e ao pluralismo característicos da sociedade e da cultura contemporâneas. Também, possuir os fundamentos teóricos e técnicos especializados no campo jornalístico. Deve ter clareza e segurança para o exercício de sua função social específica. (UFMS, web)

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e à proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

Cumprе ressaltar que no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Naquela oportunidade, entendeu-se que o jornalismo, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.

Como ferramenta de trabalho do citado profissional temos a informação. O fenômeno de inserção da internet no cotidiano das pessoas, iniciado

massivamente em âmbito mundial no final do século passado, suscita a necessidade de inserção da sociedade como um todo no universo dos novos meios de informação. O que diferencia este período é a expansão do conceito de informação, que passa a abranger a voz, a imagem, as manifestações culturais e os dados em formato digital.

Surge o conceito de sociedade da informação, que encontra em Manuel Castells original definição:

O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade [...] o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas. (CASTELLS, 2005)

A expressão Sociedade da Informação inaugura um período único na história, marcado pela celeridade dos avanços tecnológicos e pela convergência da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Sustenta que grande parte desse processo é impulsionada pela internet, que se apresenta como um canal de informação por excelência o que tanto pode produzir efeitos benéficos, ao facilitar o acesso das pessoas à informação, quanto desencadear processo de exclusão, provocando uma verdadeira brecha digital. (WACHOWICZ, 2002)

A noção desta necessidade digital fez com que o computador e a internet passassem a ser um relevante centro de informações culturais e educacionais, à medida em que se disseminaram, pautando condutas por parte de cada usuário na web. A internet, tal como aponta José de Oliveira Ascensão, “apresentou-se como um caráter atrativo, que levou a que seus destinatários nela se empenhassem e adestrassem, e por outro lado ficassem dependentes deste modo de comunicação”. (ASCENSÃO, 2002)

Neste contexto, a interação entre usuários neste século XXI, segundo Wolton, caracteriza a velocidade da informação, que pode se tornar uma arma fatal na medida em que o entendimento do outro necessita de tempo e lentidão a fim de superar os estereótipos múltiplos e construir um mínimo de convivência cultural; o conflito entre comunicação e “traçabilidade”

é presente, e a sociedade estaria em uma nova fronteira da incomunicação, visto que a questão da comunicação é o outro. A informação existiria por si, mas a comunicação só existiria e teria sentido quando há o reconhecimento mútuo. (WOLTON, 2010).

Ainda, nesta desordem, mister falarmos de categorias. Relatório do Conselho Europeu aponta três categorias de desordem da informação: (i) *mis-information*: informações falsas compartilhadas sem intenção de causar danos; (ii) *dis-information*: informações falsas compartilhadas com intenção de causar danos; (iii) *mal-information*: informações verdadeiras compartilhadas com intenção de causar danos. (WARDLE; DERAKHSHAN, 2017) Aqui neste momento falarmos em publicação de notícias, e requerimentos pautados no direito ao esquecimento, em desconsideração da liberdade de informação, não encontram o enquadramento nas categorias postas.

## **2 DIREITOS ENVOLVIDOS NA PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIAS: DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

O direito ao esquecimento tem sido cada vez mais reivindicado nos sistemas judiciários nacional e internacional, isto porque a internet pode tanto trazer informações verdadeiras e relevantes, prestando um ótimo serviço à liberdade de informação, como também o contrário, e mesmo informações que um dia foram relevantes, podem com o passar do tempo perder essa qualidade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito ao esquecimento pode ser conceituado da seguinte maneira:

A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social (SARLET, 2015, n.p).

Assim, quando falamos em divulgação de informações por um jornalista, importante analisar até que ponto a informação deve circular livremente, ou ser recordada, ou quando é necessário retirá-la de circulação e esquecida.

Luz nos explica que a dualidade entre recordar e esquecer caminhou com o ser humano ao longo de sua história, nos mostra que recordar pode estar nas coisas mais simples, como digitar uma senha ou até na complexa arte de transmitir conhecimento. Por outro lado, o esquecimento, segundo o autor, pode nos proteger de traumas, situações que queremos superar, ou até mesmo de informações sem muita relevância. (LUZ, 2019, p. 16)

O jurista José Afonso da Silva conceitua liberdade de informação, *“que compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada pelos abusos que cometer.”* (SILVA, 1998, p. 249)

Na era digital, praticamente não há informação que se esconda, a não ser que nunca se forneça essa informação, ou nunca se “jogue” essa informação na internet. Se esta chegar à internet, há sempre a insegurança, visto que existe o risco da internet não ser um campo seguro, pois está sujeita a falhas e ataques de pessoas mal intencionadas, os chamados hackers. (SOARES, 2014, p. 03)

Retomando o esquecimento informativo, este traduz-se na capacidade de descartar da memória aquilo que já não é importante, dando mais espaço às lembranças que são efetivamente relevantes. O direito ao esquecimento está relacionado ao uso e armazenagem de informações pessoais sigilosas (como números de documentos, históricos médicos, profissionais, etc.), mas também toca toda a trajetória de vida do indivíduo – desde antecedentes criminais a questões de relacionamentos íntimos e violências sofridas. Saber identificar até que ponto tais informações têm importância suficiente que justifique sua exposição à opinião pública é o grande desafio que, como linha tênue, estende-se frágil em nossa sociedade da transparência. (SOARES, 2014, p. 06)

No Brasil, apesar de existirem o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014 e a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018, nenhuma delas disciplina o direito ao esquecimento. Todavia foi na 6ª Jornada de

Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que foi editado o Enunciado 531, senão vejamos, juntamente com sua justificativa<sup>3</sup>:

Enunciado: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

(VI Jornada de Direito Civil, 2013)

O STJ, como será analisado posteriormente, já realizou julgamentos com o tema “direito ao esquecimento”, e o definiu como o direito de não ser lembrado contra a sua vontade, principalmente sobre fatos de natureza criminal, no qual o indivíduo se envolveu, mas foi inocentado. Contudo, pondera o Ministro Luis Felipe Salomão: “[...] ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo”. (SALOMÃO, 2014, p. 24). Dessa forma, Soares diz que: “Partindo desse ponto de vista, se há interesse histórico, público e social na publicização de determinadas informações, sua veiculação seria pertinente.” (SOARES, 2014, p. 10)

Soares comenta a opinião do Ministro:

(..) para o Ministro Luis Felipe Salomão, a liberdade de informação é um direito limitado na medida em que precisa conviver, harmonicamente, com os demais direitos e garantias fundamentais resguardados na Constituição. Sendo assim, defende o direito ao esquecimento, quando afirma que O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar. Isso vale até mesmo para notícias cujo conteúdo seja totalmente verídico, pois, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a

<sup>3</sup> Justificativa: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.” (VI Jornada de Direito Civil, 2013)

veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado. (SOARES, 2014, p. 11)

Todavia o STF já se posicionou contrário ao pensamento do direito ao esquecimento quando declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, ou quando por unanimidade, os ministros do Supremo declararam inconstitucionais dispositivos de lei que impediam emissoras de rádio e televisão de veicular programas de humor envolvendo candidatas.

Assim, de um lado existe o direito ao esquecimento derivado dos direitos à privacidade e intimidade, e de outro lado a liberdade de informação, intimamente relacionada com a liberdade de expressão e de imprensa, liberdades essas, tuteladas pela Constituição Federal de 1988.

A informação que circula na internet se dá a partir do processamento de todo tipo de dados, públicos e pessoais, sendo essencial para a sociedade o controle dessas informações e principalmente dos dados pessoais que circulam pela internet. Nesse sentido, Leonardi nos ensina que: “o atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito.” (LEONARDI, 2012, p. 67)

No Brasil, podemos preliminarmente afirmar que atualmente o exercício da liberdade de expressão e informação vem contrastando com o denominado “direito ao esquecimento”, principalmente devido ao crescimento da vontade da pessoa, usuária da internet, remover dados pessoais e informações publicadas a seu respeito.

Importante destacar que essas liberdades também estão expressas no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso IV que a manifestação do pensamento é livre, desde que vedado o anonimato, sendo que essa liberdade no ambiente da Internet é disciplinada pelos artigos 2º e 3º da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Esses instrumentos jurídicos protegem a liberdade de expressão de qualquer indivíduo, dentro e fora da Internet, todavia essa valorosa proteção se choca com o chamado “direito



ao esquecimento”, que por sua vez pode ser compreendido como uma extensão do direito à privacidade, inserido no direito da personalidade. Assim:

Uma das principais discussões a respeito do direito ao esquecimento é o quanto esse direito interfere na questão da liberdade de imprensa. É inegável que há conflitos entre os direitos individuais e os direitos de liberdade de informação/expressão englobados pela liberdade de imprensa, ainda mais quando levado ao plano da sociedade em rede. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 214)

Para Castro e Hoffmeister ao cogitar que o direito ao esquecimento pode garantir os direitos individuais em detrimento das liberdades constitucionais e dos direitos da coletividade, pode resultar no entendimento de que esse direito resultaria em censura. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 214). Os autores Castro e Hoffmeister comentam sobre o assunto:

Essa discussão se alvoroça ainda mais quando se busca o esquecimento de um dado obtido lícitamente por terceiro, um dado histórico ou uma informação/notícia de relevância para o cunho jornalístico, o que faz com que o direito ao esquecimento seja matéria em ascensão nos tribunais brasileiros. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 214)

Porto também comenta: “A discussão judiciária atual sobre o direito ao esquecimento traz à tona a tensão entre o direito coletivo à informação e o direito individual à privacidade.” (PORTO, 2017, p. 104)

Ribeiro, Santos e Souza comentando José Afonso da Silva, dizem que o direito à informação não é um direito exclusivamente pessoal, mas sim coletivo, pois engloba a transformação dos meios de comunicação, proporcionando que as pessoas expressem seus pensamentos por esses meios. Desta forma, existe um atrito entre os direitos fundamentais à liberdade de informação e ao esquecimento, que, num caso concreto, não existe precedência de um sobre o outro. (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2018, p. 305)

A doutora em história Célia Leite Costa reconhece que há uma linha tênue entre a liberdade de informação e o respeito à intimidade, e diz que a princípio não é recomendável a prevalência de um sobre outro, por esse

motivo, é importante apreciar caso a caso, todavia reconhece que quando a informação for importante para o bem comum, deverá prevalecer o interesse público. (COSTA, 1998, p. 195).

Nesse sentido, os autores Castro e Hoffmeister lamentam o fato de ainda não termos uma jurisprudência pacífica e nem legislação, e isso gera insegurança jurídica, senão vejamos:

Tais deficiências e lacunas [...], inegavelmente, expõem a sociedade e os jurisdicionados a uma completa ausência de parâmetros onde basear suas pretensões e anseios, expondo-os, igualmente, à absoluta insegurança jurídica, pois, uma vez que não há regras explícitas onde aparar-se, fica-se à mercê de julgados sem embasamento concreto, apenas sujeitos à convicção momentânea do magistrado. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 214)

Assim, é por meio de casos paradigmáticos e que poderão ser referência em um caminho a seguir que podemos pensar em resolver dilemas no tocante à informação.

### **3 CASO AÍDA CURI: REPERCUSSÕES E DILEMAS**

O caso Aída Curi trata-se de ação indenizatória por danos morais e materiais proposta pelos irmãos de Aída, vítima fatal de crime sexual em 1958, em face da Globo Comunicações e Participações S.A, onde o Programa Linha Direta retratou o caso da moça em 2004. Os irmãos de Aída alegaram na ação proposta, que o programa televisivo trouxe à tona as lembranças de todo o sofrimento que o crime envolveu, além de ter propiciado enriquecimento ilícito à emissora por exploração comercial e econômica.

Segundo Oliveira, o juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, julgou em 1ª Instância improcedentes os pedidos dos irmãos de Aída e em grau de apelação, na 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a sentença foi mantida, pois os desembargadores entenderam que o caso Aída Curi foi divulgado pela imprensa da época de maneira ampla, sendo que o homicídio ficou deveras conhecido e discutido ainda hoje, sendo que a TV Globo cumpriu sua função social de informar. (OLIVEIRA, 2018, p. 39)

Castro e Hoffmeister nos colocam que:

Já em primeira instância o pedido fora julgado improcedente, tendo seguido assim até o Julgamento no Superior Tribunal de Justiça, em que o Relator negou provimento ao recurso, inclusive com relação à indenização por dano moral, tendo em vista que, no caso, o acolhimento ao direito ao esquecimento seria desproporcional frente à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança, e pelo fato da imagem da falecida não ser utilizada de maneira degradante ou desrespeitosa. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 221)

Conforme Cruz e Amorim essa sentença foi mantida pela décima quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fundamentada pelo artigo 220 da Constituição Federal que trata da livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação sob qualquer forma, processo ou veículo. (CRUZ; AMORIM, 2018, p. 83)

Os irmãos de Aída ainda interpuseram Recurso Especial (REsp) e Recurso Extraordinário (RE), onde no especial evocaram a aplicação do “direito ao esquecimento”. Na sentença, o Min. Relator, Luis Felipe Salomão, seguido pelos Min. Raul Araújo Filho e Antônio Carlos Ferreira, sustentaram os seguintes fundamentos:

- (i) A falta de contemporaneidade da notícia de fatos passados, datados de 1958, é a causa de pedir da aplicação do direito ao esquecimento.
- (ii) Tal como condenados e absolvidos, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, mas há de se ponderar a historicidade do fato, pois geralmente a narrativa do crime de repercussão nacional será inviável se omitido o ofendido.
- (iii) O direito ao esquecimento não poderia ser suscitado na hipótese, pois em que pese as décadas de sua atualidade, o acontecimento “entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”.
- (iv) Não se vislumbrou abuso da cobertura do crime, com aguçada exploração midiática.
- (v) O reconhecimento, em tese, de um direito ao esquecimento não induz necessariamente um dever de indenizar. Na espécie, com o passar do tempo, a dor dos familiares de vítimas de delito pretérito vai abrandando, de maneira que “relembrar o fato trágico da vida,

a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”. Concluiu-se que o fato de a matéria do programa retratar o crime cinquenta anos após sua consumação não reflete em abalo moral apto a ensejar responsabilidade civil. Se reconhecido o direito ao esquecimento o amparo à pretensão indenizatória, resultaria em desproporcional corte à liberdade de imprensa. (vi) Foi afastada a incidência da Súmula 403 do STJ por dois motivos: as instâncias ordinárias opinaram pelo uso regular da imagem da falecida, não degradante ou desrespeitosa; não se constatou, igualmente, o uso comercial da imagem da vítima, nos parâmetros aptos a motivar uma indenização.

Extrai-se do voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirar-lhe dos ofendidos, permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da

morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

Para Aires e Gregori, a decisão mostrou uma tentativa de aplicação do “direito ao esquecimento” como forma de garantir o direito à privacidade, todavia o Sr. Min. Relator considerou que a notícia sobre a morte de Aída Curi é de domínio público, pois alcançou destaque nacional, além do mais, afirmou que a imagem de Aída não foi veiculada de forma desrespeitosa e nem a emissora utilizou da imagem com uso comercial indevido. (AIRES; GREGORI, 2017, p. 122)

Os autores Aires e Gregori ainda colocam que: “Essa jurisprudência possui importância, não somente pelo fato de ser uma das primeiras a tratar do tema no ordenamento jurídico, mas bem como por ter sido buscada pelos familiares da vítima, e não pelos acusados como comumente é vinculado.” (AIRES; GREGORI, 2017, p. 123) Ou seja, traz à tona o fato de que as famílias também tem o direito de manter seus entes longe de sensacionalismos promovidos pela mídia, porém no caso da Aída, o STJ entendeu que a emissora retratou de forma histórica os fatos que envolveram o crime e não a vítima, desta forma o STJ deu mais relevância à liberdade de expressão e de imprensa.

Aires e Gregori ainda informam que:

[...] vislumbra-se a importância que o instituto do direito ao esquecimento possui na sociedade de informação, como um instrumento de tutela do direito à privacidade. A análise jurisprudencial vem para corroborar esse entendimento, e destacar que o direito ao esquecimento não tem o objetivo de apagar os fatos históricos, mas sim, de preservar a intimidade dos envolvidos nos casos. Também de suma relevância destacar que nem sempre o direito à privacidade será prevalente, de modo que, a depender do caso, optar-se-á pela proteção do direito à liberdade de expressão e de imprensa, como analisado no caso exposto [...] (AIRES; GREGORI, 2017, p. 124)

Cruz e Amorim observam que o caso Aída Curi não envolve a Internet, mas sim a pretensão do direito ao esquecimento de um conteúdo veiculado numa emissora de televisão, já em ações que envolvem a Internet, como no caso Mario Costeja González *versus* editora La Vanguardia Ediciones SL e as empresas Google Spain e Google Inc, houve uma diferenciação entre o meio que produziu a notícia, ou seja, um jornal, e quem a difundiu, um sistema de busca pela Internet. (CRUZ; AMORIM, 2018, p. 98). Os autores dizem ainda que: “Embora o ‘direito ao esquecimento’ seja efetivamente novo na esfera civil, sua aplicação ganha nuances dramáticas em função das novas tecnologias de comunicação que possibilitam uma eterna memorização das informações pretéritas.” (CRUZ; AMORIM, 2018, p.98)

A finalidade atribuída ao direito ao esquecimento não é fazer com que há o esquecimento de algo, sendo insensato pensarmos em uma decisão judicial que assim determinasse. (NEGRI; KORKMAZ, 2019). Como ensina Branco, “*não se trata de esquecimento, mas de pleito para que determinada informação não esteja mais acessível publicamente*”. (BRANCO, 2017).

Como já mencionado, os irmãos de Aída Curi, além do REsp, também propuseram um RE, onde sustentaram violação dos arts. 1º, inciso III; 5º, caput e incisos III e X; e 220, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Segundo Cruz e Amorim, no RE os autores alegaram que trata-se de um caso que versa sobre um aspecto da proteção da dignidade humana que o STF ainda não apreciou, ou seja, o “direito ao esquecimento”, sendo que esse instituto já possui regulamentação na esfera penal e que é invocado constantemente por pessoas que não querem que seus antecedentes sejam trazidos à tona depois de decorrido tempo. O que se busca é um precedente inédito em que o referido instituto será analisado na esfera civil e sob a perspectiva da vítima [...]” (CRUZ; AMORIM, 2018). Tem-se que o julgamento pelo STF poderá tornar a proteção à dignidade humana mais eficaz perante os órgãos de mídia e de imprensa.

Através do Relator Ministro Dias Toffoli, a matéria aludida ganhou Repercussão Geral no STF, conforme assim exarou:

Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à

harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social. Manifesto-me, portanto, pela existência de repercussão geral da matéria constitucional versada no apelo extremo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014)

Oliveira explica que devido a repercussão geral dedicada à matéria, o STF promoveu uma audiência pública em 12 de junho de 2017 para que especialistas e associações debatessem o tema “direito ao esquecimento”. (OLIVEIRA, 2018, p. 41) Sendo que emergiram três posições acerca do assunto:

Primeiro, tem-se a posição **pró-informação** e contrária a tese do direito ao esquecimento, a qual foi defendida por várias entidades associadas à comunicação, aduzindo que o direito ao esquecimento não se encontra previsto na legislação brasileira, e não pode ser justificado com base nos direitos fundamentais. Além disso, o seu reconhecimento configuraria afronta à memória de um povo e à própria história da sociedade, vez que permitiria “apagar” os fatos ocorridos. Em resumo, segundo eles, a liberdade de informação deve sempre prevalecer, sem censuras. Esse foi o posicionamento do senhor Marcel Leonardi, representando a Google Brasil Internet LTDA, ao defender que o direito ao esquecimento nada mais é do que um mecanismo para justificar “a censura de conteúdo lícito e de informações verdadeiras”

A segunda posição estabelecida foi a do **pró-esquecimento**, defendida por aqueles que consideram a prevalência do direito ao esquecimento frente à liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, baseando-se no direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à honra. Os defensores se basearam na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no caso da Chacina da Candelária, na qual, como fora visto, restou reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça a aplicação do direito ao esquecimento. (...)

A terceira corrente exposta foi a intermediária, pautada no **critério da ponderação**, visa definir métodos de análise para equilibrar os direitos em colisão, de modo a evitar que qualquer um dos lados sejam violados. Segundo os adeptos desta corrente, a Constituição Federal não admite a hierarquização prévia entre a liberdade de informação e o direito à privacidade, honra e intimidade, ou seja, ambos são direitos fundamentais e devem ser respeitados mutuamente. Tal posicionamento foi defendido pelo Professor Doutor Anderson Schreiber, representante do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, que inicia sua explanação aduzindo que o direito ao esquecimento é reconhecido em vários países da Europa, extraído do direito fundamental à privacidade. (p. 43) Posiciona-se no sentido de que o direito ao esquecimento não se configura como meio de apagar ou reescrever a história, mas sim “de um direito de que a exposição pública da pessoa humana seja sempre feita de modo contextualizado, e que o seu passado não seja transformado no seu presente sem uma forte justificativa”. Pondera que o direito ao esquecimento não deve ser conduzido pelo “capricho”, desejo da pessoa retratada, o que se afigura incompatível com nossa Carta Magna. Segundo ele, o direito ao esquecimento deve ser aplicado de forma criteriosa, levando em consideração a situação objetiva, o caso concreto. (OLIVEIRA, 2018, p. 41-43, grifo do autor)

Conforme Cruz e Bittencourt a Procuradoria Geral da República, consultada sobre o caso, manifestou-se pelo não provimento da seguinte forma:

(i) é imperioso ter em vista os riscos do reconhecimento em abstrato do direito ao esquecimento, não sendo, portanto, possível aplicá-lo sem a devida ponderação dos direitos envolvidos; (ii) o programa (Globo) representou regular exercício dos direitos de imprensa e de expressão, sem ofender a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos recorrentes ou da vítima, pois eram fatos de conhecimento público, amplamente divulgados nos últimos anos no meio acadêmico; (iii) reconhece que o esquecimento impede a perpetuação de fatos passados, além de impedir danos excessivos aos indivíduos e seus familiares, contudo, por não ser absoluto, deve ser ponderado no caso concreto. (CRUZ; BITTENCOURT, 2019, p. 06)



Neste interim, surgem **os dilemas** a serem enfrentados, visto que milhões de informações pessoais circulam na internet, muitas vezes colocando em risco a privacidade dos usuários. Nesse contexto, Sanches e Lamosa nos colocam que:

A LGPD chega como uma evolução necessária à proteção do direito à privacidade em nosso país. A nova lei, entre outras inovações, traz dispositivos importantes para que seja coibida a coleta indevida de dados pessoais, especialmente dos mais vulneráveis, como crianças e jovens, que a todo o tempo são chamados a interagir com amigos, conhecidos e desconhecidos, em alguns dos milhões de aplicativos disponíveis a um clique. (SANCHES; LAMOSA, 2020, p. 02)

No Acórdão do Caso Aída Curi, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar em seu voto profere as seguintes palavras:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita a sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica (STJ, REsp. 22.337-8-RS, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, p. 206).

Sanches e Lamosa também comentam que quando os dados são permanentemente coletados, processados e utilizados para finalidades desconhecidas, o ambiente familiar é colocado em perigo. (SANCHES; LAMOSA, 2020, p. 02)

Portanto, na vigência da LGPD, as empresas deverão manter seus bancos de dados devidamente organizados. Para Gonzáles, isso é importante para se identificar situações em que os dados realmente não podem ser excluídos, como por exemplo no caso de dados que servem para prevenção e repressão de delitos, como apontado pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. (GONZÁLEZ, 2019, p. 04)

Por outro lado, o usuário tendo o direito de acesso e exclusão de seus dados e em alguns casos aos dados de seus familiares é deveras importante para a proteção da privacidade e intimidade sua e de sua família. Sanches e Lamosa nos trazem alguns exemplos que nos conduzem a refletir sobre essa importância:

Famílias atingidas por tragédias têm o direito ao esquecimento virtual, de que sejam apagados os registros públicos relativos àquele acontecimento; um casal que se divorcia tem o direito à preservação de sua história e à retirada das publicações referentes a um tempo que já não existe mais, o qual se tem o direito de esquecer. Como iniciar uma nova vida, desenvolver um novo relacionamento existindo na sociedade virtual as fotos, vídeos, declarações de amor que hoje são desnecessárias? Transexuais têm o direito de serem conhecidos por sua identidade social atual – precisam conviver com as lembranças e fotos do passado com as quais não se identificam? E as vítimas de violência doméstica? (SANCHES; LAMOSA, 2020, p. 06)

Para Doneda, a informação pessoal está intimamente ligada à privacidade e associa que, quanto maior o grau de privacidade, menor a divulgação de informações pessoais, sendo que o contrário também é verdadeiro. Para o autor, esta associação entre privacidade e informação pessoal pode servir como ponto de partida para demonstrar como a proteção das informações pessoais passou a ser protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro como desdobramento da tutela do direito à privacidade. (DONEDA, 2010, p. 24)

Sanches e Lamosa também comentam que, apesar da LGPD não tratar do direito ao esquecimento, a lei traz como um dos princípios o fato das empresas só poderem utilizar o dado pessoal enquanto ele for necessário, desta forma, as informações sobre o usuário e sua família que não são verídicas,

ou que não são mais relevantes poderão ser desvinculadas. “Enfim, a pessoa tem o direito de excluir das redes as informações que não são mais relevantes”, dizem os autores. (SANCHES; LAMOSA, 2020, p. 06)

O Supremo Tribunal Federal, com dito, já está enfrentando o conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, pois recebeu o RE 1010.606/RJ (Caso Aída Curi), sendo esse declarado de Repercussão Geral.

Através da internet, milhares de pessoas se conectam no mundo inteiro e isso possibilita, muitas vezes sem controle, o compartilhamento dos mais diversos tipos de informações. Nesta celeuma, o direito ao esquecimento entra para o ordenamento jurídico brasileiro como um ponto de partida para que os direitos da personalidade sejam garantidos.

Castro e Hoffmeister nos colocam que:

A respeito dos reflexos da internet na sociedade civil, desde uma perspectiva realista, talvez mais pessimista, pode-se dizer que a internet consiste na melhor e na pior coisa do mundo. O progresso de uma comunicação sem limites e o desastre, a colisão, mais dia menos dia, desse Titanic da navegação virtual com um iceberg. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 211)

Para Carvalho “[...] a pretensão ao esquecimento é uma consequência natural da modernidade líquida, conforme expressão *baumaniana*, na qual o privado e o íntimo se dissolvem no espalho público digitalizado, principalmente através da difusão das mídias sociais como *Facebook, Instagram e WhatsApp*.” (CARVALHO, 2019, p. 114)

Ainda, conforme os autores Negri e Korkmaz:

Na era digital, as liberdades passam a se associar com a autodeterminação dos indivíduos sobre suas informações, o que passou a integrar o conteúdo do direito à privacidade. É no desdobramento deste direito que encontramos a proteção de dados pessoais, constitutivos do corpo eletrônico da pessoa, merecedor de proteção assim como o seu corpo físico, na medida em que o fundamento ontológico é único, qual seja, a dignidade da pessoa humana. (NEGRI; KORKMAZ, 2019, p. 77)

Dessa forma, segundo Oliveira atualmente a internet intensifica a importância do direito ao esquecimento, pois se antigamente uma notícia de jornal sobre determinada pessoa era restrita a arquivos físicos e, consequentemente, facilmente esquecida, com o advento da internet e das ferramentas de busca, nada mais é esquecido, sendo que essas ferramentas atuam como uma memória eterna e de acesso universal. (OLIVEIRA, 2018, p. 11).

Schreiber nos coloca que:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas tradicionais, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. (SCHREIBER, 2013, p. 466)

Assim, nas palavras de Castro e Hoffmeister, o direito ao esquecimento surge no contexto da sociedade em rede para tentar resolver conflitos de direitos fundamentais, procurando proteger direitos da personalidade, fazendo com que fatos ligados à intimidade e privacidade de um indivíduo não sejam mais difundidos. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 210)

Ribeiro, Santos e Souza ainda nos colocam que o direito ao esquecimento, além de sua serventia ao direito penal, também pode proteger atos da vida privada, como por exemplo divulgação de fotos íntimas, ou alguma situação vexatória ou familiar, para que os indivíduos não sejam eternamente atormentados por esses acontecimentos. (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2018, p. 308)

Nesse sentido, a LGPD em seu art 17, informa que “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei”. Já o Marco Civil da Internet, em seu artigo 7º: “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver forne-

cido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as parte, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei”.

Como bem explanam Cruz e Amorim:

As respostas jurídicas sobre conteúdo dos direitos da personalidade, portanto, protagonizam a discussão sobre a abertura científica a novos direitos. Todavia, se de um lado, o acesso aos novos meios de comunicação facilita o intercâmbio na vida das pessoas, por outro, traz consigo os ímpetos do “hiperinformacionismo” e da exposição indesejada e/ou indômita. E esta feição negativa pode causar instabilidades capazes de atingir direitos humanos e direitos fundamentais. Este um dos motivos da relevância das discussões sobre o chamado “direito ao esquecimento” ou *the right to be forgotten*. (CRUZ; AMORIM, 2018, p. 81)

Todavia, o autor Binenbojm acautela quanto ao uso indiscriminado do “direito ao esquecimento”, pois diz que o mesmo poderá ser utilizado para objetivos não tão dignos como a proteção de dados pessoais, como por exemplo, para remover do ambiente digital notícias sobre fatos de interesse público e de valor histórico. (BINENBOJM, 2014)

Conforme os autores Moreira e Medeiros:

Notava-se uma grande inquietação com a construção, conservação e difusão do saber e da informação antes mesmo do advento da internet por meio das ferramentas sociais do passado, como uma necessidade de organizar os dados produzidos e seus consequentes resultados. Os instrumentos do passado e do presente convergem em dar valores não somente econômicos e sociais, mas também jurídicos aos dados. (MOREIRA; MEDEIROS, 2016, p. 3)

Dessa forma, Ferreira, Martins e Rockembach explicam que, algumas universidades, percebendo que a Internet abrange um grande volume, não só de informações, mas também de pesquisas e publicações científicas, estão direcionando seus recursos tecnológicos e conhecimento técnico para

garantir a preservação de conteúdos e comunicações. (FERREIRA; MARTINS; ROCKEMBACH, 2018, p. 87)

O equilíbrio teórico entre os posicionamentos do direito ao esquecimento e da liberdade de informação trata-se de um desafio. Tanto o esquecimento quanto a capacidade de recordar uma informação desempenham, cada um a seu modo, um importante papel na constituição do ser (LUZ, 2019, p. 16)

Desta forma, prevalecem os dilemas cabíveis ao profissional de imprensa no tocante à questão do direito ao esquecimento, visto este importante método de proteção ao indivíduo que necessita que um dado pessoal. Mas, como mão forte de defesa da liberdade de expressão e informação, tem-se o atual <sup>4</sup> posicionamento do STJ entendeu que a emissora jornalística retratou de forma histórica os fatos que envolveram o crime, sem ter havido a abordagem voltada à vítima, provendo assim maior relevância à liberdade de expressão e de imprensa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância deste estudo reside na necessidade prévia de compreensão pela sociedade brasileira das implicações e dos elementos componentes do julgamento do Caso Aída Curi pelo Supremo Tribunal Federal, que está em vias de ocorrer. Acima de tudo, pretendeu-se a busca de segurança jurídica ao profissional/ comunicador social na abordagem fática em seu trabalho de imprensa.

A característica observada foi a incerteza na tomada de decisão a respeito de elaboração e veiculação de matérias que envolvam fatos atacados ou não pelo direito ao esquecimento. E isto justifica-se pela celeuma apontada na incidência dos institutos do direito ao esquecimento frente a liberdade de expressão.

O julgamento que se avizinha pela Corte Maior tratar-se-á, também, da aplicação do direito frente às novas mídias, procedendo, qualquer que seja a configuração da informação, alguns *standards* para avaliar princípios

---

<sup>4</sup> Setembro de 2020.

constitucionais envolvidos. Será o método da ponderação para julgamento dos chamados *hard cases* que dará base constitucional ao direito ao esquecimento a ponto de elevá-lo a condição de direito fundamental.

Nesta esteira, segundo Sarlet, devem ser aplicados os predicados do regime jurídico dos direitos fundamentais, destacando a titularidade, os destinatários, a dupla dimensão subjetiva e objetiva, a proteção em face de restrições e hipóteses de colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. (SARLET, 2018, n.p).

Quem advoga pela preservação de toda e qualquer informação, inclusive até pugnando por impedir que sites de notícias venham a desaparecer ou serem atualizados frequentemente, entende como fundamental a preservação e tornar acessível o conhecimento e as informações da internet para as gerações futuras, particularmente em nosso país, através de conteúdos relevantes e que retratam a história em seu tempo.

A sociedade da informação delinea a crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais, e todo fluxo informacional merece ser acompanhado de ponta a ponta. O passo a ser dado na direção da sociedade 4.0 primeiramente passa por enfrentar os novos desafios que surgem, como a precisa identificação de finalidades de uso e possibilidades de lesão de uma informação ligada a uma determinada pessoa. Fato é que há impossibilidade da lei brasileira em prever todos os problemas de uma sociedade informacional cada vez mais veloz.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Marco Antônio Pontes; GREGORI, Isabel Christine Silva. As implicações dos direitos fundamentais na era das novas tecnologias: o direito ao esquecimento como mecanismo apto a tutelar o direito à privacidade. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 106 – 127, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2439>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal, Brasília, 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado 531**. Enunciados, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1335153/RJ**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=A%CDDA+CURI&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=A%CDDA+CURI&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 833248**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CARVALHO, Waldir Araújo. O direito ao esquecimento e o habeas data “negativo”: uma análise a partir da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Espaço Acadêmico da UFMG**. Minas Gerais, n. 212, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41025>. Acesso em: 12 set. 2020

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Vol.1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTRO, Roger de Moraes de; HORRMEISTER, Guilherme Pittaluga. Direito fundamental ao esquecimento: influência da Internet e crítica ao método decisório dos tribunais Brasileiros. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 209 – 229, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1640>. Acesso em: 19 ago. 2020.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS** - Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em: 18 ago. 2020.



COSTA, Célia Leite. Intimidade versus interesse público: a problemática dos arquivos. In: **Estudos históricos**, v. 11, n 21, p. 189-199, 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2066>. Acesso em: 13 set. 2020.

CRUZ, Marco Aurélio R. da Cunha e; AMORIM, Heica Souza. O direito ao esquecimento e sua perspectiva de apreciação pelo supremo tribunal federal. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 80 – 102, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4010>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CRUZ, Marco Aurélio R. da Cunha; BITTENCOURT, Lucas Melere. O direito ao esquecimento e sua perspectiva de apreciação pelo supremo tribunal federal. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc**. Joaçaba, 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeuj/article/view/20418>. Acesso em: 19 ago. 2020.

FERREIRA, Lisiane Braga; MARTINS, Marina Rodrigues; ROCKEMBACH, Moisés. Usos do arquivamento da web na comunicação científica. **prisma.com**, p. 78-98, 2018. Disponível em: <http://ojs.letras.up.pt/index.php/prismacom/article/view/3927>. Acesso em: 12 set. 2020.

LUZ, Pedro Henrique Machado. **Direito ao esquecimento no Brasil**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2019. Disponível em: [http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Pedro-Luz\\_NOVO\\_miolo.pdf](http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Pedro-Luz_NOVO_miolo.pdf). Acesso em: 13 set. 2020.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaquelaine. Direito ao Esquecimento: entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 70, p. 71-98, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDPriv\\_n.70.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.04.PDF). Acesso em: 14 set. 2020.

NEGRI, Sérgio Marcos C. de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina D. C. Rigolon. Variações do direito ao esquecimento no superior tribunal de Justiça: um estudo de caso do recurso especial N. 1.660.168/RJ. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 59-82, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5476>. Acesso em: 19 ago. 2020.

OLIVEIRA, Thais Tavares F. Tenório de. **O direito ao esquecimento: a inviolabilidade da honra e o direito à privacidade x a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à informação**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita. 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/13812?locale=pt\\_BR](https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/13812?locale=pt_BR). Acesso em: 19 de ago. 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 19 ago. 2020.

PORTO, Noêmia Aparecida Garcia. Direito ao Esquecimento: Memória, vida privada e espaço público. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, p. 104-122, 2017. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/85>. Acesso em: 13 set. 2020.

RIBEIRO, Djaulas Costa; SANTOS, Júlio Edstron S.; SOUSA, Maria Sariane de C. Direito ao esquecimento: uma análise jurídica da jurisprudência atual do tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios (TJDFT) - Jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 13, n. 1, p. 291-337, 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/30452>. Acesso em: 13 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais: tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em: 13 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Vale a pena relembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento. **Conjur**, 26 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-relembrar-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em: 12 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Elisianne Campos de Melo. **Internet, memória onipresente – direito ao esquecimento versus direito à informação**. VIII Simpósio Nacional da ABCiber – Comunicação e cultura na era de tecnologias midiáticas onipresentes e oniscientes. ESPM-SP, 2014. Disponível em [www.abciber.org.br](http://www.abciber.org.br)

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

STRECK. Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UFSM WEB. **Jornalismo-perfil profissional**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/graduacao/santa-maria/jornalismo/perfil-profissional/>. Acesso em 05 set 2020.

WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37-41

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. **Council of Europe**, 2017. Disponível em: <https://edoc.coe.int/en/media/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html>

WOLTON, Dominique. **Informar não é comunicar**. Porto Alegre: Sulinas, 2010.

# »»» A REFORMA EUROPEIA DOS DIREITOS AUTORAIS E SEU POTENCIAL LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET<sup>1</sup>

Elisa Calado de Carvalho Dias<sup>2</sup>  
Diogo Rais Rodrigues Moreira<sup>3</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa analisa o resultado prático da aplicação dos artigos 15 e 17 da Diretiva Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital sob o ponto de vista da função social da propriedade intelectual e da necessidade dos direitos autorais de não reprimirem o avanço tecnológico e as facilidades trazidas por ele. Dessa forma, busca provar que a polêmica gerada pela reforma é justificada e que usuários e plataformas *online* serão prejudicados de várias formas. A metodologia usada consistiu em análise da legislação em questão, bem como leitura de doutrina, livros teóricos, artigos de jornais e revistas e outras leis pertinentes. Observou-se que os prováveis prejuízos à liberdade de expressão e ao acesso à informação atingirão todo o mundo, além de não cumprirem os objetivos propostos pela própria diretiva e não justificarem a proteção que será conferida aos autores com sua aplicação.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais. Liberdade de expressão. Função social da propriedade intelectual.

## 1 INTRODUÇÃO

A Diretiva da União Europeia sobre Direitos de Autor no Mercado Único Digital<sup>4</sup> foi aprovada pelo Parlamento Europeu no dia 26 de março de

---

<sup>1</sup> Artigo produzido para iniciação científica pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

<sup>2</sup> Graduanda no curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Endereço eletrônico: elisadias1312@gmail.com

<sup>3</sup> Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Cofundador do Instituto Liberdade Digital. Endereço eletrônico: diogo.moreira@mackenzie.br

<sup>4</sup> Também conhecida como Diretiva sobre Direitos de Autor no Mercado Único Digital – Diretiva (UE) 2019/790.

2019 por 348 votos a favor, 274 contra e 36 abstenções. Foi dessa forma que o processo legislativo iniciado em 2016, trazendo consigo várias manifestações e discussões, principalmente nos meios digitais, foi finalizado. Após isso, a Diretiva recebeu o aval do Conselho da União Europeia no dia 15 de abril de 2019 e foi formalmente assinada no dia 17. A partir dessa data, os Estados-Membros da União têm um prazo de dois anos para adaptar as regras aprovadas às legislações nacionais.

A Diretiva é colocada, em seu item 2, como um dos fatores necessários para atingir a exigência do Tratado da União Europeia (TUE) de criação de um mercado interno amparado por um sistema que evite a existência de uma concorrência desequilibrada entre os Estados-Membros. Para tal, afirmam ser necessária uma legislação de direitos autorais coerente em toda a União, cujo papel seja o de estimular a inovação e a criatividade, e o de promover e respeitar a diversidade cultural – papel este que acreditam ter sido alcançado com a aprovação da Diretiva em questão (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

Sob a justificativa de que o avanço tecnológico em conjunto com a defasagem das leis gerou uma insegurança jurídica, a qual afeta tanto os titulares de direitos autorais quanto os utilizadores das inovações, a diretiva afirma, em seu item 3, que busca adaptar e modernizar alguns aspectos considerados necessários do direito autoral em voga na União, tomando para si também o dever de cuidar para que, ao proteger os direitos autorais no mundo digital, não restrinja os avanços do mundo moderno (UNIÃO EUROPEIA, 2019). Dessa forma, a lei aprovada trata de vários assuntos pertinentes às inovações tecnológicas como, entre outros, a aplicação dos direitos autorais aos “prestadores de serviços da sociedade da informação” (na definição deste termo se enquadram *sites* como o Google News) e “prestadores de serviços de conteúdo *online*” (neste caso, falamos de *sites* como o Youtube). No entanto, os artigos que tratam sobre essas questões em particular tornaram-se polêmicos por seu potencial de censura e limitação ao acesso de conteúdo *online*, sendo muito atacados principalmente nos meios digitais.

Entender a aplicabilidade e as possíveis consequências dos artigos em questão permite avaliar se a Diretiva cumpre seus objetivos e justifica-se do pon-

to de vista da função social da propriedade intelectual ou se gera uma limitação na liberdade de expressão e no acesso à informação que a Internet promove.

A metodologia adotada para estudar o assunto consistiu em análise da Diretiva em conjunto com outras legislações europeias e com declarações ou leis no âmbito da liberdade de expressão. Além disso, foram usadas doutrinas jurídicas, livros teóricos e, principalmente por tratar-se de um tema que envolve a internet, artigos de jornais e revistas eletrônicos que publicaram fatos ou opiniões sobre o assunto.

## 2 HISTÓRICO DAS LEIS DE DIREITOS AUTORAIS

De fato, a renovação de algumas das leis de direito autoral não só era esperada, como era necessária. A história desse ramo do direito está intimamente ligada à história da tecnologia, sendo que é a evolução desta última que impulsiona o desenvolvimento da primeira, como constatado por Tridente:

A estreita ligação entre a invenção de uma nova tecnologia e o aparecimento das normas de direito autoral não deve ser vista com estranheza. Ela reforça a constatação de que as normas jurídicas não são, como por vezes se supõe, resultado exclusivamente da vontade humana. (2019, p. 4).

Foram fatores externos (a evolução tecnológica, mais precisamente) que levaram ao surgimento do direito autoral. Aproximadamente em 1450, Gutenberg criava o que hoje conhecemos como “prensa de Gutenberg”: um mecanismo que usava peças móveis de metal para permitir a impressão de livros e textos. Apesar do fato de que na Coreia já existia uma tecnologia muito parecida (BRIGGS; BURKE, 2006), a invenção ocidental interessa em particular por ter sido a causadora do surgimento do primeiro sistema de direitos autorais, o chamado *copyright* inglês (MANSO, 1992).

A invenção de Gutenberg proporcionou uma distribuição de livros e textos mais rápida e fácil do que se poderia imaginar. O *copyright*, cujo pontapé foi essa mudança radical na disseminação de livros, surgiu com o objetivo de controlar o fluxo de ideias que circulava livre e descontrolada-

mente pela Europa. A rainha Maria Tudor concedeu à Stationer's Company, corporação de editores ingleses, o direito exclusivo de impressão de textos, assim como o de confiscar livros não autorizados (TRIDENTE, 2019). Dessa forma, a Coroa Inglesa garantiu por séculos que apenas as ideias que aprovava circulariam livremente, reforçando o poder de censura que, antes da invenção da prensa, exercia com mais facilidade em conjunto com a Igreja Católica (MANSO, 1992). Santos (2009, p. 39), ao definir o *copyright*, escreve: "Nesse regime o principal direito a ser protegido é a reprodução de cópias".

Não só a coroa inglesa conseguiu estabelecer seu mecanismo de censura, como criou um monopólio para a Stationer's Company dentro do mercado de livros. Todo o poder foi dado ao editor enquanto o autor se via prejudicado, preso entre a censura e a arbitrariedade da remuneração que recebia dos editores (TRIDENTE, 2019).

Porém, desde a antiguidade, quando os autores não eram pagos e apenas os copistas (que reproduziam manualmente os livros) recebiam por seu trabalho, já existia a ideia de que um autor é proprietário de sua obra (MANSO, 1992). Foi partindo dessas ideias, e revoltados com um sistema de leis que não levava em conta os criadores, que os franceses criaram seu próprio sistema: o *droit d'auteur*. O *copyright* já vinha gerando revoltas na Inglaterra e, posteriormente, com a Revolução Francesa, os direitos de autor se tornaram uma real proteção àqueles responsáveis por produzir as obras. O novo sistema estabelecia um direito de propriedade do autor sobre sua obra, o que lhe garantia os direitos patrimoniais e, mais tarde, passou a reconhecer alguns direitos parecidos aos direitos da personalidade: os direitos morais que incluem, por exemplo, o direito de ser reconhecido como autor da obra (MANSO, 1992).

Assim, o surgimento do *copyright* é uma consequência do surgimento de uma nova tecnologia e o *droit d'auteur* é uma resposta ao *copyright*. O primeiro é um sistema de leis para proteger o editor, a pessoa que investe na obra, e o segundo visa à proteção do autor, o criador da obra. Com essa breve linha do tempo, fica claro que a tecnologia e a forma com que as pessoas se relacionam com ela é o que impulsiona o surgimento e a evolução das leis de direitos autorais, justificando a existência de uma reforma nessa legislação na atualidade.

### 3 A FUNÇÃO SOCIAL COMO JUSTIFICATIVA PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECUTAL

A propriedade intelectual é uma forma de posse: no sistema inglês, fala-se da propriedade do editor, enquanto no francês, fala-se da propriedade do criador. Fato é que a criação é vista como coisa e quem a possui tem direitos sobre ela que podem ser opostos aos outros em sua volta.

Desde a Revolução Francesa, quando surgem as garantias individuais, é reconhecida à propriedade sua importância como espécie das liberdades, categoria de direitos que inclui outros como a liberdade de ir e vir, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão. Assim, quando alguns direitos individuais começaram a ser firmados em face do Estado, a propriedade foi um dos primeiros, tornando-se inviolável e absoluta, entrando para o rol de direitos fundamentais e passando a ser protegida por uma série de garantias.<sup>5</sup>

Com a Constituição Alemã de Weimar, começam a surgir os direitos fundamentais sociais, e os direitos individuais perdem seu caráter absoluto e inviolável.<sup>6</sup> A propriedade, então, “passou a direito relativo, limitado e condicionado” a uma função social, restringindo o alcance das proteções (MARMELSTEIN, 2019, p. 159). Um indivíduo apenas tem direito à propriedade enquanto a mesma é útil e não prejudicial à sociedade, como explica Marmelstein:

Portanto, hoje, com a preocupação em torno dos valores do bem-estar e da sustentabilidade ambiental, é preciso que o proprietário dê uma função socioambiental ao seu bem. Em contrapartida, o Estado tem o dever de intervir na propriedade para adequar seu uso a esse bem-estar social/ambiental. (2019, p. 159).

<sup>5</sup> “Quando a propriedade de um indivíduo lhe é subtraída coercitivamente, seja pelo Estado seja por outras pessoas, o sentimento de revolta daí decorrente atinge o âmago de seu ser, afetando, inclusive, uma esfera relevante de sua dignidade. Daí por que praticamente todos os países civilizados consideram a propriedade como um direito fundamental.” (MARMELSTEIN, 2019, p. 159).

<sup>6</sup> “Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II — Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social (...).” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 64).

Os direitos autorais, sendo uma forma de propriedade, também passaram a ter limites. Os dois sistemas apresentados, apesar de parecerem tão contrários entre si, desenvolveram um objetivo em comum a ser alcançado. Tridente escreve:

O fundamento ideológico por detrás dos direitos da propriedade intelectual – tanto dos direitos autorais quanto dos industriais – é a crença da sociedade moderna no valor do aperfeiçoamento humano constante, mediante o progresso contínuo das ciências e das artes. (2019, p. 15).

Sendo de forma a tornar o investimento em diferentes tipos de obras seguro o suficiente para atrair pessoas, sendo garantindo aos criadores reconhecimento e um meio de subsistência, os dois sistemas evoluíram para, cada um à sua forma, garantir que a produção criativa e cultural e sua distribuição sejam sempre estimuladas, proporcionando o desenvolvimento humano.

A propriedade intelectual, como já dito, é a propriedade sobre a criação, ou seja, ao contrário da propriedade comum, esta se dá sobre bens imateriais. Assim, os sistemas de direito autoral desenvolveram mecanismos como a proteção às obras sem necessidade de registro das mesmas e o sistema de proteção às obras derivadas, conceitos importantes para esta pesquisa. Hoje em dia, a obra é considerada propriedade de seu criador mesmo que não haja um registro formal que afirme o mesmo, dando a ele direito de posse sobre a criação, sendo necessária sua autorização para utilizá-la,<sup>7</sup> e garantindo também direitos patrimoniais, assegurando a ele a oportunidade de pedir remuneração diante de seu uso. Dessa forma, obras que derivem de outras (como um filme baseado em um livro) só podem ser feitas se houver uma licença do autor da obra original. Esses e outros direitos garantem exclusividade na exploração de uma criação, ou seja, um monopólio sobre essa exploração.

A função social da propriedade intelectual, portanto, surge como limitação ao uso desses direitos, ou seja, o monopólio sobre a exploração

---

<sup>7</sup> “Depende da autorização expressa do autor a utilização de obra, por quaisquer modalidades (recorde-se, de passagem, que, no sentido negativo, a propriedade, caracteriza-se por não admitir a ingerência alheia no seu exercício).” (SOUZA, 1998, p. 28).



das obras apenas se justifica quando consegue cumprir sua função social, estimulando o surgimento de novas obras que beneficiarão a humanidade como um todo. Mas mais do que limitar os direitos, a função social é a justificativa da existência da própria proteção à propriedade intelectual: os direitos apenas existem para que a produção artística e intelectual seja viável. A conclusão é que “a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.” (BARBOSA, 2003).

Partindo de todas as informações acima, o questionamento feito ao longo desta pesquisa é se a Diretiva Sobre Direitos do Autor no Mercado Único Digital, ao atualizar algumas leis sobre direito autoral, cumpre sua função social de garantir que a criação e a inovação serão estimuladas nos meios digitais.

## 4 ANÁLISE DOS ARTIGOS MAIS POLÊMICOS

Para responder a essa questão é necessário primeiro analisar e entender os dois artigos mais polêmicos da lei: o artigo 15 e o artigo 17.

O artigo 17 (artigo 13, na primeira redação da Diretiva) foi o principal artigo a ser atacado e a gerar revoltas. Em uma matéria para o jornal JOTA, é descrita a comoção causada com a aprovação da reforma:

É por causa dele [artigo 17] que, no fim de semana passado, na Europa, dezenas de milhares de pessoas foram às ruas. Mais de 5 milhões de pessoas assinaram uma petição no Change.org contra a Diretiva – o maior abaixo-assinado da história da plataforma.

Também semana passada, 74 representantes no Parlamento Europeu pediram que o art. 13 seja completamente eliminado da diretiva, e a Wikipédia de várias línguas diferentes promoveu um apagão, em protesto. (VALENTE, 2019).

O artigo 17 inspirou movimentos como o #SaveYourInternet e o #Article13 que, usando a Internet como principal plataforma, visam alertar as pessoas sobre o que afirmam ser os perigos dessa Diretiva, em específico

dos artigos 15 (antigo artigo 11) e 17. Por outro lado, também não faltam apoiadores da Diretiva, os quais afirmam que a Internet criou meios para burlar os direitos autorais, o que seria solucionado com a reforma. A revista norte-americana *Wired* publica uma matéria comentando sobre a intenção da nova legislação e sobre a opinião daqueles que a aprovam:

A Diretiva sobre Direitos Autorais tornará plataformas e sites agregadores de conteúdo online responsáveis por infrações de direitos autorais e supostamente direcionará mais receita dos gigantes da tecnologia para artistas e jornalistas. Atualmente, plataformas como o Youtube não são responsáveis por violações de direitos autorais, (...).

Defensores da Diretiva sobre Direitos Autorais argumentam que isso significa que as pessoas estão ouvindo, assistindo, e lendo material protegido por direitos autorais sem que os criadores sejam devidamente pagos por isso. (REYNOLDS, 2019, tradução nossa).

Passando à análise, o artigo 17 se refere à disponibilização de obras por parte do que a Diretiva chama de “prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, termo que ela mesma define, em seu artigo 2º, número 6, da seguinte forma:

6) «Prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», um prestador de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos. (UNIÃO EUROPEIA, 2019, p. 113).

Ou seja, a Diretiva define aqui todas aquelas plataformas *online* em que o usuário pode carregar e postar conteúdo (grande parte dele protegido por direitos autorais). A função da plataforma é armazenar, organizar e promover esse conteúdo para outros usuários, ganhando dinheiro com esse processo seja através de assinaturas, seja através da remuneração recebida pelo uso de propagandas no *site*. Nesse artigo, a Diretiva se refere a *sites* como o YouTube, o Facebook, ou o Twitter e exclui outros como a Wikipedia

e o Google Drive ao determinar que não se encaixam na definição enciclopédias *online* sem fins lucrativos e plataformas que permitem a postagem de conteúdo para uso próprio, entre outros casos estabelecidos pelo número 6 do artigo 2º.<sup>8</sup>

Até a aprovação dessa Diretiva, podíamos nos guiar pelo art. 14 da Diretiva 2000/31/CE que determina que as plataformas não são juridicamente responsáveis pelos conteúdos que seus usuários carregavam; quando um conteúdo ilegal era postado e a plataforma era notificada, removia o conteúdo sem maiores consequências (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 13). O artigo 17 surgiu para mudar esse cenário. Baseada na ideia de que a preservação dos conteúdos protegidos será levada mais a sério se os *sites* descritos acima forem responsabilizados pelas ações de seus usuários, a nova lei determina que esses prestadores de serviços devem se comunicar com os detentores dos direitos autorais para conseguir licenças, ou seja, permissão para que suas obras sejam utilizadas e distribuídas na plataforma. Na falta dessas licenças, os prestadores de serviços devem realizar “os melhores esforços” (UNIÃO EUROPEIA, 2019, p. 120) para garantir que essas obras não estejam disponíveis ao público. Além disso, ao serem avisadas de um conteúdo ilegal em seu *site*, as plataformas devem tornar o conteúdo indisponível, como já acontecia antes da reforma. A mudança é que agora também devem se esforçar para evitar o futuro carregamento dessas obras.

Em suma, com a Diretiva não mais se aplica a lei em que as plataformas não são responsabilizadas desde que ajam *a posteriori* do fato ilícito. Agora se espera que elas ajam *a priori*, evitando o carregamento de conteúdo ilegal. A lei também deixa claro, no item 70, que as plataformas, além de impedirem que obras não autorizadas estejam disponíveis, devem possibilitar o carregamento e acesso do público a conteúdos que sejam paródia, caricatura, pastiche, citações, críticas ou análises, as quais representam exceções à

---

<sup>8</sup> “Não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha na aceção da presente diretiva os prestadores de serviços como enciclopédias em linha sem fins lucrativos, os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 e os mercados em linha, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso.” (UNIÃO EUROPEIA, 2019, p. 113).

necessidade de licença para a produção de uma obra derivada ou para o uso de uma obra protegida (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

O segundo artigo a ser tratado nesta pesquisa se dirige aos “prestadores de serviços da sociedade da informação”. A lei remete ao artigo 1º, número 1, alínea b, da Diretiva (UE) 2015/1535, cuja redação define o termo “serviço” nesse contexto como “qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços.” (UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 3).

O artigo continua desmembrando cada um dos termos da definição, estabelecendo que se tratam de *sites* que prestam serviços *online* ao usuário quando este o requisita (serviço este que envolve transmissão de dados), geralmente em troca de algum tipo de remuneração (UNIÃO EUROPEIA, 2015).

Voltando ao artigo 15 da reforma, este amplia os artigos 2º e 3º da Diretiva 2001/29/CE os quais falam respectivamente sobre direito de reprodução e direito de disponibilizar ao público obras protegidas (UNIÃO EUROPEIA, 2001). Os artigos passam a abarcar as casas editoriais de publicação de imprensa (jornais, revistas, entre outros), dando a elas o direito de autorizar ou proibir a reprodução, a disponibilização ao público e a comunicação ao público de suas obras *online* por parte dos prestadores de serviços da sociedade da informação. Essa proteção conferida não se aplica ao uso de *hiperlink* (*links* que levam de uma página *web* a outra), ao uso por parte de usuários individuais de forma não comercial e ao uso de trechos breves ou palavras soltas das obras.

Esse artigo afeta de forma profunda *sites* como o Google News. Esse *site*, por exemplo, não tem por trás uma casa editorial de periódicos, mas sim trabalha agrupando as matérias que encontra em *sites* de publicações de prensa. Disponibiliza várias manchetes de diferentes periódicos em um mesmo lugar e, quando o usuário decide ler o resto da matéria, o encaminha através de um *link* para o *site* em que foi publicada originalmente, no qual a pessoa pode ter acesso ao conteúdo completo.

A Diretiva vê esse ato de cópia e agrupamento de manchetes como um ato ilegal e agora prevê que *sites* como o Google News deverão adquirir permissão e, se necessário, remunerar as casas editoriais pelo uso de suas

matérias. As exceções admitidas, como a de uso de trechos curtos, não se encaixam no modelo de funcionamento de *sites* como esse.

Em resumo, no caso do artigo 15, busca-se reconhecer que as editoras de prensa, como proprietárias do material que produzem, têm direito a autorizar ou não seu uso *online* bem com a serem remuneradas por ele, principalmente se esse uso gerar lucro. Já o artigo 17, ao obrigar as plataformas a serem mais proativas, procura cortar o mal pela raiz, evitando que conteúdos ilegais sejam acessíveis ao público, já que após algo estar na Internet, é muito difícil saber quantas pessoas estão em posse desse conteúdo e o quanto ele se espalhou mesmo após ser removido.

## **5 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE CRIAÇÃO E PARA O ACESSO À INFORMAÇÃO**

Devido aos avanços tecnológicos, que levaram ao surgimento de novos tipos de serviços *online*, e devido à necessidade da proteção dos direitos autorais nesse contexto, a Diretiva parece se justificar. No entanto, as discussões em torno da nova lei apontam para um cenário criado pelos seus reais impactos que desagrada a muitos e que não condiz com o que uma lei de direitos autorais deveria gerar.

A Internet surgiu como uma facilitadora: ela reúne diversas informações em um só lugar, dando acesso fácil a qualquer um que tenha um celular ou computador e um roteador em casa. Nunca antes a humanidade teve ao seu alcance tanto conhecimento e dados sobre qualquer assunto; tanta possibilidade de compartilhar cultura, arte e ciência; tanta facilidade em se comunicar com outras pessoas e aprender com elas.<sup>9</sup> Esse potencial da In-

---

<sup>9</sup> “Nos próximos dez anos veremos uma explosão de tecnologias digitais. Tais tecnologias possibilitarão a qualquer um capturar e compartilhar informações. Captura e compartilhamento de informações é, obviamente, o que os humanos têm feito desde os primórdios da espécie. É assim que aprendemos e nos comunicamos. Mas capturar e compartilhar através da tecnologia digital é diferente. A exatidão e o poder são diferentes. (...)”

Essa ‘captura e compartilhamento’ digital é em parte uma extensão da captura e compartilhamento que sempre foram integrados à nossa cultura, e também é em parte algo novo. (...) A técnica de ‘captura e compartilhamento’ digital promete um mundo de criatividade incrivelmente diversa que pode ser fácil e amplamente compartilhada. E, à

ternet é inestimável e deve ser aproveitado. É justamente neste ponto que aqueles que não apoiam a nova lei dizem que a Diretiva falha.

De fato, uma lei de direitos autorais que reprima algum aspecto de um avanço ou até mesmo o próprio avanço tecnológico não é algo novo. Ao longo da história, não faltam casos em que as grandes indústrias lutaram para que os direitos autorais fossem uma forma de garantir um monopólio prejudicial à sociedade ao tentar impedir as novas formas de compartilhamento de conteúdo que surgiam com as inovações.<sup>10</sup> Fica claro, então, que da mesma forma que a tecnologia não pode burlar os direitos autorais, as leis também não podem ser uma prerrogativa para impedir o avanço tecnológico: é necessário alcançar um equilíbrio. Um dos argumentos contra a reforma da União Europeia aborda justamente esse tema.

*Sites* como o Google News facilitam o acesso à informação ao reunir em um só lugar notícias que antes estariam espalhadas em vários *sites*. Da mesma forma, ao disponibilizar ao usuário as manchetes, oferece acesso ao conhecimento de forma rápida e gratuita. Se o leitor quiser ter a informação completa e se aprofundar no assunto, basta clicar na notícia e será reencaminhado para o *site* de publicação original, onde poderá ler a matéria completa e gerará renda para a casa editorial em questão.

O que o Google News faz, em suma, é disponibilizar muita informação de forma simples e rápida, bem como redirecionar uma parcela do tráfego aos *sites* originais dos jornais ou revistas. Em uma publicação feita no Google in Europe, fala-se sobre o impacto do artigo 15 da Diretiva:

Entretanto, os debates recentes mostram que há uma falta de entendimento fundamental sobre o valor das manchetes e dos trechos - uma prévia muito curta do que alguém vai encontrar quando clicar num link. Reduzir o tamanho de um trecho para só algumas palavras soltas ou extratos pequenos tornará mais difícil para os consumidores descobrirem novo conteúdo e reduzirá o tráfego para novos editores em geral. (WALKER, 2019, tradução nossa).

---

medida que tal criatividade se aplicar à democracia, será possível que uma vasta parcela de cidadãos utilizem-na para expressar, criticar e contribuir com a cultura que os rodeia.” (LESSIG, 2005, p. 190).

<sup>10</sup> Alguns exemplos, como o caso Napster, são contados por Tridente (2019, p. 53-64).

Em um experimento conduzido pelo Google para simular os efeitos da Diretiva e mencionado nessa mesma matéria, afirma-se que houve uma redução de 45% do tráfego direcionado a novos *sites* de notícias. Tudo aponta ao fato de que, em termos de acesso à informação, o usuário será prejudicado. Da mesma forma, os serviços *online* de jornalismo também poderão sofrer uma queda de audiência, principalmente os serviços novos que ainda estão tentando conquistar um público, como mostrado no estudo.

Por outro lado, Julia Reda, membro do Parlamento Europeu da Alemanha e do Partido Pirata da Alemanha, argumenta que a medida não só afetará os usuários de serviços de agrupamento de notícias, bem como os próprios *sites* de periódicos, mas também usuários particulares:

Esta provisão restringiria não só negócios, mas também indivíduos que publicarem fragmentos de notícias, por exemplo bloggers. Porque um direito conexo, diferentemente de um direito de autor, não requer originalidade para ser aplicado ao conteúdo, [isso] protegeria até trechos pequenos e não criativos, como manchetes puramente factuais. (REDA, 2019<sup>a</sup>, tradução nossa).

Além disso, ela afirma que as *Fake News* podem se tornar um problema maior do que já são porque *sites* que produzem ou distribuem esse tipo de notícia têm menos probabilidade de cobrarem pelo uso de *links*, manchetes, imagens e trechos curtos das notícias, o que pode gerar um maior compartilhamento das mesmas, já que do ponto de vista legal seria mais fácil do que compartilhar notícias que podem gerar cobranças, fazendo com que as notícias falsas se tornem mais visíveis e acessíveis nas redes sociais.

O artigo em questão, portanto, tem impacto no acesso à informação proporcionado e facilitado pela tecnologia, e que, no mundo rápido e globalizado em que vivemos, tornou-se ainda mais importante, como afirma Marmelstein:

O acesso à informação, enquanto direito fundamental, certamente ganhou uma nova conotação e cresceu substancialmente de importância após o surgimento da Internet. De fato, nesta “Era da Informação”, onde “conhecimento é poder” e “o que não está no Google não está no mundo”, o simples acesso à “infovia” já seja talvez um direito tão essencial quanto a própria liberdade de expressão. (2019, p. 134).

Mas a Diretiva não só tem o potencial de atacar o acesso à informação, afrontando um dos maiores benefícios da Internet, como também pode gerar um cenário de censura em que os usuários verão sua liberdade de expressão diminuída.

A liberdade de expressão é outro dos direitos fundamentais individuais, espécie da categoria das liberdades, que surgiram com a Revolução Francesa. É um direito que pode se manifestar de diversas formas e que, como afirma Mill (2011), é um dos pilares da democracia, pois garante que existam discussões e discursos conflitantes para que se construa a opinião mais correta e se encontre a vontade da maioria, além de ser um direito essencial para o bem-estar humano.

Assim como qualquer direito fundamental atualmente, esse não é absoluto, podendo ser deixado de lado quando seu exercício implica a violação de outro direito fundamental. Uma das hipóteses é a limitação da liberdade de expressão pela simples existência dos direitos autorais: a não ser que haja autorização do autor para tal, um indivíduo não pode publicar páginas de seu livro na internet, por exemplo, ou criar e compartilhar uma história que use personagens do autor. A liberdade de expressão apenas prevalece quando falamos de utilizar uma obra para criar paródias, sátiras, citações, e outras exceções à propriedade intelectual já mencionadas.

O causador da diminuição da liberdade de expressão na Internet seria o artigo que é de longe o mais polêmico da reforma: o artigo 17. O primeiro problema ao tratarmos desse artigo é o fato de que ele prevê que ao mesmo tempo que a plataforma não pode permitir que seja postado um uso de obra não autorizada (uso ilícito), deve permitir que paródias, resenhas, críticas, e outros usos permitidos desse material estejam disponíveis mesmo que não haja autorização do criador. No entanto, como afirma David Kaye, especialista da Organização das Nações Unidas (ONU) em liberdade de expressão e de opinião, muitas vezes é difícil identificar o que se encaixa dentro de uma dessas exceções e o que é um uso ilegal.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> “Até os advogados mais experientes têm dificuldade em distinguir violações de direitos autorais de exceções a essas leis, as quais variam nos Estados Membros” adicionou Kaye. ‘A falta de linguagem clara e precisa na Diretiva criaria ainda mais insegurança jurídica.’

‘A mal colocada confiança em tecnologias de filtragem para fazer distinções sutis entre violações de direitos autorais e usos legítimos de material protegido pode aumentar o



Plataformas como o Youtube, que têm um grande número de usuários e de vídeos sendo compartilhados por dia, não têm funcionários o suficiente para monitorar cada conteúdo que é carregado no *site*. É quase um consenso que o trabalho de filtragem que a Diretiva exige será feito por filtros: algoritmos que serão programados para identificar o uso ilegal de materiais protegidos.<sup>12</sup> Parece difícil que um algoritmo possa ser programado para fazer um trabalho de interpretação que até um humano teria dificuldade em fazer em determinados casos. A consequência disso é que os serviços em questão saem prejudicados, já que as chances de que infrinjam a lei ao impedir a disponibilidade de um uso lícito de forma equivocada são grandes. Ou, de forma contrária, o algoritmo pode permitir a publicação de um ilegal entendendo-o como uma das exceções.

Mais uma vez, as consequências não atingem apenas os serviços *online*, mas também o usuário. A própria ideia de uma filtragem prévia do material que pode estar disponível no *site*, mesmo sob um pretexto legal, é considerada censura. É mais correto o modelo de funcionamento que era determinado antes da Diretiva: após o conteúdo estar disponível, ele pode ser analisado e, se for ilegal, é removido.

Apesar de a Diretiva afirmar nos itens 70 e 84 estar de acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2019), o que foi abordado até agora é um cenário de censura prévia e a possibilidade de que conteúdos lícitos sejam indisponibilizados, além da afronta ao direito de acesso à informação mencionada anteriormente, problemas que geram confronto com o artigo 11 da Carta, que trata sobre esses temas (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

---

risco de erro e censura. Quem suportaria o impacto dessa prática? Tipicamente, seriam os criadores e artistas que não têm recursos para litigar tais reivindicações.” (UNITED NATIONS, 2019, tradução nossa).

<sup>12</sup> “Ninguém consegue concordar em como se espera que essas plataformas identifiquem e removam esse conteúdo [ilegal]. Uma versão anterior da Diretiva fez referência a ‘proporcionar tecnologia de reconhecimento de conteúdo’, o que soa muito como se estivesse pedindo que os donos de plataformas usem filtros para escanear cada pedaço de conteúdo enviado e parem todo aquele que possa violar os direitos autorais ao serem carregados.

(...) A redação final do Artigo 13 estabelece exatamente quais plataformas vão precisar de filtros de carregamento e quais não vão.” (REYNOLDS, 2019, tradução nossa).

Reda (2019b) fala um pouco sobre essas consequências em seu *site*, afirmando que os filtros de plataformas *online* frequentemente têm problemas de funcionamento, o que pode contribuir para uma remoção errônea de conteúdo legal que se classifique como paródia, citação e outros. Continua dizendo que, como as plataformas deverão seguir as instruções dos detentores dos direitos autorais sobre o que não disponibilizar *online*, os criadores independentes serão considerados “culpados até que se provem inocentes” mesmo que seu conteúdo removido não seja ilícito.

Além disso, o artigo 17 prevê que as plataformas deverão negociar as licenças com os detentores dos direitos autorais, o que será complicado, senão impossível, devido ao grande número de obras protegidas e o que também não garante que a permissão para o uso das obras será concedida. É por essa questão que também se discute os danos à produção criativa que essa reforma pode causar.

As legislações de direitos autorais ao redor do mundo já são questionadas hoje em dia, sendo que muitos acreditam que, pelos conceitos de criação e criador e pela tecnologia existentes atualmente, estão desatualizadas. Baixar músicas e filmes da Internet ou utilizar *sites* piratas para assistir séries *online* é algo que já há alguns anos é aceito pela maioria da população, embora todos saibam que é algo ilegal. Tridente (2019) fala sobre dois caminhos para solucionar essa “ilegalidade generalizada”: o caminho da punição, que levaria à condenação de uma grande parcela da população, ou o caminho da modificação das leis em vigor para que as mesmas se enquadrem na realidade social existente.

No caso que é tratado nesta pesquisa, devido a um contexto de tecnologia que possibilitou e difundiu a pirataria e que criou novas formas e conceitos de produção criativa, a população em geral não mais reconhece a lei que entende como ilícito o uso de propriedade intelectual sem a permissão do detentor dos direitos. Embora a sociedade saiba da existência da norma, hoje ela não é vista como importante e é desconsiderada pela maioria, o que leva a um cenário de desobediência em massa. O conflito tratado é o de legitimidade *versus* legalidade, em que a legalidade é o fato de a norma existir e dever ser seguida e a legitimidade é uma valoração da norma feita pela sociedade que pode aceitá-la ou não. Bobbio fala do assunto ao desenvolver o conceito de eficácia da norma jurídica:

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta por meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. (2016, p. 47).

Bobbio (2016) afirma que as razões de uma norma ser ineficaz são encontradas ao se fazer um estudo histórico-sociológico da situação. Nesse sentido, é necessário reconhecer que o conceito de autor e de obra se alteraram ao longo do tempo, um dos fatores pelos quais a lei de direitos autorais baseada em conceitos antigos não é eficaz. Enquanto à época do surgimento do *droit d'auteur* o autor era “alguém extremamente sensível, possuidor de um dom especial, que deveria ser protegido e amparado pelo Direito para garantir que a sociedade percebesse os benefícios de sua singular contribuição” (TRIDENTE, 2019, p. 112), hoje, com as tecnologias, qualquer um pode ser um criador. Da mesma forma, atualmente a sociedade enxerga a criação como algo feito de forma compartilhada, coletiva:<sup>13</sup> uma obra nova e única pode ser produzida utilizando obras preexistentes e, mais uma vez, nas palavras de Tridente (2019, p. 116), “(...) se reconhece nas obras derivadas importância e mérito artístico equivalentes aos das obras originais.”

O YouTube é repleto de vídeos que utilizam músicas protegidas como plano de fundo; o Pinterest está cheio das chamadas *fanarts*, ilustrações de personagens feitas por fãs; *sites de fanfics*, que são histórias produzidas por fãs usando universos ou personagens já existentes, proliferam na Internet sob diversos nomes. Em todos esses casos, essas plataformas serão obri-

---

<sup>13</sup> “Nós vivemos em uma cultura de ‘cortar e colar’ proporcionada pela tecnologia. Qualquer um desenvolvendo uma apresentação sabe a liberdade extraordinária que a arquitetura do cortar e colar da Internet criou — você pode encontrar a imagem que está procurando em um segundo; em outro segundo, você pode tê-la em sua apresentação.

Mas as apresentações são só um pequeno começo. Usando a Internet e seus arquivos, músicos são capazes de agrupar misturas de som nunca antes imaginadas; cineastas são capazes de fazer filmes usando trechos de computadores ao redor do mundo. Um extraordinário site sueco pega imagens de políticos e as mistura com música para produzir comentários políticos mordazes. Outro site, chamado Camp Chaos, produziu algumas das mais pesadas críticas contra a indústria fonográfica, misturando música com Flash!” (LESSIG, 2005, p. 120).

gadas a conseguir licenças para que seus usuários possam publicar vídeos, ilustrações ou histórias que envolvam obras protegidas. Com a dificuldade que isso poderia trazer e a insegurança aos novos criadores que usam esses modelos, assim como a possibilidade de que várias licenças não sejam concedidas, a quantidade de material criativo perdido seria enorme.

Dessa forma, a Diretiva terá consequências que vão contra o artigo 13 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que versa sobre liberdade artística (UNIÃO EUROPEIA, 2012) e mais uma vez contraria o direito de liberdade de expressão, direito previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (UNITED NATIONS, 1948). O artigo 17 da Diretiva, portanto, soma a um problema já existente (a limitação da liberdade de expressão que não mais se justifica em muitos casos devido à defasagem das leis de direitos autorais) outro ainda mais complexo (a inaplicabilidade da reforma na prática, podendo gerar censura de materiais que são considerados lícitos, assim como a insegurança legal para os criadores modernos).

A legislação europeia gerou repercussão em vários lugares do mundo, sendo abordada não só na Europa como também mencionada nos Estados Unidos e no Brasil, por exemplo. A coalizão Al Sur, que une a sociedade civil latino-americana com o objetivo de garantir e fortalecer os direitos humanos na Internet e no mundo digital se pronunciou sobre o assunto em um documento de sua autoria, afirmando que a aplicação da Diretiva europeia afetará também outros países (mencionam em especial a América Latina e o Caribe), já que as empresas globais que prestam seus serviços na Internet ajustam sua política e seu funcionamento de acordo com a legislação dominante (FUNDACIÓN KARISMA, 2019). Isso quer dizer que habitantes de países não europeus acabarão sofrendo as consequências de uma lei europeia. Mesmo não estando sujeitos à Diretiva, em todo o mundo pessoas terão sua liberdade de expressão e seu acesso à informação atacados, pois os serviços *online* serão ajustados à reforma e aplicarão seu novo modo de funcionamento ao mundo todo. Apesar de a União Europeia ter uma obrigação de atualizar a legislação de direitos autorais para suprir as necessidades criadas pelos avanços no mundo digital, isso não pode ser feito de forma a afetar os direitos de liberdade de expressão, como afirma David Kaye (UNITED NATIONS, 2019). O cuidado com isso deveria ser ainda maior por parte da União

Europeia ao se considerar que ela não será a única afetada: a Internet no mundo todo será transformada pela reforma.

## 6 CONCLUSÃO

Ao analisar as prováveis consequências da Diretiva Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital é mais fácil compreender o motivo de tanta polêmica ao redor dela. A questão principal desta pesquisa, portanto, é a colisão entre liberdade de expressão, criação e acesso à informação e a propriedade intelectual. O que parece um clássico dilema de prevalência entre direitos fundamentais que não tem resposta correta é, na verdade, uma questão de privilégios. Isso porque os direitos autorais, da forma que são, não mais condizem com a realidade e as novas tecnologias, deixando de cumprir sua função social, motivo de sua existência. É por isso que aumentar ainda mais sua proteção é apenas criar privilégios para os editores e criadores em detrimento dos direitos de liberdade de toda a sociedade.

Em primeiro lugar, o artigo 15 da Diretiva incorpora a guerra que sempre existiu entre os direitos de propriedade intelectual e a tecnologia. Ao encurralar *sites* como o Google News, a reforma impede um avanço tecnológico que permitiu o acesso mais rápido e fácil à informação de qualidade, afetando tanto os usuários quanto os serviços de notícias.

Por sua vez, o artigo 17 endurece ainda mais os direitos autorais, criando um cenário de censura em que a liberdade de expressão é tão ceifada que chega a afetar também a liberdade de criação artística e intelectual. Para a proteção de uma minoria detentora de propriedade intelectual, muitas pessoas são silenciadas. O artigo não leva em conta sua aplicabilidade prática e, mais uma vez, traz insegurança tanto aos usuários de plataformas como o *YouTube*, *Facebook* e *Pinterest*, quanto às próprias plataformas, que se veem obrigadas a encontrar uma forma de aplicar as medidas absurdas. O que ocorre é uma luta contra as novas formas de criação de conteúdo que a Internet proporcionou: censuram-se novos criadores, perde-se o potencial do avanço tecnológico e mantêm-se os monopólios das grandes empresas e criadores tradicionais.

É importante a compreensão do problema gerado por leis como a abordada para que se discuta e impeça a instauração de privilégios tais como os mencionados acima, com a intenção

de garantir a prevalência dos direitos fundamentais e da função social do direito autoral. Devemos entender que qualquer legislação sobre esse tema deve, acima de tudo, prezar por agir de forma a incentivar a cultura e a criação, assim como garantir liberdade de expressão, e não obstruir ou eliminar as facilidades trazidas pela tecnologia, como o acesso à informação. Ao fazer o contrário, a reforma torna-se uma tentativa de reforçar leis de direitos autorais que não mais atendem às necessidades da sociedade, favorecendo indústrias e corporações no lugar de se preocupar com a humanidade como um todo. A Diretiva usa a justificativa de que busca modernizar os direitos autorais, no entanto, o caminho tomado é o contrário, e todo o avanço artístico e criativo proporcionado pela Internet está ameaçado não apenas na Europa, mas no mundo todo.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Edição exclusiva para assinantes da Minha Biblioteca). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/cfi/0>. Acesso em: 20 maio 2020.

FUNDACIÓN KARISMA. **Site**. Disponível em: <https://stats.karisma.org.co/la-directiva-europea-de-derecho-de-autor-y-su-impacto-en-los-usuarios-de-america-latina-y-el-caribe-una-perspectiva-desde-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil>. Acesso em: 29 dez. 2019.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

MANSO, Eduardo Vieira. **O que é direito autoral**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (Edição exclusiva para assinantes da Minha Biblioteca). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 20 maio 2020.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener (CA): Batoche Books, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000210.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

REDA, Julia. *Site*. Disponível em: <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites>. Acesso em: 24 dez. 2019a.

REDA, Julia. *Site*. Disponível em: <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/censorship-machines>. Acesso em: 26 dez. 2019b.

REYNOLDS, Matt. What is Article 13? The EU's divisive new copyright plan explained: Article 13 of the EU's new copyright directive has sparked huge controversy online, with YouTube campaigning strongly against the proposal. We explain why. **Wired**, 24 May 2019. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban>. Acesso em: 30 dez. 2019.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito autoral: legislação básica**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**: Luxemburgo, L 178, p. 1-16, 17 jun. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 3 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**: Bruxelas, L 167, p. 10-19, 22 jun. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>. Acesso em: 3 dez. 2019

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**: Estrasburgo, C 326, p. 391-403, 26 out. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=PT>. Acesso em: 5 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação (Texto relevante para efeitos do EEE). **Jornal Oficial da União Europeia**: Estrasburgo, L 241, p. 1-15, 17 set. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L1535&from=PT>. Acesso em: 2 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu y do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**: Estrasburgo, L 130, p. 92-125, 17 maio 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=PT>. Acesso em: 2 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada na 183ª reunião da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 6 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner for Human Rights. **EU must align copyright reform with international human rights standards, says expert**. 11 Mar. 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24298>. Acesso em: 29 dez. 2019.

VALENTE, Mariana G. Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a Internet?: Com artigo 13, nova diretiva pode afetar muito mais que os interesses das grandes empresas de Internet. **JOTA**, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WALKER, Kent. Now is the time to fix the EU copyright directive. **Google in Europe**, 7 Feb. 2019. Disponível em: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/now-time-fix-eu-copyright-directive>. Acesso em: 24 dez. 2019.



# »»» E SE EU MORRER, QUAL SERÁ O DESTINO DA MINHA HERANÇA DIGITAL?

Germann Gabriella Amorim Ferreira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se debruça sobre o desafio do Direito das Sucessões: a questão da transmissão da chamada herança digital. A vivência no mundo digital protagoniza a formação de um verdadeiro patrimônio, composto por bens e ativos digitais, fazendo surgir questionamentos quanto ao destino deste acervo após a morte de seu titular. Considerando isso, busca-se com o presente estudo verificar a possibilidade de transmissão da herança digital aos herdeiros do falecido. Adotando-se a metodologia dedutiva, a temática será desenvolvida por meio da análise bibliográfica e documental, através de jurisprudência, legislação e Projetos de Lei acerca da sucessão da herança digital que tramitam no Congresso Nacional. Conclui-se que essa nova realidade suscitou a necessidade de se repensar os diversos institutos sucessórios diante da herança digital. A ausência de normas disciplinadoras nesse aspecto, bem como de disposição de última vontade, reclama respostas do judiciário e atualização legislativa. O testamento digital poderá ser uma adequada e eficaz ferramenta para que o indivíduo determine a sorte da sua herança digital.

**Palavras-chave:** Direito das Sucessões. Bens Digitais. Herança Digital.

## 1 INTRODUÇÃO

A era digital vem provocando profundas transformações no âmago das sociedades, notadamente no comportamento humano. Há forte tendência de migração do espaço físico para o ciberespaço, na medida em que as pessoas estão cada vez mais envolvidas com a internet. Assim como no

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (UFERSA). Pós-Graduada em Criminologia, Direito e Processo Penal pela UNP. Graduada em Direito pela Universidade Potiguar-UNP. Advogada devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil sob o número 7030, com atuação na área do Direito Civil, Processo Civil, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora Substituta da Graduação em Direito (UFERSA) e cursos de pós-graduação.

espaço físico, o desenvolvimento de relações humanas no ambiente virtual produz resultados e gera efeitos na órbita jurídica que não podem ser ignorados pelo direito. Em consequência, a vivência no mundo digital modificou o comportamento humano, emergindo uma nova categoria de bens - os bens digitais.

Essa nova realidade trouxe, conseqüentemente, embates e reflexões ao Direito, em especial na área do Direito das Sucessões, suscitando a necessidade de repensar os institutos sucessórios diante da chamada herança digital.

O Direito das Sucessões, então, debruça-se sobre um desafio: a questão da transmissão dos bens digitais com a morte de seu tutelar. A quem pertencem os bens digitais acumulados em vida pelo *de cuius*? Seriam estes bens transmitidos automaticamente com a abertura da sucessão? O que fazer com as contas de e-mails e perfis sociais de uma pessoa sem vida? É possível dispor acerca de bens digitais para depois da morte?

Diante desse cenário, o presente estudo busca compreender a atual situação da questão sucessória da herança digital no Brasil e verificar a possibilidade de transmissão da herança digital aos herdeiros do falecido titular.

Metodologicamente, o estudo adota o método dedutivo de investigação, sendo a temática desenvolvida a partir de análise bibliográfica e documental, na qual a consulta por fontes enquadrrou-se, especialmente, à doutrina condizente ao tema jurisprudência, legislação e Projetos de Lei acerca da sucessão da herança digital que tramitam no Congresso Nacional.

O estudo apresenta relevância por tratar de um tema eminentemente atual que tem suscitado questionamentos e, conseqüentemente, o interesse investigativo de operadores do direito e, mais que isso, da sociedade em si, já que o alcance da internet e suas ferramentas se tornaram imensurável. Além disso, o estudo em questão que traz o debate sobre a dialética entre Direito das Sucessões e herança digital, pretende somar-se à escassa – mas qualificada – doutrina acerca da temática, contribuindo para a reflexão e o cogente desenvolvimento da herança digital no Brasil.

## 2 BREVES DISPOSIÇÕES SOBRE A SUCESSÃO CAUSA MORTIS NO BRASIL

O Direito das Sucessões se presta a definir o destino das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa em razão do seu falecimento, perquirindo a máximo de que todo direito deve ter seu dono. Diante da possibilidade de transmissão do patrimônio do defunto em favor de seus sucessores, importa estabelecer que o conteúdo da sucessão é limitado, comportando – em regra – apenas a sucessão do conjunto de relações jurídicas patrimoniais, ou seja, de cunho econômico. Certamente, as relações de natureza personalíssima, a exemplo dos direitos da personalidade, não são transmitidas com a morte, conforme será tratado adiante<sup>2</sup>.

Assim, com a abertura da sucessão ocasionada pela morte, todos os bens patrimoniais deixados pelo *de cuius*, sejam positivos ou negativos, materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, passam a compor um todo universal denominado de herança. Nessa perspectiva, estão compreendidos na herança, por exemplo, os bens imóveis, bens móveis, direitos e obrigações a eles inerentes, títulos de crédito, créditos, dívidas e os direitos autorais. Dito isso, nota-se que, para o direito brasileiro, a herança é o fundamento da sucessão.

O sistema sucessório brasileiro consagra a incidência da regra do princípio da *saisine*, segundo o qual, com a morte do autor da herança, abre-se automaticamente a sucessão e a posse da herança é imediatamente transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme determina o Art. 1.784 do Código Civil Brasileiro<sup>3</sup>.

Portanto, a sucessão pode decorrer de duas formas distintas, quais sejam: em decorrência da própria lei – sucessão legítima – ou; de disposição

<sup>2</sup> Também nos remete à reflexão, merecendo destaque nestas notas, o recente episódio envolvendo a ressurreição digital do falecido ator americano Peter Cushing, do último filme Star Wars, cuja sua imagem fora reproduzida a partir de efeitos especiais sem autorização dos herdeiros. O tema é discutido por Gustavo Fortunato D'Amico no artigo *Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing* (disponível em <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>), do qual se sugere leitura.

<sup>3</sup> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL, 2002).

de última vontade – testamentária. É o que se extrai do Art. 1.788<sup>4</sup>. As duas modalidades de sucessão *causa mortis* no Brasil são conciliáveis, podendo se processar de forma concomitante, no caso de existência simultânea de testamento e herdeiros necessários, bem como de testamento parcial.

### 3 BENS DIGITAIS

Numa abordagem genérica, “bem” é toda coisa - objeto - das aspirações humanas. Já é clássica na doutrina a definição de Beviláqua (1999, p. 213), para o qual “bem é tudo quanto corresponde à solicitação de nossos desejos”. Para o direito, “bem” são coisas suscetíveis de valoração jurídica, dotados ou não de valor econômico, que podem ter existência material ou imaterial, sendo o próprio objeto das relações jurídicas.

Seguindo o mesmo raciocínio, Pereira (2018, p. 9) assevera que “bens destituídos de existência física também podem compor o patrimônio de uma pessoa, e é neste cenário em que se encontram os bens digitais, hodiernamente tão comuns”.

Ao tratar especificamente sobre a herança digital, Lara (2016, p. 22) propõe a seguinte concepção:

Bens digitais são instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets.

A exemplificação é, sem dúvidas, metodologicamente, uma das melhores formas de compreender os institutos. Não é por outra razão que Lacerda (2017, p. 59) apresenta um rol sugestivo de bens digitais, assim, vejamos:

Estes bens digitais podem se apresentar sob a forma de informações localizadas em um sítio de internet, tais como:

---

<sup>4</sup> Art. 1.788 - Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

- a) em um correio eletrônico (todos os serviços de e-mail, tais como Yahoo, Gmail e Hotmail);
- b) numa rede social (Facebook, LinkedIn, Google+, MySpace Instagram, Orkut, etc);
- c) num site de compras ou pagamentos (eBay e PayPal);
- d) em um blog (Blogger e Wordpress)
- e) numa plataforma de compartilhamento de fotos ou vídeos (Flickr, Picasa ou Youtube).
- f) em contas para aquisição de musicas, filmes e livros digitais (iTunes, GooglePlay e Pandora)
- g) em contas para jogos online (como World of Warcraft ou Second Life) ou mesmo em contas para armazenamento de dados (serviços em nuvem, como Dropbox, iCloud ou OneDrive).

Interessante decisão foi proferida pela 40ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao anular algumas cláusulas de um contrato de milhas de uma companhia aérea, reconheceu a natureza de bem patrimonial e a sua consequente transmissão *causa mortis*:

Reconhecida a natureza patrimonial das milhagem, conforme item supra, é de rigor que os valores auferidos pelo consumidor na forma de pontos, em razão da fidelidade ao programa, não enseje benefício ao fornecedor em caso de morte daquele, o que representaria vantagem manifestamente excessiva, vedada pelo inciso V do art. 39 do CDC, bem como verdadeiro enriquecimento ilícito da ré (CC, art. 884). Assim, em caso de falecimento, os benefícios recebidos devem ser transmitidos aos herdeiros, na forma prevista pelo Código Civil. (TJSP. 40ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Processo nº 1025172-30.2014.8.26.0100. Juíza Priscilla Buso Faccinnetto).

Assim, parece totalmente ultrapassada a ideia de que o patrimônio ativo é composto apenas por bens corpóreos, tais como imóveis, automóveis, joias e obras de artes. Portanto, a visão contemporânea e adequada do direito permite outorgar caráter de patrimônio ao acervo digital adquirido pelas pessoas.

## 4 A SUCESSÃO DA HERANÇA DIGITAL

Tendo como ponto de partida a fé de que é possível a formação de patrimônio digital composto por bens digitais, é certo também que com a morte de seu titular este se reverterá em herança, aqui denominada herança digital. Diante de tal fato, questiona-se qual destino deve tomar o acervo digital deixado pelo falecido titular.

É impossível dissociar qualquer entendimento de herança virtual dos institutos sucessórios disciplinados pelo Código Civil Brasileiro, de sorte que, a herança virtual também atende as características de universal e indivisível (Art. 1.798, CC), com natureza jurídica de bem jurídico imóvel (Art. 80, II, CC)<sup>5</sup>.

Gustavo Pereira (2018, p. 41), ao tratar da herança digital apresenta um coerente e adequado conceito, segundo o qual:

A herança digital pode ser compreendida como essa mesma herança, tradicionalmente conceituada nos manuais de Direito Civil, só que o objeto mais específico, qual seja, o patrimônio virtual do *de cuius*, consistente em tudo o que ele pôde guardar em espaço virtual quando em vida, incluídos aí os arquivos digitais, como fotos, músicas, vídeos e livros, estejam eles armazenados na memória de um computador ou em serviços de nuvem virtual; as redes sociais; as contas da internet; enfim, qualquer bem ou serviço virtual de titularidade do autor da herança.

É bem verdade que as pessoas podem construir ao longo de suas vidas valiosos patrimônios digitais. É possível ser dono de uma rica biblioteca de livros virtuais, de vasto acervo de músicas digitais compradas em plataformas digitais, ser titular de conta comercial no *Instagram* com milhares de seguidores, dono de site *e-commerce*, ou ser protagonista de famoso canal no *YouTube*. São muitas as possibilidades.

De outra feita, o mundo digital também possibilita um espaço reservado ao indivíduo, onde o mesmo pode interagir virtualmente, trocar mensagens, guardar dados consistentes em imagens, vídeos, arquivos e documen-

<sup>5</sup> Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: [...] II - o direito à sucessão aberta.

tos de texto. Há nesse espaço, um mundo íntimo acessível por uma senha secreta de conhecimento apenas do seu titular, ou de quem ele desejar.

Percebe-se, assim, que os bens digitais podem ou não serem valorados economicamente. Nesse interim, Tartuce (2019, p. 82) nos alerta para a reflexão e dirige os seguintes questionamentos acerca da herança digital:

A grande dúvida diz respeito ao fato de os dados digitais da pessoa humana poderem ou não compor a sua herança, conceituada como um conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, havido pela morte de alguém e que serão transmitidos aos seus sucessores, sejam testamentários ou legítimos. [...] nos termos do art. 1.791 do Código Civil, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também os bens imateriais, como supostamente seriam aqueles havidos e construídos na grande rede durante a vida da pessoa. Sendo assim, a chamada herança digital segue a transmissão, conforme a ordem de vocação hereditária?

No que se refere aos bens apreciáveis economicamente, não há óbice algum para que sejam objeto de herança e conseqüente transmissão *causa mortis*. No entanto, em relação aos bens digitais sem valor econômico, há controvérsias quanto à possibilidade de transferência.

A intransmissibilidade dos bens digitais sem valor econômico encontra-se amparada nas regras do próprio sistema sucessório. A definição de herança compreende o conceito de patrimônio, de forma que a herança é o patrimônio da pessoa morta. Assim, para o direito brasileiro, os bens desprovidos de valor patrimonial não são objeto de partilha, ressalvando a as disposições testamentárias não patrimoniais.

Vislumbra-se, ainda, que os bens digitais sem expressão econômica são valorados emotivamente, sendo cristalino tratarem de direitos da personalidade, cuja essência é predominantemente personalíssima. Tais aspectos põem em cheque a autorização da sucessão pelos herdeiros quando da morte do titular.

A razão do obstáculo é, senão, o choque entre o direito de herança e os direitos da personalidade (imagem, intimidade e privacidade) do falecido,

que deixou os laços terrenos sem expressar sua vontade acerca do destino de seu patrimônio digital sem valor econômico.

O argumento é pertinente e tem fundamento constitucional. Os perfis de redes sociais, os e-mails, as conversas privadas, as fotos, os vídeos e os documentos particulares fazem parte da esfera íntima e privada de seu titular. Estão, assim, protegidos pelo manto dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, a saber, a inviolabilidade da intimidade e da vida (Art. 5º, X) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (Art. 5º, XII).

Afinal, quem gostaria de revelar aos familiares suas conversas particulares, segredos guardados nas nuvens virtuais, fotos e vídeos íntimos, e-mails, *Messenger* do *Facebook* e *directs* do *Instagram*? E quanto aos perfis e contas de redes sociais do *Instagram*, *Facebook*, *Twitter*, dentre outras, devem continuar ativas mesmo com a morte de seu titular?

Pereira (2018) acredita que as respostas para as indagações acima são encontradas no próprio conceito de herança, não sendo possível transmitir o que atender à esfera personalíssima do *de cuius*. A partir daí, o autor propõe analisar a questão a partir do consentimento do titular do acervo digital e, assim, chega a conclusão de que os bens intrinsecamente ligados à esfera personalíssima somente se transmitem por disposição de última vontade (p. 45).

Sobre o assunto, faz jus destacar as ponderações de Greco (2019, p. 23):

[...] conversas em redes sociais e troca de e-mails que compõe a esfera da intimidade/privacidade não são passíveis de serem herdadas, tendo em vista que são direitos da personalidade e, como regra, intransmissíveis. Assim, as mensagens internas ou tudo que não público dentro das contas digitais, incluindo-se, por exemplo, e-mails sem conteúdo econômico, são direitos personalíssimos, relacionados à privacidade e intimidade e, em princípio, não fazem parte da herança digital, por serem bens intransmissíveis.

Valendo-se incisivamente do magistério de Tartuce (2019, p. 8) que, ao tecer conclusões acerca da transmissão da herança digital, assim disserta:



É preciso diferenciar os conteúdos que envolvem a tutela da intimidade e da vida privada da pessoa daqueles que não o fazem para, talvez, criar um caminho possível de atribuição da herança digital aos herdeiros legítimos, naquilo que for possível. Os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa, que parecem ser a regra, devem desaparecer com ela. Dito de outra forma, a herança digital deve morrer com a pessoa.

Importa registrar que a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) transmite aos sucessores os direitos de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra (Art. 24, I); de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra (Art. 24, II); de conservar a obra inédita (Art. 24, III) e de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra (Art. 24, IV).

A questão da transmissão *causa mortis* dos bens digitais não está amparada completamente pelas complexas regras dispostas do Código Civil Brasileiro. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), embora disponha, dentre outros direitos, sobre a privacidade, nada tratou sobre a transmissão da herança digital. Na mesma linha, a recente Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) também não abordou a questão.

Muitos familiares não sabem como proceder em relação ao acervo digital pertencente a um ente falecido e precisam recorrer ao Judiciário para discutir questões relativas à herança digital, seja para requerer a exclusão do perfil do defunto em redes sociais, ou para obter acesso aos mais variados dados digitais do *de cuius*.

Nesse cenário imaturo quanto à herança digital, há pouco menos de uma década o Judiciário começou a receber os primeiros casos envolvendo a herança. Ainda são poucos os julgados a respeito, no entanto, a jurisprudência brasileira não é pacífica quanto a sua transmissão aos herdeiros.

Os casos envolvendo discursões judiciais acerca da herança digital despertam a curiosidade das pessoas e, em razão disso, são sempre divulgados pela imprensa. Fazendo préstimos do trabalho da imprensa, destacam-se os emblemáticos casos envolvendo a questão objeto dessa análise.

A jornalista Juliana Ribeiro Campos faleceu no ano de 2012, desde então os seus amigos passaram rotineiramente a postar mensagens em homenagem à sua memória no seu *Facebook*, transformando aquele perfil em um espaço de lamentações. Incomodada, a mãe da jornalista, Dolores Pereira Ribeiro, pleiteou perante a Justiça do Mato Grosso do Sul a retirada do ar pelo *Facebook* da página da filha. O pedido liminar foi deferido sob os seguintes fundamentos:

A fumaça do bom direito ou plausibilidade do direito invocado está consubstanciada na existência de procedimento administrativo referente a exclusão da conta de pessoa falecida por pessoa da família, o qual já foi buscado via online pela autora, mas até o momento não obteve êxito, como se vê pelo documentos de fls.15 e 20/21. O perigo na demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo único, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em “muro de lamentações”, o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua única filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook. Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido. (TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central. Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110. Juíza Vania de Paula Arantes, j. 19.3.2013).

Em outro caso, uma mãe moveu uma ação em face da empresa *Apple*, querendo ao Poder Judiciário de Minas Gerais o direito de acesso ao conteúdo armazenado em conta virtual vinculada ao celular da sua falecida filha<sup>6</sup>. O magistrado Manoel Jorge de Matos Junior, julgou improcedente o pedido com base no sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (Art. 5º, XII, da Constituição Federal).

---

<sup>6</sup> A ação foi protocolada perante a Vara Única da Comarca de Pompeu/MG, sob o nº 002337592.2017.8.13.0520.

Portanto, muitas respostas acerca da transmissão da herança digital ainda estão sendo buscadas pelos estudiosos do direito, exigindo dos mesmos a releitura do direito sucessório, haja vista a insuficiência legislativa que não acompanhou na mesma velocidade, às realidades provocadas pelo explosivo crescimento da internet.

## 5 PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Diferentemente da experiência norte-americana, dos quais se destacam estados como Califórnia e Nova Iorque, o Brasil ainda não possui legislação específica para o tratamento adequado da sucessão de bens digitais, desafiando o intérprete do direito a utilizar as normas existentes diante dos casos concretos levados ao Judiciário.

Ademais, a temática herança digital reclama atualização legislativa, razão pela qual tramitaram proposições legislativas perante o Congresso Nacional, na tentativa de regulamentar especificamente a situação da transmissão da herança virtual.

Utilizando-se como método de pesquisa o site da Câmara dos Deputados e realizando busca de propostas legislativas no campo “atividades legislativas”, cuja pesquisa se deu com a inserção da expressão “herança digital”, foram encontrados seis projetos de lei, as quais passaremos a analisar a seguir<sup>7</sup>.

A primeira proposta a tratar sobre o assunto fora o Projeto de Lei nº 4.099/2012, de autoria do deputado Jorginho Mello, que objetivava acrescentar ao Art. 1.788 do CC, parágrafo único com a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” (NR).

Devido a sua abrangência e a consequente possibilidade de lesão aos direitos da personalidade, o referido projeto fora alvo de muitas críticas pela doutrina, sendo inclusive objeto de debate na obra *Herança Digital no Brasil*:

---

<sup>7</sup> Todos os dados citados foram extraídos no campo “busca” do site da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>. Acesso em 03 out. 2020.

*o Projeto de Lei nº 4099/2012 e seus possíveis impactos sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade*, escrita por Gustavo Santos Gomes Pereira.

No mesmo ano, o deputado Marçal Filho apresentou o PL 4847/2012, com disposições mais amplas acerca do tema. Vejamos:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

Art. 1.797-A. 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.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe 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.

Art. 3º- Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Considerando que o Marco Civil da Internet não disciplinou qualquer aspecto da herança digital, o deputado Alfredo Nascimento propôs o Projeto de Lei nº 7742/2017, com escopo de corrigir tal omissão:

Art. 1º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Também, o PL 8562/2017 de autoria do deputado Elizeu Dionizio, reviveu o PL 4847/2012, trazendo o mesmo texto da sepultada proposição legislativa e sob a mesma justificativa da proposição legislativa.

Por tratarem do mesmo objeto, os autos do PL 8562/2017 foram apensados ao PL 7742/2017, para que pudessem tramitar conjuntamente. Ambos encontram-se arquivados em razão do Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>8</sup>.

Atualmente, encontra-se em trâmite na Casa Legislativa o PL 5820/2019, de autoria do deputado Elias Vaz, que disciplina a disposição da herança digital em co-

---

<sup>8</sup> Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: (...)

dicilo digital, e ainda o PL 3050/2020 de autoria do deputado Gilberto Abramo, com a mesma redação do PL 4099/2012.

De nossa análise, conquanto as preferidas propostas legislativas tenham surgido com a identificação coerente do cenário envolvendo a sucessão da herança digital no Brasil, será necessário que o legislador estabeleça uma prévia compreensão da temática herança digital, exigindo além de conhecimento técnico acerca do Direito, a leitura consciente do sistema jurídico sucessório, de forma que as propostas legislativas sejam eficientes em atender as novas realidades apresentadas pela tecnologia. Enquanto aguarda-se o legislativo, a jurisprudência enfrenta o desafio de solucionar as questões sucessórias da herança digital.

## **6 MEDIDAS OFERECIDAS PELOS PRÓPRIOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DIGITAIS**

A possibilidade da morte dos usuários de internet fora pensada de forma antecipada por alguns provedores de serviços de internet. Diante da lacuna legislativa, as próprias empresas apresentam disposições sobre o destino das contas dos usuários defuntos, consoante suas próprias políticas.

A seguir, vejamos as alternativas ofertadas pelos serviços mais utilizados e popularmente conhecidos.

### **6.1 Facebook**

Num tópico intitulado “o que acontecerá com minha conta do *Facebook* se eu falecer?”, o *Facebook* oferece duas alternativas ao usuário no caso de sua morte, quais sejam, a exclusão permanente da conta, ou a transformação da mesma em memorial. Caso opte pelo memorial, o usuário poderá indicar um herdeiro para cuidar da página (FACEBOOK, s/d). O *Facebook* transformará o perfil em memorial assim que for cientificado da morte do titular da conta.

As contas de memorial se diferem das contas de perfil convencionais, o próprio *Facebook* indica as características das contas transformadas em memorial.

## 6.2 Instagram

O *Instagram* também oferece as mesmas opções dispostas no item anterior, mas diferentemente do *Facebook*, exige que a mudança do perfil decorra da denúncia do falecimento do usuário e posterior solicitação do interessado na transformação em memorial ou remoção da conta. O *Instagram* esclarece que a solicitação deve vir acompanhada da comprovação da morte e precede da análise da possibilidade de atendimento à solicitação.

Esta rede social transfere aos sucessores a decisão quanto ao destino do perfil social em razão da morte do titular. Esclarece que a política visa proteger a privacidade do *de cujus*.

Não é por demais lembrar a existência de verdadeiros comércios digitais que operam nesta plataforma digital. Assim, poderá haver interesse patrimonial na permanência de determinado perfil.

A maioria das contas do *Instagram* de pessoas falecidas continua ativa como se estivessem vivas, à exemplo do cantor nordestino Gabriel Diniz (@gabrieldiniz), morto na data de 27 de maio de 2019, vítima de um acidente aéreo, cuja conta possui 4,5 milhões de seguidores, ou do apresentador Augusto Liberato (@guguliberato), falecido em 21 de novembro de 2019, com 2,7 milhões de seguidores<sup>9</sup>.

## 6.3 Twitter

No caso do *Twitter*, diante da morte do titular da conta, a única alternativa oferecida por esta plataforma digital é a desativação da conta, que se confirmará mediante requerimento de pessoas da família do *de cujus*, ou autoridades públicas com poderes para tal. O *Twitter* disponibiliza um formulário de privacidade para solicitação de remoção da conta.

Nesse caso, não é oferecido aos sucessores qualquer possibilidade de deixar arquivadas as postagens do ente falecido. A política causa estranheza. Imaginemos a situação de um grande poeta que todos os dias brinda seus

---

<sup>9</sup> Os dados foram colhidos na data de 03 de outubro de 2020, através de busca realizada diretamente do aplicativo *Instagram*.

seguidores com versos brilhantes, de acordo com a política do *Twitter*, todo o registro dessa arte brilhante morrerá junto com ele.

Aqui fazemos o registro de que a política do *Twitter* deixa muito a desejar, na medida em que nega a existência da herança digital. A exclusão da conta implica na eliminação de todos os registros feitos em vida pelo titular da conta, aniquilando qualquer possibilidade de sucessão.

## 6.4 Google

Através da plataforma “gerenciador de contas inativas”, é possível que o próprio usuário indique uma pessoa que deseja para ter acesso às suas informações, ou ainda, se pretende a exclusão da sua conta.

Ainda, prevendo a possibilidade de que o usuário faleça sem deixar qualquer instrução a respeito de seus dados digitais, o *Google* se disponibiliza a analisar com prudência junto aos familiares ou representantes do defunto, a possibilidade de acesso ao conteúdo de determinada conta, sem que seja fornecidas afirmações acerca de *login* (GOOGLE, CENTRAL DE AJUDA, s/d).

A política do *Google* claramente reflete a experiência dessa plataforma com a questão *causa mortis*, ao ser demandado judicialmente em todo mundo por herdeiros que buscavam acesso ao acervo digital de seus entes queridos falecidos.

## 6.5 Microsoft

Em sua página de suporte, ao responder à pergunta “Um membro da minha família faleceu recentemente/está em coma. O que eu preciso fazer em relação à conta da Microsoft dele (a)?”, a *Microsoft* fornece instruções para que os familiares possam ter acesso ao conteúdo (MICROSOFT. COMMUNITY, S/D). Este procedimento denominado “Processo *Microsoft* para Parente” é extensivo apenas aos serviços de e-mail Hotmail, Live e Outlook, no entanto, não há suporte do mesmo seguimento para os serviços SkyDrive, MSN, Dial-up, Xbox e OneDrive, que também são vinculados a *Microsoft*.

Para que o parente tenha acesso ao conteúdo das contas de e-mail, deverá encaminhar requerimento acompanhado de documentação com-



probatória da morte e do vínculo de parentesco. Além disso, o interessado deverá fornecer obrigatoriamente informações precisas sobre a conta do titular falecido.

Caso o requerimento seja deferido, o conteúdo da conta será gravado em DVD e posteriormente enviado ao parente solicitante. A *Microsoft* deixa claro que não poderá transmitir a titularidade da conta, bem como não fornecerá a senha/palavra-passe para a conta ou alterar a senha/palavra-passe da conta.

Os parentes devem realizar este procedimento o quanto antes, uma vez que uma conta está inativa por mais de 365 dias terá seu conteúdo apagado automaticamente, e após 30 dias será excluída definitivamente, não sendo possível a recuperação dos dados.

O “Processo Microsoft para Parente” merece nossas severas críticas. A primeira delas é sem dúvidas não contemplar os demais serviços acessíveis a partir de uma conta Microsoft. Não há qualquer disposição acerca da transmissão da nuvem de armazenamento *OneDrive*. Segundo, porque confere a possibilidade de acesso às contas de e-mails aos parentes próximos, ignorando a ordem de sucessão legal, o que conduz à possibilidade de que o requerimento seja feito apenas por um dos herdeiros, à revelia dos demais. Terceiro, porque impõe a aplicação das leis do estado americano de Washington, numa clara violação ao ordenamento jurídico brasileiro. A política vai de encontro a determinação do Art. 10 da Lei de Introdução as Leis Brasileiras, (Dec. Lei nº 4.657/1942), bem como não observa o comando dos artigos 11 e 12 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como

## 6.6 *iCloud*

A nuvem de arquivos digitais exclusiva dos usuários de dispositivos da *Apple*, permite o armazenamento de aplicativos, e-mail, contatos, calendários, fotografias, vídeos, *e-books*, notas, lembretes e demais dados eletrônicos. Além disso, permite que as músicas e os vídeos adquiridos dentro das plataformas de compras *Apple Music* e *iTunes Store* sejam armazenados e reproduzidos por seus titulares.

Antes de usufruir dos serviços de armazenamento do *iCloud*, o usuário é obrigado a aderir inteiramente ao termo de uso, em que é cientificado de que o acervo digital é intransmissível. Certamente, o usuário se surpreenderá com as presentes informações.

Assim, todos os dados de dispositivos eletrônicos da *Apple* acumulados e armazenados durante a vida do usuário, morrerão juntamente com ele. Na verdade, a informação acima é reveladora para muitos usuários dos dispositivos da *Apple*, pois, tradicionalmente, é comum que os usuários não leiam com atenção os termos de usos das plataformas que utilizam.

A política da intransmissibilidade absoluta da *Apple* impossibilita que os bens digitais integrem a herança digital, sejam estes bens dotados de valor econômico ou não, uma vez que serão automaticamente apagados com a informação da morte do seu titular. O caráter patrimonial dos bens adquiridos em vida, fora totalmente ignorado. Tampouco, se deixou margem para que o usuário pudesse dispor livremente sobre seu acervo digital para depois da morte.

De todas as condutas tomadas pelas plataformas digitais aqui apresentadas, essa sem dúvida é a que se mostra mais efetivamente violadora de direitos, notadamente do direito fundamental à herança, sendo uma afronta às disposições do Direito Sucessório Brasileiro e, não de menos, às regras do Direito do Consumidor.

---

quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações. § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

## 7 TESTAMENTO DIGITAL

O testamento é o ato pelo qual alguém manifesta sua autonomia privada fazendo disposições de última vontade, cujos efeitos transcendem à morte. Os dizeres expressos no testamento representam o defunto na sucessão de seus bens e em outras situações previstas por ele como se estivesse vivo.

Conforme o comando inserto no Art. 1.857, §2º do Código Civil<sup>11</sup>, é possível ao testador estabelecer arranjos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sendo assim, não há nenhum óbice legal às disposições testamentárias dos ativos digitais, inclusive os sem valor econômico.

Ora, quem poderia dar melhor destino ao seu acervo digital, senão o próprio dono? Esse tradicional instrumento é de grande valia para solucionar a contemporânea polêmica referente à transmissão da herança digital, especialmente quanto aos bens digitais sem valoração econômica.

Se desejar que seu perfil social não seja apagado com sua morte, ou o contrário, o testador designará um herdeiro para cumprir tal disposição. No mesmo sentido, pode determinar que suas fotos, vídeos e documentos sejam destinados ao filho querido para sua recordação; que seu acervo de músicas digitais fique para seu amigo de infância com quem dividiu muitos momentos da vida, ou ainda; que sua biblioteca virtual de livros científicos seja destinada à determinada instituição de ensino.

A doutrina já reconhece a possibilidade de o titular dispor sobre seu acervo digital em testamento, denominando esta modalidade de testamento digital. Disserta sobre o tema Flávio Tartuce (2019, p. 82), ao dizer que:

O tema é tratado por civilistas contemporâneos, especialmente no âmbito da sucessão testamentária e das manifestações de última vontade [...]. Fala-se, assim, em testamento afetivo ou digital, com a atribuição dos bens acumulados em vida no âmbito virtual, como páginas, contatos, postagens, manifestações, likes, seguidores, perfis pessoais, senhas, músicas, entre outros elementos imateriais adquiridos nas redes sociais.

<sup>11</sup> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte [...]. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Apesar de ser um instrumento muito importante, deixar um testamento não faz parte da cultura brasileira. Felizmente, a era da informação vem proporcionando que as pessoas tomem conhecimento das vantagens desse documento. Boas expectativas podem ser cultivadas, pois conforme o Colégio Notarial do Brasil, a cada ano alarga o número de testamentos lavrados nos cartórios nacionais, tendo sido registrados nos últimos cinco anos, um crescimento de 42% entre 2011 e 2016 (TERRA, 2017).

Dessa forma, o testamento se mostra um meio diligente e seguro para deixar registradas senhas de acesso a e-mails, contas bancárias e redes sociais, bem como destinar acervo digital de músicas, vídeos, fotos, livros e documentos que estão armazenados na nuvem.

Também, há registros de empresas que operam serviços de gerenciamento do acervo digital em face do falecimento do usuário. Ao contratar o serviço, o usuário poderá eleger o herdeiro responsável pela administração do ativo e quem irá sucedê-lo. Trata-se de verdadeiro planejamento sucessório digital<sup>12</sup>.

As pessoas evitam falar em morte, no entanto, percebe-se a prévia preocupação com o destino de seus ativos digitais, o que pode servir de munição para solucionar o imbróglio advindo da ausência de legislação e consenso quanto ao tratamento da herança digital, além de incentivar a cultura do testamento.

## 5 CONCLUSÃO

A reflexão a respeito da influência da internet na vida das pessoas e seus impactos sobre as relações é essencialmente necessária, notadamente, diante da insuficiência de institutos jurídicos existentes às novas realidades digitais.

Há no mundo virtual um verdadeiro patrimônio econômico e também emotivo construído em vida por um ente querido, agora falecido, que deve

---

<sup>12</sup> Lara (2016) e Pereira (2018) mencionam os sites brasileiros “Brevistas” e “Se eu morrer primeiro” como prestadores de serviço de gerenciamento digital em caso de morte do titular, no entanto, até a data de conclusão deste trabalho, não foi encontrado nenhum resultado quanto aos mesmos no campo de pesquisa do *Google*. Concluímos pela desativação dos sites [www.brevistas.com.br](http://www.brevistas.com.br) e [www.seeumorrerprimeiro.com.br](http://www.seeumorrerprimeiro.com.br).

ser resguardado, desde que respeitados os direitos da personalidade. A herança digital é, portanto, um fato consumado.

O cenário hodierno, contudo, é insuficiente para acalmar as inquietações acerca da sucessão do acervo digital. Embora a morte seja o destino de todos os seres humanos, a maioria das pessoas vivem tão intensamente, que se quer pensam na possibilidade deste evento tão certo e inevitável como a morte. As pessoas evitam tratar do assunto e, quando a morte bate a porta da vida, deixam imbróglis nas mãos de seus sucessores, cabendo ao direito à missão de solucioná-los.

O direito não pode ignorar essa realidade, devendo acompanhar as mudanças – ainda que não caminhe na mesma velocidade da internet –, concedendo soluções adequadas e eficientes às questões sucessórias, decorrentes da herança digital.

O Brasil está aquém do esperado quanto à regulamentação da transmissão da herança digital, não havendo nenhuma legislação em vigor que regule a matéria. Embora se considere o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados como grandes saltos legislativos, os referidos diplomas legais ignoram totalmente a questão sucessória *causa mortis*. Perderam-se excelentes oportunidades para tratar da herança digital.

Quanto às proposições legislativas devidamente descritas nas linhas que antecedem, constata-se que não contemplam a solução de toda a problemática advinda da herança digital. A produção legislativa deve ser feita com base no conhecido aclarado do cenário que se busca tutelar, o que envolve conhecimento técnico dos institutos sucessórios. Dito isso, espera-se que a vagariedade legislativa sirva de instrumento para que o legislador possa elaborar regulamentos que disciplinem a contento, a sucessão da herança digital.

Portanto, restou configurado um ambiente propício para que as empresas provedoras de serviço da internet, livremente, disciplinassem suas próprias regras, visando não titular o interesse do usuário, mas evitando situações que possam significar sua responsabilização. Conforme demonstrado, as plataformas digitais divergem quanto ao destino da conta digital no caso de falecimento do usuário. O que nos chama a atenção é o fato de as empresas provedoras de internet não observarem o ordenamento jurídico brasileiro, desprezando o direito de herança e a vontade do falecido titular da conta.

Entretanto, a problemática da herança digital é, em sua grande parte, discutida no âmbito judicial, e nesse aspecto, exige especial cautela dos operadores do direito na aplicação dos regramentos do direito das sucessões vigentes, de forma que possa adequar e garantir o exercício do direito fundamental à herança, quando em choque com os direitos da personalidade do *de cujus*.

Nesse contexto, as normas do Código Civil de 2002 devem ser interpretadas à luz dos princípios e das regras constitucionais. A ausência de normas disciplinadoras da sucessão de bens digitais, diante da inexistência de disposição de última vontade, quando a sociedade exige uma resposta, é o desafio do direito sucessório contemporâneo.

Nessa compreensão, é importante analisar o potencial valorativo econômico dos bens digitais para que se possa aferir à possibilidade de transmissão *causa mortis*. Quanto aos bens com conteúdo econômico, não resta dúvida de que podem ser objeto de sucessão. No entanto, quantos aos bens digitais que compõem a esfera personalíssima do titular, ressalta-se a necessidade de ser analisado conforme o caso concreto, sob pena de ferir os direitos da personalidade. Em todo caso, o elemento volitivo do falecido deve sempre prevalecer.

Nesta senda, mostra-se o testamento digital como adequado e uma eficaz ferramenta para que seja atendida a vontade do indivíduo que, ao redigir suas disposições de última vontade, pode determinar qual o destino de seus bens e ativos digitais. Porém, é necessário que este importante instrumento seja difundido e mais utilizado pela sociedade. Diante disso, espera-se que esse trabalho possa contribuir para a cultura do testamento em nosso país.

Por fim, a principal lição a partir dessa abordagem é a de que, as pessoas devem se preocupar com a morte e cuidar de suas questões sucessórias, evitando que memórias sejam indesejavelmente perdidas e que o patrimônio digital construído em vida pelo autor da herança, tenha destino não pretendido.

## REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 08 ago. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 4 ed. São Paulo: Atlas 2019.

D'AMICO, Gustavo Fortunato. Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing. **Anais...** In: XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba, PR, 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

FACEBOOK. **Central de Ajuda.** O que acontecerá com minha conta se eu falecer? Disponível em: <https://www.facebook.com/help/103897939701143>. Acesso em: 29 out. 2019.

FACEBOOK. **Central de Ajuda.** Sobre as contas de memorial. Disponível em: [https://www.facebook.com/help/1017717331640041/?helpref=hc\\_fnav](https://www.facebook.com/help/1017717331640041/?helpref=hc_fnav). Acesso em: 29 out. 2019.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança:** âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Fortaleza/CE, 2015. Disponível em <http://www.repositoriobib.ufc.br/000038/000038aa.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

GOOGLE. **Central de Ajuda.** Enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido. Disponível em: [https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?visit\\_id=637009778660667272-697409088&hl=pt-BR&rd=1](https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?visit_id=637009778660667272-697409088&hl=pt-BR&rd=1). Acesso em: 29 out. 2019.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. Sucessão de Bens Digitais: Quem tem medo do novo? **Revista Síntese Direito de Família.** v. 20, n. 113, p. 1-23, abr./maio, 2019.

ICLOUD. **APPLE LEGAL.** Internet Services. 2019. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

INSTAGRAM. **Central de Ajuda.** Como denunciar a conta de uma pessoa falecida no Instagram?

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais.** Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital.** Porto Alegre: S. C. P., 2016.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MAILONLINE. **Notícias**. Disponível em: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2197248/Bruce-Willis-fights-leave-iPod-tunes-family-Actor-considering-legal-action-Apple-battle-owns-songs-downloaded-iTunes.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

MATTA, Lander. Herança Digital: uma breve análise de bens digitais, sucessão e direitos da personalidade. **JusBrasil [online]**, 2018. Disponível em: <https://landermatta.jusbrasil.com.br/artigos/643959240/heranca-digital-uma-breve-analise-de-bens-digitais-sucessao-e-direitos-da-personalidade?ref=serp>. Acesso em: 29 out. 2019.

MICROSOFT. COMMUNITY. **Um membro da minha família faleceu recentemente/ está em coma**. O que eu preciso fazer em relação à conta da Microsoft dele (a)? Disponível em: [https://answers.microsoft.com/pt-br/outlook\\_com/forum/all/um-membro-da-minha-fam%C3%ADlia-faleceu/639a6ee9-b476-426e-af20-1ea4b55c-77fa](https://answers.microsoft.com/pt-br/outlook_com/forum/all/um-membro-da-minha-fam%C3%ADlia-faleceu/639a6ee9-b476-426e-af20-1ea4b55c-77fa). Acesso em: 29 out. 2019.

MICROSOFT. **Contrato de Serviço Microsoft**. Disponível em: <https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em: 30 out. 2019.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVEIRA JUNIOR, Fernando. **Bens Digitais (digital assets) e sua proteção pelos direitos da personalidade**. Porto Alegre: Revolução eBooks Simplíssimo, 2018.

TERRA. **Cresce 42% o número de testamentos lavrados no Brasil nos últimos cinco anos**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos,9ae26094c2b-6289fa086d216a2729889w2jflhfd.html>. Acesso em: 30 out. 2019.

TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central. **Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110**. Juíza Vania de Paula Arantes, j. 19.3.2013. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130424-11.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf). Acesso em: 29 out. 2019.

TJSP. 40ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Processo nº 1025172-30.2014.8.26.0100**. Juíza PRISCILLA BUSO FACCINETTO. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/clusulas-abusivas-coloquem-consumidor.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

TWITTER. **Central de Ajuda**. Pessoas falecidas. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/contact-twitter-about-media-on-a-deceased-family-members-account>. Acesso em: 29 out. 2019.



# LEIS FEDERAIS DE PROMOÇÃO AO AUDIOVISUAL SOB A PERSPECTIVA DA DIVERSIDADE CULTURAL

Filipe Ewerton Ribeiro Teles<sup>1</sup>

Antonio Wilton da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a examinar sobre o modo como as leis federais de promoção ao audiovisual, como a Lei Rouanet e Lei do Audiovisual, contribuem para a diversidade cultural junto ao setor audiovisual. A partir das evidências surgidas das pesquisas promovidas pela Agência Nacional do Cinema - Ancine que apontam profundas assimetrias, sob a perspectiva de raça e gênero, na diversidade de obras produzidas, demonstrar-se-á como o modelo de fomento indireto converge para o conceito de colonialidade do poder, reforçando hierarquias de poder excludentes e opressoras. A lógica neoliberal que compõe a estrutura de ambas as leis, calcada na acumulação incansável de capital, terminaria por reforçar as consequências indesejáveis do sistema capitalista globalizado. Uma solução possível para a correção do desequilíbrio dos índices de diversidade do setor, partiria do fomento direto operado pela Ancine, como suporte do Fundo Setorial do Audiovisual – FSA. Em razão de seu desenho institucional, a Ancine possuiria a rapidez necessária para promover os ajustes na política pública de forma a atingir com efetividade os objetivos legais.

**Palavras-chave:** Diversidade Cultural. Fomento Público. Ancine.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela URCA. Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale/SP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CNPq). CEO do Grupo de Estudos em Direitos Difusos e Coletivos. E-mail: felipe-teles125@gmail.com.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Bacharel e Licenciado em História pela URCA. Membro da Liga Acadêmica Padre Cícero da URCA. Especialista em História Contemporânea pelo Centro Universitário de Juazeiro do Norte (UNIJUAZEIRO). Professor vinculado à Secretaria Estadual de Educação do Estado do Ceará (SEDUC/CE). Diretor Artístico e Cultural. E-mail: wiltonhotman@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Na última década, diversas pesquisas relacionadas ao mercado audiovisual vem apresentando crescentes e significativos avanços, grande parte decorrentes do cenário de concia de estabilidade política e econômica inco-muns de se observar na história do setor.

No entanto, embora as políticas de desenvolvimento do setor tenham alcançado conquistas reconhecidas mundialmente, o tema da diversidade cultural no mercado audiovisual não encontra os níveis ideais e esperados de políticas nacionais. Embora seja um aspecto fundamental de qualquer desenvolvimento social, e sua relevância ainda seja reconhecida pela legisla-ção nacional e internacional, que tem se determinado a garantir e promo-ver a diversidade em diferentes níveis, estudos espaciais tem mostrado que as políticas públicas são ineficazes para garantir a diversidade produtiva em obras audiovisuais.

O presente trabalho pretende demonstrar que um dos principais fato-res para a ineficácia das políticas de diversidade para as obras audiovisuais guarda estreita relação com o meio com que foram constituídos os instru-mentos federais de promoção ao audiovisual, Leis Rouanet e do Audiovisual. A partir de uma perspectiva crítica sobre a estruturação do modelo adota-do pela política pública serão apontados alguns dos motivos que levam aos resultados indesejados. De forma complementar, procurar-se-á demonstrar como a Ancine e o FSA podem contribuir para a correção das distorções re-lacionadas à temática da diversidade.

Para tanto, utilizou-se na realização da pesquisa o método analítico-dedutivo, associado à revisão da literatura pertinente à temática proposta, valendo-se, para tanto, de pesquisas produzidas pela Ancine, além de dou-trina, artigos científicos e consulta à legislação.

## 2 A DIVERSIDADE CULTURAL E O AUDIOVISUAL

O tema da diversidade cultural tem sido cada vez mais discutido em vá-rios campos da expressão cultural, pois é considerado essencial que indivíduos e grupos expressem e compartilhem suas ideias e valores. Portanto, constitui uma ferramenta para a realização dos direitos humanos e de suas liberdades funda-

mentais e dignidade humana Neste sentido, assume-se que os bens e serviços culturais carregam em si valor simbólico que mantém estreitos laços com o conceito de identidade cultural de indivíduos e de grupos sociais que em nome de uma singularidade, manifestam uma demanda de reconhecimento.

A partir desta perspectiva, o audiovisual se constitui como uma das várias maneiras de se concretizar a diversidade cultural, uma vez que boa parte das experiências culturais que são vivenciadas encontra-se tangenciada pelo consumo de serviços e bens audiovisuais. As obras audiovisuais, em razão da pluralidade de enredos que são capazes de engendrar, possuem uma capacidade especial de retratar as mais diversas realidades culturais. Tal variedade permite que surjam histórias capazes de representar questões inerentes à vivência humana, independente da realidade em que sejam criadas. Vê-se, nestes casos, obras que, sem a necessidade de qualquer adaptação, ganham popularidade junto às mais diversas culturas, pois são capazes de contar histórias reconhecidas e compartilhadas por muitos.

Vale ressaltar que a obra audiovisual, na qualidade de obra artística, cumpre com diversas funções na sociedade, não se limitando a sempre exercer um propósito de consagração estética ou promoção da diversão. Desempenha em muitos casos um essencial papel questionador da realidade, levando à uma constante reflexão das bases sociais e hábitos a que se está habituado. Permite, assim, revisitar conceitos e percepções há muito consolidados na sociedade, viabilizando a construção de novos olhares sobre a forma como as interações sociais são construídas e operacionalizadas.

Ademais, frise-se, o audiovisual se presta ainda a uma função de vitrine para diversas realidades culturais, um espaço onde segmentos invisibilizados da sociedade evidenciam não só seus valores, mas a forma variada e desigual de acesso à realidade a que são submetidos. Corroborando a importância da pluralidade de narrativas na construção de identidades, Jesús Martín-Barbero (2009) ressalta que

“(...) para ser reconhecidos, precisamos contar o nosso relato, pois não existe identidade sem narração, já que esta não é somente expressiva, mas sim construtiva do que somos. Para que a pluralidade das culturas do mundo seja politicamente considerada, é indispensável que a diversidade de identidades possa ser contada, narrada”

Tal representatividade de identidades culturais, há tempos, vem sendo reivindicada por diferentes grupos, muitos deles marginalizados e menos favorecidos pelas benesses do progresso econômico e social, em uma busca subjetiva de reconhecimento que os tornem social e culturalmente mais viáveis (DUBET, 2017, p. 71-72).

Assim, é inimaginável falar em uma política de diversidade para o audiovisual que não contemple a inclusão de diversos grupos, notadamente aqueles sabidamente invisibilizados (mulheres, negros, indígenas, GLBTQIS, dentre outros). Afinal, diversidade pressupõe uma multiplicidade de expressões. Neste sentido, é que cada vez mais os Estados têm formulado suas políticas para contemplar as mais distintas dimensões da sociedade.

### **3 A CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS**

A temática da diversidade cultural vem sendo de longa data discutida na esfera internacional, notadamente no âmbito da UNESCO. Desde a década de 1970, aspectos de concentração dos meios de comunicação e de seu uso como ferramenta de opressão popular já vinham sendo identificados em vários países e apontados nos relatórios da UNESCO, contrariando uma expectativa de seu uso com fins democráticos (SAYONARA, 2017, p. 106).

Em 2001, a UNESCO aprova a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, um dos primeiros documentos a reunir algumas das premissas que embasariam a hodierna visão acerca da diversidade cultural. Em suscintos doze artigos e vinte recomendações, a Declaração trazia novas perspectivas sobre o papel de bens e serviços culturais, passando, inclusive, a reconhecê-los não mais dificultadores do progresso social, mas como patrimônio da humanidade, fundamentais para o desenvolvimento humano (OLIVEIRA, 2014, p. 38). Não obstante sua importância histórica, em razão de sua natureza, a Declaração não implicava juridicamente os países envolvidos, de modo que poucos resultados práticos puderam ser observados após sua publicação.

Finalmente, em outubro de 2005, após extensos debates nas rodadas de negociação da UNESCO, foi publicada a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, instrumento jurídico in-

ternacional que busca estabelecer um entendimento comum acerca da regulação da diversidade cultural pelos países que lhe são signatários. Apesar de aprovada em 2005, com o voto de 148 Estados- membros da UNESCO, somente a partir de 2016 passa a integrar efetivamente o ordenamento brasileiro, com sua ratificação por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006.

Diferentemente da Declaração de 2001, mais do que uma mera carta de intenções, a Convenção representa um importante avanço nas lutas pela valorização das diferenças culturais e sociais, da singularidade identitária de indivíduos e dos mais variados grupamentos humanos, patentemente manifesto numa constante e crescente demanda por reconhecimento. Duas importantes conquistas, no entanto, merecem ser destacadas. A primeira delas diz respeito ao reconhecimento do valor simbólico atribuído aos bens culturais, o que deveria implicar o abandono de uma acepção exclusivamente mercantil de tais bens. Assim, as trocas de bens e serviços culturais entre países não deveriam estar sujeitas exclusivamente a acordos comerciais internacionais celebrados pelos países, em função de sua natureza de direito humano incondicional, não negociável, portanto.

A segunda, corresponde à autorização para que os países signatários pudessem propor e implementar políticas de proteção e promoção da diversidade de medidas e, conseqüentemente, de suas indústrias culturais, com vistas a barrar o avanço da homogeneização cultural decorrente do processo de globalização, possibilitando, inclusive, que recursos públicos sejam utilizados para o alcance dos fins almejados. Entretanto, ainda que a previsão normativa de tais garantias tenha representado uma etapa fundamental no longo caminho para a proteção da diversidade cultural e para o reconhecimento da importância das dimensões simbólica, cidadã e econômica do fenômeno cultural, a observância na prática desses preceitos ainda precisariam enfrentar o desafio da efetividade da política pública aplicada ao setor.

#### **4 A AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE**

Se a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais simboliza um marco internacional na defesa de uma ampla e efetiva política de diversidade, em nível nacional, a Ancine representa

peça indispensável na articulação e implementação desta política junto ao mercado audiovisual nacional.

Criada em 2001 pela Medida Provisória nº 2.228-1, constitui-se como a agência reguladora com competências voltadas para o fomento, regulação e fiscalização da indústria audiovisual nacional. Nitidamente, diferencia-se de boa parte das demais agências reguladoras federais, uma vez que sua criação não objetiva disciplinar setor relacionado à prestação de serviço público. O Estado, todavia, reconheceu no audiovisual um setor estratégico, onde os interesses envolvidos são, consoante destaca Aragão (2004, p. 269), “fortes, múltiplos e conflitantes”, de modo que deveria ser submetido ao seu poder regulatório.

No que concerne aos aspectos ligados à promoção da diversidade cultural junto ao setor que regula, a lei atribuiu à Ancine claros objetivos voltados à garantia da participação diversificada de obras estrangeiras no mercado brasileiro, ao estímulo à diversificação da produção nacional, à garantia da participação diversificada de obras estrangeiras no mercado brasileiro, dentre outros (art. 6º)<sup>3</sup>.

Em 12 de setembro de 2011, com a publicação da Lei nº 12.485, a AN-CINE recebe competências e atribuições complementares de regulação e fiscalização das atividades de programação e empacotamento no âmbito da comunicação audiovisual de acesso condicionado, mais amplamente reconhecido como segmento de mercado de TV paga. Aqui, novamente, o legislador não deixa margem para dúvidas quanto à relevância da diversidade na regulação do setor, determinando que, em todas as suas atividades, a comunicação audiovisual de acesso condicionado seja norteada pelo princípio da promoção da diversidade cultural, pelo estímulo à produção independente e regional, faces explícitas de tal diversidade, fazendo ainda menção expressa aos princípios estabelecidos na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (art. 3º, *caput* e parágrafo único)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BRASIL, Medida Provisória nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências.

<sup>4</sup> BRASIL, Lei 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001,

Caracteriza como um setor fortemente subsidiado e regulado pelo poder público, por tais instrumentos já consolidados de longa data como fomento, isenções fiscais e mecanismos de cota, aplicados ao cinema e à tv paga no caso brasileiro. É no uso de tal prerrogativa de intervenção regulatória que o Estado reconhece que o panorama global de oportunidades na produção e exibição de filmes se dá de modo desigual, ocupando-se para que tais expressões não sejam aniquiladas por um processo de homogeneização.

Em que pesem os méritos de já terem sido positivadas, em âmbito nacional e internacional, as referidas regras de proteção e promoção da diversidade no audiovisual, a complexidade e os desafios para a materialização dessa realidade passam por um árduo caminho. Ao se examinar mais de perto o resultado da política pública voltada ao setor, percebe-se um quadro em que ainda se sobressai toda sorte de concentrações e desigualdades.

## 5 O QUE AS PESQUISAS DEMONSTRAM

Datam de janeiro de 2015 as primeiras pesquisas produzidas pela Ancine que traziam uma abordagem com foco ligado à diversidade das obras audiovisuais produzidas, onde se pode verificar dados com recorte de gênero para a direção dos longas-metragens. A partir de então, a agência passa a incluir com regularidade o tema entre suas pesquisas setoriais, passando também a publicar o estudo intitulado *Participação Feminina na Produção Audiovisual Brasileiro*.

A partir de 2018, inclui em seus estudos o recorte de raça, quando também analisa a diversidade da equipe técnica e o elenco dos longas-metragens brasileiros lançados em salas de exibição em 2016, no estudo intitulado *Diversidade de gênero e raça nos lançamentos brasileiros de 2016*. Tomando-se por base tais pesquisas, mas longe de se querer chegar a conclusões definitivas sobre as questões encontradas, apresenta-se a seguir alguns dos dados encontrados os quais são suficientes para evidenciar indesejável padrão concentrador e uniforme de determinados segmentos do setor, o que se contrapõe diretamente ao esperado da regulação e da política pública voltada ao audiovisual.

---

e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências.

Na pesquisa onde se avaliou a participação feminina nas equipes técnicas das obras audiovisuais brasileiras, foi constatado, de modo geral, que a presença feminina permanece em percentuais muito aquém da masculina. Em relação à proporção entre os gêneros em obras não seriadas para televisão, por exemplo, observou-se uma acentuada disparidade, na medida em que funções como direção são ocupadas 80% pelo gênero masculino, 14% pelo gênero feminino e 6% misto. Similar desigualdade pode ser verificada quando se investiga a função de roteirista, onde 72% é ocupado pelo gênero masculino, 18% pelo gênero feminino e 10% misto.

Ainda no segmento de TV, a situação ganha contornos mais chocantes quando se observam funções como direção de fotografia. Para as obras com Certificado de Produto Brasileiro (CPB) emitidos no ano de 2016, todos os 28 diretores de fotografia de animação eram homens. Neste mesmo ano, para o segmento de vídeos musicais, 94% dos 128 profissionais que ocuparam a função de diretor de fotografia eram homens.

Quando se analisa a falta de diversidade no audiovisual pela perspectiva da raça, os números se revelam ainda mais est arrecedores. Sob a perspectiva da função de direção, choca o dado que demonstra que 93,8% das obras que não receberam recursos públicos foram dirigidas por pessoas brancas, enquanto que naquelas em que houve financiamento o número chega a 100%. Quando se analisa a função de roteirista, não melhora muito: enquanto nas obras incentivadas os roteiristas brancos representavam 93,2%, nos filmes onde foi aportado dinheiro público o número chega a 98,1%.

As disparidades encontradas, todavia, não estão evidenciadas somente nas funções executivas, podendo também ser constatadas entre o elenco principal das obras produzidas. Quando se debruça sobre a presença de atrizes e atores negros, conjuntamente, no elenco principal das obras não incentivadas com recurso público a pesquisa demonstra uma baixíssima presença de somente 5%. Já no caso das obras incentivadas, onde a política pública deveria atender aos critérios de diversidade, observa-se que somente 8% de artistas negros ocupam os papéis no elenco principal. Levando-se em conta que o percentual de pessoas negras na população brasileira no ano de 2016 correspondia a 54%, os números apresentados impressionam ainda mais.



O relatório final traz ainda em suas considerações finais algumas informações igualmente inquietantes. Quando se analisam as obras lançadas sob a ótica interseccional dos marcadores de gênero e raça observa-se a total ausência de mulheres negras nas principais funções como direção e roteiro. Destaca, ainda, que apesar de considerar a classificação utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para a etnia “indígena”, não foram identificadas nenhuma pessoa nas equipes das obras audiovisuais lançados em 2016.

As pesquisas aqui referenciadas jogam papel essencial nas reflexões sobre a construção de uma política efetiva de diversidade no audiovisual, na medida em que trazem à luz o processo de exclusão a que são submetidos alguns atores sociais invisibilizados, no presente caso, mulheres, homens e mulheres negros, e indígenas. Grupos que apesar de historicamente terem suas aspirações negadas ou tornadas invisíveis, têm sua dignidade e seus direitos muitas vezes encobertos por números e dados auspiciosos de uma política que valoriza e estimula o sucesso comercial, mas que, não raro, revela-se míope às suas individualidades.

## **6 O INVESTIMENTO FEDERAL À PRODUÇÃO AUDIOVISUAL**

Em 1990, com o início do governo do Presidente Fernando Collor de Melo, diversas medidas adotadas impactaram severa e negativamente o mercado audiovisual. A extinção de importantes órgãos estatais responsáveis até então pela regulamentação do setor, como a Empresa Brasileira de Filmes (Embrafilme) e o Conselho Nacional de Cinema (Concine). Sem a tutela estatal para fomentar e proteger o mercado, a produção de filmes brasileiros não foi capaz de se manter autônoma e competitiva, de modo que o número de filmes comercializados caiu a patamares ínfimos, sendo em pouco tempo seu espaço ocupado por filmes estrangeiros (IKEDA, 2012). A profunda crise que logo se abateria sobre o setor não demoraria a despertar críticas e resistência de diversos lados, de modo que, frente às pressões do setor, o poder público viria a criar dois dos mais importantes instrumentos de fomento ao audiovisual.

## 7 LEI ROUANET E LEI DO AUDIOVISUAL

Reconhecendo a imprescindibilidade da intervenção estatal para a manutenção e florescimento da indústria cultural, o poder público fez publicar a Lei nº 8.313/91 (Lei Rouanet) e a lei nº 8.685/93 (Lei do Audiovisual). Diferentemente do modelo em que a seleção dos projetos financiados é conduzida e direcionada pelo poder público, neste caso, a utilização das referidas leis permite, em apertada síntese, que contribuintes pessoas físicas e jurídicas apórtam parte do montante devido a título de imposto de renda no fomento da produção de obras audiovisuais.

Trata-se, pois, de um mecanismo incentivo estatal indireto na produção de obras audiovisuais, operado via renúncia fiscal, na medida em que a escolha dos projetos beneficiados com o fomento se dá pelos agentes devedores do imposto de renda, observados os limites dos regulamentos. Muitas críticas a esse modelo de fomento tem sido apresentadas, mas duas delas merecem destaque aqui em função dos significativos impactos nocivos que impõem à política de diversidade do audiovisual.

Primeiramente, cumpre lembrar que os maiores utilizadores dos mecanismos, em razão do volume de imposto recolhido, são empresas, públicas e privadas. As leis e seus regulamentos não impõem, entretanto, qualquer restrição de acesso à utilização dos mecanismos em razão do objeto de exploração da atividade do agente, de modo que empresas dos mais diversos setores podem decidir tornar-se um investidor. Com o tempo, foi possível observar que muitas das empresas investidoras pouco ou nada conheciam da cadeia de negócios do audiovisual e acabavam optando pelos mecanismos, atraídas pelos baixos riscos de se aderir a um modelo de dedução fiscal integral em função dos benefícios, ainda que eventuais, que poderiam auferir (maior visibilidade da marca da empresa, eventuais ganhos financeiros na qualidade de investidor da obra, etc).

Outro fator, todavia, traria efeitos mais nefastos, sob a perspectiva da diversidade audiovisual. Centrado em uma lógica neoliberal, ao passo em que o modelo de renúncia fiscal entregou às empresas o poder de decisão sobre as obras que deveriam ser produzidas, reforçou a importância do caráter comercial de tais obras, permitindo que as escolhas dos investidores sejam guiadas por critérios essencialmente mercadológicos. Por esta lógica, os projetos ideias

seriam aqueles com maior potencial de exploração econômica, uma vez que trariam maior retorno financeiro aos agentes envolvidos. Bem distante, assim, do que se espera do interesse público e da compreensão de que os bens simbólicos possuem importância para além de seu valor de troca (MANEVY, 2009).

A lógica dos aludidos mecanismos parece contrariar frontalmente a essência da política nacional estatal e da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Em vez de adotar medidas com vistas a proteger o mercado audiovisual e promover o aumento dos espectros de diversidade, transfere a resolução de quais obras audiovisuais serão produzidas aos conglomerados econômicos, peças emblemáticas da globalização neoliberal.

Sobram críticas à tal opção estatal, arguindo-se, inclusive, que uma exigência premente para que se tenha uma política de diversidade cultural é que ela seja pública, necessariamente subordinada a alguma deliberação pública. Neste sentido, o Estado assumiria pra sio papel fundamental de promover determinados valores na sociedade, entre eles a diversidade cultural (RUBIM; CALABRE, 2009).

## **8 REFLEXÕES CRÍTICAS AO MODELO DE FOMENTO PROPOSTO**

Sob a ótica do reconhecimento do direito à cultura e à diversidade cultural como um direito humano, o modelo implantado de fomento indireto ao audiovisual é inaceitável. A lógica neoliberal que deveria na verdade ser contestada e refreada pela política estatal, mas que acaba se impondo ao modelo de fomento formulado, vai ao encontro dos estudos que apontam para a subsistência de uma estrutura de dominação galgada em uma colonialidade do poder (CASTRO-GÓMEZ; GROSFOGUEL, 2007, p.13). Por esta perspectiva, a estrutura de exploração e hierarquização estabelecida entre metrópoles e colônias periféricas, sedimentada por vários séculos durante a expansão da colonização europeia, teria passado por alguns processos de adaptação, mas sua essência continuaria viva, transformada, até os dias de hoje. O mundo, neste sentido, não teria sido completamente descolonizado.

Na base desse sistema de exploração estaria o capitalismo contemporâneo, o qual seria capaz de ressignificar o histórico de exclusões, mantendo

as estruturas hierárquicas raciais, étnicas, sexuais, de gênero, etc, tão presentes nas relações entre Norte e Sul. Neste sentido, Castro-Gómez e Grosfoguel (2007, p. 17) propõem que o capitalismo não seja entendido somente como um sistema econômico ou somente um sistema cultural, mas sim como “uma *rede global de poder*, integrada por processos econômicos, políticos e culturais, cuja soma mantém todo o sistema”.

Desse modo, quando o poder público permite que a política pública de diversidade audiovisual seja conduzida por conglomerados de mídia nacionais e internacionais, grandes grupos financeiros e empresas comprometidas exclusivamente com interesses próprios e como imperativos requeridos pela acumulação incessante de capital, verifica-se como o marco legal acaba reforçando a dinâmica da acumulação do capital, permitindo que a estrutura econômica capitalista se sobreponha e oriente as estruturas sociais (BARBALLIDO, 2013, p. 141).

É preciso lembrar ainda que as desigualdades de gênero e raça apontadas nas pesquisas não se restringem à uma questão que se coloca exclusivamente à frente das câmeras, de modo a atingir somente atores e atrizes. O discurso que ampara a busca incessante pela acumulação capitalista se enreda de forma complexa na estrutura da divisão do trabalho, de modo que as funções técnicas (roteirista, direção e produção executiva) restam igualmente reservadas a um restrito grupo merecedor de privilégios. É seguindo com a manutenção de algumas velhas hierarquias de poder (étnico-racial, sexual e de gênero) que hoje observa um audiovisual feito por e para homens brancos.

## **9 A IMPORTÂNCIA DO FOMENTO DIRETO OPERADO PELA ANCINE**

Entre suas competências estruturais, a Ancine possui a especificidade de realizar o fomento ao mercado audiovisual. Entre os instrumentos que lhe são assegurados pela legislação para operacionalização desta função, observa-se que lhe cabe a gestão dos recursos concentrados no Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), importante fonte de receita pública destinada ao desenvolvimento articulado de toda a cadeia produtiva da atividade audiovisual no Brasil.

Instituído pela Lei nº 11.437/2006 e regulamentado pelo Decreto nº 6.299/2007, o FSA se constitui como uma categoria de programação específica do Fundo Nacional da Cultura (FNC), vinculado ao Ministério da Cultura. Sua principal fonte de receita é oriunda da arrecadação da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE) que, a partir de 2012, tem se destacado como a principal fonte de financiamento da produção de obras audiovisuais do mercado audiovisual brasileiro. Para se ter uma dimensão do volume de recursos investido, no ano de 2016, os valores efetivamente investidos pelo FSA somaram algo em torno de R\$ 623 milhões, o que o transforma no principal investidor em produção audiovisual, quando comparado aos demais mecanismos de incentivo.

Essa vultosa soma de valores injetados no mercado audiovisual pelo FSA promoveu algumas desejadas transformações na dinâmica do setor. No que concerne ao quantitativo de obras brasileiras produzidas com recursos do fundo, por exemplo, em 2011 foram produzidos 12 títulos que atingiram renda total de aproximadamente R\$ 79 milhões. Já em 2015 produziu-se quase o quádruplo de títulos (44), os quais perfizeram renda total de R\$ 180 milhões. Outro impacto relevante diz respeito ao número de salas digitalizadas no país que salta de 784 em 2012, para um total de 3.148 em 2016, simplificando o processo de distribuição de obras no segmento de salas de cinema.

Entretanto, conforme verificado nos resultados das pesquisas de raça e gênerosupracitados, o aporte de vultosas somas na produção de obras audiovisuais não foi capaz de garantir parâmetros desejáveis de diversidade relacionados à raça e gênero. Com vistas a corrigir algumas dessas distorções já identificadas, a Ancine e o Comitê Gestor do FSA, órgão responsável, entre outras coisas, por estabelecer as normas e critérios para a apresentação das propostas de projetos, têm adota algumas medidas regulatórias, conforme se verá a seguir.

Desde já, é preciso frisar que, diferentemente do modelo de fomento indireto à produção de obras audiovisuais, operado via renúncia fiscal, por meio das Leis Rouanet e do Audiovisual, o FSA possui uma maior flexibilidade na definição das diretrizes de investimento e nos critérios de seleção de projetos, uma vez que se dá no âmbito de seu Comitê Gestor. Ademais, do total de nove membros integrantes do Comitê Gestor, cinco são representantes do poder público, um é agente financeiro credenciado e três são

membros do setor audiovisual, o que já retira a decisão final acerca do investimento das mãos das empresas privadas.

Uma das primeiras ações com o objetivo de corrigir as relações assimétricas de gênero datam de novembro de 2015, quando a Ancine determina que, a partir daquele momento, as comissões de seleção instituídas pela agência deveriam observar critérios de paridade de gênero. Ainda que de forma indireta, buscava-se com tal regra ampliar a participação de mulheres nas produções realizadas com recursos advindos do FSA. Uma importante vitória na busca pelo equilíbrio de gênero e raças nas obras audiovisuais se deu no ano de 2018, quando o Comitê Gestor do FSA adota nos editais seletivos para produção de obras cinematográficas, cotas no percentual mínimo de 35% dos recursos direcionados para direção assinada por mulheres e 10% para projetos dirigidos por pessoas indígenas e negras.

De forma complementar, em novembro de 2017, a agência institui uma comissão interna de Gênero, Raça e Diversidade, criada com vistas à promoção da inclusão, da diversidade e da igualdade de oportunidades na esfera de atuação da Ancine. Entre suas principais competências pode-se destacar: (i) recomendar ações que promovam a inclusão, a diversidade e a igualdade de oportunidades e tratamento aos membros de grupos discriminados em função da cor, raça, etnia, origem, gênero, deficiências, idade, cultura, crenças, orientação sexual e outros; e (ii) propor ações em parcerias com outras instituições públicas e privadas, ampliando a consciência da população quanto à promoção da inclusão, da diversidade e da igualdade de oportunidades e vedação da discriminação e preconceito.

Observe-se que o objetivo aqui não é avaliar a efetividade das medidas regulatórias adotadas pela Ancine, notadamente porque a maior parte delas careceria de maior prazo para que seus resultados pudessem ser devidamente mensurados. Todavia, considerando-se os questionamentos apresentados que levantam suspeita acerca da compatibilidade do modelo de fomento público indireto à produção audiovisual com a política pública voltada para a diversidade cultural no setor, advoga-se que a Ancine, na qualidade de agente regulador do audiovisual, e o FSA desempenham função estrutural no reequilíbrio dessa diversidade.

O desenho institucional da agência e suas prerrogativas de órgão regulador lhe propiciariam uma maior flexibilidade na atuação do fomento

de obras audiovisuais, quando comparado com as demais leis de incentivo. Representaria, desse modo, uma solução alternativa já constituída para os problemas identificados nas leis de incentivo.

## 10 CONCLUSÃO

A diversidade cultural há muito passou a ser encarada como um valor essencial para o pleno desenvolvimento da condição humana, de modo que é possível observar a migração de um estágio de mera aceitação das diferenças, para outro em que são valorizadas (CANCLINI, 2009). Tal reconhecimento se dá em nível nacional e internacional por importantes instrumentos jurídicos, os quais prescrevem uma série de garantias para que a diversidade seja observada, além de municiaro poder público com ferramentas com vistas a assegurar-lá. No entanto, como se sabe, a mera previsão normativa não garante a eficácia de uma política pública.

Pesquisas realizadas pela Ancine acerca das obras audiovisuais produzidas sob a perspectiva da diversidade de raça e gênero, serviram para visibilizar uma realidade de sub representação vivenciada por grande parcela de grupos precarizados. Mulheres, indígenas, negros participam minoritariamente das obras audiovisuais brasileiras produzidas, com e sem recursos públicos, sejam nas funções principais, sejam nas funções técnicas relacionadas à produção das obras. Evidenciou-se que o modelo desenhado pela política pública para o fomento indireto destinado à produção de obras audiovisuais, operado pelas Leis Rouanet e do Audiovisual, via renúncia fiscal, entrega para a empresas comprometidas com uma lógica neoliberal de acumulação incessante de capital (conglomerados de mídia nacionais e internacionais, grandes grupos financeiros, dentre outros) a decisão acerca de quais projetos audiovisuais merecem ser efetivamente produzidos.

Conforme demonstrado, o modelo adotado acaba reforçando uma estrutura de dominação com raízes coloniais, ainda não superadas, calcada em antigas hierarquias de poder (raciais, étnicas, sexuais, de gênero, etc). No centro desta estrutura, estaria a ideologia apregoada pelo sistema capitalismo globalizado, o qual legitimaria uma lógica neoliberal de acumulação de capital. Aspectos como a diversidade cultural, por exemplo, seriam antagônicos à sua racionalidade econômica, representando um verdadeiro entrave ao livre desenvolvimento do mercado (CARBALLIDO, 2013, pág. 143).

Neste contexto, a Ancine e o FSA, na medida em que operariam com lógica distinta às das leis de incentivo e, ainda, por manejarem instrumentos que lhe concedem maior celeridade na correção das assimetrias já identificadas concernentes à diversidade cultural, representariam uma solução possível e já instituída para os problemas elencados. Revelam-se, neste sentido, peças fundamentais na efetivação da política estatal voltada à diversidade cultural no audiovisual.

## REFERÊNCIAS

ANCINE. Participação Feminina na Produção Audiovisual Brasileira (2015). Disponível em: [https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/repositorio/pdf/participacao\\_feminina\\_na\\_producao\\_audiovisual\\_brasileira\\_2015.pdf](https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/repositorio/pdf/participacao_feminina_na_producao_audiovisual_brasileira_2015.pdf). Acesso em: 05 out. 2020;

ANCINE. Diversidade de Gênero e Raça nos Lançamentos Brasileiros de 2016. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/sala-imprensa/noticias/ancine-apresenta-estudo-sobre-diversidade-de-g-nero-e-ra-no-mercado>. Acesso em: 05 out. 2020;

ANCINE. Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA. **CONDECINE -Valores Arrecadados por Mês**. Disponível em: [https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/recursos\\_publicos/pdf/2902.pdf](https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/recursos_publicos/pdf/2902.pdf). Acesso em: 05 out. 2020.

ANCINE. Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA. Disponível em: [https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/recursos\\_publicos/pdf/2800.pdf](https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/recursos_publicos/pdf/2800.pdf). Acesso em: 05 out. 2020.

ANCINE. Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA. **Obras cinematográficas selecionadas pelo FSA comercializadas – por ano do lançamento**. Disponível em: <https://fsa.ancine.gov.br/content/projetos-comercializados>. Acesso em: 05 out. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Ministério da Cultura. **As três dimensões da Cultura**. jul/2009. Disponível em: [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0005/7338/okAs\\_tr\\_s\\_Dimens\\_es\\_da\\_Cultura.pdf](http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0005/7338/okAs_tr_s_Dimens_es_da_Cultura.pdf). Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 2.228-1**, de 06 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências.



BRASIL, **Lei 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nos 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências.

CANCLINI, Néstor García. **Diversidade e direitos na interculturalidade global**. In Revista Observatório Itaú Cultural OIC- N°8: Diversidade Cultural: Contextos e Sentidos (abr./jul. 2009) – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2009.

CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. Derechos Humanos y Capitalismo: reflexiones em perspectiva socio-histórica. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales - REDHES**, Año V, n°10, jul-dec 2013.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSGOUEL, Ramón. **El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo de Hombre Editores. Universidade Central, Instituto Pensar, 2020.

DUBET, François. **Lo que nos une: Cómovivir juntos a partir de um reconhecimento positivo de la diferencia**. 1ª edição – Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2019.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A arte do riso: breve tratado sobre arte e dignidade**. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC, 2007, pág. 57

IKEDA, Marcelo. **Uma Análise das Leis de Incentivo Fiscal para o Cinema Brasileiro sob a Ótica da Captação de Recursos Incentivados**. Disponível em: <http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Marcelo-Ikeda.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

LEAL, Sayonara. Diversidade Cultural e Reconhecimento no Quadro de Políticas de Comunicação e Cultura no Brasil: desafios e perspectivas para concretização da Convenção da Unesco de 2005. **Revista Política & Sociedade** - Florianópolis - Vol. 16 - N° 35 - Jan./Abr. de 2019.

MARTÍN-BARBERO, Jesús. **Desafios Políticos da Diversidade**. In Revista Observatório Itaú Cultural OIC- N°8: Diversidade Cultural: Contextos e Sentidos (abr./jul. 2009) – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2019.

MANEVY, Alfredo. **Diversidade Cultural e Sociedade do Conhecimento**. In Revista Observatório Itaú Cultural OIC- N°8: **Diversidade Cultural: Contextos e Sentidos** (abr./jul. 2009) – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2019.

OLIVEIRA, Danilo Júnior de. **Direitos Culturais e Políticas Públicas: Os Marcos Normativos do Sistema Nacional de Cultura**. Tese em Direito – USP. São Paulo, 2014.

RUBIM, Antonio, CALABRE, Lia. **Políticas e Diversidade Cultural no Brasil**. In Revista Observatório Itaú Cultural OIC- N°8: **Diversidade Cultural: Contextos e Sentidos** (abr./jul. 2009) – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2020

# »» BENS PÚBLICOS E DIREITOS AUTORAIS: O DOMÍNIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS INTELECTUAIS E TUTELA DO DIREITO DE ACESSO À CULTURA

Natália Rossigalli Déo<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo analisa a proteção autoral atribuída aos bens literários e artísticos de titularidade da administração pública, e a sua deficiência frente a função social da propriedade dos bens públicos, dada a finalidade coletiva e social destes. Para tanto, através de uma análise doutrinária e legal, discorre sobre aspectos gerais dos bens públicos e a inclusão das obras intelectuais. Apresenta o sistema de proteção autoral brasileiro, ponderando sobre a sua inadequação na tutela das obras públicas, devido ao seu caráter essencialmente patrimonialista, típico ao direito privado. A reflexão proposta destaca a relevância e importância do direito fundamental de acesso à cultura e o dever do Estado em promovê-lo, através de ações comissivas. Ao passo que, pondera sobre a importância do domínio público como instrumento de obtenção das finalidades coletivas dos bens públicos intelectuais, inerentes ao seu caráter social, visto que, ao garantir a inclusão desses bens no domínio público, atinge-se a efetividade social de sua propriedade. Por fim, conclui que colocar as obras autorais de caráter público ao dispor da sociedade promove o enriquecimento do Patrimônio Público Nacional, maximizando o acesso à cultura, ao conhecimento e a informação.

**Palavras-chave:** Bens Públicos Intelectuais. Direito Autoral. Domínio Público.

## 1 INTRODUÇÃO

As obras intelectuais, literárias e artísticas, produzidas ou adquiridas pelos órgãos da Administração Pública são bens públicos de natureza ima-

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), com intercâmbio de mobilidade pela Universidade de Coimbra (UC). Pós-graduanda em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional, pela UEL. Email: naataliard@hotmail.com.

terial e possuem, portanto, finalidade social, estando a sua disponibilização e utilização associadas aos princípios da função social e eficiência coletiva dos bens.

Embora sejam bens de uso comum do povo, devido à ausência de legislação específica, aos bens públicos intelectuais é aplicada a Lei de Direitos Autorais (LDA), que possui um caráter essencialmente patrimonialista, inerente ao direito privado, especialmente no que se refere aos direitos patrimoniais de autor sobre a obra.

Esta sobreposição dos interesses privados aos públicos se traduz na exigência de permissões prévias para o uso de interessados e prazos de proteção demasiadamente longos, o que se contrapõe ao caráter social do direito público, que prima por atender aos interesses da coletividade e o bem comum.

Neste contexto, a função social da propriedade dos bens públicos autorais e a tutela aos mandamentos Constitucionais de promoção do acesso à cultura e preservação do patrimônio cultural são comprometidas pelo modelo de proteção atual, o que influencia diretamente na criação e no acesso da população a esses bens, demandando assim uma remodelação e atualização do regime de proteção conferido a eles, de modo que seja condizente com os interesses da coletividade, como se realiza no domínio público.

Isso posto, a presente pesquisa abordará, através da análise legal e doutrinária, inicialmente, o conceito e classificação dos bens públicos e o regime de proteção autoral ao qual se enquadram. Posteriormente, discorrerá sobre a função social da propriedade destes bens e o direito fundamental de acesso à cultura, apresentando seus impasses com o modelo de proteção autoral. Por fim, ponderará sobre a inclusão das obras públicas no domínio público como ferramenta de efetivação da sua finalidade social e dos primados Constitucionais.

Portanto, o estudo proposto tem por escopo abordar a proteção autoral atribuída aos bens literários e artísticos de titularidade pública e a sua deficiência frente a função social da propriedade, apontando para o instituto do domínio público como instrumento de efetivação da finalidade coletiva e social da propriedade dos bens públicos, bem como de tutela do direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento.

## 2 DOS BENS PÚBLICOS

Diante da complexa realidade do setor público brasileiro, é certa a necessidade de aprofundamento do estudo acerca de importantes conceitos e classificações a respeito do ente em destaque. Para tanto, é imprescindível elucidar, inicialmente, as concepções de ente público, servidor público e bem público.

O Ente Público pode ser descrito, basicamente, como as pessoas jurídicas de direito público, podendo ser autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou seja, as entidades que integram estrutura da Administração Direta e Indireta.

Servidor Público, em sentido amplo, é a pessoa física que exerce atividade laboral para a administração pública direta ou indireta, com vínculo e remuneração paga pelo erário público. Esse conceito abrange os agentes públicos de maneira geral, em todas as suas classificações, ou seja, aqueles que exercem a função estatal por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura, vínculo, mandato, emprego ou função desenvolvida, incluindo, portanto, os servidores estatutários, celetistas e temporários. Ao passo que é titular do direito autoral, o servidor é também responsável por definir se determinada obra pode ou não ser realizada com recursos públicos ou no interior dos órgãos estatais.

Já no que diz respeito ao bem público, seu conceito é bastante complexo e possui grande variabilidade no ordenamento pátrio. Segundo Lacorte (2014), bem público não é aquilo que é de propriedade da coletividade ou do povo, como o imaginário social pode erroneamente inferir, mas sim do Estado.

Celso Bandeira de Mello (2002, p. 802-803) define bem público como “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público”, assim como aqueles que “embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”, alcançando, inclusive, bens que não estão diretamente ligados à prestação de serviços.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 98, institui que “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que

pertencerem.". Segundo Lacorte (2014), é a partir dessa disposição legal que se entende que o bem público se caracteriza pela relação de propriedade entre um bem e uma pessoa jurídica de direito público interno, conceito este de caráter subjetivo, que se estende aos bens de natureza intelectual e aos seus direitos patrimoniais.

No âmbito dos direitos autorais, Maria Sylvania Di Pietro (2005, p. 582), acerca da propriedade estatal, destaca que:

Ela tem pontos de semelhança e diferença com a propriedade privada: assim é que a Administração exerce sobre os bens de domínio público os direitos de usar ou de autorizar a sua utilização por terceiros; o de gozar, percebendo os respectivos frutos, naturais ou civis; o de dispor, desde que o bem seja previamente desafetado [...] Em razão disso, foram afastadas as doutrinas que viam na propriedade do Estado um direito de propriedade privada ou que negavam a existência desse direito em relação aos bens de domínio público.

Por conseguinte, Marques Neto (2009, p. 108) explica que:

A pessoa jurídica de direito público interno, em relação aos bens que lhe pertencem, possui direitos reais em face de todos os administrados. Como, à luz do Direito Público, o ente estatal assume deveres em relação a estes mesmos administrados (princípio da função), pode-se dizer que, em face dos bens, as pessoas de direito público mantêm uma dupla relação de poderes e deveres, que variará consoante a natureza e a utilidade de cada bem.

Assim sendo, os bens públicos se diferem dos privados quanto ao regime jurídico de propriedade, pois possuem utilidade social, estando a sua disposição e utilização associadas aos princípios da função social e eficiência coletiva dos bens. É devido a essa diferenciação que se discute a utilização da Lei de Direitos Autorais para bens públicos e privados igualmente, perpassando pela necessidade de criação de um regimento próprio para os bens públicos no Brasil, pois esses bens devem estar voltados ao atendimento das necessidades da sociedade.

A respeito de sua classificação, o artigo 99 do Código Civil divide os bens públicos em três categorias: os bens de uso comum e irrestrito do povo, respeitando-se apenas as regulamentações legais; os bens de uso especial, que são aqueles em que a administração pública se aloca ou se utiliza para exercer suas funções, sendo móveis ou imóveis e, por fim, os chamados bens dominicais, que são aqueles que pertencem ao ente público, mas não possuem destinação definida.

Como se observa, o Código Civil de 2002 classificou apenas os bens móveis e imóveis, restando obscura a classificação dos bens intelectuais, considerados bens imateriais, embora o enquadramento se mostre de suma importância para o seu entendimento e para a adoção do regime jurídico pertinente.

Neste contexto, a doutrina busca suprir a lacuna legal. Lacorte (2014, p. 52), por analogia, classifica os bens literários e artísticos sob o critério objetivo, de acordo com a visão finalística adotada pelo Código Civil, que estabelece que um bem é público de acordo com a finalidade à ele designada, conforme segue:

Bens de uso comum: as obras em domínio público, como uma fotografia do acervo de órgão da administração cujo prazo de proteção dos direitos patrimoniais tenha se encerrado.

Bens de uso especial: as obras criadas para dar suporte à atividade administrativa, como um filme criado para treinamento de servidores públicos em uma determinada atividade.

Bens dominicais: uma obra, ainda com prazo de proteção dos direitos patrimoniais vigentes, que tenha sido utilizada para pagamento de dívida com o Estado.

Assim, em contrariedade ao critério subjetivo, que considera apenas a natureza do bem, nesta classificação, o mesmo apenas se torna público quando atende o interesse social e o bem comum, direta ou indiretamente. Entretanto, os dois critérios não se excluem mutuamente e, em verdade, se complementam para o estabelecimento das normas sobre o bem público, visto que é necessário que a sua gestão, utilização e aquisição se baseiem

não apenas na pessoa jurídica detentora do domínio do bem mas também nas características e fim ao qual o bem se destina.

### **3 O REGIME DE PROTEÇÃO AUTORAL E SUA APLICAÇÃO AOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS**

A proteção à propriedade intelectual e aos direitos autorais, em especial, é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XVIII, e tutelada através da Lei 9610/98, a Lei dos Direitos Autorais.

Dada a imaterialidade dos bens que são objeto da tutela, a legislação brasileira adota um sistema dual de proteção, dividindo os direitos autorais em direitos morais e patrimoniais, sendo que ambos recaem sobre as obras intelectuais literárias e artísticas.

O direito moral, expresso no artigo 24 da LDA, é um direito intransferível, imprescritível e inalienável, que permite ao autor preservar o vínculo personalíssimo com a sua obra e garante que ele tenha seu nome sempre vinculado à sua produção. Além disso, o autoriza a atos como alterar, suspender e até retirar a obra de circulação, no momento em que desejar. Já o direito patrimonial assegura ao titular do direito autoral uma remuneração pelo uso das suas obras, ou seja, sua exploração econômica. Além disso, confere direitos exclusivos de utilização da obra pelo autor, o que exige a autorização prévia e expressa do mesmo para que um interessado usufrua da sua produção, garantindo ainda o direito de exigir indenização, caso a sua obra seja utilizada de modo indevido.

A respeito dos prazos de proteção, a Lei dos Direitos Autorais, em seus artigos 41 ao 45, estabelece que os direitos patrimoniais são protegidos, como regra geral, pelo período de 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor, exceto, quando se tratarem de obras audiovisuais e fotográficas, em que o prazo começa a ser contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação da obra. Esta proteção, conseqüentemente, poderá ser perseguida pelos herdeiros ou sucessores.

Mantendo-se a integridade e relevância da obra após o prazo de 70 anos, a mesma cairá em domínio público, ou seja, poderá ser utilizada livre-

mente por qualquer interessado, sem autorização ou licença dos herdeiros do autor.

Importa ressaltar que esses prazos não se aplicam aos direitos morais do autor, visto que estes são imprescritíveis, podendo os herdeiros, a qualquer tempo, reivindicar a autoria da obra, assegurar sua integridade e ineditismo e exigir que se vincule o nome do autor nas utilizações por terceiros. Frisa-se ainda que, por consequência, o domínio público não afeta os direitos morais, que são eternos, competindo também ao Estado, após a decorrência do prazo, a defesa da integridade e autoria da obra.

Com relação aos direitos patrimoniais, se tratando de bens públicos, não há que se falar em interesse de exploração econômica das obras intelectuais, ou mesmo em pretensão do titular dos direitos patrimoniais de sobreviver ou lucrar com as mesmas, visto que, como antes destacado, a finalidade dos bens públicos é atender a sua função social e, portanto, ampliar o acesso da população à cultura e informação. Partindo-se dessa premissa, Lacorte (2014) destaca que o interesse público deve ser o norteador das delimitações ao uso dos bens literários e artísticos da administração pública.

A respeito da proteção dos bens públicos literários e artísticos, não há legislação específica expressa no ordenamento jurídico pátrio. Na ausência de tratamento particularizado, aplica-se o regime geral de bens públicos, e, subsidiariamente, a Lei dos Direitos Autorais, quando as regras gerais expressas não abarcam o conteúdo específico. Haja vista, como se sabe, o direito público pouco tratou dos bens intangíveis da administração pública, e, principalmente, dos bens literários e artísticos, restando diversos cenários em que o administrador tem que recorrer a LDA para gerir seu acervo.

Entretanto, a única menção relacionada aos bens públicos, de caráter literário e artístico, da referida lei se encontra em seu artigo 8º, que informa que não são de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles subsidiadas. Verifica-se aqui que a lei exclui a possibilidade de propriedade do Estado pelos bens por ele custeados, ignorando a primazia do bem comum pelos atos do poder público e, ainda, criando um obstáculo a disponibilização da obra de modo amplo para utilização da sociedade.

Isso posto, conclui-se que o caráter patrimonial da LDA, inerente ao direito privado, que exige permissões prévias e prazos de proteção extensos,



se contrapõe ao caráter social do direito público, que prima por atender aos interesses da coletividade e o bem comum. Segundo Barroso (2003, p. 14) “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.”

## 4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A função social da propriedade é um dos princípios formadores da ordem econômica, expresso no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal da República, e no artigo 5º, XXIII, como direito fundamental, que exprime que “a propriedade atenderá a sua função social”. O Código Civil de 2002, ainda que dispendo sobre bens tangíveis, descreve a propriedade, em seu artigo 1.228, como a faculdade de usar, gozar, tirar-lhe os frutos, dispor e reavê-la. A doutrina, nas palavras de Dênis Barbosa (2003), entende que “por uma extensão relativamente moderna, admite-se falar de propriedade intelectual, propriedade industrial, propriedade comercial, etc., para descrever direitos exercidos com relação a certos bens intangíveis”.

Para Netto (2008), o Direito evoluiu muito e segue assim fazendo, na medida em que o direito de propriedade não mais se volta apenas à proteção do detentor e seu restrito círculo próximo, mas sim é exercido a fim de estabelecer melhorias nas condições de vida da sociedade como um todo. A partir desse princípio, nota-se que a função social da propriedade integra os âmbitos público e privado, embora seja a prioridade do Ente estatal, cujo objetivo é fomentar direitos e garantias transindividuais. Em síntese, o autor destaca que a propriedade estatal só encontra legitimidade quando é atendida a sua função social, o que se aplica, evidentemente, a propriedade de bens intelectuais e, especificamente, às obras literárias e artísticas.

Neste contexto, no âmbito do direito autoral, Guilherme Carboni (2011, p. 05) muito bem elucida 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 auto-

ral, 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.

O autor salienta que estas limitações tem por finalidade principal coibir usos abusivos do direito autoral, e que a tutela da função social da propriedade de bens intelectuais não é exaurida por elas, havendo necessidade de uma regulamentação mais ampla, a fim de promover o desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico. Carboni (2011) prossegue frisando que o direito autoral não deve ser um fim em si mesmo, e que zelar pela sua função social não pode ser encarado como algo danoso à propriedade intelectual, tendo em vista que se trata de um aprimoramento, consoante aos mandamentos Constitucionais, na busca por uma convivência pacífica de ambos os direitos.

Assim, no que se refere aos bens públicos intelectuais, determinadas limitações aos Direitos Autorais não significam perda de garantias, mas sim, ganho na efetivação da tutela à supremacia dos interesses públicos e à função social da propriedade. Cabe destacar que o Estado possui legitimidade para interferir nos diversos tipos de propriedade, a fim de zelar por garantias fundamentais, como a sua função social, podendo limitar o seu exercício ou até mesmo expropriar o bem.

Importa ressaltar que, como antes exposto, se tratando dos bens públicos, a propriedade apenas se legitima quando atende a sua função social, ou seja, o bem comum. Em relação aos bens literários e artísticos do Ente Público, Netto (2008, p. 95) reforça que “existe relação de propriedade entre o Estado e o bem sobre todos os bens que integram o ‘patrimônio público’”, ensejando assim que as obras produzidas ou compradas pela Administração Pública devem ser geridas para que atendam seu melhor benefício coletivo.

## 5 O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO

O direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento pertence à segunda dimensão dos direitos fundamentais e se mostra essencial ao exercício pleno e satisfatório da democracia, cidadania, e dignidade da pessoa humana, visto que, através dele, os indivíduos se desenvolvem pessoal e socialmente, modificam o seu entorno e disseminam conhecimento, exercendo o seu papel na sociedade.

Internacionalmente, as normas referentes ao direito à cultura encontram-se positivadas nos principais tratados internacionais de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de Viena, em seu artigo 27, revela os direitos culturais como parte integrante dos direitos humanos, e, portanto, universais, indissociáveis e interdependentes, incluindo-os como parte do mínimo existencial, visto que o mesmo se associa ao direito à educação. Na mesma linha, os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais os abordam como essenciais ao progresso da humanidade, exigindo-se sua plena realização para uma efetiva tutela da dignidade da pessoa humana. Por força do artigo 5º, § 2º e 3º da Constituição Pátria, os direitos e garantias fundamentais expressos em tratados internacionais, adotados pelo Brasil, recebem atenção especial no ordenamento jurídico interno, com aplicação imediata, segundo o § 1º.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora os direitos culturais não estejam expressos no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, o artigo 1º, III, da referida Carta Magna os aduz quando estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que, como visto, abarca não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos culturais, uma vez que são essenciais à formação humana e cidadã. Paulo Bonavides (1999, p. 518) endossa que “De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada”

Dentre os dispositivos constitucionais que se referem especificamente ao direito à cultura, estão os artigos 215 e 216. É no **caput** do artigo 215 que a Constituição da República, de inegável dimensão social, expressa que “O

Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”. Já o artigo 216, elucida os componentes do patrimônio cultural nacional, e indica que pertencem a ele os bens de natureza imaterial, como as criações artísticas, científicas e tecnológicas, expressas no inciso III.

Desta maneira, na visão de Silva (1998, p. 198) “não cabe ao Estado apenas condutas omissivas de respeito aos direitos humanos e fundamentais, mas também um papel ativo de formulação de políticas públicas voltadas para a realização daqueles”.

Por todo o exposto, diante da elevada importância do tema, concebe-se que o texto Constitucional estabelece ao Estado a responsabilidade de garantir direitos relativos ao uso da linguagem, da utilização do patrimônio cultural, à liberdade de criar e gozar das obras culturais e o direito à formação cultural, que alude ao direito ao ensino e à educação, assegurando as condições para que os princípios da liberdade, igualdade e dignidade do indivíduo sejam efetivados, e promovendo a pluralidade dos meios de difusão e o acesso a eles.

Especificamente na temática dos direitos autorais, este entendimento possui efeito direto na questão da disponibilidade das obras públicas literárias e artísticas. Segundo Souza (2006, p. 141) as obras criadas ou adquiridas pela Administração Pública “tem uma vida social que ultrapassa os limites de interesses particulares de seus titulares”. Concernente à isso, Lacorte (2014) destaca que, em conformidade ao mandamento Constitucional expresso no artigo 215, não deve haver restrição ao acesso e uso do povo às obras pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro, em virtude de sua finalidade social. Assim, somente mediante justificativa plausível o uso do bem público, pelo administrado, seria impedido, pois, em regra, havendo o interesse, deverá usufruí-lo.

Sob este prisma, tem-se que as obras autorais são instrumentos de informação e cultura e ferramentas fundamentais no desenvolvimento intelectual, cultural e social do indivíduo, com reflexo direto na tutela do direito à educação de qualidade e na construção da cidadania, razão pela qual se faz necessário ampliar as permissões de utilização dessas obras, principalmente, no contexto educacional.

Entretanto, a concretização do acesso à cultura e ao conhecimento encontra óbice, em muitos casos, na atual legislação autoral brasileira, considerada restritiva e desatualizada, principalmente no diz respeito aos bens públicos. Isso porque, no próprio âmbito constitucional existe um enfrentamento entre a proteção do direito de autor, um direito individual, e o direito coletivo à cultura, que possui natureza pública.

Acerca do impasse, Carboni (2009) elucida que se deve procurar o equilíbrio entre os direitos do autor e os interesses do grande público, ponderando os princípios Constitucionais de acordo com a finalidade e utilidade do bem autoral, particularmente, os pertinentes à educação, pesquisa e acesso a informação. Ainda, o Supremo Tribunal Federal, se tratando de princípios conflitantes, determina que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e a restrição, deve-se defender a liberdade”.

A respeito do dever do estado de promover o acesso amplo à cultura, Silva (2004, p. 48) muito bem sintetiza que “o papel do poder público deve ser de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se fundamente nos critérios de igualdade”

Assim, de acordo com **§1º** do artigo 216 da Constituição Federal, “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

O dispositivo Constitucional evidencia o dever do Estado de proporcionar as condições necessárias para o desenvolvimento econômico, também através da criação e produção de obras literárias e artísticas, que, como exposto, são bens públicos dotados de função social. Isso reforça, novamente, a necessidade de adaptação e modernização do modelo autoral brasileiro à realidade, cada vez mais crescente, da produção pública de obras autorais, sobretudo, porque não se pode negar à sociedade o acesso e o direito de usufruir de bens de uso comum do povo e, conseqüentemente, da cultura nacional. Neste cenário, torna-se necessário rediscutir temas como domínio público, que é um dos principais elementos integrantes da função social da propriedade.

## **6 O DOMÍNIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À CULTURA**

Como anteriormente exposto, Domínio Público é o acervo de obras artísticas e literárias cuja proteção autoral se encerrou, ou seja, que tiveram expirados os direitos patrimoniais do autor, seja por decurso do prazo de proteção ou por razões como ausência de sucessores, autoria desconhecida ou pela desistência do detentor, e, portanto, seu uso torna-se irrestrito, sem necessidade de qualquer autorização ou pagamento, pois o direito de exclusividade da obra se findou.

A respeito de sua natureza jurídica, o domínio público não se enquadra como propriedade Estatal, como pode inferir-se a partir do conceito de domínio público na esfera administrativa, elucidado no primeiro capítulo desta pesquisa. Segundo Pereira (2001), a classificação adequada ao instituto é a de bem de uso comum do povo, o que não exclui a responsabilidade da Administração Pública de proteger seus direitos morais, imprescritíveis, em sua livre utilização, conforme salienta o artigo 24 da LDA, que diz que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.”

O artigo 103 da Lei Maior estabelece que os bens de uso comum do povo “são aqueles que qualquer pessoa, cumprindo os regulamentos, pode utilizar”, o que reitera, portanto, que o domínio público possui total liberdade de acesso e utilização, de forma gratuita, pela população. Isso denota que a função social da propriedade de direitos autorais é efetivada através deste instituto, que se mostra fundamental na tutela dos direitos fundamentais à cultura, ao conhecimento e à educação, ainda mais se tratando de obras públicas, dado o seu caráter de interesse público, cuja finalidade é atender o bem comum.

A limitação temporal da exclusividade de uso da obra revela a certeza de uma fonte de cultura mais aberta à sociedade, que permite liberdades mais expressivas de criação e absorção de conhecimento. Nas palavras de Sergio Branco (2011, p. 57), “quanto mais extenso o domínio público, maior o manancial para a (re)criação livre.”, e, por conseguinte, maior o abastecimento e enriquecimento contínuo do acervo cultural brasileiro, e, inclusive do acervo privado.

O Manifesto do Domínio Público é um documento criado pela União Europeia, a partir de uma rede de estudos a respeito do impacto e importância do domínio público nos países que a compõem. O diploma defende que “Promover a existência de um domínio público saudável e próspero é essencial para o desenvolvimento social e o bem-estar econômico das nossas sociedades.”; e desenvolve uma série de princípios norteadores para a gestão e legislação Europeia acerca dos direitos autorais.

São eles: o domínio público como regra e a proteção aos direitos autorais como a exceção; a necessidade de redução do prazo de proteção do direito autoral, devendo esse durar apenas o tempo necessário para se alcançar um equilíbrio entre as funções social e promocional do direito autoral; o que está em domínio público deve permanecer no domínio público; quem utiliza legitimamente uma cópia digital de uma obra em domínio público deve ser livre para (re)utilizar, copiar e modificar esse trabalho; contratos ou medidas técnicas de proteção para restringir o acesso e reutilização de obras em domínio público não devem ser aplicados.

De modo geral, o texto recomenda a primazia do domínio público no campo do direito autoral, como instrumento de efetivação da sua função social, respeitando-se os interesses privados, que poderão, inclusive, ser melhor atingidos através do regime.

A LDA, da mesma maneira, poderia ter avançado nas disposições referentes ao domínio público, em busca de regras mais eficazes, abrangentes e proporcionais. Contudo, como anteriormente exposto, o presente estudo não visa propor ou esmiuçar dispositivos legais de forma objetiva ao ordenamento pátrio, atendo-se a concluir pela necessidade de atualização e remodelação da proteção autoral, primordialmente no que tange a disponibilização de bens públicos literários e artísticos, de acordo com a sua finalidade coletiva, cujos reflexos trazem benefícios diretos para a sociedade, especialmente no que concerne ao acesso à cultura e ao conhecimento.

Como anteriormente estudado, o regramento imposto aos bens públicos literários e artísticos é o regime geral de bens públicos e, quanto ao domínio público, as regras da LDA. Atualmente o prazo estabelecido para que uma obra caia em domínio público é de 70 anos, prazo este que, conforme destaca Souza (2006), teve um aumento drástico ao longo dos anos.

O aumento do prazo de proteção autoral é justificado por parte da doutrina como um incentivo a produção intelectual, para que autores possam avançar na função e dela tirar o próprio sustento. Entretanto, na realidade atual, este prazo serve apenas à exploração econômica destes bens, em maioria por intermediários, e se mostra demasiadamente longo até quando consideradas obras particulares, quanto mais no que se refere às obras públicas, que são um direito da coletividade.

Branco (2011, p. 272) destaca que o prazo vigente no Brasil representa um desequilíbrio nas relações entre o autor e coletividade, especialmente em um país em desenvolvimento, e reforça que:

Há que lutar pelo equilíbrio, pela prevalência das relações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais, pela concretização da dignidade da pessoa humana. Deve-se almejar, ainda que a tarefa não se mostre fácil, proteger e promover o domínio público no direito autoral para que ele cumpra com sua função de auxiliar os direitos constitucionalmente garantidos a construir uma sociedade mais justa e solidária.

Assim, com relação ao objeto desta pesquisa, os bens públicos literários e artísticos e o exercício de sua função social, temos que o domínio público se mostra uma ferramenta indispensável à sua disponibilização efetiva, colocando as obras de titularidade pública a disposição de todos, a fim de ampliar a finalidade coletiva desses bens, conforme os mandamentos Constitucionais.

O dever do Estado de promoção do patrimônio cultural, expresso no artigo 216, §1º da CF, se realiza quando o mesmo disponibiliza os bens públicos intelectuais em domínio público, pois, ao reforçar este acervo, o Ente Público colabora para o seu enriquecimento e disseminação, ampliando o acesso à cultura e informação.

Por todo o exposto, constata-se que a inclusão antecipada dos bens públicos literários e artísticos no domínio público, imediatamente após a sua criação ou aquisição, ou ainda através de um prazo reduzido de proteção, garantiria o real atendimento a sua finalidade coletiva, como bens públicos que são, viabilizando, assim, o direito de acesso a cultura de forma mais ampla, contribuindo para a democratização da informação, além de enriquecendo o patrimônio cultural nacional.



## 7 CONCLUSÕES

O presente estudo tratou da proteção autoral dos bens intelectuais da Administração Pública e a ineficiência do sistema adotado, principalmente no que se refere a lei 9.610/98, em garantir a efetividade da sua função social, visto que objetiva proteger bens privados, possuindo assim restrições demasiadamente longas, que visam a exploração econômica e o lucro, o que não deve guiar a administração dos referidos bens.

Por todo o exposto, restou demonstrado o caráter social dos bens literários e artísticos produzidos ou adquiridos pelo Ente Público, e a sua consequente finalidade coletiva, que deve ter como norte a máxima promoção de benefícios a sociedade, como a possibilidade de amplo acesso e utilização das obras.

O cenário remonta para a necessidade de medidas que atualizem o sistema autoral de proteção de bens públicos, de modo que os mandamentos Constitucionais como a função social da propriedade, o direito fundamental de acesso a cultura e ao conhecimento e a proteção e promoção do patrimônio cultural sejam consagrados.

O domínio público representa uma excelente ferramenta para a efetivação dos objetivos coletivos descritos, visto que se trata de um dos principais elementos integrantes da função social do direito autoral. A ampliação do domínio público, através da inclusão imediata, ou mesmo da antecipação da inclusão, dos bens públicos intelectuais nesse acervo, possibilita a sociedade o acesso irrestrito e gratuito a essas obras, e, portanto, tutela-se não apenas a função social que as compõe, mas também o direito de acesso à cultura de forma mais ampla e eficaz, contribuindo para a democratização da informação e educação, além de promover-se o enriquecimento do patrimônio cultural nacional.

Resta claro, através da análise, que quanto mais amplo é o domínio público de uma sociedade, maior será o acesso ao conhecimento e à cultura do seu povo, configurando o instituto uma solução complementar louvável para as questões que envolvem os bens públicos literários e artísticos.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Lei no 5.988, de 19 de fevereiro de 1998. Regula os direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 dez. 1973. Acesso em: setembro de 2020.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CARVALHO, H. de. **Sementes**: patrimônio do povo a serviço da humanidade. São Paulo: Expressão popular, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

LACORTE, Cristiano Vitor de Campos. **A proteção autoral de bens públicos literários e artísticos**. Centro de documentação e informação. Brasília: Edições Câmara, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Rodrigo. "Por que obras protegidas pelo direito autoral devem cair em domínio público?", in Eduardo Salles Pimenta (org) **Direitos Autorais**: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIZUCAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

PRONER, C. **Propriedade intelectual e direitos humanos**: sistema Internacional de Patentes e Direito ao Desenvolvimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007b.

SARLET, I. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, S. S. Surgimento e evolução do Estado Social. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**/ Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 28, n. 60, p. 115-128, jul./dez. 2004,

SOUZA, Allan Rocha de. **Função social dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.



## Capítulo V

# **DIREITO AUTORAL, TECNOLOGIA E ARTE**

# »» **GHOST-WRITERS E DIREITO AUTORAL: POSSÍVEL EQUIPARAÇÃO AOS DIREITOS CONEXOS E ARTISTAS EXECUTANTES?**

Hiago Andriotti Cordioli<sup>1</sup>  
Marcelo Miguel Conrado<sup>2</sup>

**RESUMO:** A prática do *ghost-writing*, que se caracteriza quando alguém escreve e desenvolve uma ideia ou história de outra pessoa, ainda possui uma conotação muito negativa na cultura e no Direito brasileiro. Talvez por essa razão os *ghost-writers* e seus direitos ainda não tenham alcançado uma posição firme na legislação, doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos autorais. No Brasil, uma corrente majoritária considera estes escritores como meros redatores, caso em que não seriam contemplados como criadores de obras, enquanto um movimento em ascensão defende que lhes são devidos direitos morais de autor, especialmente o direito de paternidade. Pensando nesta problemática da lacuna legal da tutela do *ghost-writing*, levantamos, neste artigo, a possibilidade de equiparação desta atividade com

---

<sup>1</sup> Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, com bolsa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduou-se Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP (2019). Realiza pesquisa nas áreas de direitos da personalidade, direitos fundamentais, propriedade intelectual e direito da voz. Foi bolsista de iniciação científica financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), com pesquisa na área de direito autoral e direitos da personalidade. Foi bolsista de iniciação científica financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).

<sup>2</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor Adjunto do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional Virada de Copérnico - UFPR. Professor Permanente do Mestrado Profissional PROFNIT - UFPR. Coordenador da Clínica de Direito e Arte da UFPR. Membro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas - ANPAP. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UFPR. Presidente da Sociedade dos Amigos do Museu de Arte Contemporânea do Paraná (2015-17). Artista visual. Possui obras no acervo do Museu Oscar Niemeyer - Curitiba, Museu da República - Brasília, Museu de Arte de Brasília, Museu de Arte Contemporânea do Paraná - Curitiba, Fundação Cultural de Curitiba e Secretaria de Estado da Cultura do Paraná - Curitiba.

a dos artistas executantes, tratando a expressão em um sentido amplo, classe tutelada pelo Direito no âmbito dos direitos conexos, caso em que lhes seriam conferidas alguma proteção e direitos que hoje lhes são negados. Para a elaboração deste trabalho, utilizamos o método hipotético-dedutivo e do procedimento de pesquisa técnica-bibliográfica, com breves estudos sobre os conceitos de direitos autorais e a prática do *ghost-writing*. Como resultados, alcançamos um impasse de interpretação da expressão “artistas executantes”, caso que inviabilizaria a equiparação teorizada inicialmente. Entretanto, em sede de conclusão, entendemos que a equiparação poderá ser possível a partir de uma mudança de interpretação das normas de direitos autorais, garantindo, desta feita, uma efetiva salvaguarda dos direitos morais e patrimoniais dos *ghost-writers*, atendendo, subsidiariamente, também a interesses tanto dos autores atribuídos quanto dos editores das obras literárias.

**Palavras-chave:** direito autoral. *ghost-writers*. direitos conexos. artistas executantes.

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito de seu nome sugerir algo misterioso, oculto ou até mesmo secreto, os *ghost-writers* (“escritores-fantasma”) realizam uma tarefa muito comum e deveras antiga: passar para o papel e desenvolver uma ideia ou história de outra pessoa. Apesar disso, até os dias de hoje, esta prática é considerada repreensível intelectual e culturalmente, em especial por se tratar de um trabalho artístico.

Ainda persiste a concepção de que o autor deve, por si próprio, empreender seus esforços para concretizar aquilo que está na sua mente para, desta forma, alcançar o reconhecimento de artista. Mesmo com a resistência em aceitar o *ghost-writing*, não pode-se negar que trata-se de uma realidade e, portanto, a prática deve ser reconhecida e melhor apreciada pelo Direito, de modo a proteger os direitos derivados do trabalho intelectual realizado pelo escritor-fantasma e prevenir eventuais conflitos entre o autor atribuído e o executor da obra.

Nossa legislação, doutrina e jurisprudências entendem que o *ghost-writing* consiste em uma relação contratual de prestação de serviços, nada mais. Temos, então, no polo ativo da relação o “autor”, ou a pessoa que idealiza a obra, e, no polo passivo, o *ghost-writer*, quem irá concretizar a obra ou, em outras palavras, executá-la. O Direito brasileiro não confere ao escritor-fantasma direitos patrimoniais derivados da obra.

Contudo, um movimento em ascensão de defesa dos *ghost-writers* entende que estes possuem direitos morais de autor, especialmente o direito de paternidade, por terem colaborado diretamente com a criação da obra, imprimindo-lhe sua personalidade, ao dar-lhe corpo e consistência de uma arte literária.

Neste sentido, levantamos a hipótese de que os *ghost-writers* seriam, portanto, artistas executantes, no sentido amplo da expressão, pois a eles é atribuída a tarefa de apenas executar uma ideia alheia. Nossa legislação compreende os direitos dos artistas executantes, e inclusive confere-lhes direitos morais e patrimoniais sobre suas execuções. Portanto, imputar aos *ghost-writers* os direitos de artistas executantes seria garantir-lhes uma forma de terem seus direitos e interesses resguardados.

Isto posto, o presente artigo pretende uma análise sobre a possibilidade de equiparação entre o *ghost-writer* e o artista executante, utilizando a metodologia hipotético-dedutiva (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 95), através de pesquisa bibliográfica da legislação brasileira, livros e artigos técnico-jurídicos e decisões judiciais (MARCONI; LAKATOS, 2002, p. 71), partindo da hipótese “os *ghost-writers* podem ser considerados artistas executantes”, com conceituações básicas e análises separadas da atividade dos *ghost-writers* e a da proteção dos artistas executantes, entendidos aqui tanto como aqueles que “executam” uma ideia (conceituação ampla) quanto os que dão forma a uma obra musical – instrumental ou cantada – ou literária – declamações, recitações ou pronunciações – (conceituação restrita, legal), com uma tentativa de refutação, ao final, da conciliação dos dois objetos para provar ou descartar a hipótese levantada inicialmente.

## 2 AUTORIA E PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

Os direitos autorais são aqueles que protegem os interesses dos criadores de obras artísticas e estimulam a produção e disseminação da cultura.

O autor de uma obra artística tem seus direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 9.610/98, atual Lei de Direitos Autorais do Brasil, doravante LDA, e por outras leis esparsas pela legislação brasileira.

Primeiramente, deve-se destacar que o direito autoral não protege ideias, enquanto na condição de imaginação ou de mentalização. É necessário que uma ideia se concretize no plano real, ou seja, através de um esforço criativo de execução, tornando-se efetivamente uma obra, seja pelos mais variados meios: uma pintura, uma escultura, um filme, um livro, entre outros.<sup>3</sup>

Autor é, por definição, quem cria uma determinada obra. Em outras palavras, somadas as premissas do parágrafo anterior, é a pessoa que idealiza a obra e se empenha para tornar esta idealização em uma realidade concreta.

Clóvis Bevilacqua (1956, p. 220) entende que “direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica.” Para José de Oliveira Ascensão (1997, p. 616), “o direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra.” Antônio Chaves (1952, p. 20), por sua vez, defendia que “o direito autoral deve ser considerado como um domínio tendo por objeto um bem intelectual e que devido à dupla natureza pessoal e patrimonial, abrange no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial”.

Os direitos de autor, portanto, conferem direitos morais e patrimoniais ao criador da obra artística. Em relação aos primeiros, Pontes de Miranda (2000) comenta que consistem em um “direito à ligação da obra feita à pessoa que a fez”. Continua o renomado jurista, dizendo que, pelo exercício da liberdade de descoberta e de invenção, a identidade pessoal atinge a obra: “a obra foi feita por A; A é autor da obra; A tem direito a que a obra se publique ou se exponha com alusão à sua pessoa; ninguém pode negar que A seja o autor, sem ofensa a esse direito absoluto”, tratando-se de “vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico”.

---

<sup>3</sup> O art. 8º da Lei nº 9.610/98 é muito claro ao excluir as ideias: “Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias [sic], procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais”.



A obra é expressão da personalidade do seu autor. Nela, o artista imprime suas experiências, crenças, visão de mundo, entre diversos outros aspectos que podemos considerar como características do que fazem o “eu”. Uma obra artística é uma extensão do espírito do seu autor, uma concretização da sua mente e alma em um arranjo específico de elementos da natureza.

Já resta pacificado na doutrina e jurisprudências que os direitos autorais estão relacionados aos direitos da personalidade. Carlos Alberto Bittar (1989, p. 134) fala sobre “direito às criações intelectuais”, relacionado à vinculação entre o autor e sua obra. Diz ele: “Recai a proteção jurídica, pois, sobre manifestações do intelecto inseridas no mundo fático (*ius in re imateriali*, ou *intelectuali*), compondo categoria autônoma (a dos direitos intelectuais), com assento no sistema dos direitos privados desde meados do século passado”.

O autor faz ainda uma reflexão sobre o realce do aspecto moral dos direitos de autor:

Os aspectos intrínsecos dos direitos autorais (...) evidenciam, desde logo, o reconhecimento de um direito pessoal de autor (chamado “direito moral de autor), que, aliás, constitui a sua própria base e justificadora dos direitos patrimoniais atribuídos ao titular. (...) Daí porque mais comumente se cuida, na órbita dos direitos da personalidade, do direito moral de autor, inobstante reconheça a doutrina igual direito ao inventor e aos demais criadores de bens aplicativos. (BITTAR, 1989, p. 135).

Em relação aos direitos patrimoniais, estes envolvem a garantia de propriedade para um trabalho intelectual do seu autor e, por consequência, um direito de exclusividade sobre seu gozo, uso e disposição, bem como a reivindicação de uma posse injusta. Por essa razão, os direitos autorais estão incluídos no gênero da propriedade intelectual.

Isto posto, percebe-se que cabe ao autor de uma obra artística, literária ou científica o direito exclusivo de propriedade de sua obra, sendo facultado-lhe ceder a outrem para sua reprodução e distribuição, cabendo-lhe também os direitos de paternidade, integridade e arrependimento sobre as suas publicações.

Entretanto, há algum tempo, principalmente a partir do início do século XX, surgiram diversas discussões sobre a atribuição da autoria, ou melhor,

sobre a relação entre autoria e o *modus operandi* de uma criação; em outras palavras, entre o processo de idealização – a mentalização de algo que poderá passar para o plano “real” – e de sua concretização.

Como já refletido por Marcelo Conrado (2013, p. 167), “no século XX o artista libertou-se das mãos e passou a apropriar-se. Lembremos de Marcel Duchamp e de Andy Warhol. Mas poderíamos dizer que o escritor também libertou-se das mãos, a exemplo do que ocorreu nas artes visuais?”. Continua ele (p. 167-168):

Há quem defenda que o artista visual poderá delegar a execução de suas obras para terceiros por tratar-se de um trabalho manual, diferentemente de um escritor, que exerce uma atividade intelectual. Mas, por outro lado, diferenciar a importância de um trabalho manual e de um trabalho intelectual é retornar ao pensamento da Antiguidade, quando o homem virtuoso era aquele que não se comprometia com os trabalhos manuais. Reis, sacerdotes e soberanos, de maneira geral, não executavam trabalhos manuais. Aristóteles foi um dos pensadores que incluiu em suas obras a importância do homem livre, aquele que não se deixava absorver pelo trabalho manual, por tratar-se de uma atividade inferior.

Se um artista plástico possui uma ideia e pode transferir para terceiros a sua execução, por que alguém que também tem um ideia não poderá transferir para outrem a feitura do texto?

A questão da atribuição da autoria tem se tornado cada vez mais proeminente, com a popularização das obras por encomenda<sup>4</sup> e a ascensão das inteligências artificiais, especialmente aquelas criadas com a finalidade de elaborar obras artísticas<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Um caso bastante ilustrativo sobre o assunto aqui abordado: o artista Moholy-Nagy, em 1922, ligou por telefone para uma fábrica e passou instruções específicas sobre como deveriam ser feitas cinco pinturas. Depois de prontas, o artista as expôs sob o título de “*Telephone Painting*”. Quem seria, portanto, o autor da obra: o artista que teve a ideia ou a fábrica que a executou? (cf. CONRADO, 2013, p. 91-92).

<sup>5</sup> A título de exemplo, em 2018, uma obra intitulada “*Edmond Belamy*”, criada por um sistema dotado de inteligência artificial, a partir de quinze mil retratos datados entre os séculos XIV e XX, foi leiloado e arrematado por quase meio milhão de dólares. (cf. FERRO, 2020).

O Capítulo II da Lei nº 9.610/98 dedica-se a conceituar a autoria das obras intelectuais e caracterizar suas particularidades. O artigo 11 determina que a LDA entende como autor a “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, com ressalvas no parágrafo primeiro para as possibilidades de pessoa jurídica possuir essa configuração.

Esta definição pode abranger uma série de interpretações. O termo “criadora” não especifica exatamente como a obra deve ser “criada”. A idealização ou mentalização da obra pode ser considerada criação, mas a execução ou concretização da ideia também o podem. A questão principal, então, seria: autor é quem tem a ideia, quem dá-lhe forma física, ou ambos?

Para o Direito brasileiro, a resposta para esta pergunta concentra-se na primeira hipótese, excluindo o “executor” da ideia. Por essa razão, o *ghost-writer* é excluído dos direitos morais e patrimoniais de uma obra artística, mesmo tendo contribuído para sua “criação”, imprimindo-lhe sua personalidade através de seus talentos e habilidades. Entretanto, esta possibilidade de interpretação ampla do texto legal poderia permitir o enquadramento dos *ghost-writers* como detentores de direitos autorais.

A seguir, uma conceituação sobre o *ghost-writing* e sua relação com o Direito.

### 3 A PRÁTICA DE GHOST-WRITING E O DIREITO

Como já abordado, a prática do *ghost-writing* é muito comum no meio artístico em geral. Caracteriza-se pela contratação de um escritor para dar corpo físico a uma ideia de determinada pessoa, seja por não possuir habilidades artísticas para concretizar sua imaginação ou puramente para “terceirizar” o serviço. Por exemplo, o autor que dará seu nome a obra pode ter uma relevância considerável, mas não dispõe dos meios, tempo ou interesse em desenvolvê-la, mas deseja aproveitar de sua fama ou proeminência para o fim de maximizar a sua comercialização; dessa forma, “delega” a função de executá-la para um terceiro. Além disso, o *ghost-writer* compromete-se, por contrato, a não revelar o seu trabalho como escritor efetivo da obra e a atribuir a autoria a quem contratou seus serviços.

Mister denotar que não se deve confundir o *ghost-writer* com o pseudônimo. No primeiro caso, trata-se de uma pessoa escrevendo a obra com

crédito do nome de outra como sendo o autor; no segundo, uma pessoa escreve a obra e inventa um nome diferente do seu para constar como autor.

Essa relação de prestação de serviços para a execução de uma obra literária não é algo recente. Savignon e Cesário (2014, p. 85) lembram que nos séculos XIX e XX, “em que a sociedade não respeitava ou não se interessava pelo pensamento de minorias, a obra pseudônima, o anonimato e o *ghost-writing* eram muito utilizados pelas mulheres e por outros grupos socialmente vulneráveis para divulgarem suas ideias e estudos científicos”. Há quem defenda, ainda, que grandes obras da literatura tenham sido, na verdade, escritas por pessoas diferentes dos autores atribuídos a elas. Por exemplo, existem teorias de que William Shakespeare não escrevia suas obras.<sup>6</sup> Antônio Chaves também apontava o exemplo de Alexandre Dumas, autor de grandes obras como “Os Três Mosqueteiros” e “O Conde de Montecristo”, que, supostamente, “não construía sua obra sozinho: pagava colaboradores, assistentes, encarregados de reunirem documentação e fazerem pesquisa, confiando-lhes, não raro, a escritura de algumas de suas obras” (CHAVES, 1987, p. 129). Hodiernamente, o *ghost-writing* é utilizado inclusive por políticos e empresários, que buscam os escritores que oferecem este tipo de serviço para escreverem seus discursos e apresentações.

A doutrina sobre direitos autorais quase não atreve-se a abordar o *ghost-writing*, muito provavelmente pelo fato de esta prática ser ainda considerada um tabu na cultura e nos costumes brasileiros, apesar de acontecer abertamente às nossas vistas.

O *ghost-writer* é um artista por natureza. Não sem razão os *ghost-writers* são procurados para dar forma a uma determinada obra, senão pelo seu talento justamente para escrever de uma maneira que agrade ao público (e, diga-se, também pelo autor atribuído).

O contrato de prestação de serviços prestado pelo *ghost-writer* pode ser considerado personalíssimo em determinadas ocasiões. Isto quer dizer que somente a pessoa contratada pode exercer o serviço de escrever a obra, pois possui um “dom” ou habilidades específicas que levaram a parte ativa a procurá-lo para a execução da ideia de obra textual.

---

<sup>6</sup> Diversos livros e artigos ao longo dos séculos levantam esta hipótese. Nesse sentido, cf. GREENBLATT (2011) e SHAPIRO (2012).

Fazendo referência à seção dois deste trabalho, a arte é expressão da personalidade. O autor atribuído pode narrar uma história inteira para que o *ghost-writer* a escreva; entretanto, este, invariavelmente, irá contribuir com seus talentos narrativos e de escrita para dar uma forma mais atraente ao público e torná-la mais “artística”. Por este motivo, podemos inferir que o *ghost-writer* também imprime sua personalidade na escrita da obra. São as experiências pessoais – que também fazem parte da personalidade, pois tornam a pessoa quem ela é – que dão ao escritor as habilidades necessárias para uma boa construção da narrativa.

Ainda assim, o *ghost-writer* não é considerado coautor de uma obra artística, por força do parágrafo 1º do artigo 15 da Lei nº 9.610/98, que exclui esta possibilidade: “Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio”. Entendemos que o *ghost-writer*, neste íterim, pode se enquadrar como auxiliar, ou mesmo na direção da edição, casos que são legalmente excluídos da coautoria. Atualmente, não existe uma previsão legal de proteção para os auxiliares de produção, ou os “executores” de uma determinada obra artística.

Parece haver uma posição quase consolidada dos tribunais superiores, representada aqui pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, com relatório do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que apreciou um recurso<sup>7</sup> do escritor-fantasma da biografia de Raquel Pacheco Machado de Araújo, a “Bruna Surfistinha”. Nela, o Ministro reproduz a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considera a força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) a causa excludente de um eventual direito de autor, pois o escritor “plena ciência de que a autoria do livro não seria a ele concedida e que o trabalho por ele desempenhado na compilação das histórias contadas e escritas pela personagem ‘Bruna Surfistinha’ seria remunerado na forma como previsto no referido acordo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015).

<sup>7</sup> O Recurso Especial nº 1.387.242-SP tornou-se uma referência de decisões judiciais nos casos envolvendo paternidade de obras escritas por *ghost-writers*. Na ação, o jornalista alega ter cedido parte de seus direitos de autor sobre o livro “O Doce Veneno do Escorpião”, afirmando fazer jus à remuneração pela publicação, edição e comercialização da obra em outras línguas e outros países, como também pela sua adaptação para o cinema, em cumprimento ao contrato celebrado.

Além disso, ambos os tribunais entendem que o *ghost-writer* seria somente um “redator”, que haveria contratualmente concordado com “tão-somente a tarefa de redigir o texto do livro com coesão, correção gramatical e estilística e maior apelo comercial”, sendo que esta “tarefa de redação de histórias alheias relativas à personagem criada por outrem não traduz qualquer desenvolvimento artístico, literário ou criativo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015).

É de se notar a contradição desta posição pelos seus próprios termos, uma vez que reconhece a habilidade narrativa do escritor, que, a depender do nível de envolvimento do *ghost-writer* com a obra, poderia levá-lo à sua caracterização como coautor ou até mesmo autor. A entender: a pessoa que apenas transcreve uma obra ditada não poderia ser considerada artista ou *ghost-writer*; este, por sua vez, utiliza-se de técnicas de escrita e habilidades decorrentes de sua própria personalidade para preencher a história que lhe foi confiada de modo a, utilizando os termos da decisão, alcançar “maior apelo comercial”.

Existe um movimento em ascensão em artigos acadêmicos<sup>8</sup> que defende a atribuição do direito de paternidade da obra para os *ghost-writers*. Entretanto, cremos que não haverá uma mudança na doutrina e jurisprudência brasileiras tão logo no sentido de reconhecer a autoria ou coautoria dos *ghost-writers* das obras que escrevem, por considerá-los meros redatores de uma obra de criação alheia.

Por esta razão, levantamos a possibilidade de equiparação dos *ghost-writers* como artistas executantes, tomada a expressão no sentido amplo de “executores de uma ideia”. Esta posição será analisada sob os devidos institutos e previsões legais e doutrinárias a seguir.

## 4 POSSÍVEL EQUIPARAÇÃO DOS *GHOST-WRITERS* COM ARTISTAS EXECUTANTES

No escopo dos intérpretes e executantes, um artista é, na definição de Walter Moraes (1976, p. 94), “qualquer pessoa que interpreta ou executa”, ou

---

<sup>8</sup> Neste sentido, cf. Savignon e Cesário (2014), Amarante (2014), Lara e Zamboni (2015) e Paschoal (2019).

“todo aquele que atua esteticamente uma criação do espírito”, “titular, portanto, de direito à execução”. Sobre o termo execução, entende o autor (p. 44), que “é tornar fato o que antes era ideal ou potencialmente”. Continua ele:

Transposto o conceito para o terreno das obras do engenho humano, não sofre ele restrição. Fala-se, com propriedade, de execução de um projeto arquitetônico, de um papel dramático, de uma ópera ou conceito, de um número de bailado ou de uma escultura. As criações do espírito destinam-se, frequentemente, à execução. Há aquelas, como as das artes plásticas, cujo ato de “criação” pode coincidir com a execução; e há as que comportam execução como fato destacado do ato autoral ordinariamente, como as da arte poética. Mas há também aquelas cuja manifestação só se consuma num novo e autônomo ato de execução; tais as da arte musical, dramática, coreográfica, pois só há verdadeiramente música, teatro e dança executados em sons, representação e movimentos.

Por isso deve dizer-se que, para a disciplina jurídica em exame, execução é *ato e efeito de atuar uma criação do espírito* (grifos do autor). (MORAES, 1976, p. 44-45).

Walter Moraes (1976, p. 45) ainda comenta que este conceito extenso para o termo execução não foi adotado pelas conceituações da legislação sobre direito autoral no Brasil, concentrando-o somente para as fixações em fonográficas e as recitações, declamações e pronunciações de obras literárias.

Os artistas executantes são tutelados no âmbito dos direitos conexos aos direitos de autor. O inciso XIII do artigo 5º da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998) define artistas intérpretes ou executantes como “todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou *executem em qualquer forma obras literárias* ou artísticas ou expressões do folclore” (grifos nossos).

A interpretação atual do dispositivo acima transcrito pela doutrina e jurisprudência brasileiras restringe o termo “executantes” para os artistas que transpõem a obra da forma original em que foi publicada para uma outra, como, por exemplo, a execução de uma partitura em um concerto. Os artis-

tas executantes, portanto, no sentido estrito do ordenamento jurídico brasileiro, seriam, de modo geral, os músicos instrumentistas.

Por esta razão, não podemos considerar precisamente o *ghost-writer* como um artista executante propriamente dito, de acordo com o que o ordenamento jurídico brasileiro entende como tal. Contudo, pela própria definição léxica do termo, executante é, forçoso repetir, quem executa, ou seja, quem dá ação ao que antes era somente ideia. Por conseguinte, uma ampliação da interpretação da lei poderia passar a incluir o *ghost-writer* (e outros artistas que executam ideias alheias) como artista executante.

Os artistas executantes também são titulares de direitos morais e patrimoniais sobre as obras que executam, a saber:

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

I - a fixação de suas interpretações ou execuções;

II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

IV - a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem;

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções. (BRASIL, 1998).

O artigo 92 faz menção somente aos intérpretes, porém, uma melhor interpretação do texto legal permite a compreensão de que o dispositivo também se aplica aos artistas executantes:

Art. 92. Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista. (BRASIL, 1998).



Aqui, vale mencionar que existe uma possibilidade semelhante na legislação autoral que garante direitos de autor a quem não idealizou originalmente a obra, tendo somente colaborado para sua execução concreta: o artigo 14 da LDA prevê que “é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua”. A título de exemplo, um tradutor das obras de Goethe nos dias atuais perceberia direitos de autor como se autor fosse; em outro caso, uma possível adaptação das obras de Machado de Assis para o público do século XXI, como se tem cogitado<sup>9</sup>, também ensejaria a atribuição de direitos autorais para quem as adaptasse.

Dentre os direitos morais que cabem aos artistas executantes, o direito de paternidade – direito de ter o seu nome atribuído na criação e/ou interpretação e execução de uma obra – é o que mais vem sendo invocado pelos autores de artigos científicos para defender a parcela de autoria dos *ghost-writers* nas obras que redigem. Cremos ser o começo do reconhecimento desta prática como verdadeira autoria.

Para concluir, seguindo o método hipotético-dedutivo, resta fazer o teste de falseamento para comprovar a hipótese levantada inicialmente, a partir da negativa: os *ghost-writers* não podem ser considerados artistas executantes. Como demonstrado até aqui, podemos entender que, consoante a conceituação ampla do termo “executante”, os *ghost-writers* assim poderiam ser caracterizados. Porém, em uma visão mais detalhada, encontramos a falha da hipótese de equiparação na interpretação restrita atual da legislação autoral pela doutrina e jurisprudência.

Portanto, concluímos que, dada a realidade atual e concreta do Direito brasileiro, o teste de falseamento demonstrou que a negativa da hipótese é correta: os *ghost-writers* não podem ser considerados artistas executantes.

Ainda assim, cremos ser esta falha encontrada facilmente sanável, a partir de uma ampliação da conceituação ou interpretação legal da expressão “artistas executantes” para abranger também os *ghost-writers* e outros artistas que executam uma obra de idealização alheia. Portanto, defendemos a

---

<sup>9</sup> Foi o caso da escritora Patrícia Secco, que adaptou a obra “O Alienista”, utilizando frases mais diretas e sinônimos simplificados para alcançar um público mais jovem (cf. FELITTI, 2014).

possibilidade – ainda que futura – de equiparação dos *ghost-writers* a artistas executantes das obras literárias, somente enquanto o Direito não encontra uma definição precisa e direta para aquelas mãos alheias que executam a obra do autor idealizador, para garantir-lhes direitos morais e patrimoniais derivados de sua criação, respeitadas as especificações que os direitos conexos possuem em relação aos direitos de autor.

Além disso, acreditamos que poderia ser do interesse tanto dos *ghost-writers* quanto das editoras um reconhecimento ao menos da paternidade das obras como sendo dos artistas que efetivamente as escreveram, mesmo que apenas baseados em ideias alheias. Uma mera menção na ficha catalográfica talvez honraria este direito moral de quem efetivamente escreveu e desenvolveu a obra. Poderia ser um meio de garantir o direito de paternidade que cabe aos *ghost-writers*, ainda que na condição de artistas executantes, e evitaria a publicidade que um processo judicial clamando por estes direitos dariam à situação, criando um constrangimento desnecessário.

## 5 CONCLUSÃO

O *ghost-writer* é uma figura já conhecida do meio artístico e também do Direito. Esta figura, considerada “misteriosa” ou “secreta”, ainda possui uma certa relutância cultural em sua aceitação, não obstante outras manifestações artísticas conviverem com a “terceirização” da mão de obra há muito tempo.

Entretanto, existe uma necessidade de reconhecimento dos *ghost-writers*, uma vez que, apesar de seu caráter “oculto”, trata-se de uma realidade que deve ser encarada e tutelada pelo Direito; mais especificamente, por tratar-se de um direito da personalidade, como visto, e no âmbito das artes literárias, pelos direitos autorais.

Considerando a sua condição de executores de uma ideia, com a atribuição de tornar concreta uma obra que antes só existia no plano mental, o presente trabalho serviu para iniciar discussões sobre a possível equiparação dos direitos dos *ghost-writers*, ao menos, com os artistas executantes.

Devemos frisar, em sede de conclusão, os *ghost-writers* como artistas executantes não poderiam ser considerados artistas executantes de acordo

com a interpretação atual da legislação autoral pela doutrina e jurisprudência brasileiras, que entendem a expressão em um sentido restrito aos que executam uma obra com manifestações corporais e musicais.

Entretanto, apesar de serem classificações artísticas diferentes entre si, defendemos a possibilidade de uma aproximação dos dois termos para efeitos de suprir uma lacuna jurídica da proteção dos *ghost-writers* e de conferir-lhes a proteção dada aos artistas executantes, no escopo dos direitos conexos aos direitos de autor.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouch. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos morais de autor e autonomia privada: os *ghost writers* e a indisponibilidade da paternidade da obra. **Revista Direito UNIFACS**, n. 165, 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3016>. Acesso em: 16 set. 2020.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

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: Presidência da República, 20 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.242/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 03 fev. 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43091951&num\\_registro=201201624772&data=20150219&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43091951&num_registro=201201624772&data=20150219&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 23 set. 2020.

CHAVES, Antônio. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizado de acordo com a nova lei de direitos autorais, n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. São Paulo: LTr, 1999.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais**: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. 2013. 322 f. Tese (Doutorado – Universidade Federal do Paraná). Curitiba: UFPR, 2013.

FELITTI, Chico. Escritora muda obra de Machado de Assis para facilitar a leitura. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 04 mai. 2014. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/colunas/cidadona/2014/05/1445858-escritora-muda-obra-de-machado-de-assis-para-facilitar-a-leitura.shtml>. Acesso em: 23 set. 2020.

FERRO, Vanessa. **As obras artísticas geradas pela inteligência artificial**: considerações e controvérsias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 5-13.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 567, 1983, p. 9-16.

GREENBLATT, Stephen. **Como Shakespeare se tornou Shakespeare**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. *Ghost writer*: autonomia privada e a possibilidade jurídica da renúncia aos direitos morais de autor. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI-UFS, 21., 2015, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: UFS, 2015. p. 153-180. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h-0tg/if08mdi9/Z9VTzcBMAp1aA7N.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MORAES, Walter. **Artistas Intérpretes e Executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ghost writer* possui direitos morais de autor e esses direitos são inalienáveis. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. **Direitos da personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri: Manole, 2019. p. 369-379.

SAVIGNON, Larissa Tristão; CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. Os direitos autorais do *ghost-writer*. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 10, 2014, p. 84-97. Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media\\_dl=402](https://ibpieuropa.org/?media_dl=402). Acesso em: 16 set. 2020.

SHAPIRO, James. **Quem escreveu Shakespeare?**. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

# OS DIREITOS CONEXOS DE AUTOR NO CYBER ESPAÇO: UM RECORTE SOBRE O STREAMING NO DIREITO COMPARADO

Jaqueline San Galo<sup>1</sup>

Giovanna Martins Sampaio<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo intenta demonstrar que não há qualquer impedimento para a cobrança dos direitos conexos dos criadores de conteúdo digital no cyber espaço, segundo o embasamento do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e de acordo com o posicionamento substanciado na recente Diretiva Europeia de Direitos Autorais e Conexos no Mercado único digital Europeu, 2019; Ademais, objetivou ainda abordar o problema de incompatibilidade do sistema legal nacional ante à legislação americana de origem anglo-saxônica. Para tanto, fez-se uso da metodologia de revisão sistemática e bibliográfica, de cunho descritivo e ex-

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela UFBA, Curso de extensão Internacional em Gestão de Empresas e em curso ; MBA em Gestão de Incorporação Imobiliária pela FGV , membro da ABDA-BA e da Sociedade Brasileira Intelectual. Aluna especial do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado- Ufba), em curso.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2018), com período sanduíche na Universidade de Coimbra (2014-2016). Licenciatura em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal; Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Propriedade Intelectual, Inovação, Tecnologia e Direito Negocial Internacional e Business; Mestranda no PROFNIT - Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação, UFBA (início em 2019); Mestrado em Direito LLM pela Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica (presencial, 2019/2020 - concluído cum laude), em International Business Law; Graduanda em Administração pela UFBA; Membro de grupos de pesquisa junto à Faculdade de Direito da UFBA em Propriedade Intelectual, AED - Análise Econômica do Direito, Direito Empresarial, Relações Trabalhistas, e Historicidade dos Direito e DH - Direitos Humanos; Participa como Avaliadora Ad Hoc em Periódicos Indexados nas áreas: Interdisciplinar, Educação, Saúde Pública e Coletiva; Filosofia e Serviço Social; História e Cultura, IA, & Literatura - tais como Sures UNILA; REDE; Cadernos Literários FURG; LA PLAGÉ; Espirales; RESP; & Katalysis; Possui cursos de extensão e aperfeiçoamento, e trabalhos apresentados em Congressos nas áreas das ciências humanas e sociais aplicadas;

ploratório, e abordagem interdisciplinar e qualitativa. Os resultados parciais remontam à necessidade de proteção da “competitividade justa” na indústria fonográfica digital, bem como que da segurança jurídica nesse contexto considerando-se a nova diretiva europeia, e o seu seguimento no contexto nacional.

**Palavras-chave:** Direitos Conexos, Diretiva Europeia, Serviços de *Streaming*;

## 1 INTRODUÇÃO

Como um exército de Brancaleone, os autorlistas seguiram se insurgindo com imensa coragem e destreza contra o imenso desrespeito que era percebido até hoje, no ambiente digital brasileiro, aos direitos conexos primordiais de criadores de conteúdo, compositores, editores e produtores fonográficos, no contexto do mercado e ambiente da digitalização; Nesse sentido, empresas multinacionais até então desrespeitavam veementemente os limites territoriais das leis, tentando impor a legislação e os costumes jurídicos estrangeiros ao cenário autoral do país.

Um dos mais importantes princípios que orientam a disciplina do direito autoral é primeiramente o princípio lógico e primaz da remunerabilidade (aliado à ideia de territorialidade e temporalidade “justa” da exploração do direito) do autor por seu trabalho, estabelecido em todos os regramentos supraconstitucionais acerca da matéria, desde a Declaração dos Direitos do Homem da ONU, até na Convenção de Berna – que estabelece que a vigência dos direitos patrimoniais dos autores será, no mínimo, 50 anos após a morte do autor considerado (no Brasil, a lei adota o período de 70 anos *post mortem*).

Na Era da Informação, surgem determinadas problemáticas pontuais e específicas relativamente aos direitos conexos e de autor, e neste diapasão, contemporaneamente, são percebidos dois marcos bastante relevantes para os autorlistas - os direcionamentos da Comunidade Europeia em 2019 e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de 2018 acerca dos serviços de *streaming* e no que tange à questão da execução pública de obras por meio desses serviços; e ainda, sem sobra de dúvidas, tem-se o acordo firmado pelo ECAD (o órgão coletivo competente para arrecadação e redistribuição dos direitos patrimoniais autorais para todos os agentes devidos) com a Google/YouTube, regido pelo sigilo contratual.

Em que pese que a Diretiva não ser uma lei em si, por meio dela, a União Europeia estipula e determina que seus países-membros, em 24 meses, a partir deste mês de fevereiro de 2019, “transponham” a referida Diretiva em leis próprias e nacionais, devendo os Estados seguirem as recomendações do Parlamento Europeu resultantes de 3 anos debruçados sobre a questão, e fixadas finalmente com 348 votos a favor e 274 votos contra, considerando-se as 36 abstenções; A diretiva de 2019, n. 790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, vem justamente no sentido de ser um novo marco para a proteção dos criadores de conteúdos no *cyber* espaço, garantindo-lhes uma remuneração mais justa, e até direta e equitativa.

As empresas digitais e dominantes na Internet, rede mundial de computadores, são multinacionais com fins eminentemente lucrativos, mas, para aqui atuarem, precisam respeitar pontualmente o sistema autoral do Brasil considerando todas as leis especiais que o integram no país. E por isto, não podem estabelecer unilateralmente o preço de uso dos trabalhos musicais de autores, intérpretes, músicos e produtores fonográficos. Precisam se submeter ao sistema autoral posto nacionalmente, discutir os preços indicados pela lei e pelas associações representativas, titulares de direito e também pelo escritório central arrecadador, e que seja, sobretudo, um preço que remunere o autor, e todos os outros agentes envolvidos e correlacionados, de maneira justa. Nesse sentido, não podem alegar a existência fática de um direito autoral digital alegadamente supranacional, onde essas empresas seriam os únicos sujeitos a ditarem os preços e as regras autorais, pois este não conforma o sistema legal brasileiro, baseado e filiado na vanguarda francesa do *droit d’auteur*.

Em justo contraponto, tem-se a recente reação europeia em defesa dos direitos conexos de autor, e, no âmbito nacional, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo que é possível considerar esses posicionamentos como verdadeiros marcos mitigadores de controvérsias, e que atualizam as posições legais e de tribunais em escala internacional, para que finalmente não parem dúvidas sobre o sistema nacional autoral, protetivo dos criadores das obras, considerando-se primordialmente os direitos financeiros e patrimoniais da justa retribuição e pagamento do autor;



Nessa senda, no Brasil, exclusivamente o autor, e somente este, pode usar, fruir, gozar e autorizar a transmissão e comunicação de suas obras, seja no formato físico ou digital, de modo que seus direitos autorais são exclusivos, bem como que os direitos considerados conexos; dessa forma, não há espaço para que sejam erroneamente invocados determinados recursos jurídicos como inaplicabilidade da lei ou desuso: a Lei de Direitos Autorais brasileira encontra-se em pleno vigor, e com total validade e eficácia, e partindo-se dos seus arts. 28 e 29, inciso I, continua sendo exigida a autorização para uso, fruição ou transmissão/comunicação, total ou parcial, das obras dos autores.

E, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não deixa dúvidas a respeito da execução pública e o dever de remuneração justa aos autores, e analogicamente, aos intérpretes. Nesta seara, entendeu-se devido utilizar, no presente artigo, o método da revisão bibliográfica com uma abordagem multidisciplinar e qualitativa, num sentido exploratório do tema, pelo que o trabalho possui a estrutura geral desta introdução, e os seguintes tópicos de desenvolvimento e conclusão final.

## **2 OS DIREITOS CONEXOS NO *CYBER SPACE***

### **2.1 Conceito e natureza dos direitos conexos de autor**

Nos países que seguem a tendência do direito francês de autor, como o caso Brasileiro, os chamados direitos conexos são legalmente protegidos, referindo-se à proteção para artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão, em decorrência de interpretação, execução, gravação ou veiculação das suas interpretações e execuções.

Tal proteção não exclui as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas, já que os direitos de autor e os direitos conexos protegem titulares correlatos e distintos, pelo que não há sobreposição de direitos; Nesse sentido, o enfoque trazido neste estudo refere-se propriamente aos direitos atinentes às criações musicais no cyber espaço, onde persistem os direitos do compositor da canção, e também os do intérprete, vocalistas, músicos, e do produtor fonográfico.

*Aqui consideramos o Streaming como nada mais, nada além da cessão de direitos autorais no contexto digital.* Na indústria musical, sempre existiu a ideia contraposta entre o exclusivo direito de liberar ou não a execução da obra e a questão do domínio público, seu antagonista. Os titulares de direitos conexos possuem o exclusivo direito de autorizar ou proibir a utilização das gravações. Os intérpretes e executantes, de fixar ou reproduzir suas interpretações por meio de radiodifusão ou execução pública; Os produtores de fonogramas, de reproduzir e distribuir as respectivas obras por meio da venda ou locação de exemplares, e ainda comunicar ao público por meio de execução pública ou radiodifusão; por fim, as empresas de radiodifusão, de retransmitir, fixar e reproduzir as obras em suas emissões - Lembrando apenas que não se pode falar em autorização tácita de todos os direitos citados neste parágrafo;

Todos esses titulares desfrutam deste exclusivo e singular direito de liberação, por setenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos, seguindo o disposto na legislação pátria;

Ensina o mestre Oliveira Ascensão que “a atividade intelectual do homem provoca o aparecimento de novos bens na sociedade”, ao que o autor denomina de “bens culturais e incorpóreos”, e ressalva que estes possuem ainda “existência objetiva como todos os bens”. Contextualiza ainda que, por muito tempo na história humana, não era necessária uma proteção da criação intelectual por que só se destinava aos presentes, e quando passou a ser impressa, atingindo as “gerações futuras”, a proteção dos bens imateriais tornou-se visível e necessária (ASCENSÃO, 2004, p. 6). O autor segue indicando que a tecnologia trouxe outro novo passo no que tange aos direitos conexos: “A possibilidade técnica de comunicação a ambiente diferente, fez surgir os chamados direitos conexos, afins ou vizinhos do direito de autor” (ASCENSÃO, 2004, p. 6 e 7).

Sobre o conceito dos direitos conexos e suas raízes, COSTA NETTO (2008) relata que:

“Hermano Durval, a exemplo de Antônio Chaves, há mais de cinquenta anos, portanto, anteriormente à primeira convenção internacional que

trataria do tema (Em Roma, no ano de 1961), já fornecia elementos sobre os direitos conexos ou vizinhos aos direitos de autor. Explicou tratar-se de uma categoria que, se de um lado, decorreu da natural evolução da doutrina – notadamente da doutrina germânica –, de outro lado, teve a sua aceitação aumentada pela valorização das invenções modernas que, incontestavelmente, vieram dar às obras artísticas, literárias, científicas e musicais, uma repercussão até então desconhecida.

O jurista chileno Santiago L. Savala considerou que os direitos conexos se definem como direitos vizinhos ao direito de autor, porém, independentes deles.

O jurista brasileiro que, possivelmente, mais se dedicou à matéria, o saudoso desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Valter Moraes, em sua alentada obra *Artista, Intérprete, e Executante*, relaciona, com muita propriedade, a preocupação em relação à matéria diante da crescente evolução da tecnologia: “afinal, as aventuras da técnica superam todas as expectativas, atingiram graus de perfeição jamais suspeitados, alcançando padrões de qualidade sonora e visual frequentemente superiores ao produto da acústica e da ótica natural, e aí estava a nova rés de contorno bem definido, a obra do desempenho artístico, outra espécie de obra do espírito, reconhecida como tal, numa área privilegiada, de juristas de boa estirpe”.

Antônio Chaves, em sua derradeira obra no campo do direito autoral, publicada em 1999, já no âmbito da vigência da lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, considerou: “Ao lado dos autorais surgiram, aproximadamente, nos anos 10, outras prerrogativas àquelas relacionadas por determinados laços de similitude, em que se foram definindo e firmando com o correr do tempo, devido, em grande parte, às gravações e aos meios de comunicação eletrônica que lhes deram um realce nem sequer suspeitado anteriormente. São, em primeiro lugar, os direitos dos artistas de interpretação musical, ou dramática (em termos amplos), como elaboradores, já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as músicas), mas de obras conexas, isto é, que criam a partir daquelas pré-existentes, adquirindo, quando meritariamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras interpretadas, através de execuções ao vivo, ou mediante gravações sonoras. Dão, assim, vida e cor a elaborações que de outra forma não sairiam do papel, inacessíveis ao grande público, exercendo função decisiva para

que o compositor seja compreendido e divulgado, a quem e além das fronteiras de seu país, e oferece assim, similitudes e compatibilidades com direito de autor, a tal ponto que, vencidas as resistências iniciais, a lei não mais hesita em protegê-las em sentido análogo”.

## 2.2 Respaldo legal dos direitos conexos e a nova diretiva europeia

*Prima facie*, a Convenção de Roma (1964) veio estabelecendo os direitos dos artistas, intérpretes, músicos executantes, empresas fonográficas e de rádio difusão. A Constituição Federal seguiu tratando dos direitos autorais no art. 5º, incisos XXVII, e, XXVIII, “a” e “b”.

Nesse sentido, Carlos Fernando Mathias de Souza (2015, p. 84 a 86) relata minuciosamente a evolução legislativa dos direitos conexos, iniciando pelo âmbito internacional:

“A Convenção de Roma, de 26 de outubro de 1961, que trata dos direitos conexos ao direito de autor dos artistas intérpretes e executantes; dos produtores fonográficos e das empresas de rádio difusão; foi aprovada pelo Congresso Nacional, pelo decreto legislativo nº 26, em 5 de agosto de 1964, e promulgada pelo decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965.

A Constituição de 1946 era muito clara no parágrafo 19, do seu art. 141: “aos autores e obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

A Convenção de Roma (advinda quando o Brasil estava sob a égide da Constituição de 1946), por sua vez, é expressa em seu art. 15, §2: “Sem prejuízo das disposições do parágrafo 1 deste artigo, qualquer estado contratante tem a faculdade de prever, na sua legislação nacional de proteção dos artistas, intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão, limitações da mesma natureza, das que também são previstas na sua legislação nacional de proteção ao direito do autor sobre as obras literárias e artísticas. No entanto, não pode instituir-se licença ou autorizações obrigatórias, se

não na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente convenção.”

Em decorrência da Convenção de Roma, o nosso país findou por aprovar, a lei nº 4.944, de 6 de abril de 1966, que, expressamente assegurou aos seus “titulares” os direitos, conexos assegurando-lhe o direito de exploração exclusiva com respeito à utilização, por terceiros, dos seus direitos, seguindo-se a lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, em cujo art. 94, asseverava que “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se no que couber, aos direitos de lhes são conexos”.

Seguindo no minucioso apanhado histórico, ressalta-se que no âmbito constitucional, desde a Magna Carta, de 1891, “as constituições brasileiras (salvo a carta de 1937) cuidam do direito autoral, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.” E que a CF/88 também garante direitos aos autores e até aos seus sucessores, que de certo modo seriam titulares de direitos conexos, no art. .5º, incisos XXVII e XXVIII, a e b, que assegura aos autores o direito exclusivo sobre as suas próprias obras.

A lei n. 4.944, de 6 de abril de 1966 foi o primeiro diploma legal, em nível infraconstitucional, que cuidou da proteção aos titulares dos direitos conexos, de que cuida a Convenção de Roma.

A lei posterior (Lei n.5988/1973) cuidou dos direitos autorais, entendidos como tais, os direitos de autor e os que lhes são conexos.

A Lei dos Direitos Autorais – LDA (Lei n. 9. 610, de 19 de fevereiro de 1998, no caput do seu art. 89) repete a disposição que já estava contida no art. 94 da revogada lei n. 5.988/1973.

E nos arts. 90 a 92, dispõe sobre os direitos conexos dos artistas, intérpretes ou executantes; nos art. 93 e 94, os dos produtores fonográficos, e, no art. 6, os das empresas de radiodifusão.”

A atual LDA de n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (do mesmo modo que a revogada lei n. 5:988/1973) regula os direitos autorais no Brasil, onde se situam, além dos de autor, os direitos que lhe são conexos.”

Ou seja, o direito supranacional, ratificado pela Carta Magna de 88, expressa o direito exclusivo dos artistas e intérpretes, para usarem, fruírem e gozarem de suas obras. E o sistema legislativo brasileiro sempre foi claramente baseado no sistema francês, e as novas empresas de conteúdo e

plataformas não podem ignorar toda a legislação existente, que prestigia a pessoa do autor, e não somente a sua obra: o “parâmetro nacional” é antropocêntrico, e tem o ser humano criador no centro de toda a produção intelectual e da sua consequente proteção. Esta é também a ideia presente na Alemanha, Espanha, Itália, dentre outras nações.

Finalmente, considera-se neste foco dos direitos conexos a atual diretiva europeia de 2019, que desatualiza, em certa medida, os demais diplomas mundiais instrutórios da disciplina, pelo que serve de referencial para as empresas do ramo em escala mundial; A Comunidade Europeia, como não podia deixar de ser, recomendou maior transparência, e retribuições e pagamentos mais justos, pois persiste a ideologia da defesa ao/do débil, ao/do fraco na relação, ao/do hipossuficiente, e ao/do legítimo detentor do direito frente aos grandes produtores fonográficos (*big labels*), inexistindo ultimamente um novo direito;

Ou seja, é preciso que se entenda o que de fato acontece. Por exemplo, nos Estados Unidos, protege-se a cópia; Aqui, ao ser ouvido o fonograma através de *streaming*, não se considera cópia, mas é utilização, e é princípio notório do direito autoral o recebimento de remuneração por obras, disponibilizadas pelos diversos meios, inclusive via streaming ou novos meios telemáticos ou digitais;

A Comunidade Europeia, buscando atualizar a legislação existente, aumentou recentemente a proteção aos direitos autorais e conexos no âmbito digital, além de tratar dos aspectos relacionados à remuneração dos seus criadores. Proposta em 2016 pela Comissão Europeia, foi objeto de debates no Conselho Europeu desde então, tendo sido aprovada pelo Parlamento Europeu em março de 2019. E, em 15 de abril de 2019, o Conselho da União Europeia adotou a diretiva em votação dita majoritária. Doravante, os Estados-Membros da União Europeia terão exatos 2 anos após a publicação da Diretiva para “incorporá-la” a sua legislação, de acordo com o mecanismo “comunitário” da transposição;

Nesse sentido, Ferrari e Valério (2019) comentam que a normativa reflete um resultado positivo do esforço europeu havido para a modernização das normas relativas aos direitos autorais e conexos, integrada ao amplo projeto denominado Mercado Único Digital - um setor previsto no Mercado

Único Europeu que abrange o marketing digital, o comércio eletrônico e as telecomunicações – e que tem por objetivo um maior destaque do mercado europeu como líder na economia digital, em preparação para a atual Agenda Digital Europa 2020, e na referência das metas de desenvolvimento dito sustentável da Agenda Mundial 2030;

Seguem os autores ressaltando os impactos dos arts. 15, 17, 18 a 19, no entretenimento, já que o art.15 preconiza a remuneração aos detentores de direitos autorais de matérias jornalísticas, em virtude do compartilhamento de parte substancial destas obras em plataformas; E o art. 17, já aplicado pelas plataformas e websites, obriga as plataformas digitais, que permitem compartilhamento de conteúdos por seus usuários, a se responsabilizarem pela obtenção das autorizações para conteúdos protegidos por direitos autorais que sejam nelas disponibilizadas: na falta dessa autorização, a própria plataforma deverá responder civilmente pela comunicação não autorizada do conteúdo, salvo se cumprir certos requisitos de mitigação, ou no caso de tratar-se de plataforma que não conte com determinado volume de receita ou número específico de usuários únicos mensais.

Nesse sentido, além da autorização, o ponto fundamental abordado nos arts. 18 a 22 foi a remuneração justa e proporcional devida aos autores e artistas em contratos de licenciamento de obra, versando claramente sobre a obrigação e o dever de transparência quanto a atualizações anuais sobre os chamados usos de exploração, e seus rendimentos.

A Diretiva abordou ainda o importante tema de acesso ao conhecimento, e a prospecção de textos e dados ("*text and data mining*"), trazendo provisões sobre a utilização de material protegido por organizações de pesquisa científica (universidades e institutos de pesquisa) e instituições responsáveis pelo patrimônio cultural (como bibliotecas, museus e arquivos de acesso público).

Ademais, a Diretiva inevitavelmente buscou maior harmonização da legislação no âmbito europeu, aplicável ao direito de autor e direitos conexos, tendo em conta, em especial, as utilizações digitais e *transnacionais* de conteúdos protegido; dessa forma, não zela apenas pelas obras, como também pela concorrência leal e um mercado único integralmente justo, e por uma maior e conseqüente segurança jurídica, elevando o padrão

de proteção aos direitos atrelados à criação de conteúdo, e diminuindo o chamado “*Value gap*” entre estes direitos individuais de autor e conexos, e as grandes plataformas digitais.

### 2.3 A Posição do STJ sobre o tema

O alargamento do conceito de execução pública e de público, ocorrido no julgamento havido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2ª seção, decidiu pelo provimento do recurso especial - REsp, a favor do ECAD, em um apelo que tratava da cobrança de direitos de execução pública da Oi FM via internet, que perdeu por oito votos a um divergente (Ministro Marco Aurélio Bellize); Os ministros daquela turma entenderam que o ECAD pode cobrar direitos autorais pela execução de músicas via internet através do serviço de *streaming*. O ECAD recorreu de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia considerado indevida a cobrança pela retransmissão da programação da Oi FM em *streaming*.

No Superior Tribunal, a sentença de piso restou reformada; A interpretação do relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, é no sentido de que a execução de músicas pela internet está sujeita à exigência de prévia autorização e pagamento de direitos autorais, porque se trata de execução pública, e “considerar que a execução de músicas na internet não é ato de execução pública, pode trazer prejuízos aos autores das músicas”. Nesses termos, o relator observou que o público se modificou ao longo dos tempos e anos, e que, mesmo um indivíduo sozinho deve ser tido como público, no sentido coletivo do termo, ao acessar uma obra em sua casa, pelo que a execução se efetiva pelo ato do provedor e não do usuário.

Percebe-se que a decisão do Tribunal Superior seguiu no mesmo sentido da diretiva europeia; O acórdão restou embasado no art. 29, incisos VII, VIII, “i”, IX e X, da Lei nº 9.610/1998, e considerou que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito. A decisão ainda continuou sob os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, sendo possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as



obras musicais e fonogramas são sim transmitidos, e que a Internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se a execução como pública.

Ainda, concluiu de forma sistemática, consoante a lei autoral nacional, que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração do local como de frequência coletiva. E que, esta frequência coletiva é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora, no ambiente digital, que pode, a qualquer momento, acessar os acervos e arquivos ali disponibilizados. Ou seja, considerou que, no ambiente digital, o que caracteriza a execução pública de obra musical é a sua disponibilização decorrente da transmissão considerada na internet, tendo em vista o alcance potencial do número indeterminado de pessoas. Nesse sentido então, basta a disponibilização da obra para que o seu uso ocorra em sede de execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais diretamente pelo ECAD. Finalmente, atribuiu ao agente arrecadador, a discricionariedade de fixação de preço conforme parâmetros definidos em assembleia regular deste órgão coletivo (RESP 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017).

A decisão do STJ, a primeira que versa sobre a disciplina dos direitos conexos e o correspondente pagamento por execução pública em plataformas digitais, aclarou tudo que já se houvera dito acerca da necessidade de pagamento dos direitos patrimoniais autorais pelas grandes plataformas, inexistindo qualquer fundamentação para tal exclusão por que o sistema brasileiro é nomeadamente em prol da defesa dos direitos de autor e conexos;

Assim, da forma como o mercado atual está conformado, as empresas infringem sobremaneira o princípio do aproveitamento econômico da obra, em diversos sentidos, mas, sobretudo, o direito do intérprete em ter tal aproveitamento bem como que receber as prestações de contas pontuais sobre a utilização da sua obra.

Conforme assevera Pimenta (2004, p. 412), discorrendo sobre esse aproveitamento econômico-financeiro, fiscalização da obra e prestação de contas, "O intérprete tem o direito de fiscalizar o aproveitamento econômi-

co de suas obras. Deste valor primaz, temos diretamente os subprincípios de generalidade fixados pela lei de direitos autorais”: ou seja, o princípio da fiscalização do aproveitamento econômico, e o princípio da prestação de contas; Nesse sentido, tem-se que se uma rádio tradicional executa uma obra e não paga os direitos autorais dos compositores, intérpretes e músicos, provavelmente existe algum problema com o cadastro da obra, ou talvez a obra tenha ficado retida no escritório central, ou existe alguma ação judicial em curso, já que o pagamento dos direitos de transmissão é pontual devido;

Por fim, sobre a violação aos direitos de autor no espaço da internet ou cyber espaço, Oliveira Ascensão assevera que o princípio da territorialidade é a base do direito do autor para a delimitação do direito exclusivo (ASCENSÃO, 2002). Essa mesma territorialidade traduz as circunstâncias e o local para a punibilidade penal, mesmo no contexto das TIC’s e da radiodifusão; O STJ, ao aceitar e assumir a execução pública num maior sentido, equipara estes provedores e plataformas às empresas de radiodifusão, de alguma maneira, pois as leis são territoriais, e a internet cruzou e suplantou as fronteiras geográficas e físicas; Frisa o autor que “torna-se possível, dada a grande facilidade de deslocalização dos servidores, colocá-los nos âmbitos dos países mais tolerantes nestes domínios, ameaçando assim, tornar letra morta a proteção mais intensa outorgada noutros países.” (ASCENSÃO, 2002) E é nesse sentido que se entende a devida proteção dos direitos autorais e conexos, primordialmente considerando-se a referência internacional da Diretiva recente;

## **2.4 Como funcionam as plataformas e o sistema *streaming***

é inegável que com o *streaming* ocorre o aumento exponencial da velocidade e qualidade de acesso para ouvir música e assistir vídeos na internet. A jornalista Mariana Coutinho (2013) define pontualmente o *streaming* como uma forma de transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo através de redes, serviço através do qual é possível assistir filmes ou escutar músicas sem ter que baixá-los ou fazer o *download* dos mesmos, resultando numa forma mais célere, quase que instantânea, de ter acessibilidade a esses conteúdos digitais.

Escreve Patrícia Araújo, para o site *Música Copyright e Tecnologia (MCT)*, que apesar do crescimento record de US\$11 bilhões na arrecadação de direitos autorais para criadores de música, audiovisual, artes visuais, teatro e literatura, a receita no digital continua abaixo do esperado devido ao *Value gap* - baixas taxas de royalties pagas pelo *Youtube*, como apontado no novo relatório da CISAC (ARAÚJO, 2018). Comenta-se ainda que a plataforma musical *Spotify* remunera 3 vezes melhor que o *Youtube*. A matéria explica que isso acontece porque o *Youtube* está sujeito ao mecanismo legal do *Safe Harbor*, que possibilita o pagamento mínimo pela exibição dos vídeos. Segundo a reportagem, a agência mundial de direitos digitais confirma o crescimento dos streamings de música e áudio, em contraposição aos serviços de vídeos do *Youtube*, em uma taxa de mais de 3 para 1 (3 x 1). Finalmente, o quanto pagam é a grande questão, e espera-se que, com a vanguarda e o embasamento trazidos pela nova Diretiva Europeia, a remuneração aos autores, em escala mundial, seja feita de forma pontualmente justa e razoável, pautada na segurança jurídica;

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É muito importante para o contexto brasileiro o recente contexto da Comunidade Europeia, com os seus Estados-membros adaptando suas leis internas no sentido da normativa protetiva dos direitos conexos, já que o sistema jurídico nacional assemelha-se muito ao europeu, notadamente ao francês no que tange aos direitos autorais, e, finalmente, não há por que se rechaçar o disposto na/pela diretiva nem há por que se buscar o desatualizado sistema do *copyright* americano.

Vale ainda frisar que, à época do acordo TRIPS, a intenção era salvaguardar as criações relativas às patentes medicamentosas, em defesa das indústrias farmacêuticas alienígenas, com seus elevados custos de pesquisa, e que por isso, os demais direitos como os conhecimentos tradicionais, salvaguarda da música, artesanato, e direitos culturais e imateriais desta monta ficaram totalmente em segundo plano. Assim, não há que se alargar qualquer direito em benefício das grandes multinacionais extremamente lucrativas, que vivem de publicidade e patrocínios, não se devendo relativizar quaisquer tipos de direitos, sejam eles da personalidade, autorais ou conexos.

Não se pode falar em mercado justo e segurança jurídica se todo este faturamento não beneficiar a mola propulsora de toda esta cadeia produtiva, que é justamente o autor, onde está o começo de toda a criação da obra artística, literária e musical. Estas empresas precisam chegar aos países em desenvolvimento fazendo um “jogo” claro e lançando mão de estratégias legais e transparentes: não podem forçar ou tentar sempre a criação de brechas e lapsos temporais nas quais utilitariamente se capitalizam, resistindo às legislações locais e aos pagamentos pontuais das retribuições devidas decorrentes de direitos consolidados, e saírem incólumes sem pagar os valores cabíveis aos autores.

A Europa, em bloco, garante não apenas segurança jurídica, mas propicia o estímulo aos geradores e criadores de conteúdo artístico, literário, musical, e o Superior Tribunal de Justiça age da mesma forma por aqui ao decidir pela remuneração justa dos direitos conexos nos serviços de streaming, adotando um posicionamento mercadológico funcional e eficiente no âmbito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABRAMUS. Disponível em: <<https://www.abramus.org.br/musica/musica-noticias/15550/acordo-youtube/>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

ARAÚJO, Patrícia. Digital Music News, de 12 de junho de 2018, intitulada GRAVADORA INDIE DIZ: SPOTIFY ESTÁ PAGANDO 3x1 MELHOR QUE O YOUTUBE (Indie Labels Say Spotify Is Paying 3X Better Than YouTube, título traduzido pela autora). Disponível em: <<http://mct.mus.br/tag/value-gap/>>. Acesso em: 9 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. NOVO RELATÓRIO DA CISAC CONFIRMA ARRECADAÇÃO U\$11 BILHÃO EM ROYALTIES E APONTA O YOUTUBE COMO O MAIOR VILÃO NO MERCADO DIGITAL. Disponível em: <<http://mct.mus.br/tag/value-gap/>>. Acesso em: 9 nov. 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **DIREITO AUTORAL**. 2ª Ed. Refundida e Ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **DIREITO DA INTERNET E DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **CONTORNOS ATUAIS DO DIREITO DO AUTOR**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA NETTO, J. C. C. **DIREITO AUTORAL NO BRASIL**. Editora FTD S/A, 2008, SP.

COUTINHO, Mariana. SAIBA MAIS SOBRE STREAMING E A TECNOLOGIA QUE SE POPULARIZOU NA WEB, de 27 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/conheca-o-streaming-tecnologia-que-se-popularizou-na-web.html>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

FERRARI, Daniela; VALÉRIO, Ygor. NOVA DIRETIVA EUROPEIA DE DIREITOS DE AUTOR. Copyright 2019 by Ltahub Serviços de Consultoria em Tecnologia da Informação Ltda, 2018.

SOUZA FILHO, Demócrito Ramos Reinaldo. **RESPONSABILIDADE POR PUBLICAÇÕES NA INTERNET**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUSIC BUSINESS WORLDWIDE, de 15 de abril de 2019 (Universal Music fatura 10M por dia com streaming no início de 2019, original em inglês, título traduzido pela autora). Disponível em: <<https://www.musicbusinessworldwide.com/universal-getting-close-to-generating-10m-per-day-from-streaming-services/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

PIMENTA, Eduardo. **PRINCÍPIOS DE DIREITOS AUTORAIS**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS AUTORAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS. In: COSTA NETTO, José Carlos (coord.). **DIREITO AUTORAL ATUAL**, Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2015.

UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/6100>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

# »»» O NOVO NORMAL DA LIVE STREAMING E AS NUANCES DA ARRECADAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NA MÚSICA

Fernanda Rangel<sup>1</sup>  
Yasmin Condé Arrighi<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho tem como objetivo analisar de quais maneiras a pandemia da COVID 19 vem, impactando a arrecadação de direitos autorais no Brasil, em especial os direitos de execução pública musical e de reprodução. Observa-se o crescimento do uso do ambiente digital, em especial por meio de “lives”, em diversas plataformas de vídeo online. Após uma breve revisão dos conceitos básicos da disciplina, em particular da posição central que a pessoa física criadora da obra intelectual ocupa no sistema de proteção autoral, o artigo descreve o papel Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), das associações de gestão coletiva e da União Brasileira de Editoras de Música (UBEM), para entender o ecossistema por trás da arrecadação e distribuição de royalties. A pesquisa conclui que este campo há de ser discutido e revisitado, a fim de manter o equilíbrio econômico das relações entre os diferentes agentes desse mercado.

**Palavras-chave:** direito autoral, live, ECAD.

## INTRODUÇÃO

O surgimento do direito autoral no Brasil se deu no início do século XIX. Em 11 de agosto de 1827, a lei que estabeleceu, para professores dos

---

<sup>1</sup> Tem experiência na área de Direito Cível e na Propriedade Intelectual, com ênfase em no contencioso estratégico, Direito Processual Civil, Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor e Propriedade Intelectual. Especialista em contratos, responsabilidade civil e direito do consumidor. Possui pós-graduação em responsabilidade civil e direito do consumidor e Direito da Mídia e do Entretenimento e graduação em direito pela Universidade Cândido Mendes (2010). Pós-graduanda em Propriedade Intelectual na PUC- Rio.

<sup>2</sup> Especialista em Direito do Entretenimento pela UERJ. Possui graduação em Direito pela IBMEC (2016) e filosofia pela UERJ (2018).

cursos jurídicos, um direito exclusivo, válido por dez anos, sobre os livros por eles escritos. Nos dias de hoje, a matéria é regulada pela Lei 9.610/1998, a chamada Lei de Direitos Autorais (LDA) que regula esta esfera do direito da propriedade intelectual.

Inicialmente, em nosso capítulo 1, fizemos uma introdução ao tema do artigo, e para isso, é necessário fazer a distinção entre direitos autorais e conexos, que são direitos ‘vizinhos’ aos autorais propriamente ditos. Enquanto os primeiros se relacionam a uma criação em si, independente, que existe por conta própria, os direitos conexos se referem à sua interpretação e execução, por exemplo. Enquanto os titulares originais de direitos autorais são os autores, os de direitos conexos são os artistas – sejam intérpretes ou músicos executantes –, além dos produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão.

Também a título introdutório, diferenciaremos os direitos morais, que são inalienáveis, irrenunciáveis e decorrem do vínculo personalíssimo entre o autor e sua obra, dos direitos patrimoniais do autor, disponíveis, que podem ser licenciados ou cedidos, em parte ou totalmente. São justamente estes direitos patrimoniais que possibilitam a exploração econômica da obra. Não há restrição quanto às formas de utilização e exploração das criações autorais pelo autor ou titular, mas sua exploração por terceiros requer autorização prévia e expressa.

No capítulo 2, abordamos o conceito de execução pública em local de frequência coletiva a fim de explicitar essa modalidade de utilização da obra musical. Na sequência, no capítulo 3, apresentamos o surgimento da tecnologia do *streaming* em plataformas digitais, hoje reconhecida como modalidade de execução pública, dado que a internet é local de frequência coletiva, conforme julgado do STJ. O crescente engajamento do público com essas plataformas no período da pandemia trouxe o aumento significativo das *lives*, inclusive patrocinadas, deixando lacunas em relação à arrecadação dos direitos autorais nesse novo contexto.

Adentrando o foco principal do artigo, no capítulo 4, analisamos especificamente como as *lives*, enquanto espetáculo ao vivo, se inserem no conceito de execução pública, e no capítulo seguinte, abordamos as implicações jurídicas da fixação da *live* e sua disponibilização na plataforma, como vídeo-sob-demanda, para que possamos diferenciar as características de cada momento.

Por fim, o último capítulo reflete sobre as cobranças, tanto pela UBEM quanto pelo ECAD, referentes à inserção de publicidade nas *lives*. Assim, questiona-se o fato gerador dessa cobrança, já que, existe um acordo com a plataforma digital e o ECAD.

## 1 DIREITOS AUTORAIS NA MÚSICA

O autor, por determinação legal, só pode ser pessoa física, pois o ato de criação deve originar-se de uma “elaboração do espírito”, que é elemento essencial da obra protegida. A LDA, expressamente, dispõe no artigo 11 que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Na visão de Carlos Alberto Bittar, a criação protegida pelo direito autoral é fruto “do impulso psíquico que insere no mundo exterior forma original”. Equivale dizer que a criação é uma expressão humana – “percebida pelo mundo exterior” - criativa e original.

Sendo certo que algumas das atribuições de direitos ao autor – mas nunca a autoria - podem ser estendidas às pessoas jurídicas, excepcionalmente, desde que previstas em lei, conforme art. 11º da LDA.

A autoria é condição primária para a atribuição da titularidade originária sobre os direitos autorais, os quais se subdividem em direitos morais e patrimoniais. Trataremos apenas os direitos patrimoniais do autor neste artigo.

Autoria e titularidade são conceitos distintos. Em sua forma originária, ambos se referem ao mesmo sujeito, o autor. A titularidade, contudo, pode ser transferida para terceiros, que a exercerão, mesmo não detendo autoria. A autoria refere-se à criação da obra, enquanto a titularidade é o poder legítimo de exercer determinados direitos sobre ela. Assim, alguém pode ser autor de uma obra sem ser titular, sem ser “dono” dos direitos autorais sobre esta mesma obra.

A titularidade, condição de legitimidade no exercício dos direitos, pode ser atribuída originariamente ou ser derivada de ato jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*. Em outras palavras, é originária quando é a primeira das titularidades, ao passo que é derivada quando é adquirida posteriormente, **por contrato ou sucessão.**



Assim, se eu componho uma música, eu sou autor e titular originário de direitos autorais. Porém, se você é uma editora musical e adquire de mim os direitos de gravar e comercializar a música, você não se torna autor, mas passa a ser titular (derivado) de alguns dos direitos sobre a obra. A lei de direitos autorais passou por uma modificação recente, decorrente da Lei 12.853/2013. Nesta reforma, foi acrescentado um inciso XIV no artigo 5º, que identifica os titulares originários de direitos autorais ou conexos, e que estabelece o seguinte: “Art. 5º, XIV: titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão”.

Há casos, portanto, em que o titular originário não é nem um autor, nem artista, mas uma pessoa jurídica. Importante lembrar, ainda, que natureza da titularidade, se original ou derivada, não se relaciona necessariamente com o fato de a obra em si ser original ou derivada, uma vez que se pode deter titularidade original sobre uma obra derivada. É o que acontece, por exemplo, no caso das traduções, que são obras derivadas, mas cuja titularidade dos direitos é atribuída originalmente ao tradutor, como deixa claro o artigo 14º da LDA:

Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

A obra derivada se desenvolve a partir de elementos de obras pré-existentes, com as quais mantém um vínculo de continuidade. Ainda que dependente, para sua existência, de outras criações que a precedem, é uma obra própria, única e distinta da anterior. E por isso, o criador da adaptação é seu autor e titular originário.

Como já dito, a legislação regula não só os direitos dos autores, mas também os direitos dos artistas intérpretes e músicos executantes, impulsionados pelas transformações tecnológicas de fixação e transmissão de imagens e sons. Sua importância consiste principalmente em dar vida às obras autorais, adentrar no universo da representação, encenação, interpretação ou execução, tornando-as apreciáveis de uma outra forma.

Há, também, direitos atribuídos a certos agentes que ingressam no sistema autoral por meio da difusão das obras, que entendemos como facilitadores da comunicação entre o autor e o artista e o público. São eles os produtores de fonogramas, que são os responsáveis pela gravação das músicas (fonograma) e os radiodifusores (rádios e TVs), que transmitem as obras em suas zonas de cobertura, em sinal aberto, de livre captação.

Outro ponto que vale abordar são as principais modalidades de utilização dos direitos patrimoniais de obras musicais, todas elencadas no art. 29 da LDA. Tais modalidades são a sincronização, a reprodução e a execução pública, a seguir expostas:

(a) Sincronização – uso de determinada obra musical ou fonograma como parte da trilha sonora de uma produção audiovisual (filmes, novelas, peças publicitárias, programação de emissoras de televisão, etc.) ou de uma peça teatral. Quando se trata do uso apenas da obra musical, em geral a responsabilidade pela autorização recai sobre a editora musical, a menos que o autor da obra seja independente. Já quando se trata da utilização do fonograma, a administração é da gravadora (ou “selo”).

(b) Reprodução – utilização da música por meio de cópias, podendo tomar a forma de CDs, DVDs, downloads, etc. Para imprimir ou copiar exemplares de uma obra, mesmo em versões digitais, será, em princípio, necessário obter direitos de reprodução;

(c) Execução pública – referente à execução de obras musicais em locais de frequência coletiva, por qualquer meio ou processo, inclusive pela transmissão, radiodifusão e exibição cinematográfica. Esse direito é exercido coletivamente pelos titulares, que se valem de associações (por vezes chamadas, impropriamente, de “sociedades”) de gestão coletiva, que por sua vez são associadas ao Ecad, órgão de arrecadação central.

## 2 A EXECUÇÃO PÚBLICA

A definição legal de “execução pública musical” é dada pelo 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 radio-difusão ou transmissão por qualquer modalidade**, e a exibição cinematográfica. (Grifo nosso).

O conceito de “local de frequência coletiva”, por sua vez, está disposto 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)

Tais definições 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.

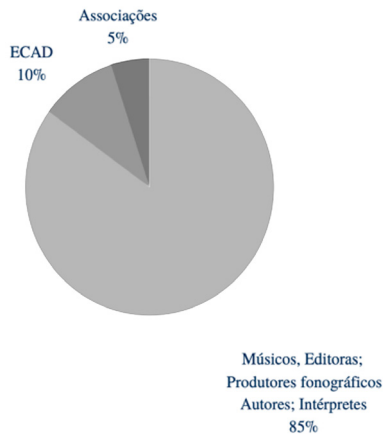
É importante lembrar, antes de tudo, que a decisão do STJ, no julgamento do Recurso Especial de n.º 1.559.264, alargou os já extensos conceitos de “execução pública” e “local de frequência coletiva” anteriormente estabelecido. A enumeração dos locais de frequência parágrafo 3º do art. 98 da LDA compõe um “rol” a englobar qualquer local de “trânsito de pessoas” onde se execute obras musicais. 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. 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.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> BRASIL. STJ. Resp. nº 1.559.264(Relator Ministro Villas Boas Cueva).

Os direitos autorais da execução pública ocorrida na plataforma digital são arrecadados, exclusivamente, pelo ECAD, a associação das associações de titulares de obras musicais e fonogramas, 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”.

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. Veja-se como uma forma de comunicar o trabalho protegido pelo direito autoral ao público, como são a apresentação ao vivo, a transmissão de rádio, a transmissão via cabo e, também, a disseminação por meio de plataformas digitais, como o *streaming*. Vale consignar, que a distribuição dos valores arrecadados acontece da seguinte maneira.<sup>4</sup>



<sup>4</sup> [https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento\\_de\\_distribuicao.pdf](https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento_de_distribuicao.pdf)

Acerca da necessidade de instituições responsáveis pela gestão coletiva de direitos, Antônio Chaves assegura:

“Dada a rapidez com que se organizam e movimentam os modernos meios de comunicação é-lhes praticamente impossível pedir, de cada vez, a permissão de quantos tomaram parte, por exemplo, na confecção de um disco: autores da letra e da música, da adaptação, músicos acompanhantes, eventualmente chefe e componentes de uma orquestra ou de um coro, e tornando-se verdadeiramente insolúvel o problema quando alguns deles tenham falecido sem que se saiba ao certo se, quantos e onde deixaram herdeiros. Por isso mesmo é que nos países mais adiantados autores e artistas se reúnem em associações que a todos representam e defendem, organismos indispensáveis – já tivemos oportunidade de consignar – para o exercício do direito de execução e de representação, suprindo as inevitáveis deficiências dos interessados no que diz respeito a controle e cobrança das públicas execuções e representações de trabalhos protegidos, especialmente musicais. A complexidade das relações da vida moderna impõe aos titulares de direitos de autor, nacionais e estrangeiros, que se façam representar por uma entidade encarregada de conceder tais licenças, e de receber e repartir as quantias decorrentes do exercício do direito”.

A possibilidade de associação dos titulares e os princípios que regem o recolhimento da execução pública estão previstos no art. 98 da LDA, do qual destacamos os seguintes dispositivos:

“Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013)

(...)

§ 2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razo-

abilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

§ 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

(...)

§ 6º 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 as 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. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

§ 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

(...)

§ 9º As associações deverão disponibilizar sistema de informação para comunicação periódica, pelo usuário, da totalidade das obras e fonogramas utilizados, bem como para acompanhamento, pelos titulares de direitos, dos valores arrecadados e distribuídos. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013);

(...)"

### **3 TECNOLOGIA DO STREAMING NAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Atualmente, com a nova era das plataformas digitais, observou-se uma grande transformação econômica trazida pela conectividade entre os produtores de conteúdo e usuários/consumidores. São essas empresas que

criam uma infraestrutura para que as transações entre criadores de conteúdo e consumidores ocorram agregando valor a essas trocas.

Em “Plataforma: a Revolução da Estratégia”, Marshall W. Van Alstyne e Sangeet Poul Choudary ponderam sobre as mudanças trazidas pelas plataformas digitais nos diversos setores mercadológicos, fazendo um questionamento interessante:

Como uma empresa iniciante, sem quaisquer recursos tradicionalmente considerados essenciais para sobreviver, consegue, em questão de meses, invadir, conquistar e, às vezes, até dominar todo um ramo de atividade? E por que isso vem acontecendo com tanta frequência, no mais diversos setores?“. E a resposta dada é “o poder da plataforma - um novo modelo de negócio que usa a tecnologia para conectar pessoas, organizações e recursos em um ecossistema interativo, no qual podem ser criadas e trocadas quantidades incríveis de valor.”.

Nesse contexto, as plataformas digitais começaram a utilizar a tecnologia de *streaming*, integrando-se à infraestrutura de negócios do setor cultural. O termo *streaming* vem do inglês “stream”, que significa uma corrente de água. Essa tecnologia tem exatamente essa ideia: um “fluxo contínuo”, não de água, mas de dados.

A tecnologia do streaming utiliza um fluxo de dados de um servidor, através do disparo contínuo de qualquer conteúdo, inclusive audiovisual, que são captados e carregados em trechos contínuos, sem interrupções. A ideia central é que o servidor e o player sejam colocados como um time, fazendo com que os dados sejam transmitidos em tempo real e sem o **download** do conteúdo. Desta forma, o formato de uso que verificamos no streaming, se divide em duas modalidades: não interativo e interativo (*on demand*).

O *streaming não interativo* é aquele que a interatividade é nula ou quase isso. É o modelo que se aproxima muito das rádios tradicionais, onde o usuário não possui liberdade de escolha do que deseja ouvir ou ver. É o que ocorre com o chamado *simulcasting*, quando uma rádio online reproduz, simultaneamente, um programa que está sendo transmitido via radiodifusão.

A segunda modalidade diz respeito ao *streaming interativo*, também chamado de streaming *on demand*, onde o usuário pode iniciar a transmis-

são da obra quando quiser, como se dispusesse do conteúdo. É onde se enquadra o chamado *webcasting*, que é a modalidade que se enquadra as principais plataformas de *streaming*. Há, ainda, o podcasting, que consubstancia modalidade de publicação de arquivos de mídia digital (áudio, vídeo, foto, PPS, etc.) pela internet, mediante o feed RSS, que permite aos utilizadores acompanhar a sua atualização.

Desse modo, a transmissão de obras musicais e fonogramas via plataforma digital, independentemente da tecnologia de transmissão adotada, é uma forma de execução pública em local de frequência coletiva, nos termos dos arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral. E o *streaming* é, atualmente, o grande expoente tecnológico dentre as diversas modalidades de usos digitais, tanto em volume de acessos (“views” ou “plays”), como em valores de pagamento dos direitos autorais.

Em geral, as plataformas precisam adquirir dois grandes grupos de direitos sobre as músicas: o direito de reprodução (para reproduzir cópias digitais, realizar o armazenamento em base de dados e a distribuição digital da obra e, tipicamente, do fonograma) e o direito de execução pública (para realizar a transmissão desse conteúdo em local de frequência coletiva, como é a internet).

O direito de reprodução na plataforma digital é arrecadado diretamente pelas agregadoras e por algumas associações de gestão coletiva, enquanto o direito de execução pública é arrecadado pelo ECAD que, por imposição legal, arrecada e distribui os valores correspondentes para as associações de gestão coletiva, que por sua vez os distribuem para os respectivos titulares.

## **4 LIVES - EXECUÇÃO PÚBLICA “PURA” OU OBRA FIXADA**

A pandemia do novo coronavírus acarretou, devido à necessidade de evitar aglomerações, o distanciamento social. Vários setores foram atingidos por essa conjectura, inclusive o da cultura. Diante desse momento tão delicado, os artistas “recriaram” uma maneira de apresentação de sua música e de interação com o público, causando o “boom” das *lives*. A *live* é uma forma transmissão ao vivo por mídias sociais ou outras plataformas digitais que já



existia antes da pandemia. O YouTube, por exemplo, está disponível no Brasil desde 2011. Mas não na escala atual.

O acesso à *lives* é, muitas vezes, gratuito para o usuário final, o que não afasta a cobrança de direitos autorais. O mesmo acontece no show ao vivo presencial sem cobrança de ingressos, conforme precedentes relacionados aos festejos populares de rua, como carnaval e festa junina. Já há muito tempo o STJ considera que os titulares dos direitos autorais e conexos devem ser remunerados pelo uso de suas obras nesses casos, mesmo não havendo cobrança de ingressos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. EXECUÇÃO PÚBLICA DE MÚSICAS. MUNICÍPIO. PAGAMENTO. FESTA DE CARNAVAL. ANO DE 2000. LEI 9.610/98.

(...) 2. “A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.”<sup>5</sup>

Como já exaustivamente dito aqui, a *live*, enquanto transmissão ao vivo da obra, é entendida como execução pública. Caso seja “fixada” na plataforma digital, contudo, surge um outro uso da obra: a reprodução. A permissão para utilização da obra na execução pública pelo autor não implica, automaticamente, em anuência para gravação da obra musical, sua disponibilização permanente na plataforma ou sua sincronização em uma obra audiovisual derivada da *live*.

Uma vez que a *live* acaba, encerra-se o fator “ao vivo” da transmissão, e aquele conteúdo se torna uma obra audiovisual, que pode ser publicada ou não pelos titulares de direitos. Sendo um vídeo fixado, ou seja, publicado e disponibilizado dentro da plataforma digital, ele passa a ser um vídeo sob demanda (também conhecido como VOD), sujeito a outras regras, que afetam outros direitos.

<sup>5</sup> BRASIL. STJ. REsp 524.873/ES, rel. ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22.10.03, DJ 17.11.03, p. 199) - (STJ, AgRg no Ag 1363434 / PR, relator ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em 28.06.11).

Esse vídeo fixado no suporte material pode se tornar obra audiovisual autônoma, realizada a partir gravação da *live*, que pode conter ainda diversos elementos criativos além das música (p. ex.: leituras de textos, comentários de humor, pausas, interações com os internautas, propagandas). É possível isolar os trechos que contenham música, que poderão se transformar em fonograma, com seu devido registro de ISRC.

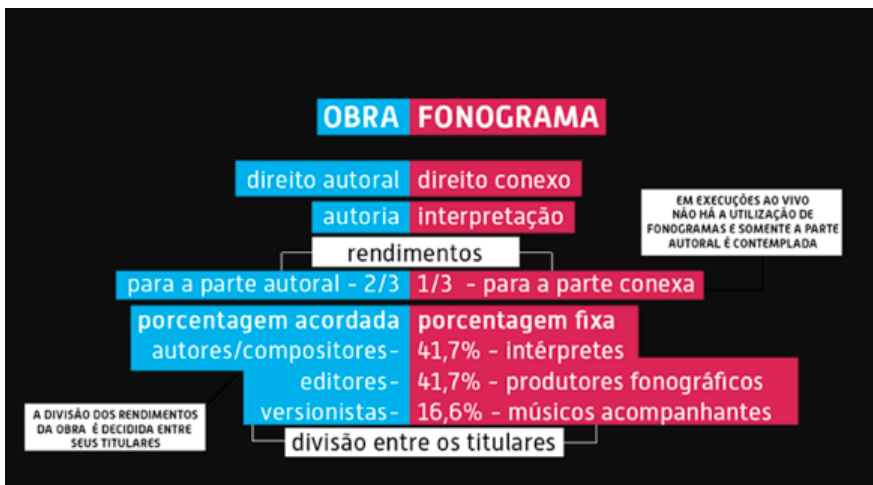
Seria importante, neste ponto, apontar alguns pontos comparativos entre o show presencial e a *live*. A principal semelhança desses eventos de entretenimento é que tanto no show (espetáculos musicais presenciais realizados em ambientes físicos abertos/fechados realizados para determinada quantidade de ouvintes) quanto na *live* (transmissão ao vivo via plataforma digital), ocorre a utilização de obras musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva. No entanto, a forma de arrecadação dos valores referentes à exploração da obra musical no show ao vivo, também chamada de performance, é distinta da exploração da obra musical no streaming, já que além da execução pública, há também a reprodução do fonograma.

Portanto, vale dizer que, ao gravar uma música, todos os participantes, 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 **fonograma** deverá 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. Atualmente, a UBC é a única associação de gestão coletiva que oferece a seus filiados a geração do código de ISRC online. No momento em que nasce o número do fonograma, o responsável deverá enviar para sua respectiva associação de gestão coletiva para que esta realize o cadastro no ECAD.

A divisão dos direitos conexos referentes ao fonograma se baseia no Regulamento de Distribuição dos direitos autorais de execução pública da UBC, [C1] especialmente art. 12:

“Art. 12 – Os valores arrecadados pelo Ecad, serão repartidos obedecendo a proporção 66,67% para titulares de direitos de autor e 33,33%

para titulares de direitos conexos, tanto nos casos de distribuição feita de forma direta como indireta, exceto no caso de shows, eventos musicais, música ao vivo em locais de frequência coletiva, quando não há execução de fonogramas, portanto, destinase o total a ser distribuído para titulares de direitos de autor.”



O Regulamento de Distribuição da UBC, em seu artigo 4º, define “execução musical ao vivo” como “execução pública musical em que não há utilização de fonograma ou videofonograma”. Já “execução musical mecânica” é “a execução pública musical em que há utilização de fonograma ou videofonograma”.

Em relação à arrecadação e pagamento dos valores dos direitos autorais há duas modalidades de clientes e graus de utilização previstas pelo

ECAD, que são os clientes permanentes e eventuais: clientes permanentes são aqueles que executam continuamente obras publicamente e coletivamente em seu estabelecimento comercial e em contrapartida, os eventuais não praticam habitualidade na execução de músicas. E ainda, em seu regulamento, estipula o grau e habitualidade de utilização das obras e fonogramas e classificando-os:

#### Grau de utilização

<b>Baixo</b>	até 25% do período total de seu funcionamento.
<b>Médio</b>	acima de 25% e até 75% do período total de seu funcionamento.
<b>Alto</b>	acima de 75% do período total de seu funcionamento.

No show ao vivo, a distribuição dos valores arrecadados das obras musicais executadas é feita pela forma direta com pagamento mensal, como previsto no artigo 18 do regulamento de distribuição da UBC. Enquanto que nas mídias digitais pode variar entre distribuição direta e indireta. Temos as seguintes subdivisões: internet show, que tem como base a distribuição direta, a internet simulcasting que se dá por meio da distribuição indireta por amostragem e os demais na internet, que apresentam este mesmo formato que se dá através da amostragem. Vejamos nos casos de transmissões ao vivo:

#### 1.4) Transmissão através de simulcasting

	<b>Rádio Comercial, Educativa ou Jornalística</b>	<b>Rádio Comunitária</b>	<b>TV Comercial</b>	<b>TV Educativa</b>	<b>TV Pública</b>
Emissoras que operam em Broadcasting	10% sobre o valor da tabela de preços de Rádio, por mês.	10% sobre o valor da mensalidade devida, por mês.	10% sobre o valor de mensalidade por mês.	10% sobre o valor de mensalidade, com o mínimo de 1 UDA por mês.	10% sobre o valor de mensalidade por mês.
Shows ao vivo	10% do valor do direito autoral devido pelo evento físico.				

### 1.5) Transmissão de eventos musicais por meio da internet

Período	Comercial	Institucional/Promocional
Eventual (disponibilização posterior, por tempo determinado e inferior a um mês)	5% da receita bruta, com o mínimo de 50 UDAs, por mês.	20 UDAs por mês.
Shows ao vivo (transmissão simultânea)	7,5% da receita bruta, com o mínimo de 75 UDAs, por mês.	35 UDAs por mês.

**Observação:** para os serviços digitais, a assembleia geral do Ecad, conforme os interesses dos titulares por ela representados, poderá autorizar a celebração de contratos, fixando critérios e parâmetros de precificação, respeitados os princípios presentes no Regulamento de Arrecadação.

## 4.1 Live gravada e fixada no suporte digital - criação de fonograma

Uma vez que a live acaba, encerra-se o fator “ao vivo” da transmissão, e aquele conteúdo se torna um vídeo, que pode ser publicado ou não pelo artista. Sendo um vídeo fixado, ou seja, publicado e disponibilizado dentro da plataforma digital, ele passa a ser um vídeo sob demanda, e portanto, sujeito a outras regras e gerando outros direitos de reprodução.

Esse vídeo fixado no suporte material, é a gravação da live completa, que contempla diversas obras e diversos momentos (brincadeiras, pausas, interações com os internautas, propagandas); se fizermos um corte, referente ao trecho de cada música que foi tocada, teremos diversos áudios de músicas tocadas ao vivo, que poderão virar um fonograma, com seu devido registro de ISRC. Como consequência, diante desses diversos cortes, há possibilidade de gerar vários fonogramas (ISRC) dos trechos da live, sendo nestes casos, como se assumisse o formato de um DVD, como qualquer outro, que escutamos no streaming.

O direito de reprodução do fonograma na plataforma digital é recolhido pelas agregadoras, responsáveis pela distribuição digital, ou pelas próprias editoras. Elas são responsáveis também, por gerar o content ID, para

que a obra e o fonograma possam ser localizáveis dentro de certas plataformas, como o Youtube.

Com a disponibilização do fonograma na para as agregadoras, que disponibilizam o conteúdo para todas as plataformas de streaming, através da distribuição digital, o direito de reprodução é arrecadado.

## 5 ARRECAÇÃO DA PUBLICIDADE NAS LIVES PELA UBEM E PELO ECAD

Acima, fizemos uma análise referente a forma de arrecadação e distribuição realizada pelo ECAD a fim de debater o fato gerador da arrecadação realizada pelo ECAD e UBEM nas lives patrocinadas.

No regulamento de arrecadação do ECAD, o artigo 11, parágrafos 1º e 2º, determina que no caso de eventos musicais em que houve cobrança de ingresso, as verbas de patrocínio não serão computadas. No entanto, no caso em que não haja venda de ingresso, as receitas de outra natureza, como publicidade, serão computadas.

Existem as lives com “apoios publicitários/parcerias”, onde tais apoios viabilizam financeiramente a realização daquele evento musical, e as sem apoio de marcas e/ou anunciantes. A publicidade na live pode ser percebida pelo ECAD de três maneiras distintas:

- (a) como patrocínio financeiro a possibilitar o evento;
- (b) como campanha publicitária de uma marca **com finalidade de merchandising através do evento;** e
- (c) como *live* beneficente. Segundo o entendimento do ECAD, a única modalidade que não teria a responsabilidade de realizar o pagamento seriam as lives sem patrocínio e investimento. Todas as outras modalidades deverão efetuar o pagamento específico para lives patrocinadas, que atualmente é de 5%, mesmo que o patrocinador não seja divulgado. Para lives com finalidade beneficente, ou que se valem de parcerias com marcas apenas suportar os custos de produção, há um abatimento de até 50%.

Há questionamentos acerca da legalidade da cobrança. Plataformas como YouTube e outros players do segmento de *streaming* têm, em geral, acordo firmado com o ECAD, com base nos valores arrecadados pela publicidade inserida na plataforma. Isso se aplica a todas as *lives* que na plataforma, independente do modelo ou formato escolhido pelo artista. Da mesma que forma, o YouTube irá reportar o consumo desse vídeo dentro da plataforma, via amostragem, caso a live seja mantida no canal após sua transmissão ao vivo, realizando o pagamento do contrato já firmado. O ECAD tem solicitado aos artistas o envio dos setlist para arrecadação na transmissão ao vivo, via arrecadação direta, mas também, atualmente, efetua a cobrança referente à publicidade de acordo com as três modalidades elencadas acima.

Destaca-se que na live, quando se trata de performance ao vivo, as plataformas digitais não conseguem embutir seus anúncios publicitários, sendo o valor do patrocínio dessa transmissão ao vivo definido pela relação contratual entre a marca e o produtor do evento. Já no conteúdo gravado, ou seja, quando o artista fixa a live em seu canal ou perfil, as plataformas conseguem veicular amplamente as campanhas através do YouTube Ads e do Facebook Ads, como por exemplo, no caso do YouTube, os formatos de anúncios bumper ads, in-stream, video discovery e masthead.

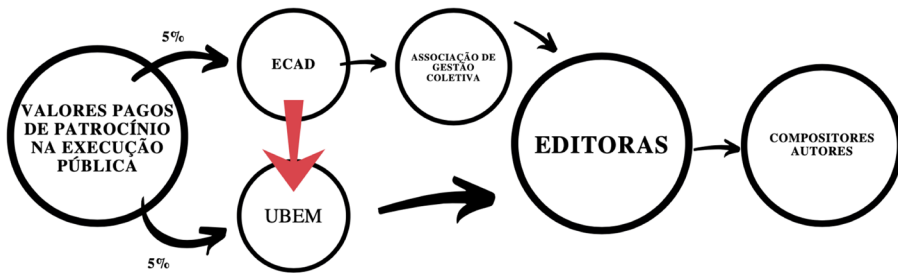
Em relação à arrecadação feita pela UBEM, associação que reúne a maioria das editoras musicais, o percentual cobrado é de 5% do faturamento com anúncios na live. Segundo o entendimento da UBEM, tal arrecadação é justificada pelo fato de que as editoras por ela representada cuidam da liberação de canções para a publicidade, que geralmente custa caro. Há, contudo, editoras não associadas à UBEM e, pelo menos em relação a obras dessas editoras, a UBEM não teria mandato para realizar cobranças.

Mesmo em relação às obras de suas associadas há margem para questionar a cobrança. A analogia da *live* não fixada (ou seja, a *live* efêmera, que é exibida ao vivo e não fica gravada na plataforma) é com o show ao vivo, modalidade de uso que, em regra, não gera cobrança da UBEM, pois não há sincronização ou reprodução, mas apenas execução pública, já cobrada pelo ECAD. Além disso, o art. 98, parágrafo 2 da LDA, exige isonomia em relação a cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.

Todavia, essa arrecadação realizada pela UBEM é direcionada apenas as editoras associadas.

O diagrama abaixo ilustra as cobranças realizadas pelo ECAD e pela UBEM em relação às *lives* patrocinadas:

### ARRECAÇÃO NAS LIVES PATROCINADAS



## CONCLUSÃO

De maneira geral, os titulares de direitos estão insatisfeitos com o como está sendo arrecadada atualmente os direitos autorais, , uma vez que, com o advento das plataformas digitais, e com seu grande crescimento, a remuneração acordada anteriormente não está equilibrada, não existindo um repasse justo dos valores recebidos pelas referidas plataformas.

Os modelos de negócio desenvolvidos no ambiente digital trouxeram elementos novos à reflexão sobre entidades de gestão coletiva de direitos autorais e seus espectros de atuação. Mesmo ante todas as especificidades da internet e suas diversas modalidades, quando se pensa em cadeias econômicas, obras intelectuais e repasse de direitos autorais, há o mesmo impasse e as mesmas necessidades: mínima transparência, aprimoramento da tecnologia e imposição de responsabilidades.

Especialmente para aquele que entrega o conteúdo artístico, ou seja, para o autor que disponibiliza sua obra intelectual e gravação, no caso uti-



lizado como exemplo: a música, faz-se necessário uma prestação de contas fidedigna e adequada. É razoável considerar que a publicidade não pode ser absoluta (ao público em geral) em algumas circunstâncias que envolvam contratos e avenças privadas, no entanto a boa-fé, a clareza e honestidade devem imperar entre as partes envolvidas, razão pela qual a transparência é um valor inegociável, inclusive sob ponto de vista da função social do contrato.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Brasil: Ed. Forense, 2015.

CHAVES, Antônio, Direitos autorais na radiodifusão (rádio e TV). **Revista Forense**, v.284, out/nov/dez/1993, p.448.

PARKER, Geoffrey G., ALSTYNE, Marshall W. Van, CHOUDARY, Sangeet Paul. **PLATAFORMA: A EVOLUÇÃO DA ESTRATÉGIA**

TEPEDINO, Gustavo. A COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE AS OBRAS MUSICAIS E FONOGRAMAS TRANSMITIDOS VIA INTERNET (**Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil** | ISSN 2358-6974 | Volume 6 – Out / Dez 2015); [http://reports.is.ed.ac.uk/areas/itservices/media/podcasting/service\\_definition.shtml](http://reports.is.ed.ac.uk/areas/itservices/media/podcasting/service_definition.shtml); acesso em 29 abr. 2015).

UBC: <http://www.ubc.org.br/Anexos/Regulamentos/REGULAMENTO%20DE%20DISTRIBUIÇÃO%20DE%20DIREITOS%20DE%20EXECUÇÃO%20PÚBLICA.pdf>.

**Lives patrocinadas**. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Paginas/lives-patrocinadas-ecad-perguntas-e-respostas.aspx>.

**Ecad e Ubem fecham acordo com YouTube**: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/9444>.

**Lei 12.853/13**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12853.htm), arts. 99A, caput, 98A, h.

**Lei de Direitos Autorais** (Lei nº 9.610/98); Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm).

**Regulamento da UBC**. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/ubc/regulamentos>.

**Ecad e editoras cobram taxas de direito autoral em lives e irritam produtores.**

Disponível em: [https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/06/\\_108585.php](https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/06/_108585.php).

**Regulamento de arrecadação do ECAD.** Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/Documents/regulamento-de-arrecadacao.pdf>.

**Regulamento de distribuição do ECAD.** Disponível em: [https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento\\_de\\_distribuicao.pdf](https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento_de_distribuicao.pdf).

**Guia do Associado a UBC sobre arrecadação.** Disponível em: <http://www.ubc.org.br/guiadoassociado/arrecadacao#criterio1>.

# A OBRA DE ARTE APLICADA SOB O ASPECTO DA PROTEÇÃO AUTORAL

Ana Luiza Azevedo Pires<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo promove uma reflexão sobre a proteção *sui generis* da obra de arte aplicada, passando pelo entendimento de sua natureza híbrida, simultaneamente técnica e artística. Tem por objetivo compreender a dupla proteção deste instituto, principalmente os efeitos de sua tutela pelo direito autoral a partir da aplicação do critério da originalidade. Mapeando, ainda, o entendimento das legislações nacionais e internacionais acerca do tema, suas consequências jurídicas e o atual posicionamento da jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave:** direitos autorais; direito de autor; obra de arte aplicada; originalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

No início do século XX a indústria se une à arte para atender a um novo perfil de consumidores. Desejando superar uma era de produção industrial em massa que levava à uma geração de produtos idênticos, as formas ornamentais ganharam um novo sentido na criação dos produtos.

O desejo por novos formatos, formas estéticas mais instigantes e menos padronizados e previsíveis fizeram com que a arte recuperasse sua importância na indústria, momento em que esta passou a adotar uma nova variedade de estilos, cores e designs para atender a demanda neofílica<sup>2</sup> do consumidor americano.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, graduada pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Foi integrante do Grupo de Pesquisa em Processos de Comunicação (PESPCOM), certificado pelo CNPq, em que colaborou nas atividades do Laboratório de Pesquisa e Experimentação em Multimídia da Assessoria de Educação a Distância da UFPA (AEDi/UFPA), onde atuou como integrante da equipe de comunicação do Projeto Newton e do projeto de pesquisa jovem e Consumo Midiático em Tempos de Convergência (PROCAD).

<sup>2</sup> Aquele que tem desejo pelo novo. *Vide* Thompson, Derek. Hit makers: como nascem as tendências / Derek Thompson; tradução Ana Duarte. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

De acordo com Thompson (2018) “artistas, uma vez silenciados pelo zumbido das esteiras de montagem cuspidos produtos idênticos, desempenhavam um papel fundamental na nova economia de produção em massa. Designers tornaram-se os magos do sonho consumista americano”.

Essa conjunção gerou um novo modo de perceber e consumir a arte. Entre o começo e meados do século XX Raymond Loewy<sup>3</sup> foi uma figura emblemática para este processo. Loewy desenvolveu projetos que atravessam o tempo, idealizou novos designs de aviões, peças do vestuário, marcas, eletrodomésticos, entre muitos outros.

Assim, além de o produto atender a uma função prática, ele deveria conter elementos esteticamente mais atrativos e originais. Esta prática gerou um grande impacto nas maneiras de consumo da época e continuam até os dias atuais.

De forma geral, os designs utilizados pela indústria são os desenhos industriais<sup>4</sup>, assim registrados e tutelados pela Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96. Não confundir desenho industrial com *desenho* de caráter exclusivamente artístico<sup>5</sup>, diferenciação que será abordada mais à frente.

Contudo, algumas dessas criações podem possuir elementos ornamentais tão originais e inconfundíveis que exercem um papel além do acessório ao desenho industrial, possuindo um caráter artístico diferenciado e destacado do industrial, análogo às obras de arte. Ainda, a relação de sua origem com a do criador/autor também pode agregar o valor autoral à criação. Para diferenciar estas obras do desenho industrial, a legislação as definiu como “obra de arte aplicada”.

Como se sabe, os Direitos Autorais tutelam as criações artísticas, científicas e literárias fixadas em um suporte<sup>6</sup> por meio da lei nº 9.610/98. Por-

---

<sup>3</sup> Designer industrial francês que viveu nos Estados Unidos no começo do século XX e liderou revolucionou as concepções americanas de design a partir deste período.

<sup>4</sup> LPI Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

<sup>5</sup> LPI Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

<sup>6</sup> **LDA 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**

tanto, a obra de arte aplicada seria recepcionada por esta legislação? Esta é a principal questão que o presente trabalho pretende responder em uma breve exposição do direito autoral brasileiro acerca do tema.

## 2 A OBRA DE ARTE APLICADA

A obra de arte aplicada possui uma natureza complexa, por se tratar de uma criação intelectual industrial e artística. Todavia não é exclusivamente nenhuma das duas. Não há distinção evidente e indissociável das naturezas técnica e estética da criação, podendo esta exercer não apenas a função utilitária mas também ornamental, ainda que simultaneamente. Portanto, trata-se de um objeto híbrido, não adquirindo caráter puramente estético, tampouco estritamente utilitário, essas naturezas estão sobrepostas.

Sobre este tema, Maite Moro (2007, p. 319 apud Carretoni, 2017), disserta:

O objeto do desenho industrial nada mais é do que a arte aplicada à indústria, e, por ser possível seu enquadramento como obra, a proteção por direito de autor também pode ser uma opção. Pela dupla natureza que lhes é possível, diz-se que as obras de arte aplicada situam-se na encruzilhada entre a arte e a indústria.

Segundo esta lógica todo produto dotado de traços ornamentais – um design – e passível de aproveitamento/reprodução industrial, poderia ser considerado obra de arte aplicada e protegido pelo direito do autor? A resposta é não.

Ainda que de porte das definições acima, nem sempre é simples fazer essa diferenciação e identificar a obra de arte aplicável. Por vezes uma zona cinzenta permeia esta matéria, havendo conflitos entre os interesses dos tutelados, a classificação das criações e qual o enquadramento legal adequado.

Um ponto de partida mais adequado é entender que no desenho industrial as características ornamentais – o design – tem caráter acessório, funcionando como alegorias para tornar o produto final mais atrativo ao

---

invente no futuro, tais como: INCOMPLETA?????

consumo e/ou prático durante o uso. Contudo, sua criação carece de maior originalidade e caráter criativo no quesito artístico, enquanto que na obra de arte aplicada não é possível esta dissociação.

Para tanto, será preciso entender com mais profundidade o que regula o direito do autor, qual seu objeto, os critérios definidos por ele e como é aplicada a proteção autoral. Para melhor definir o objeto do direito de autor, define José de Oliveira Ascensão, que a obra é “uma criação intelectual exteriorizada” (1977, p. 30 apud Carretoni, 2015):

O direito de autor é, portanto, atrelado à forma de expressão de criações de natureza artística e cultural, sendo a sua proteção reconhecida às obras dentro desse âmbito, desde que de qualquer modo exteriorizadas, independentemente da sua destinação.

Outro aspecto que chama atenção é a presença da palavra *autor*, do qual prescinde a presença do elemento humano. Na perspectiva do direito autoral, a criação demanda necessariamente presença da atividade humana, o que se compreende no *caput* do art. 7º da Lei de Direitos Autorais a partir da expressão “criação do espírito”.

Assim, a figura do autor é imprescindível para que entenda a originalidade da obra, pois se trata de uma criação intelectual pessoal sobre a qual se estende a personalidade do autor. Apenas a partir deste indivíduo, ou destes quando se tratar de obra coletiva ou em coautoria, que será possível obter determinada expressão.

Compreende-se que o processo, as escolhas, as formas são resultado da capacidade criativa individual daquele autor especificamente e que ninguém mais poderia fazê-lo com tal precisão. Havendo, por vezes, a construção de um estilo único que o identifica no suporte, ainda que não haja seu nome ou designação expressa e imediata.

Diversas vezes a principal motivação para o consumo pelo público de determinadas obras está na sua origem, ou seja, no autor. Não à toa empresas do ramo da moda convidam celebrados artistas para compor suas criações em edições limitadas. Utilizando o exemplo das peças de vestuário, pode-se dizer que determinadas criações ultrapassam sua finalidade de ves-

tir quando compreendidas também como a criação de um artista. O mesmo pode ocorrer com os ditos móveis de design.

Acerca do tema diz Cerqueira (2010, p. 656):

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.

Ainda, ensina Túlio Ascarelli (1790, p.615 apud SILVEIRA, 2007, p. 276 “Qual é, então, a diferença com aquelas obras das artes plásticas (protegidas pelo direito do autor) que se exteriorizam em objetos que possuem também uma utilidade funcional própria? (...) Cerâmicas, lustres, tapeçarias, utensílios, gravatas, sapatos ou criações da moda, constituem objeto de uso, mas objetos a respeito dos quais a forma pode apresentar, além de um alcance funcional, um alcance estético e, muitas vezes, somente este”.

De certo, não é qualquer criação intelectual que será considerada como obra de arte. Portanto, o direito autoral estabelece critério para melhor nortear, afinal, o que é a obra de arte. Além da presença do autor, como já comentado, mais adiante será dado ênfase aos demais elementos necessários, são eles: fixação, originalidade e pertencer ao campo da ciência, das artes ou da literatura.

### **3 DIREITO DO AUTOR E CRITÉRIOS DE PROTEÇÃO**

Em síntese, para que uma obra intelectual seja protegida pela direito do autor devem ser obedecidos três critérios: ser dotada de originalidade; estar fixada em um suporte tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro; e pertencer às categorias presentes ou compatíveis com o art. 7º da lei nº 9610/98.

O critério de originalidade será aprofundado no tópico subsequente. Quanto à fixação, embora os incisos do art. 7º da lei nº 9.610/98 elenque um rol de obras intelectuais protegidas, este não restringe qual a forma de fixação da obra na medida em que determina que ele seja “conhecido ou que se invente no futuro, tais como:”, sendo exemplificativo e não taxativo. Portanto, compreende-se que qualquer suporte pode ter fixado uma obra de arte, a exemplo do sapato. Quanto às áreas de pertencimento, Costa Netto (2019) diz que “devem pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências”.

O importante aqui é observar que as obras de arte aplicada não se eximem de cumprir com os requisitos exigidos pelo regime do direito autoral, para que, assim, recaia sobre as mesmas a proteção da lei nº 9.610/98.

### 3.1 O critério de originalidade

Segundo PEREIRA DOS SANTOS (2014, p. 126) “a originalidade é considerada, tanto no sistema do direito de autor quanto no de *copyright*, como o requisito nuclear da tutela legal”. De tal sorte que se faz necessário questionar o que faz de uma criação intelectual original e, portanto, passível de proteção pelo direito autoral?

Originalidade pressupõe o ato criativo, requerendo o mínimo de distintividade<sup>7</sup>. Não confundir com os institutos de novidade ou grau inventividade regulados pela lei de propriedade industrial, não sendo estes os objetos aprofundados no presente estudo.

Os parâmetros de originalidade adotados entre a lei, a doutrina e a jurisprudência não são homogêneos. A par disso, seria possível aferir a originalidade de uma criação intelectual? Como precisar se tratar de uma obra de arte? A criatividade é quantificável?

Ainda que estejamos falando do aproveitamento da obra para sua replicação industrial, ou seja quantitativa<sup>8</sup>, isso nada interfere na sua indivi-

<sup>7</sup> “a originalidade decorre da distintividade de determinada criação, ou seja, do conjunto de elementos particulares que a tornam única em comparação com as demais” (Cf. BITTAR, 1977, p. 386 apud PEREIRA DOS SANTOS, 2014, p. 128).

<sup>8</sup> Aqui a replicação implica da reprodução quantitativa, pressuposta pela seu aproveitamento industrial, não tendo interferência na individualidade subjetiva da obra (N.A).



dualidade (ASCENSÃO, 1997, p. 51 apud PEREIRA DOS SANTOS, 2014, p. 131). Ou seja, a obra individualmente deve reunir elementos distintivos o suficiente para torna-la original – única – sendo distinta das demais existentes.

Originalidade seria a contraposição ao padrão, a intensão de transformação, fruto do ato criativo humano, o resultado final deste processo é uma criação inconfundível. Contudo, deve ser analisado obra a obra, por isso este trabalho sustenta a negativa de que nem todo design é obra artística e portanto tutelado pelo direito do autor.

Obras originais também podem guardar familiaridades com as demais existentes, não significa dizer a total ausência de elementos conhecidos, mas a unicidade da forma de expressão. Por exemplo, dois pintores que decidem representar a mesma paisagem ou dois escritores que elaboram obras infantis distintas sobre o universo da magia. É natural que estas obras possuam elementos em comum, por retratarem objetos idênticos ou partirem do mesmo referencial.

De acordo com Thompson (2018), quando se trata do consumo de expressões artísticas, de modo geral, as novas criações também carregam consigo elementos estéticos familiares, de modo com que aquele que as consomem possam se identificar, contudo, o conjunto final deve ser novo, original e instigante.

Seguindo esta lógica, podemos dizer que dois artesãos de sapatos também podem produzir dois calçados que utilitariamente tem a mesma função e também guardam similaridades, contudo, um dos resultados pode ser considerado uma obra de arte e o outro não. Assim, todo sapato seria uma obra de arte? Não. Mas determinados sapatos podem ser considerados como tal na perspectiva do direito do autor? Sim.

De todo modo, o que diferencia um calçado do outro? Conforme exposto acima, a originalidade da criação. Um calçado com um design inconfundível e singular seria o critério fundamental para torna-lo original, diferenciando-o dos demais e agregando valor artístico.

Contudo, a subjetividade do critério de originalidade torna o processo de avaliação da obra arte aplicada mais difícil, pois como diferenciar o aspecto puramente artístico da mera presença de elementos ornamentais? Esta

questão é importante para diferenciar os desenhos industriais da obra de arte aplicada, como apontado anteriormente.

Quando o critério de originalidade é correlacionado à obra de arte aplicada, conclui-se que a função utilitária da criação pode ser similar ou a mesma de outras do mesmo gênero, contudo, esta é singular quanto a seus aspectos estéticos, seu processo de criação e principalmente seu autor.

De mão dessas informações, é necessário entender que na prática ainda é controverso o entendimento do que divide um artefato de cunho industrial daquele que também possui um domínio artístico.

Deve-se fazer uma importante distinção a partir das ressalvas contidas no art. 8, VII da LDA, dentre elas:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras

Destarte, cabe destacar que o objeto de proteção do direito do autor na obra de arte aplicada corresponde tão somente ao seu aspecto artístico, embora indissociável das demais naturezas que lhe couberem. O direito autoral apenas se debruça sobre o fenômeno (*corpus mysticum*) restrito à arte. Ou seja, qualquer que seja a funcionalidade industrial do produto, esta não será objeto de análise ou tutela do direito autoral.

## **4 DOS REGIMES LEGAIS DE PROTEÇÃO**

A fim de entender o regime de proteção da obra de arte aplicada, faz-se necessário entender como o tema é regulado pela legislação brasileira de propriedade intelectual e pelas principais convenções internacionais.

O exercício da criatividade do homem no campo técnico, mais precisamente industrial, é entendido pela lei de propriedade industrial, sendo a norma responsável por regulamentar as criações intelectuais de caráter inventivo.

A lei de direitos autorais compreende os direitos de autor e conexos, tem por principal sujeito de direitos o autor e como objeto a regulação dos direitos morais e patrimoniais decorrentes das criações intelectuais delimitadas pela lei nº 9.610/98.

Conforme comentado anteriormente, a obra de arte aplicada não pertence exclusivamente a nenhum desses dois campos, consequência de sua natureza híbrida que tem origem entre o estético e o técnico, sorvendo elementos que implicam em uma proteção dupla e *sui generis*. Ainda, ensina Silveira (2018, p. 147) acerca do tema que:

a proteção autoral recai tão somente sobre a forma literário ou artística, deixando em aberto, portanto, a tutela dos desenhos industriais, que correspondem à forma e não ao conteúdo, os quais podem aspirar à dupla proteção da lei autoral e da lei de propriedade industrial

Em continuidade, a Convenção de Berna é o principal título dos direitos autorais no campo do direito internacional público. A expressão obra de arte aplicada aparece em seus artigos 2.1<sup>9</sup> e 7.4<sup>10</sup>, ficando estabelecido que é faculdade dos países unionistas regular a duração da proteção de obras fotográficas e obras de arte aplicadas protegidas como obras artísticas, com a condição de que não seja inferior ao período de vinte e cinco anos. No acordo TRIPS<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Convenção de Roma ARTIGO 2: 1) Os temas “obras literárias e artísticas”, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

<sup>10</sup> Convenção de Roma ARTIGO 7: 4) Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de artes aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra.

<sup>11</sup> Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPS): O acordo é um instrumento da Organização Mundial do Comércio e foi criado visando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, classifica como espécies de propriedade intelectual o direito do autor, as

a arte aplicada aparece em seu artigo 12<sup>12</sup>, não havendo ressalvas quanto ao seu regime de proteção.

O que se pode compreender dos principais diplomas internacionais referentes aos direitos autorais é que eles não determinam o regime de proteção da obra de arte aplicada, mas ao mesmo tempo não delimitam o alcance do direito de autor sobre a mesma, portanto, não ha impedimento para uma dupla proteção.

Em virtude do exposto, questiona-se quais as consequências jurídicas da dupla proteção da obra de arte aplicada? Qual o impacto do direito do autor sobre a obra? Ha incompatibilidades entre os sistemas de proteção brasileiro?

Ao questionar a compatibilidade dos sistemas é necessário entender que o regime de proteção autoral (LDA) é independente do industrial (LPI), ambos são dotados de autonomia no que diz respeito a sua aplicação. Esta afirmação fica evidente no art. 7, § 3º da LDA:

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Conclui-se que não ha impedimento da sobreposição de regimes de proteção, sendo autônomos. Portanto, para o direito autoral não importa se foi concedido ou não a proteção de pela Lei de Propriedade Industrial, mas o objetivo aqui é frisar que não ha impedimento entre essas leis, podem haver a dupla proteção da obra de arte aplicada.

A diferença está no fato de a lei de propriedade industrial não tutelar criações de caráter puramente artístico, enquanto que o direito do autor

---

marcas, as indicações geográficas, as patentes, os desenhos industriais e as topografias de circuitos integrados em todo o mundo.

<sup>12</sup> Acordo TRIPS Artigo 12: Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subseqüentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.

não exclui a proteção autoral das obras intelectuais que também possuam aplicação industrial. Portanto, sendo cabível sua aplicação na proteção das obras de arte aplicadas. De mão dessas informações, cabe entender algumas das principais consequências da aplicação do direito de autor sobre as obras de arte aplicadas.

Ainda que o presente artigo não tenha a pretensão de se aprofundar na Lei de Propriedade Industrial (LPI), cabe introduzir brevemente este instituto para as análises que serão feitas mais adiante. Conforme exposto acima, a lei nº 9.279/96 tutela o registro do desenho industrial em seu no art. 2º, II<sup>13</sup>.

Mediante o atendimento dos requisitos formais e legais da LPI, poderá ser concedido o pedido de registro do desenho industrial, atraindo, assim, a proteção do art. 108<sup>14</sup> da lei nº 9.279/96, pelo qual o desenho fica protegido pelo período de 10 (dez) anos, prorrogáveis por mais três períodos iguais de 5 (cinco) anos. Ou seja, o desenho industrial poderá ser protegido pelo período máximo de 25 (vinte e cinco) anos, conforme a Lei de Propriedade Industrial.

De acordo com o art. 41<sup>15</sup> da lei de direitos autorais, os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao de seu falecimento.

Conclui-se que a identificação de um desenho industrial em verdade como obra de arte aplicada exercerá um grande impacto em seu período de

---

<sup>13</sup> LPI Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: II - concessão de registro de desenho industrial;

<sup>14</sup> LPI Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada.

§ 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição.

§ 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

<sup>15</sup> LDA Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

proteção, podendo estendê-lo em muitos anos, por força do direito autoral. Garantindo, assim, o direito de exploração exclusiva por um prazo bem mais alongado.

Com base na doutrina do *droit d'auteur*, diversas são as prerrogativas da LDA para proteger a figura do autor e sua criação, a exemplo dos arts. 22, 24, 28 e 29, entre outros. Portanto, ao se falar de proteção pela vida autoral, além da exclusividade na exploração, o direito autoral confere ainda os direitos morais (arts. 22<sup>16</sup> e 24<sup>17</sup>), estes sendo inalienáveis e irrevogáveis. Ou seja, ainda que decaia em domínio público ou que o autor realize a total cessão dos direitos patrimoniais, sempre deverão ser resguardados os direitos morais e o de reivindicar a paternidade da obra.

Importante destacar, ainda, que a LDA confere caráter facultativo ao registro das obras de arte (arts. 18<sup>18</sup> e 19<sup>19</sup>). Ainda que o registro seja importante para fins de anterioridade e autoria, não é obrigatório para que a proteção autoral recaia sobre a criação. Mais importante, em verdade indispensável, se faz que a obra corresponda aos critérios objetivos e subjetivos da lei, como exposto acima: fixação, originalidade e pertencimento na forma do art. 7º.

---

<sup>16</sup> LDA Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

<sup>17</sup> LDA 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-la, 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.

<sup>18</sup> LDA Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

<sup>19</sup> LDA Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Outro importante desdobramento da proteção autoral está nos arts. 28<sup>20</sup> e 29<sup>21</sup>, responsáveis por garantir diversas exclusividades ao autor, ampliando ainda mais as medidas já previstas da LPI. Portanto, a dupla proteção da obra de arte aplicada, principalmente quando vista pelo viés autoral é bastante alongada.

---

<sup>20</sup> LDA Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

<sup>21</sup> LDA Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

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.

## 4.1 Cumulação de direitos de propriedade intelectual

O funcionamento da cumulação de direitos de propriedade intelectual, pode ser compreendido como um sistema de *overlaps in facts*, sendo “as tensões entre direitos de propriedade intelectual que protegem diferentes bens intelectuais inseridos ou fixados em um bem material” (Derclaye & Leistner, 2011, p. 3 apud Porto, 2015, p. 200), ou seja, significa dizer que diferentes *corpus mysticum* coexistem sobre o mesmo *corpus mechanicum*, atraindo para si os sistemas de proteção correspondentes de cada um, resultando na cumulação de direitos de proteção sobre o mesmo bem material.

Diante do aumento da relevância financeira dos direitos de propriedade intelectual, ainda mais quando cumulados, tornou-se cada vez mais atrativo para seus pretendentes obtê-los. Ocorre que, esta cumulação pode exercer outras consequências além daquelas puramente favoráveis ao titular dos direitos.

De acordo com Porto (2015, p. 204) o sistema de cumulação de direitos de propriedade intelectual pode ser contrário ao princípio do interesse público quando potencializa “a mitigação do domínio público, a extensão indevida de direitos exclusivos sobre bens em detrimento dos interesses sociais, do direito à livre concorrência, da exaustão de direitos de propriedade intelectual, o desestímulo na criação de mais ativos intelectuais devido ao alto custo para obtenção de direitos que já deveriam estar em domínio público”.

A discussão acerca da cumulação de direitos de propriedade intelectual é antiga e desperta posições distintas na doutrina, havendo quem defenda a total proibição deste sistema e quem compreenda sua necessidade, estes contudo, requerem o equilíbrio na atribuição de uma dupla proteção.

Contudo, para quem concorda com o sistema de cumulação, segundo Kur (2009 apud Porto, 2015), o fenômeno da sobreposição de direitos intelectuais devem responder a critérios de razoabilidade, uma vez que a cumulação deve ser a exceção, aplicando-se excepcionalmente e não permitindo que isso se torne a regra, de maneira a evitar as consequências negativas mencionadas.

Outra possibilidade para permitir o sistema de cumulação de direitos sobre a obra de arte aplicada é a teoria da unidade da arte, que segundo Maitê Moro (2009, p. 217 apud Carretoni, 2015):



A rigor, a teoria da unidade da arte chancela a dupla proteção por direito autoral e desenho industrial. A adoção dessa teoria exclui qualquer indagação dos limites da proteção pelo direito de autor e pelo desenho industrial, afastando as inúmeras tentativas da doutrina de diferenciar o que é protegido pelo direito autoral e o que seria pelo desenho industrial.

Por conseguinte, é possível concluir a partir da análise da legislação de propriedade intelectual nacional, das convenções internacionais acerca dos direitos autorais, da doutrina e jurisprudência acerca do tema que é permitida a dupla proteção da obra de arte aplicada, adotando-se o sistema de proteção autoral quando cabível em cada caso.

## **5 A OBRA DE ARTE APLICADA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Conforme exposto acima, as convenções internacionais deixaram a cargo da legislação nacional a definição do quantum criativo para se aferir a originalidade da criação.

Sobre a matéria esclarece Leonardo Machado Pontes (2012, p. 28 apud Costa Netto, 2019, p. 162), conforme as concepções de Claude Masouyé :

O fato de a Convenção de Berna não determinar o *quantum* de criatividade permite aos países da União adotar diferentes interpretações sobre aquilo que constituiria o mínimo de criação intelectual. Todavia, essa interpretação não pode ser ampla, sob pena de arriscar conflitos internacionais (...) Berna, portanto, segundo Masouyé, deixa inteiramente à disposição de apreciação do poder judiciário a latitude dessa concepção.

Diante tal afirmação, faz-se importante observar qual tem sido o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto ao tema. Passa-se à análise do litígio que teve por objeto a disputa entre o domínio público e os direitos autorais da bolsa Birkin, envolvendo as empresas Village 284 Participações e Comércio de Vestuário LTDA contra Hermès International e Hermès Sellier.

Na apelação de nº Apelação nº 0187707-59.2010.8.26.0100 apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP decidiu que:

DIREITOS AUTORAIS. Bolsas Hermès. Ação declaratória. Reconvenção. Pedido para que a autora se abstenha de produzir, importar, exportar, comercializar produtos que violem direitos autorais da Hermès sobre as bolsas Birkin ou qualquer outro produto de titularidade da Hermès. Preliminares de cerceamento de defesa. Sentença extrapetita. Ausência de nomeação à autoria e ilegitimidade passiva. Preliminares afastadas. DIREITOS AUTORAIS. Bolsas Hermès. Ação declaratória e Reconvenção. Reconvenção procedente Bolsas Hermès constituem obras de arte protegidas pela lei de direitos autorais. Obras que não entraram em domínio público. Proteção garantida pela Lei nº 9.610/1998. A proteção dos direitos de autor independe de registro. Autora/reconvinda que produziu bolsas muito semelhantes às bolsas fabricadas pelas rés/reconvintes. Imitação servil. Concorrência desleal configurada. Aproveitamento parasitário evidenciado. Compatibilidade da infração concorrencial com violação de direito autoral reconhecida. Dever de a autora/reconvinda se abster de produzir, comercializar, importar, manter em depósito produtos que violem os direitos autorais da Hermès sobre a bolsa Birkin ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes. Indenização por danos materiais e morais. Condenação mantida. Recurso desprovido.

(TJ-SP – APL: 01877075920108260100 SP 0187707-59.2010.8.26.0100, Relator: Costa Netto, Data de Julgamento: 16/08/2016, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 17/08/2016)

A pretensão inicial da empresa Village 284 Participações e Comércio de Vestuário LTDA ao ajuizar a ação declaratória era obter decisão judicial que confirmasse a “inexistência de relação jurídica derivada da suposta relação de direito autoral e/ou de concorrência desleal noticiada” pelas empresas Hermès International e Hermès Sellier em sua notificação extrajudicial encaminhada à demandante, sob o fundamento que a bolsa objeto da disputa estava sob o regime do domínio público, portanto, ilegítima a alegação da empresa francesa ainda que na esfera extra judicial. Na presente ação as

rés apresentaram reconvenção sob o fundamento de que havia violação aos direitos de autor e tiveram suas arguições acolhidas em primeira instância.

No julgamento da apelação, os Desembargadores mantiveram a decisão do juízo a quo, invocando a proteção autoral das obras de arte aplicadas, mencionando, ainda, que fazem jus aos critérios do art. 7º da LDA e que não haveria necessidade do registro da obra para que lhe fosse atribuída proteção autoral, conforme art. 18º LDA.

O decisão da primeira instância entendeu, ainda, que o a bolsa em questão é compreendida também pelo seu aspecto artístico, entendimento este confirmado pelos Desembargadores. Dispõe o julgado:

No caso dos autos, oportunas foram as considerações feitas pelo MM. Juiz a quo ao observar que “as bolsas produzidas pelas rés/reconvintes tem valor por sua natureza artística, servindo muito mais como objeto de adorno e ostentação, permanecendo seu aspecto funcional e utilitário em segundo plano” (fls. 1789- sic).

Com efeito, no que tange ao Direito de Autor, não se desconhece que o bem jurídico protegido é a criação ou obra intelectual, qualquer que seja seu gênero, a forma de expressão, o mérito ou destinação, tendo a obra o caráter estético, revestido de certa originalidade

Seguindo nos critérios do art. 7º da LDA, o Relator se utiliza do critério de originalidade para sustentar o caráter diferenciado da peça em questão, conforme é possível ver no seguinte trecho:

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.

(...)

Assim, ao contrário do alegado pela apelante, é inegável que as bolsas Hermès são criações artísticas originais, de cunho estético, incluindo-se no âmbito da proteção jurídica do Direito Autoral

A jurisprudência também compartilha do entendimento de que é admissível pelo direito brasileiro a dupla proteção das obras de arte aplicadas,

portanto, ainda que houvesse decorrido o prazo de proteção do desenho industrial em específico, o prazo de proteção do art. 41 LDA ainda estaria vigente, portanto, não havendo de se falar em domínio público. Assim decidi: *“Nem se alegue, ainda, que a obra teria entrado em domínio público, 13 pois aplicável ao caso o disposto no art. 41 da Lei 9610/98”*.

Ao final a empresa autora restou vencida na ação declaratória e condenada na ação de reconvenção. O caso em tela aplica os critério que este trabalho vem adotando em seu desenvolvimento, a partir de um entendimento do direito do autor a partir de seu critério de originalidade para aferir o caráter artístico da obra de arte aplicada, sujeitando-lhe às regras da proteção autoral.

## 6 CONCLUSÃO

Após as reflexões acima expostas, conclui-se que o direito brasileiro autoriza o regime da dupla proteção das obras artísticas de aplicação industrial, as ditas obras de arte aplicadas, de natureza híbrida e complexa não pertencem exclusivamente a nenhum dos campos da propriedade intelectual, o que lhes confere uma proteção de caráter *sui generis*.

A aplicação do direito autoral amplia sua proteção na questão temporal, confere as prerrogativas da Lei de Direitos Autorais (lei nº 9.610/98) e ainda é diferenciada da propriedade industrial à medida em que sua proteção não depende da concessão de registro, sendo este instituto facultativo.

Por fim, este artigo conclui que tanto a legislação pátria quanto a internacional autorizam o regime da dupla proteção, contudo, devendo ser respeitado o equilíbrio em um sistema de cumulação de direitos de propriedade intelectual, de forma a preservar o interesse público ao mesmo tempo em que tutela o autor.

## REFERÊNCIAS

Carretoni, Cristina Zamarion. **Estratégias de Proteção do Design**, 2015. Artigo para conclusão de curso de pós-graduação em Propriedade Intelectual e Novos Negócios.

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: [https://www.portalintelectual.com.br/estrategia-de-protecao-do-design/#\\_ftn17](https://www.portalintelectual.com.br/estrategia-de-protecao-do-design/#_ftn17). Acesso em: 01 maio 2020.

Cerqueira, João da Gama, **Tratado de Propriedade Industrial**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Costa Netto, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Silveira, Newton. **Propriedade Intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes – 6ª ed – Barueri: Manole, 2018.

Silveira, Newton. Os requisitos de novidade e originalidade para a proteção do desenho industrial. In: Dos Santos, M. J. P.; Jabur, W. P. (coord). **Criações industriais, segredos de negócios e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Pereira dos Santos, Manoel J. A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor. In: Manoel J. Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord). **Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 105-151.

Porto, Patricia Carvalho da Rocha. Os Efeitos da Cumulação de Direitos de Propriedade Intelectual. In: Wachowicz, Marcos (Org.). **Estudos de Direito da Propriedade Intelectual**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015.

Thompson, Derek. **Hit makers**: como nascem as tendências / Derek Thompson; tradução Ana Duarte. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

# »»» DIREITO AUTORAL NAS HISTÓRIAS EM QUADRINHOS: O CASO SHAZAM!

Lucas da Silva São Thiago<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho teve como objeto o estudo do direito autoral nas histórias em quadrinhos (HQ's) no caso *Fawcett Publications Inc x National Comics Publications Inc.*, julgado pela *United States Court of Appeals Second Circuit*, no ano de 1951. Neste sentido, inicialmente tratou-se de breves esclarecimentos acerca do direito autoral, traçando as características básicas do ramo, bem como distinguindo a autoria da titularidade. Em um segundo viés, fora feito uma distinção entre o gênero HQ e as demais espécies existentes (charge, caricatura, cartum e tirinha). Explanou-se também sobre o caso, trazendo informações básicas sobre o personagem (Shazam), a sua história e criação, para, por fim, ser feito o cotejo analítico do caso judicial avençado, relacionando os pontos de discussão e fundamentação utilizadas com a disciplina autoralista existente. No que tange à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, com a abordagem qualitativa. A natureza da análise foi básica e, quanto aos procedimentos, foram utilizados o estudo de caso, bem como a análise bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Histórias em quadrinhos; Shazam; Direito autoral.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), atual 9º semestre. Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, lotado na 1ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador. Ex-Presidente da Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON). Ex-membro associado e ex-Diretor de Comunicação do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ) da Faculdade de Direito da UFBA. Membro da equipe representante da Faculdade de Direito da UFBA na 7ª Olimpíada do Conhecimento Jurídico, organizada pela Academia Brasileira de Direito Civil. Pesquisador PIBIC na temática "Isonomia, Direito Fundamental à saúde e COVID-19: Análise Ecológica do Direito a partir de rede de pesquisas transdisciplinares"; sob a orientação do Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro. Pesquisador no grupo de pesquisa "Propriedade Intelectual", sob coordenação do professor Dr. Rodrigo Moraes Ferreira e do Grupo de pesquisa "Consumidores Hipervulneráveis"; orientado pela Prof. Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil (Contratos e Direitos Reais) e Direito das Relações de Consumo.

## 1 INTRODUÇÃO

A disciplina do Direito Autoral tem seu ponto inicial de desenvolvimento, no mundo, a partir do século XVIII, mais especificamente na Inglaterra, onde se começou a pensar em buscar reconhecer garantias aos criadores de obras, para fins de proteção dos mesmos. Com o passar dos anos e o advento da imprensa, passa a florescer uma concepção acerca da propriedade intelectual, que, aos poucos, vai se firmando e sendo incorporada nas mais diversas legislações existentes, bem como incidindo nas mais diferentes formas de criação humana.

Neste sentido, de forma inédita no mundo, se noticiou pela primeira vez nos Estados Unidos da América, o primeiro julgamento que versava sobre a aplicação da disciplina autoralista às histórias em quadrinhos (HQ's), gênero literário que envolve, via de regra, a conjugação de imagens e textos para fins de construção de uma narrativa. Trata-se, pois, do famoso caso *Fawcett Publications Inc. vs National Comics Publications Inc.*, julgado pela *United States Court of Appeals Second Circuit*, no ano de 1951, no qual há a discussão acerca da ocorrência de plágio nas histórias, arte e concepção entre os personagens Shazam e Superman.

É a partir do quadro exposto que objetiva-se, por meio do presente trabalho, analisar as formas de aplicação do direito autoral nas histórias em quadrinhos (HQ's), buscando identificar a relação oriunda entre os pontos enfrentados no julgamento, as fundamentações utilizadas e a previsão existente acerca do assunto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direito Autoral, ou também conhecida como LDA-98), e nas produções doutrinárias que versam sobre a temática.

## 2 BREVE ELUCIDAÇÕES ACERCA DO DIREITO AUTURAL

O direito autoral, conforme preleciona a Lei nº 9.610 de 1998, que regula o ramo, caracteriza-se como sendo os direitos de autor e os que lhes são conexos<sup>2</sup>, isto é, este discorre acerca da proteção da autoria da criação de determinada obra intelectual, conferindo, assim, à pessoa jurídica ou física,

<sup>2</sup> Art. 1º da Lei 9.610 de 1998: "Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos".

que tenha sido a criadora desta, a possibilidade de gozar de suas prerrogativas patrimoniais e morais, bem como de regular seu uso por terceiros. Nesse sentido, tem-se que o direito autoral visa “salvaguardar tanto a personalidade do autor quanto a obra intelectual em si mesma, por ser esta uma projeção do espírito de quem a criou”<sup>3</sup>.

## 2.1 Características básicas

Sobre esse ramo do direito civil, cumpre ainda salientar que trata-se de um direito especial, “sujeito à disciplina própria, apartada das codificações, frente a princípios e a regras consagradas, universalmente em sua esquematização estrutural”<sup>4</sup>. Nesse sentido, tem-se que a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), também conhecida como LDA, em conjunto com a doutrina, discorre sobre algumas características básicas que regulam e orientam o campo, conferindo, assim, prerrogativas e instrumentos que fundamentam a proteção da obra e do autor.

Inicialmente, cumpre destacar as características previstas no artigo 27 da LDA<sup>5</sup>, quais sejam: a inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Sobre a primeira, esta se constitui como sendo “intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso”<sup>6</sup>, dessa forma, tem-se que os direitos autorais “estão fora do comércio jurídico. Por motivo de ordem ética”<sup>7</sup>. Acerca do caráter irrenunciável, este está ligado “à pessoa de seu titular que deles não pode dispor”<sup>8</sup>. As características acima elucidadas, por sua vez, encontram respaldo também no artigo 11 do Código Civil de 2002<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do autor**: Repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juri, 2008. p. 7.

<sup>4</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Forense Universitária. p. 11.

<sup>5</sup> Art. 27. “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 30. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 203.

<sup>7</sup> Op. cit. p. 15.

<sup>8</sup> Op. cit. p. 203.

<sup>9</sup> Art. 11. “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.



Outro atributo é a imprescritibilidade, esta diz respeito à inexistência de prazo para o seu exercício, não se extinguindo pelo seu não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo<sup>10</sup>. Ou seja, pode, o titular, a qualquer momento, invocá-los. Por fim, tem-se a intransmissibilidade que, por sua vez, se refere à impossibilidade de cessão/transferência deste direito de forma gratuita ou onerosa<sup>11</sup>. Entretanto, esta concepção deve ser mitigada, visto que “por morte do autor, algumas de suas prerrogativas serão objeto de sucessão: quais sejam: direito moral de reivindicar a paternidade da obra, direito ao ineditismo e direito à integridade”<sup>12</sup>, havendo ainda, por parte dos sucessores, “a faculdade de se opor à violação de autoria, à publicação desautorizada de obra inédita e as modificações e mutilações contra a obra do *de cujus*”<sup>13</sup>.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que tais caracteres são atinentes ao aspecto extrapatrimonial, já que os direitos autorais apresentam uma dualidade, isto é, uma perspectiva moral e outra patrimonial, não podendo, dessa forma, serem confundidas. No que tange à perspectiva moral, deve-se compreender que esta se refere a existência de “vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização e defesa de sua personalidade”<sup>14</sup>, logo, tem-se que tais características não podem ter o seu exercício limitado voluntariamente<sup>15</sup>, pois se referem à “emanação da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, a divulgação e a titulação de sua obra”<sup>16</sup>. O viés econômico, por sua vez, diz respeito à “exploração econômica das obras protegidas”<sup>17</sup>, havendo, portanto, a pos-

<sup>10</sup> Nesse sentido, vide: AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 252.

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 150.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 18.

<sup>13</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>14</sup> Nesse sentido, vide: HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. P. 70.

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 184.

<sup>16</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 47.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 47.

sibilidade de renúncia, transação, transferência e até limitações para o autor, desde que não ofendam os direitos em si mesmos<sup>18</sup>.

## 2.2 Distinção entre autoria e titularidade

A respeito do direito autoral, ocorre grande confusão quanto ao conceito de autoria e o de titularidade, tornando-se, assim, imprescindível a distinção terminológica entre eles. Nessa senda, tem-se que a LDA-98, em seu artigo 11, conceitua a figura do autor como sendo “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Ou seja, aquele que tem a concepção criadora, é, então, o titular dos direitos morais e patrimoniais oriundos de sua produção intelectual, havendo, para ele, todas as prerrogativas e direitos oriundos do aspecto personalíssimo.

Já a titularidade, aqui analisada, diz respeito ao sujeito que se figura como titular dos direitos de autor. Posto isto, tem-se que o autor é o criador intelectual da obra, mas que, no entanto, existem situações legalmente previstas, que possibilitam a terceiros a aquisição de certos direitos. Esses sujeitos passam a poder dispor e pleitear acerca de dadas atribuições, se constituindo, assim, como titulares de direitos de propriedade intelectual de uma dita obra. Tem-se que a titularidade é dita originária, quando aquele que detém os direitos sobre uma dada obra é o próprio sujeito que a concebeu. Quando a titularidade e a autoria não estão concentradas em um mesmo indivíduo, trata-se da titularidade derivada<sup>19</sup>.

Sobre a divisão entre titular e autor, o ordenamento jurídico pátrio permite a separação, sendo esta ideia, inclusive, visualizada em vários dispositivos da Lei de Direitos Autorais, à exemplo do artigo 3º, que dispõe que os direitos autorais, reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis; do artigo 5º, inciso I, que expressamente distingue o titular do autor, ao dispor que “o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo”; do artigo 11º, parágrafo único,

---

<sup>18</sup> Op. cit. p. 203.

<sup>19</sup> FERREIRA, Sheyla. Do direito autoral: aspectos, conceitos e características. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://sheylaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/190565477/do-direito-autoral-aspectos-conceito-e-caracteristicas>. Acesso em: 25 out. 2019.

que permite que a proteção concedida ao autor se aplique às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei; dentre outros.

Logo, observa-se a existência de situações, legalmente previstas, que possibilitam, a terceiros, a aquisição de certos direitos de cunho patrimonial, quais sejam: i) a transmissão por meio de contratual, através do contrato de cessão de direitos; ii) a transmissão *mortis causa*, anteriormente avençada e, na qual, se dá por meio da transmissão hereditária ou testamentária, transmitindo os direitos patrimoniais e alguns direitos morais; iii) por presunção legal.

Por fim, temos que a titularidade derivada pode ser alcançada de três modos, são eles: i) por meio de ato entre vivos, normalmente mediante contratos de edição ou cessão de direitos; ii) pela morte do autor, através de sua sucessão hereditária ou testamentária, em que ocorre a transmissão de todos os direitos patrimoniais que ainda restavam em seu domínio e parte dos direitos morais, como os de nomeação, de divulgação ou de inédito; iii) por meio da presunção legal, a exemplo das obras anônimas e pseudônimas<sup>20</sup>.

### **3 HISTÓRIAS EM QUADRINHOS: CONCEITO E DIFERENÇAS ENTRE AS DEMAIS ESPÉCIES**

As histórias em quadrinhos, ou também conhecidas como HQ's, dizem respeito a uma forma de narrativa por meio de desenhos, podendo ou não ter como elemento a utilização de palavras. Nesse sentido, cumpre salientar que a história se desenvolve por meio de quadros (e aí o porquê da nomenclatura "quadrinhos"), dispostos de forma sequencial, em formato de revista ou de livro, e que apresentam como característica a utilização de onomatopeias, para fins de representações dos sons, e de balões, para expressarem pensamentos ou a fala dos personagens ali consubstanciados. Não obstante, deve-se ainda explicar que não se pode confundir as HQ's com outras modalidades textuais, quais sejam: a caricatura, a charge, o cartum e a tirinha.

---

<sup>20</sup> FERREIRA, Sheyla. Do direito autoral: aspectos, conceitos e características. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://sheylaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/190565477/do-direito-autoral-aspectos-conceito-e-caracteristicas>. Acesso em: 25 out. 2019. .

Nesse ínterim, a professora Fernanda Bérghamo traz a diferenciação destas. A caricatura vem do italiano *caricare*, e significa “exagerar”, nada mais sendo do que uma fotografia desenhada, podendo esta evoluir para a charge, que, por sua vez, tem como função fazer uma crítica<sup>21</sup>. Justamente, devido a este viés crítico, pautado na natureza da informação, a charge acaba por apresentar como características essenciais o aspecto circunstancial e temporal, ou seja, “para compreender sua mensagem, é preciso estar atualizado diariamente dos fatos políticos e de seus personagens também, já que a maioria deles é retratado”<sup>22</sup>.

A circunstancialidade e temporalidade são, por sua vez, as grandes diferenças entre a charge e o cartum, visto que este apresenta linguagem “mais acessível ao público em geral, já que trata de temas universais e atemporais, podendo ser compreendido por qualquer pessoa em qualquer período”<sup>23</sup>. Constata-se ainda que, enquanto a primeira busca a crítica, o segundo “questionam, refletem, provocam humor apenas e também criticam, sendo que, em todos esses casos, a abordagem é mais descontraída, mais sutil”<sup>24</sup>.

Por fim, temos as tirinhas. Costumeiramente utilizadas em seções de jornais e em revistas, estas muitas se assemelham às HQ’s, visto que apresentam introdução, desenvolvimento e conclusão. Entretanto, estas são dispostas em um número limitado de quadros, havendo, dessa forma, um desenvolvimento de suas ideias de forma muito mais concisa e direta do que nas histórias em quadrinhos, nas quais, conforme já aduzido, a estruturação se dá em formato revista ou livro, possibilitando, pois, uma maior gama de espaço para trabalhar as ideias e personagens.

---

<sup>21</sup> Saiba a diferença entre quadrinhos, tirinha, cartum, charge e caricatura. **G1**, 28 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pe/pe-noticias/educacao/noticia/2016/10/saiba-diferenca-entre-quadrinhos-tirinhas-cartum-charge-e-caricatura.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>22</sup> ARAGÃO, Verônica Palmira Salme de. **Charge e cartum**: uma perspectiva semiolinguística do discurso, p. 12. Disponível em: [http://www.filologia.org.br/ileel/artigos/artigo\\_087.pdf](http://www.filologia.org.br/ileel/artigos/artigo_087.pdf). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>24</sup> Ibidem.

## 4 O DIREITO AUTORAL NAS HISTÓRIAS EM QUADRINHOS (HQ'S)

O direito autoral busca proteger a autoria da criação de dada obra intelectual, sendo obra “o conjunto de expressões perceptíveis aos sentidos, fixadas em suporte tangível, e apta a utilizações diversas”<sup>25</sup>, tem-se que as HQ's estão passíveis da proteção autoral, estando, inclusive, abarcadas pela LDA-98. Ocorre que as histórias em quadrinhos acaba apresentando várias vertentes passíveis de proteção, uma vez que esta apresenta três segmentos, quais sejam: a narrativa, os personagens e a arte.

A narrativa é de extrema relevância para as HQ's, sendo elemento constitutivo e diferenciador desta espécie da literatura com as demais que com ela se assemelham. No que tange às histórias em quadrinhos, devido a formatação em forma de revista/livro, há um grande espaço de páginas para se trabalhar, permitindo que o autor da obra possa desenvolver a sua narrativa, bem como os personagens, paulatinamente, incorporando, assim, maior profundidade e informação. Ademais, cumpre ressaltar que este componente acaba por desempenhar o papel de elemento integrador dentre os demais aspectos avençados.

Quanto aos personagens, estes se perfazem como figuras fictícias criadas pelo autor, nada mais sendo os sujeitos que irão participar da história narrada. Neste sentido, tem-se que os indivíduos das histórias em quadrinhos devem apresentar dois aspectos: a sua imagem, que relativa à “figura, o desenho pelo qual ela é representada”<sup>26</sup>; e a sua personalidade, que se refere à “construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas”<sup>27</sup>.

Neste segmento, cumpre dispor que ambos aspectos são passíveis de proteção pelos direitos autorais. Entretanto, tendo em vista que a Lei nº 9.610/98, apresenta, em seu artigo 7º, um rol do que seria abarcado pelo

<sup>25</sup> ABRÃO, Eliane Y. A reprodução de obras de artes visuais em outras obras. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 821, mar. 2004, p. 75-79.

<sup>26</sup> ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. **Proteção autoral de personagens na era da informação**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 5.

direito autoral, não estando o termo “personagem” ali discriminado, há um dissenso acerca do englobamento dessa figura pela LDA para fins de proteção. Sendo assim, frisa-se que o arrolamento feito pelo supracitado artigo é exemplificativo, devendo haver a inclusão do personagem, tendo em vista a interpretação sistemática da lei pela doutrina e pela jurisprudência<sup>28</sup>. Todavia, tal dificuldade não se dá no aspecto da figura, visto que “a imagem de uma personagem é indiscutivelmente protegida por direito autoral, na condição de desenho (art. 7º, inciso VIII, da LDA)”<sup>29</sup>.

Acerca da arte, tem-se não só a questão da estética do personagem, já aduzido anteriormente, como também o chamado elemento figurativo. Na esfera do direito autoral, este conceito é amplamente aplicado no âmbito das marcas e logotipos empresariais, se constituindo, como o próprio nome possibilita inferir, um conjunto de aspectos que permitem que se estabeleça a distinção entre determinado símbolo e outro. No caso em cotejo, tal elemento diz respeito ao próprio desenho do autor, abarcando não só o estilo do traçado utilizado, como também as posições e poses adotadas.

## 5 ANÁLISE DO CASO SHAZAM

Inspirada pelo sucesso das HQ's do Batman e do *Superman*, serializados pela empresa *National Comics Inc.*, em 1938, a companhia americana *Fawcett Publications Inc.*, no ano seguinte (1939), resolve entrar no ramo criando, assim, a sua divisão de quadrinhos.<sup>30</sup> Diante disso, se fazia necessário elaborar um herói atrativo o suficiente para que não só se conseguisse angariar vendas, como também tivesse força o suficiente para fazer frente a aqueles que já estavam consolidados no mercado. Em razão deste processo, um dos personagens mais problemáticos da história, no âmbito do direito autoral, é concebido: o Capitão Trovão, nome utilizado ainda na fase de cria-

---

<sup>28</sup> ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. **Proteção autoral de personagens na era da informação**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019, p. 5.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>30</sup> TELLES, Bruna. Shazam!: as três vezes que o herói enfrentou problemas de direitos autorais. **Armadura Nerd**, 04 abr. 2019. Disponível em: <http://www.armaduranerd.com.br/2019/04/shazam-dc-comics-captain-marvel-mar-vell-direitos-autorais.html>. Acesso em: 27 out. 2019.

ção do personagem, mas que, futuramente, ainda mudaria de nome mais duas vezes, passando a se denominar Capitão Marvel, e, por fim, Shazam.

A história originária do Capitão Trovão é delineada a partir do jovem Billy Batson, menino órfão que encontra um mago no metrô de Nova York, que lhe concede o poder de, ao gritar seu nome, se transformar em um dos magos mais poderosos do universo, adquirindo os poderes de Salomão, Hércules, Atlas, Zeus, Aquiles e Mercúrio (cujas iniciais formam a denominação “Shazam”). Desse momento em diante, o jovem começa a usar seus poderes para praticar atos heróicos, defendendo a Terra de indivíduos que querem dominá-la, ou simplesmente daqueles que almejam roubar-lhe os poderes, mas, ainda assim, tendo igualmente de enfrentar os problemas e desafios de um menino de 12 anos<sup>31</sup>.

A narrativa criada pela *Fawcett Publications* foi um extremo sucesso, conseguindo competir, inclusive, com o personagem considerado como símbolo do segmento: o Superman. Isto ocorreu, justamente, devido ao fato de o Shazam apresentar poderes e características extremamente semelhantes ao “homem de aço” (assim denominado o Superman), a exemplo da capacidade de voo, da super força, super velocidade e super resistência. Ademais, se o personagem da *National Comics* conseguia soltar raios pelos olhos, o da *Fawcett* usava magia. Outro importante e significativo fato diz respeito à própria história do herói, que é muito mais factível que a do concorrente<sup>32</sup>, atraindo, ainda, o público infantil, visto que versa sobre uma criança, com pensamentos, brincadeiras e situações que traziam grande identidade do público jovem.

---

<sup>31</sup> PODCAST: Shazam! Mas sem salomão? [Locução de]: Affonso Solano. **Matando Robôs Gigantes**, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.matadorobosgigantes.com/shazam-mas-sem-salomao/>. Acesso em: 27 out. 2019.

<sup>32</sup> A história do Superman diz respeito a um alienígena que, salvo por seus pais (Jor-El e sua esposa Kara) de uma explosão ocorrida em seu planeta (Krypton) que acaba por exterminar a sua espécie, é enviado para o planeta Terra, onde sua nave aterrissa em uma fazenda no estado dos Kansas, nos Estados Unidos. Este, acaba sendo adotado e cuidado por fazendeiros (família Kent), que, ao passar dos anos, percebem seus poderes aflorando. Dessa forma, seus pais adotivos, com bastante amor e afeição, o orientam a sempre usar seus poderes para ajudar a humanidade. Sendo assim, quando este se muda para Metrópolis passando a viver uma vida dupla: de um lado é Clark Kent, repórter do Planeta Diário (Jornal de grande circulação da cidade onde vive), do outro, é o Superman, utilizando seus poderes para proteger o planeta Terra.

É justamente a partir desse quadro que, em 1941, a *National Comics Publications* propõe uma ação em face da *Fawcett Publications*, ocorrendo, então, pela primeira vez na história, uma avença judicial que versasse sobre direito autoral nas HQ's.<sup>33</sup> Em apertada síntese, a demandante alegava violação de direitos autorais, visto que o Capitão Marvel teria sido embasado no personagem Superman<sup>34</sup>. Tal situação perdurou por 7 anos, havendo, em primeira instância, sentença favorável a *Fawcett*, e, somente em 1951, a discussão se verá encerrada de forma definitiva, pelo julgamento proferido pela *United States Court of Appeals Second Circuit*<sup>35</sup>.

No processo, a fundamentação de existência de plágio tinha como base dois vieses. Em um primeiro panorama, diria respeito à grande semelhança entre os personagens, tanto no âmbito da imagem (ambos tratam de homens musculosos, de etnia caucasiana, com cabelos pretos), bem como pela extrema semelhança entre os seus poderes, conforme já fora exposto. Em um segundo cenário, também fora constatado que as histórias em quadrinho do Shazam apresentavam diversas semelhanças com as histórias do Superman.

Nesse sentido, um dos pontos demonstrados se deu pelo comparativo entre a edição nº 1 do Superman, lançada em junho de 1938, na qual havia a imagem do herói segurando um veículo, modelo fusca de coloração verde, e pessoas ao redor correndo, que, no âmbito da história, se tratavam de bandidos que estariam utilizando o dito automóvel para fuga; e a edição de fevereiro de 1940, onde se vê o Shazam arremessando um carro, modelo fusca, de coloração azul, e que haviam pessoas dentro do

---

<sup>33</sup> Op. cit.

<sup>34</sup> PODCAST: Shazam nos quadrinhos. [Locução de]: Alexandre Ottini e Deive Pazos. **Jovem Nerd**, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/nerdcast/shazam-nos-quadrinhos/>. Acesso em: 27 out. 2019.

<sup>35</sup> O Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos, tem sede em Nova York e é um dos treze tribunais de apelações existentes nos EUA. Foi estabelecido pelo Congresso em 1891, e tem como competência jurisdicional o julgamento das apelações oriundas de seis distritos, quais sejam: Distrito de Connecticut (New Haven, Hartford, Bridgeport); Distrito oeste de Nova York (Brooklyn, Central Islip); Distrito norte de Nova York (Albany, Binghamton, Plattsburgh, Syracuse, Utica); Distrito sul de Nova York (Manhattan, White Plains); Distrito leste de Nova York (Buffalo, Rochester); e, por fim, o distrito de Vermont (Burlington, Rutland, Brattleboro).



dito veículo, o qual, da apreciação da história, os leitores constatariam que se tratavam de criminosos.



36

## 5.1 Análise do provimento judicial de primeiro grau

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no julgamento, tem-se como partes a *Fawcett Publications Inc.*, juntamente com a sua filiada, *Republic Publications Inc.*, em face da *Detective Company* (empresa sucessora da *National Comic Publications* e que, posteriormente, se tornaria a *DC Comics*). A *National* alegava a suposta ocorrência de cópia do personagem Superman, o plágio das artes utilizadas nos quadrinhos do supracitado herói, e que certas histórias específicas do Shazam que seriam imitações das enfrentadas pelo homem de aço<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> DIAS, Eric. The history of Shazam and Superman's 80 year-old-feud. **Nerdist**, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://nerdist.com/article/shazam-vs-superman-history-80-year-old-feud/>. Acesso em: 26 out. 2019.

<sup>37</sup> BERNARDI, Carolina. Shazam! e Capitão Marvel: entenda a briga de 80 anos pelo nome. **Minha Série**, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.minhaserie.com.br/novidades/>

Em sede de primeira instância, deixa-se de julgar a questão dos direitos autorais, visto que o juiz da causa havia considerado que a *Detective* havia “abandonado” o exercício de seu direito autoral em Superman, já que esta havia firmado contrato com a *Fawcett* isentando a *Republic Publications* da utilização de certas imagens, por entender que estas seriam inofensivas. Ademais, fundamenta ainda sua decisão no fato da *National* não incluir, em certos quadrinhos comercializados, avisos acerca da existência de direitos autorais.

Ocorre que a *Detective* averiguou, de forma posterior ao contrato avençado, que haviam muitas outras HQ's as quais haveriam cópias produzidas pela *Fawcett*, inclusive, em revistas lançadas ao longo da avença judicial. A apresentação destas informações ao magistrado de primeiro grau se mostrou infrutífera. Dessa forma, a empresa interpôs apelação, dispondo pela ocorrência de violação dos direitos autorais, uma vez que o simples olhar de um espectador poderia identificar um alto grau de detalhamento das HQ's, quando postas em cotejo, bem como havia um número considerável de situações as quais se notava grande similaridade entre as revistas publicadas, evidenciando, assim, que não se trataria de um evento isolado, e sim de plágio, manifestamente deliberado e escancarado. A *Fawcett*, por sua vez, também propõe apelação, visto que o magistrado havia exarado sentença que lhe negou a provisão de honorários advocatícios. Diante do exposto, o processo é remetido ao âmbito do segundo grau, sendo assim apreciado pela *United States Court of Appeals Second Circuit*<sup>38</sup>.

## 5.2 Análise do provimento judicial de segundo grau

O Tribunal, em sede inicial, passou a analisar a diferença entre o “abandono” dos direitos autorais no processo, tido como ponto argumentativo do magistrado em sua decisão, e o que o juiz de segundo grau optou por cha-

---

46611-shazam-e-capitao-marvel-entenda-a-briga-de-80-anos-pelo-nome. Acesso em: 30 out. 2019.

<sup>38</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **Court of Appeals for the Second Circuit**. National Comics Publications, Inc. v. Fawcett Publications, Inc. et al. Circuit Judge: Learned Hand, Aug. 30, 1951. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/191/594/91314/>. Acesso em: 20 out. 2019.

mar, por conveniência, de “confisco”. Dispôs que não há dúvidas acerca da possibilidade do autor ou proprietário de qualquer obra sujeita a direitos autorais tem a capacidade de abandonar sua propriedade literária antes de publicá-la, ou ainda seus direitos autorais sobre ela depois da publicação, mas que, para isso, se faz imprescindível ato manifesto de que exponha seu propósito de renunciar os seus garantias acerca da sua criação, permitindo assim que o público à copie.

O “desembargador” entendeu que não restou visualizado qualquer evidência de intenção por parte da *Detective Comics* em “abandonar” sua obra, e que, o simples fato de existir nas histórias um aviso de direitos autorais afixados, ainda que de forma simples e irregular, visto que algumas HQ’s levavam tal aviso, enquanto outras não, seria uma evidência conclusiva de que a empresa reivindica os seus direitos acerca de suas criações, não havendo, ainda, nenhuma razão pela qual acreditar que suas garantias fossem passíveis de expirar.

Aduziu ainda que o dito “abandono” pressupõe renúncia intencional, que, não necessariamente leva a perda do direito autoral. Nesse sentido, dispôs que o autor que tem uma determinada obra “confiscada” não tem por objetivo a deserção de sua criação, sendo inquestionável que o contrato avençado concede direitos de publicação da dita obra plagiada à *Fawcett*, entretanto, este não leva a perda dos direitos autorais por parte de seu criador. Expôs, ainda, que o caso em cotejo leva a confusão, fazendo com que o juiz de primeiro grau compreendesse que a *Detective* estaria sendo negligente na proteção dos direitos autorais acerca dos demais quadrinhos copiados, já que esta teria “abandonado” seus direitos. Dessa forma, o juiz de segundo grau entendeu que não se tratava de renúncia das garantias autorais, e a decisão deveria ser revista.

Demonstrou, ainda, que seria errônea a argumentação da *Fawcett* de que a *Detective* teria perdido seus direitos, bem como que, da mesma forma, não poderia prosperar a argumentação da *Republic Publications Inc.* de que a reprodução de cenas dos quadrinhos do Superman seriam diferentes das utilizadas no Shazam, pois estas estariam em dissonância com os detalhes essenciais da trama. Dispôs, entretanto, que o Capitão Marvel não poderia ser visto como um plágio do Superman, tendo em vista a diferença entre as

histórias e façanhas enfrentadas por cada um dos personagens. Dessa forma, o juízo da *United States Court of Appeals Second Circuit* reverteu o julgamento, reconhecendo a validade dos direitos autorais, pela ocorrência de violação por parte da *Republic*, remetendo o caso para que o juízo de primeiro grau concluísse o julgamento.

Entretanto, este julgamento não terá seu fim conhecido, uma vez que, após a decisão da Corte Recursal dos Estados Unidos, a *Fawcett* e a *National* tornariam a firmar um acordo judicial que acaba levando ao arquivamento do processo. Nesta convenção, a editora *Fawcett* aceitou pagar US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares) em danos e parar completamente as publicações de quadrinhos do personagem e de seus *spin-offs*<sup>39</sup>, fato este que acabou por gerar, posteriormente, uma crise na própria empresa, e consequente falência.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do julgamento feito pela *United States Court of Appeals Second Circuit*, no caso *Fawcett Publications Inc x National Comics Publications Inc.*, aqui intitulado como “Caso Shazam!”, se consegue depreender alguns pontos basilares para a disciplina do direito autoral. Em um primeiro plano, é notória a distinção feita pelo juízo do segundo grau, em buscar afastar a concepção de que um mero contrato de permissão de uso de dadas imagens poderia obstar o autor de exercer os seus direitos.

Outro importante ponto, se deu justamente na concepção de que, a omissão de aviso acerca da existência de direitos autorais em determinados quadrinhos, não pode levar à presunção de que o autor ou seu titular abdicou de reivindicar os direitos oriundos das obras as quais detém. Tal concepção é extremamente inadequada e atribui uma formalidade e exigibilidade desnecessária e ilógica, afinal, o quão desrazoável seria se cada criador tivesse que pôr em seus trabalhos comunicados informativos acerca de suas garantias legais?

---

<sup>39</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **Court of Appeals for the Second Circuit.** National Comics Publications, Inc. v. Fawcett Publications, Inc. et al. Circuit Judge: Learned Hand, Aug. 30, 1951. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/191/594/91314/>. Acesso em: 20 out. 2019.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o direito autoral é um atributo intrínseco do sujeito, se figurando como um dos aspectos de sua personalidade. Logo, a presunção é, e sempre será, de que o autor detém prerrogativas sobre sua obra e que poderá exercê-las, devendo apenas haver comunicação expressa e inequívoca em casos do trabalho, por exemplo, ser cedido a outrem ou posto em domínio público, no qual haveria uma abdicação dos direitos patrimoniais, porém, remanesceriam os aspectos extrapatrimoniais, sendo estes exigíveis em face de qualquer sujeito, independente de avença contratual.

Num outro espeque, a partir da análise da decisão, é possível observar que a discussão firmada não se delonga em explorar a ocorrência ou não de plágio por parte da *Fawcett* e sua filiada. Isto porque o juiz de segundo grau entendeu ser manifesto a ocorrência de cópia por parte das empresas, já que, do enfrentamento das obras, restou inequívoco o fato de que as poses e ideias consubstanciadas em algumas histórias estavam sendo repetidas. Entretanto, de modo diverso entendeu o “desembargador” quanto à arguição de que o próprio personagem seria uma transcrição, haja vista que, apesar de haver semelhanças na aparência e nos poderes, este entendeu que se trataria de personagens diferentes, com histórias, personalidades, dilemas e problemas pessoais diferentes.

Dessa forma, temos que o presente caso observado é de extrema relevância para a análise autoralista nas histórias em quadrinhos (HQ's), uma vez que, se constituindo como o primeiro caso de seu tipo, trouxe abordagens e fundamentações importantes no âmbito do direito autoral, fazendo distinções significativas acerca dos pontos a serem discutidos sobre o gênero, bem como, servindo como base e ponto de referência para as decisões seguintes que viessem a versar sobre o segmento.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. A reprodução de obras de artes visuais em outras obras. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 821, mar. 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. **Proteção autoral de personagens na era da informação**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

ARAGÃO, Verônica Palmira Salme de. **Charge e cartum**: uma perspectiva semiolinguística do discurso, p. 12. Disponível em: [http://www.filologia.org.br/ileel/artigos/artigo\\_087.pdf](http://www.filologia.org.br/ileel/artigos/artigo_087.pdf). Acesso em: 25 out. de 2019.

BERNARDI, Carolina. Shazam! e Capitão Marvel: entenda a briga de 80 anos pelo nome. **Minha Série**, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.minhaserie.com.br/novidades/46611-shazam-e-capitao-marvel-entenda-a-briga-de-80-anos-pelo-nome>. Acesso em: 30 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Forense Universitária.

BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm). Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

DIAS, Eric. The history of Shazam and Superman's 80 year-old-feud. **Nerdist**, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://nerdist.com/article/shazam-vs-superman-history-80-year-old-feud/>. Acesso em: 26 out. 2019.

FERREIRA, Sheyla. Do direito autoral: aspectos, conceitos e características. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://sheylaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/190565477/do-direito-autoral-aspectos-conceito-e-caracteristicas>. Acesso em: 25 out. 2019.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do autor**: Repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juri, 2008.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 30. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PODCAST: Shazam nos quadrinhos. [Locução de]: Alexandre Ottini e Deive Pazos. **Jovem Nerd**, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/nerdcast/shazam-nos-quadrinhos/>. Acesso em: 27 out. 2019.

PODCAST: Shazam! Mas sem salomão? [Locução de]: Affonso Solano. **Matando Robôs Gigantes**, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.matandorobosgigantes.com/shazam-mas-sem-salomao/>. Acesso em: 27 out. 2019.

Saiba a diferença entre quadrinhos, tirinha, cartum, charge e caricatura. **G1**, 28 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/educacao/noticia/2016/10/saiba-diferenca-entre-quadrinhos-tirinhas-cartum-charge-e-caricatura.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TELLES, Bruna. Shazam!: as três vezes que o herói enfrentou problemas de direitos autorais. **Armadura Nerd**, 04 abr. 2019. Disponível em: <http://www.armaduranerd.com.br/2019/04/shazam-dc-comics-captain-marvel-mar-vell-direitos-autorais.html>. Acesso em: 27 out. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Court of Appeals for the Second Circuit**. National Comics Publications, Inc. v. Fawcett Publications, Inc. et al. Circuit Judge: Learned Hand, Aug. 30, 1951. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/191/594/91314/>. Acesso em: 20 out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

# »»» LIMITES AO USO DE SAMPLE NA OBRA MUSICAL SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Hanna Kheren Cremaschi<sup>1</sup>  
Larissa de Lima Vargas Souza<sup>2</sup>

**RESUMO:** O direito autoral é um importante ramo da propriedade intelectual que tem por objetivo principal zelar pela proteção dos direitos que o autor tem por sua obra (direito moral e direito patrimonial) e também dos titulares de direitos conexos, amparados legalmente pela Lei 9.610/1998. Dentre as espécies tuteladas pela referida lei, a obra musical é prevista em seu artigo 7º, inciso V, desempenhando salutar papel desde a criação advinda do intelecto do autor até a produção e execução da indústria fonográfica, abrangendo, também e necessariamente, os responsáveis pela distribuição dos proventos gerados pela obra executada publicamente (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, conhecido como ECAD). A presente pesquisa tem por desiderato identificar os limites da técnica de extração de trechos musicais, conhecida por *sample*, comumente usada por executantes da música no que se refere à gravação ou à execução pública. Para tanto, analisa-se a percepção do ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema, bem como julgados cujas discussões relacionaram-se a supostas acusações de plágio musical. A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foram traçados parâmetros e limites ao uso de *sample* em obras musicais de modo a assegurar que a referida prática seja consentânea à proteção erigida a partir da Lei 9.610/1998.

**Palavras-chave:** Direito autoral. Obra musical. *Sample*.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Pós-graduanda em Direito Processual Civil com extensão em Propriedade Industrial pela Damásio Educacional. E-mail: hannakherem@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito Constitucional. Professora dos cursos de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV e do Centro Universitário FAESA. Professora dos cursos de Graduação em Direito da Faculdade do Espírito Santo - FACES e da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Professora de Direito do Instituto Federal do Espírito Santo - IFES - Campus Linhares. Mentora (Área Jurídica) da Incubadora do IFES. Advogada. E-mail: larissa.lv@hotmail.com.



## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Autoral é um instituto que abarca historicamente uma série de características que com o passar do tempo foram instituídas em conformidade com as necessidades do autor no tocante à sua obra. A partir da Lei 9.610/1998, mais especificamente em seu artigo 7º, inciso V, contempla-se como obra intelectual uma das maiores e mais longínquas artes conhecidas pela humanidade: a música. As composições musicais, tendo elas letra ou não, possuem rudimentos característicos que as definem, e ao mesmo tempo seu processo se modifica conforme a evolução dos interesses e comportamentos da sociedade.

O universo musical facilmente ganha roupagem inédita na medida que novas formas de manifestação dessa arte são criadas e disseminadas em todo o planeta. Tais bagagens advêm do interior do artista em forma de inspiração, por meio de combinação física e emocional de uma interpretação singular de enxergar o mundo conciliando sons e instrumentos, fazendo emergir a arte sonora que decodifica a essência humana. Dessa forma, a revolução instrumental eletrônica, equipamentos e técnicas utilizadas nesta esfera artística se tornaram evidentes. Com efeito, nasce como fruto dessa revolução uma técnica que visa extrair trechos de gravações musicais já existentes grandemente utilizada pelos profissionais da área conhecida por *Sample*. A referida técnica, tão logo surgida, desperta uma preocupação quanto à integridade do autor, tanto moral quanto patrimonial, e dos demais titulares da obra passíveis de direitos conexos. Inobstante, insere-se o *sample* nesse contexto renovador, ocasionando interpretações diversas sobre a originalidade das canções sampleadas e colocando em questão licitude.

Há, portanto uma problematização em torno do direito do autor por sua criação advinda de seu espírito e da oscilação quanto à legitimidade na utilização de tal técnica que introduz pequenos trechos em nova obra intelectual. Nesse passo, compete ao estudo em comento levantar as indagações que criam tal dilema, analisar questões quanto à proteção autoral e observar possíveis elementos extraídos do ordenamento jurídico a fim de mitigar tais impasses de evidente complexidade.

## 2 DIREITO AUTORAL E A LEI 9.610/1998

A ferramenta reguladora invocada como Direito protege muito além do que tão somente interesses normativos coletivos. A proteção dos bens e propriedades dos particulares é primordial, versada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso XXII. Para tanto, o direito dilata-se para proteger muito mais do que a propriedade tangível, alicerçando também a tutela da propriedade imaterial, criativa e que advém do intelecto humano, atualmente nomeada por propriedade intelectual.

A Propriedade Intelectual ramifica-se em Propriedade Industrial (visa o amparo de obras comerciais e patentes); a Proteção *Sui Generis* (uma “Proteção híbrida” com figuras jurídicas intermediárias que possuem legislações particulares); e o enfoque textual pertinente: o Direito Autoral, que é em suma, a proteção conferida legalmente aos criadores de obras advindas do intelecto, com o propósito de segurança para o gozo de benefícios resultantes de suas criações. Um grandioso cenário histórico brasileiro tornou-se vital ao abrir as portas para que o Direito Autoral se consolidasse em 1891 constitucionalmente, promulgasse em 1998 enfim a LDA<sup>3</sup> (Lei 9610/1998), obtivesse amparo pelos Códigos Civis de 1916 e 2002, e ainda conquistasse seu próprio Escritório Nacional de Arrecadação (ECAD).

O Art. 7º da Lei 9.610/98 da LDA expressa em seu inciso V que as composições musicais, tendo letra ou não, são obras intelectuais passíveis de proteção autoral e possuem como escopo basilar a tutela de seu criador, do autor e dos titulares do direito, atribuindo para si o caráter pessoal e moral. Diferentemente de alguns países, como a sistemática americana chamada “copyright”, que destaca a condição protetora legal da obra com um olhar mais voltado para o econômico e comercial, o entendimento majoritário brasileiro sugere um caráter prioritário relacionado ao aspecto moral, todavia não se ignoram os interesses materiais.

Segundo Carlos Alberto Bittar (2019, p. 70) os direitos morais do autor são os “vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização e defesa de sua personalidade”. Tais palavras possuem força uma vez que a Lei de Direito Autoral celebra taxativamente em seu artigo 24 um rol apontando

---

<sup>3</sup> Lei de Direito Autoral. ECAD. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

tais direitos morais, no qual posteriormente no artigo 27 os declara como inalienáveis e irrenunciáveis. Tais garantias legais tencionam-se ao acolhimento da expressão espiritual do autor criador da obra intelectual, uma vez que o mesmo permitiu disseminar sua própria personalidade na propriedade intangível, na inspiração adquirida de sua percepção da vida, em seu tempo e espaço.

Os direitos patrimoniais também possuem seu lugar nas garantias autorais. Bittar (2019, p. 73) interpreta tais direitos como prerrogativas de cunho pecuniário que também nascem com a criação da obra, mas que se manifestam no momento comunicativo com o público, eis que surge o poder do autor de colocar sua obra em circulação. Já Luiz Otávio Pimentel (2005, p. 136) entende que o artigo 28 da LDA compreende os direitos patrimoniais na exclusividade de usufruir e dispor da obra intelectual. Para tanto, os direitos reservados garantem a imprescindibilidade de prévia autorização do autor para a utilização de obra particular e a proteção patrimonial<sup>4</sup>.

Divulgar suas criações e pensamentos ao público em formato específico é conferir ao criador o direito de reprodução. No entanto, a execução desse plano intelectual para fins de propiciar usufruto ao público, com a assistência de dança, canções e espetáculos, e uso de equipamentos como radiodifusão, satélites e até mesmo microfones fazem parte do direito de representação. Para isso, a lei assegura o direito exclusivo de concessão, censura e usufruto ao autor uma vez que processados para o meio coletivo<sup>5</sup>.

Para uma obra adquirir notoriedade ao público e gerar direitos na reprodução ao seu autor, é indispensável a mão-de-obra de interventores que executando seus específicos papéis geram a publicidade e rotatividade do material. Considerando que essas significativas movimentações externas são importantes ferramentas da difusão pública, a lei estende a proteção aos intérpretes, executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão<sup>6</sup>, eis que ergueram-se os “direitos vizinhos” aos do autor, conhecidos como direitos conexos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Artigo 29, Lei de Direito Autoral.

<sup>5</sup> Artigo 90, da Lei de Direito Autoral.

<sup>6</sup> Pimentel (2005, p. 150).

<sup>7</sup> Artigo 89, da Lei de Direito Autoral.

Houve muitas incertezas sobre a importância dos trabalhos conexos, demandando algum tempo para então receberem reconhecimento legal, tendo sido, inclusive, pauta a nível internacional na Convenção de Roma para a Proteção dos Artistas e Intérpretes, em 1961<sup>8</sup>. Independentemente da intensidade de seus papéis e o relacionamento estritamente técnico ou não com o material, é perceptível a ponte laborativa entre a arte emocional traduzida em obra e o procedimento difusor que circula o material em rádios, televisão e plataformas de *Streamings*, e, portanto, a detenção de tais direitos que valorizam suas participações. Ora, o que de fato importa dessa soma de interesses é a concepção artística aprimorada: o ponto central da discussão, a música.

### **3 OBRA MUSICAL: A PONTE ENTRE A ARTE E O PÚBLICO**

Dentre as mais antigas e reconhecidas artes no mundo, a música foi uma das maneiras que o homem primitivo encontrou para reproduzir a sonoridade. Sua inspiração nos sons da natureza como o barulho da chuva, nas ondas se quebrando nas praias, nos sons do próprio corpo, no bater de palmas e no pulsar do coração revelam por que a música é manifestação artística pertencente às mais antigas manifestações culturais conhecidas pelo ser humano. A evolução musical ganhou vida e prioridade em meio às culturas e ritos sagrados de cada período histórico do homem, fortificando o elo entre a humanidade e a espiritualidade.

A partir do século XX, essa forma de arte ganhou nova roupagem e novos significados para sua existência por meio das tecnologias que foram surgindo ao longo dos anos. A criação do rádio, no final do século XIX, foi essencial para quebrar as fronteiras comunicativas e despertou o que era necessário para disseminar a arte entre as nações. A partir de toda essa bagagem e com os avanços da tecnologia, a arte sonora anda de mãos dadas com o desenvolvimento humano e tecnológico.

A música floresce como uma combinação física e emocional, que dentre suas várias interpretações pode ser entendida como uma forma de linguagem que concilia voz, instrumentos e outros mecanismos. É a combi-

---

<sup>8</sup> Portal ABRAMUS.

nação e sons e silêncios sequenciados decorrente do tempo e dos intervalos sonoros, sendo seus principais elementos a melodia, a harmonia e o ritmo. A letra também é um importante integrante da obra musical, porém não se trata de um elemento preexistencial para sua formação e nem para receber amparo legal<sup>9</sup>, o que não retira sua relevância na composição da obra. Netto<sup>10</sup> afirma que a letra não encerra apenas uma ideia, mas gera forma à música em uma estreita ligação com a sonoridade, ao tema melódico. Salienta também que uma simples letra, se bem conciliada a uma bela melodia, permite uma obra de alta qualidade e grande aceitação aos setores culturais mais qualificados.

O conceito da originalidade é requisito primordial para caracterização da música e para a proteção dos ativos da propriedade intelectual, forma expressiva de uma ideia que possui características próprias concernentes à obra. Ela se difere da novidade, que comumente é confundida, mas que se distingue por conta de uma consecução de benefícios no campo da propriedade intelectual. Também não pode ser confundida com obra originária<sup>11</sup>, que, segundo autores, são obras primígenas, transformadas com características diferenciadas quanto ao gênero, tais como as adaptações, traduções e etc.

O tema no meio musical possui tanta relevância que persistem incertezas acerca da originalidade das canções baseadas em obras preexistentes. Tal problemática é sentida e será discutida na problemática textual, mas adianta-se o entendimento de que os sentidos entregues à nova versão musical são de titularidade originária<sup>12</sup>.

É indubitável que a lei leva em consideração a metamorfose técnica recebida pela obra, e para que a ideia seja executada a público um complexo processo de desenvolvimento progressivo transcorre. Para executar no

<sup>9</sup> O inciso V do artigo 7º, da Lei 9.610/1998 especifica que a composição musical, tendo ela letra ou não, é uma das diversas formas de obras intelectuais protegidas e é entendida como uma criação do espírito.

<sup>10</sup> Costa Netto (2008, p. 120)

<sup>11</sup> Artigo 5º, VII, "f", da Lei de Direito Autoral.

<sup>12</sup> A Titularidade originária não se confunde com obra originária. A titularidade do direito do autor subdivide-se entre Originária (a pessoa física detentora da personalidade, qual seja, o Autor) e Derivada (espécie de exceção à regra de exclusividade de direitos do autor, como nos casos de obras realizadas "sob encomenda"). Bittar, 2019

âmbito industrial musical, a obra se materializa em produto de utilização e reprodução. Esta materialização é conhecida como fonograma.

O fonograma é a fixação da obra musical em um produto cujo objetivo visa o consumo geral. Basicamente é a superfície na qual se grava o conjunto sonoro de ritmos, melodias e toda a composição criativa. Alguns exemplos de ferramentas convertidas em fonogramas através dos tempos são os discos de vinil, fita cassete, CD's, mp3, e, mais recentemente, os *streamings*. A lei elucida sua utilização<sup>13</sup>, pois se trata de uma ferramenta utilizada há mais de um século e que vem ganhando espaço na vida particular da atualidade. Importa ressaltar que, legalmente, o "produto" é de responsabilidade dos produtores, quem o adquire é proprietário do item, sem possuir direitos referentes à obra gravada<sup>14</sup>.

Como explanado, a obra passa pelas "mãos" de diversos profissionais para chegar à sua otimização e, uma vez que o resultado é considerado viável para distribuição, chega o momento da execução pública. A tarefa não é simples, e pelo árduo e exigente encargo os responsáveis devem ser remunerados, mas não se trata apenas de remuneração pelo esforço, mas também de reconhecimento profissional. Para tanto, ganha enorme relevo o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), instituição privada nacional<sup>15</sup> responsável pela realização das cobranças sobre a apresentação de conteúdos amparados no direito autoral executados publicamente. É, assim, o elo entre todos os componentes titulares da obra musical aos canais que distribuem conteúdo ao público. Como o próprio ECAD propaga "O ECAD existe para manter a música viva".

O ECAD possui três componentes fundamentais para seu funcionamento: os usuários; as associações; e os titulares. Em suma, O ECAD recolhe os valores da distribuição dos direitos autorais decorrentes da execução pública, tanto nacional quanto estrangeira, resultado do usufruto do consumidor final do produto (usuário). Assim que possui tais valores em caixa, o Escritório assume a distribuição proporcional dos direitos aos titulares asso-

---

<sup>13</sup> Artigo 5º, IX, Lei de Direito Autoral.

<sup>14</sup> O artigo 94 da LDA confere aos produtores fonográficos específicos direitos exclusivos, a título oneroso ou gratuito.

<sup>15</sup> Instituída pela Lei Federal nº 5.988/1973 e mantida pelas leis 9.610/1998 e 12.853/2013.

ciados. Em 2019 foram distribuídos R\$986.500.000,00 (novecentos e oitenta e seis milhões e quinhentos mil reais) para o número recorde de 383 (trezentos e oitenta e três) mil artistas e demais titulares, sendo 65% dos direitos autorais distribuídos aos artistas nacionais através do ECAD. Os valores arrecadados cresceram em mais de 1.200% nos últimos 22 anos<sup>16</sup>. Este trabalho nacional tem sido referência mundial na área por conta da “facilidade” no processo distributivo dos direitos autorais, é considerado o maior banco de dados da América Latina.

Os titulares, que são os beneficiários legais de direitos autorais (de autor ou conexos, amparados legalmente), poderão se associar a fim de garantir seus direitos coletivamente, cobrando à associação no qual está inscrito, os direitos e valores arrecadados, conforme a porcentagem que lhes é devido frente ao específico trabalho exercido.

Quanto ao registro das obras, não é de responsabilidade do ECAD e nem das associações, contrariando assim o julgamento popular, tanto a Biblioteca Nacional localizada no Rio de Janeiro/RJ quanto a Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro possuem tal atribuição. Apesar de ser fortemente recomendado, não é necessário o registro para receber a proteção do Escritório Central. O depósito da cópia da obra intelectual auxilia na obtenção de prova de autoria, uma vez que o registro mostra quem foi o primeiro a declarar publicamente, sendo uma forma de se resguardar em ações judiciais<sup>17</sup>.

## 4 O PLÁGIO E O SAMPLE

Os direitos autorais sustentam muito mais do que a proteção exclusiva do autor em prol da obra intelectual, exige-se também deveres da sociedade em respeito à integridade e proteção tanto moral quanto patrimonial para o autor e os demais titulares possuidores de direitos conexos.

No contexto musical existe uma infinidade de formas de produzir conteúdo original, mas que nem sempre têm seu potencial baseado integralmente na originalidade. Pode-se dizer que esse seja o caso de uma técnica

---

<sup>16</sup> Dados registrados pelo ECAD (2019)

<sup>17</sup> Vide artigo 18 a 21 da LDA, facultando o registro da obra intelectual.

musical bastante utilizada na esfera artística musical pelos profissionais: o *sample*. A dúvida que perdura acerca do tema envolve uma série de questões jurídicas que em certos aspectos remetem à análise da licitude. Portanto para adentrar no tema em questão é imprescindível ponderar a respeito de um importante instituto jurídico do direito autoral que está relacionado direta e indiretamente com a técnica a ser elucidada: o plágio.

## 4.1 Considerações acerca do plágio

Originado do latim *plagium*, utilizado por Marçal com o objetivo de identificar o ilícito sob comento<sup>18</sup>, o termo passou por uma construção histórica até chegar ao seu entendimento atual. Mesmo não havendo uma definição concreta pela legislação autoral, entende-se popularmente como uma espécie de atribuição fictícia alheia (aproveitamento disfarçado ou mascarado) de origem de uma obra, em seu todo ou em parte dela, ofendendo o direito de paternidade de seu autor que de fato o compete. A meta do praticante do plágio é o reconhecimento indevido pela produção não original, afastando o que se entende por personalidade do real autor<sup>19</sup>.

Ainda falta um conceito técnico, uma vez que o plágio ultrapassa os horizontes de uma mera apropriação de obra, conforme entende o ECAD<sup>20</sup>. Demanda-se de uma espécie de construção identificadora sobre a obra de terceiro reduzindo sua total fidelidade, sendo a usurpação do entendimento criativo do autor original, diferentemente de cópia.

É válido salientar que o plágio não se confunde com a inspiração, pois a inspiração mantém a virtude da obra intocada, abstendo-se do uso dos componentes reconhecedores e tipificadores da obra original, já o plágio fere totalmente a originalidade. Para Carolina Tinoco Ramos<sup>21</sup>, o que distin-

---

<sup>18</sup> MOSCA, 2017.

<sup>19</sup> CHAVES, Antonio (1983. p. 406).

<sup>20</sup> É a cópia não autorizada de uma obra, feita de forma ardilosa, com o intuito de mascarar a própria cópia, no todo ou em parte, e representa uma apropriação da forma utilizada pelo autor para expressar sua idéia ou sentimento. Plagiar é a ação de apresentar como de sua autoria, uma obra ou parte de uma obra, que originalmente foi criada por outro. O plágio fere os direitos morais e patrimoniais do verdadeiro autor. (ECAD, 2019).

<sup>21</sup> RAMOS, Carolina Tinoco (2010, p. 471).



que a inspiração do plágio seria o “contributo mínimo”, e ainda aborda seu conceito como o “mínimo de grau necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor.”

Na música, a prática de plagiar tem sido popular no cotidiano, principalmente com os avanços tecnológicos que facilitam a ação, implicando uma falsa sensação de legalidade, a situação é tão gravosa que é possível notar plagiadores entre os artistas de grande renome da atualidade<sup>22</sup>. O autor Edman Ayres de Abreu (1968, p. 124) traça o perfil do plagiador como uma pessoa de pouco conhecimento artístico musical a ponto de tentar disfarçar o ilícito e falhar miseravelmente, se utilizando de três caminhos para se desfrutar de obra alheia: alterando o ritmo da música; alterando sua harmonia ou caracterizando a obra com costumes e culturas nacionais distanciando a obra original de sua própria identidade.

Em poucas palavras, o plágio harmônico só consegue ser identificado por especialistas, uma vez que há grandes porções de músicas com melodias similares. Já o ritmo, por ser uma forma de movimentos coordenados, sincronização instrumental e intervalos, não se vê em grande possibilidade de caracterização como ilícito, pois ele que dá vida aos estilos musicais, como o Pop, Rock’nRoll, Samba, Funk, etc.

Se há maneiras possíveis de encontrar plágio em músicas aparentemente inéditas, mas que no seu íterim estão cobertas de materiais de obras alheias, há também formas de afastar a ideia do plágio em músicas acusadas dessa ilicitude. Um dos temas mais usados nas músicas há séculos é o “amor”, não há o que se entender por plágio ao abordar temas populares, muito menos se apropriar do conceito. Abreu (1968, p. 113-114) vê que a proteção legal dos direitos autorais recai apenas sobre a escrita ou forma peculiar a cada um, da exteriorização e revestimento de seus pensamentos e expressões e nunca sobre as ideias em si, que subtraem toda apropriação.

Cumpre, finalmente, salientar que tal conduta fere muito além dos direitos de paternidade do autor sob sua obra, como também seus direitos morais, sua honra e integridade e seu direito ao inédito, como elenca o artigo 24, III e IV da LDA. Uma vez compreendida a profundidade da ilicitude

<sup>22</sup> [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140822\\_dezplagios\\_etc](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140822_dezplagios_etc)

originada pelo plágio, é possível abordar com clareza de entendimento o enfoque basilar do estudo: o *sample*.

## 4.2 *Sample*: Conceito e limitações

O *sample* (*sampling*), termo inglês que significa *amostra*, abarca seu real sentido na própria essência literal. Em breves palavras, trata-se de uma técnica de extração de um trecho (amostra) de uma gravação musical e introdução na estrutura de uma nova obra. A técnica de *samplear* surge experimentalmente na década de 40 a partir dos franceses Pierry Henry e Pierre Schaeffer, pioneiros da construção da *Musique Concrète* (Música Concreta), que basicamente é a colagem de conteúdos sonoros utilizando sons de trens e outros ruídos mecanizados. Mais tarde o alemão Karlheinz Stockhausen sente-se influenciado pelos franceses e começa a desenvolver usando colagens de sons diversificados projetos de música eletrônica. (PLANETA MÚSICA, 2017). Os próprios “Beatles” foram influenciados pelo trabalho da Música Concreta, utilizando *loops*, efeitos e músicas reversas nas faixas do álbum divulgado em 1968 “Revolucion 9”<sup>23</sup>.

O termo deriva do antigo gravador digital S9000 produzido industrialmente no Japão, conhecido por “*Sampler*” que tinha por finalidade retirar partes selecionadas de um áudio, copiado e reprisado variadas vezes para que se permitisse usar o trecho para novas faixas musicais (RESTUM, 2016). Com o surgimento dos toca-discos e sua reprodução de faixas instrumentais, e das discotecas, os apreciadores da música obtinham ao seu dispor a oportunidade de se tornarem autores das próprias obras musicais. Desde então surgiram as conhecidas músicas “eletrônicas” que originaram a Chicago House, Electroclash, Acid House, e o famoso Funk Carioca.

Em termos técnicos, o *sample* consiste na técnica de extração de trechos musicais com o objetivo de criar obra nova, retirando uma fração musical original para construir uma faixa “inédita”, não se confundido com o *remix*, que se trata de uma espécie de roupagem original para determinado som musical pré-existente a partir de uma sincronização de tempo (BPM) e adequações harmoniosas remixadas.

---

<sup>23</sup> PLANETA MÚSICA, 2017.

Tal técnica de *sampleagem* se tornou fundamental na cultura musical eletrônica, sendo importante ressaltar que os gêneros musicais conhecidos nos dias atuais germinaram de *samples* dos vinis antigos, toda uma cultura nasceu a partir da técnica de *sampling*. Um exemplo que indica a magnitude de tal influência foi o nascimento do *Hip-Hop*. Sua forte necessidade de batidas diversificadas que nasce de uma mistura de ritmos e culturas caribenhas, afro-americanas e latino-americanas da década de 70 trouxe lazer, poesia e dança à vida dos jovens de rua de sua época. Um bom exemplo brasileiro que aproxima o entendimento é o *sampling* da faixa “Homem na Estrada”, gravação de uma grande referência do rap brasileiro Racionais, na qual o DJ do grupo aplica a técnica da obra “Ele Partiu” de Tim Maia.

Sua importância também contribuiu na finalidade comercial, o “disc jockey”, conhecido como “DJ” é o artista profissional que trabalha com a reprodução e manipulação de conteúdos musicais via radiodifusão, clubes e boates. Os DJ’s empregam a todo momento técnicas de mixagem em suas apresentações, compondo sonorizações diferenciadas, e a sincronização temporal e harmônica são fundamentais para obterem êxito no trabalho. Com a evolução tecnológica no processamento de arranjos, é possível a criação de efeitos e introdução de trechos musicais (instrumentais e vocais) a fim de criar novas roupagens à maneira que a música será gravada.

O artigo 29, I da Lei de Direito Autoral destaca que dependerá de autorização prévia ou expressa do autor para a utilização da obra a reprodução parcial ou integral dela, isto em regra geral. Contudo existe uma diferença da reprodução musical para o trabalho de exteriorização sonora dos DJ’s. Tais profissionais trabalham com a exibição em tempo real aos espectadores e frequentadores de casas de shows a fim de produzir versões diversificadas com músicas pré-existentes, descaracterizando qualquer necessidade de autorização frente às execuções realizadas ao vivo.

O procedimento realizado ao vivo usando da mixagem e *sampleagem* independerá da autorização dos titulares. Vale ressaltar que os clubes e casas noturnas repassam valores ao ECAD a depender da autoria da música. O entendimento jurisprudencial abarca uma percepção no que tange aos cantores e bandas que se utilizam de canções em tempo real, mesmo que sejam autores originais deverão repassar os valores ao ECAD:

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser “cabível o pagamento de direitos autorais em espetáculos realizados ao vivo, independentemente do cachê recebido pelos artistas, ainda que os intérpretes sejam os próprios autores da obra” (REsp 1207447/RS, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 29/06/2012).<sup>24</sup>

É possível observar que a situação dos DJ’s condiz como uma exceção à regra. O *sample* integra o que a lei entende por “reprodução parcial” da obra, portanto necessita de prévia autorização de seu titular sob pena de violação da Lei 9.610/98.

O Artigo 46 da LDA explana um rol de limitações aos direitos autorais, e mais especificamente em seu inciso VIII declara que 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.<sup>25</sup>

O que se pode observar é a menção a “pequenos trechos”. O artigo desconfigura ofensa aos direitos de autor nos casos em que a reprodução não tratar como fonte basilar da obra nova reproduzida e não causar prejuízo ao titular originário, entretanto a lei não estabelece conceito de “pequenos trechos”. Nesse sentido, se for compreendido o *sample* com base na legislação, é possível definir, portanto, que seu uso de forma adequada sem prejuízo na utilização e aos interesses do autor descaracterizará qualquer violação autoral.

Um curioso caso é o “mito dos 8 compassos”, antiga lenda do universo da indústria musical que alega que uma canção de até 8(oito) compassos

---

<sup>24</sup> STJ - REsp: 1405344 SP 2013/0177596-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 21/06/2017.

<sup>25</sup> Artigo 46, VIII, da Lei 9.610/1998.

(forma de divisão quantitativa entre sons e pausas que ajudam na definição dos ritmos) poderá ser similar a outra música sem configurar violações de direito<sup>26</sup>. No entanto, trata-se de informação infundamentada em termos jurídicos, posto que o próprio artigo 46 da LDA e a falta de critérios legais derrubam tal possibilidade. A certa “liberdade” legislativa demanda perícia musical para compreender caso a caso as minúcias basilares criativas, uma vez que categoricamente falando não há medidas exatas que caracterizem o plágio ou apropriação indébita.

No que tange à gravação musical, o trabalho dos produtores possui suma relevância na indústria, sendo um componente fundamental por estar inteiramente ligado ao processo de produção das matrizes enviadas às gravadoras e quaisquer modificações necessárias à composição, incluindo remixagens e técnicas de *sampleagem*, traduzindo o elo entre a obra e a indústria sonora. Nas gravações musicais, a relevância do *sample* se distingue à situação de reprodução com finalidade profissional (DJ's), pois abarca um tipo de reprodução em suportes e bases, independentemente de ser físico ou digital em sua comercialização, significando dizer que o material já está pronto para execução, logo não há o que se falar de exceção à regra. Para utilizar o *sample* nesse caso é imprescindível a autorização dos detentores de direito autoral; caso contrário, aquele que transmitir a modificação na obra declinará perante as ações judiciais movidas pelos titulares da música manipulada. A lei também transmite o direito ao titular de permitir a *sampleagem* com os devidos créditos<sup>27</sup>.

## 5 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS LIMITES DO *SAMPLE* NA OBRA MUSICAL

O *sampling* tornou-se um integrante fundamental no universo da composição e produção musical como a infusão das diversidades culturais. Mesmo assim, até para os estudiosos da área subsiste certa carga de incertezas

<sup>26</sup> CIRIO, 2010, p. 52.

<sup>27</sup> Trata-se da violação aos direitos morais do autor, elencados no artigo 24 da LDA. Segundo a legislação, o titular possui propriamente o direito se o mesmo permitir que seja *sampleado* em música de terceiro, amostra de sua obra, e o artista deverá incluir nome e os devidos créditos de autor a fim de conservar sua integridade e conseqüentemente a de sua obra.

quanto às limitações de sua utilização. Em virtude disso não existe acurada precisão do que se compreende acerca dos limites no contexto compositor, reproduzidor e executante musical. Felizmente, o entendimento legislativo e jurisprudencial brasileiro compreende certas características ao julgar situações em torno de tal problemática.

Inicialmente, deve-se compreender que a cultura processual que envolve acusações de plágio musical e *sample* indevido apresenta precariedade no ambiente judiciário. Este quadro deve-se à acanhada divulgação dos direitos autorais, que, levando em consideração que o fato de o regulamento brasileiro preconizar as definições legais dos direitos dos titulares possui cerca de 20 anos, ainda denota-se pouca veiculação ao pequeno compositor ou aos leigos de conhecimento jurídico.

As grandes empresas que movimentam a indústria fonográfica brasileira, que graças aos *streamings* obtiveram crescente aumento das receitas no setor de gravação musical no mercado mundial, muitas vezes possuem maior domínio e influência nesse sentido, desconsiderando qualquer oportunidade que o autor tenha nos processos judiciais. Nessa acepção, o temor é maior nessa comunidade e resulta em processos movidos em sua maioria pelas indústrias musicais de renome. Outro fator que explica a pouca profusão de informações sobre o assunto reside na falta de confiança no Judiciário devido à morosidade das tramitações processuais que influenciam nas decisões dos pretensos detentores do direito autoral. A incerteza das ações e o risco de um reconhecimento negativo perante à indústria desmotivam e parecem enfraquecer a funcionalidade da lei autoral.

O que se identifica nos Tribunais são os pedidos indenizatórios por danos morais e materiais do autor. Uma vez que se entende o objetivo real do *sample*, o que deverá ser analisada *a priori* é a necessidade de autorização do titular, via de regra, fundamentado no artigo 29 da LDA, que preconiza a questão da modalidade de “reprodução parcial”.

Os Tribunais brasileiros têm enfrentado com afincos alguns casos, principalmente quando geram grande repercussão nacional e envolvem celebridades. Esse foi o caso do Agravo de Instrumento nº 503.774<sup>28</sup>. Fala-se do

---

<sup>28</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 503774/ RJ (2003/0029084-6). Agravo de Instrumento. Relator: Ministro Ruy Rosado, 17 jun. 2003. Dis-

processo instaurado em face dos grandes músicos Roberto Carlos e Erasmo Carlos sob a acusação de plágio da obra de Sebastião Braga chamada “Loucuras de Amor”. De acordo com a Justiça do Rio de Janeiro (RJ), a música composta pelos artistas “O Careta” teria cerca de dez compassos da canção de Sebastião Braga, evidenciando plágio. Tal decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, por relatoria do Ministro Ruy Rosado, da Quarta Turma, em 2013.

A situação evidencia um real caso de *sample* na modalidade de execução, visto que não existiu nenhuma autorização requerida sobre o fato. A situação indica uma violação ao artigo 29. Entretanto o artigo 46, VIII, limita os direitos de autor, como discutido anteriormente, à questão dos “pequenos trechos”. A lei não define o que se entende pelo referido termo, mas sabe-se que o *sample* se trata justamente de extrair trechos musicais. Ora, ressalta-se que não constitui ofensa se a obra nova não causar prejuízo ao autor e aos titulares em sua utilização.

Impera-se a questão que ressalta tal cenário: se a lei não define o real sentido de “pequenos trechos”, com base em quais critérios a Justiça poderá atuar perante esse impasse? O que se observa é uma resposta breve, sucinta, porém tecnicamente complexa: com base no bom senso e na razoabilidade, com a devida e necessária fundamentação. Por óbvio não se pode pensar que dois minutos de música sejam suficientes para compreender como uma pequena “fração” musical ao se tratar de uma composição de quatro minutos. Pode-se delinear uma margem de cinco a dez por cento, no qual certamente quantificaria melhor a situação. No entanto valer-se de extensão temporal e quantitativa de nada vale. Há uma série de fatores que auxiliam a perícia musical a entender o evento, tal como melodias similares, fundamento principal da música, estilo, ritmo, enfim, toda a estrutura sonora e histórica que poderá influir no contexto. Compreende-se propriamente por uma questão discricionária que irá variar sob influência da conclusão pericial.

As vezes o âmago representativo do específico trecho recortado tem mais importância do que apenas o *sample* em si. Ainda, o objetivo poderá es-

---

ponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300290846&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 set. 2020.

tar interligado à inspiração das ideias culturais e ambientais do autor que o criou, fazendo com que a utilização do *sample* torne-se desconexa. Outro fato discutido nos tribunais é acerca da utilização de jargões e frases comuns utilizados socialmente em certas regiões, os quais não se hão de enquadrar como plágio nem como usurpação criativa.

Outro nebuloso caso de utilização de refrão musical foi uma apelação julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 2011, acerca de uma empresa processada que teria usado em sua publicidade um trecho da obra “Para Lennon e McCartney” em um informe publicitário<sup>29</sup>. Inicialmente o juiz teria compreendido que não se tratava de ofensa aos direitos autorais a reprodução de “pequeno trecho” conforme artigo 46, VIII, da Lei Autoral. Entretanto a Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região compreende que o artigo peca ao considerar que não houve prejuízos reais aos interesses dos autores, e nesse ponto foi observada a violação do artigo 29, I, da referida lei, alegando a necessidade de autorização e reparação do dano material.

O *sample* no seu contexto objetivo não implica violação aos direitos morais e patrimoniais, estando conectado a uma substancial necessidade de inspiração da criatividade advinda do espírito de outrem e, por conseguinte, influir na inspiração da própria obra, como é feito nos trabalhos dos DJ's que em geral potencializam sua criatividade ao vivo. Nada obstante, extrair a amostra musical de terceiro nem sempre pode ser confundido com usurpação da originalidade do autor. Veja, a originalidade é condição *sine qua non* para indicar autoria da obra. Para Gandelman (2007, p. 91) a originalidade não pode ser confundida com novidade:

Para ser considerada original uma criação intelectual não necessariamente deve ser uma novidade, já que seu autor pode utilizar temas antigos e conteúdos de caráter genérico, que podem ter sido anteriormente explorados por outros autores”, pois a originalidade autoral provém da criatividade, que é um sentimento pessoal e subjetivo (...). O importante é verificar se uma obra é essencialmente criativa e distinta de outras que apresentam conteúdos idênticos para considerá-la original.

---

<sup>29</sup> TRF-2 - AC: 200151010088730 RJ 2001.51.01.008873-0, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 26/07/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: - Data::09/12/2011.



Veza que a obra possua um *sampling* de outra, uma série de elementos devem ser considerados para analisar o plágio. Contudo o direito autoral não exige que a novidade objetiva seja requisito para proteção, tal qual a originalidade (que também não é tão simples de apurar), uma vez que a inspiração pode advir de qualquer elemento da história, inclusive da história da própria música. Supõe-se que samplear um pequeno trecho não irá interferir na originalidade da música e sua característica de ausência de novidade não caracterizará violação.

Outra situação submetida ao Poder Judiciário está na similaridade entre canções que o titular encontra em música de terceiro que alega ausência de intenção. Nos Embargos de Declaração nº 1042837-59.2014.8.26.0100/50000<sup>30</sup>, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Relator Francisco Loureiro, em seu voto nº 27.549, assevera que os acréscimos que o requerido fez na estrofe do demandante não afastam o plágio, uma vez que houve reprodução parcial. Fez-se um comparativo de ambos os refrãos declarando que ao ouvi-los pode-se afirmar que a simplicidade e sonoridade do refrão cativa e marca o ouvinte, tornando-se a marca da canção original. O reconhecimento da canção original na canção plagiada afasta a ideia de “ausência de intenção do requerido”, conforme descreve o Relator.

Mais um caso de vasta notoriedade nacional e internacional foi o uso de *sample* pelo músico estrangeiro Gotye (Wally DeBecker) extraído da obra “Seville”, composição do grande renome do Jazz, o brasileiro Luiz Bonfá, lançada em 1967, e incluída na faixa “Somebody That I Used To Know”. Em virtude do ato ilícito, um acordo foi feito para o pagamento de Royalties de aproximadamente US\$1 milhão de dólares para a família do compositor. O que se pode enxergar nesse caso é o fato de que os direitos autorais continuam a proteger a integridade da imagem do autor mesmo após sua morte e, como resultado, seus herdeiros passam a receber pelo dano e, também, como fora feito, a devida referência como titular da obra deve ser adicionada à faixa.

Falando em direitos *post mortem*, é importante salientar que existem limites ao uso do *sample* em obras de domínio público. A lei considera

---

<sup>30</sup> TJ/SP 36ª Vara Cível - Embargos de Declaração Cível: 1042837-59.2014.8.26.0100/50000. Direito Civil - Coisas - Propriedade Intelectual/Industrial - Direito Autoral. Embargante: Lucas Corrêa Oliveira. Relator: Francisco Loureiro, São Paulo, SP, Data da publicação: 19/10/2015.

composições executadas após 70 anos do falecimento de seu autor “questões impossíveis de proteção autoral”. Contudo, o autor Denis Borges Barbosa (2012, p. 41) explica que “a ocultação de origem é reprovável mesmo naquilo que nunca seria protegida pelo direito autoral, ou no que já não é mais protegido: os exemplos já suscitados das ideias e informações, e das obras em domínio público demonstram esse ponto.”. Assim, o respeito ao utilizar a sampleagem de músicas nessa categoria com a devida referência ao finado autor sem caracterizar ou difamar a imagem do titular e sua obra é imprescindível.

Para finalizar, uma última indagação deve ser pontuada: impedir a cultura da sampleagem é a melhor solução para o fim dos problemas de plágios relacionados a trechos de obra de terceiro? Frente ao presente estudo, a resposta é definitivamente não. Investir nessa espécie de técnica musical influencia não só a produção cultural dos estilos musicais mas também faz crescer o interesse social no ramo musical e aviva a relevância sócio-cultural na vida do indivíduo, prosperando e promovendo a indústria fonográfica e novas obras originais. Ademais, se usadas corretamente, influem no benefício do próprio autor da obra original.

A faixa “Think” (About It), de 1972, aviva tal percepção. A obra produzida por James Brown e gravada por Lyn Collins não obteve tanto sucesso na época, mas com a criação do *Sampler E-mu SP-1200*, os *samples* extraídos dela e a divulgação seu som virou uma grande febre. Foram cerca de 1.901 composições que se utilizaram de samples da canção.<sup>31</sup> Importa ressaltar que James Brown, além de um grande cantor e compositor que fez a diferença no hip-hop mundial, também foi o artista mais sampleado da história. Por aproximadamente 6.889 vezes teve suas composições sampleadas. Uma das que foram mais utilizadas foi a faixa “Funky Drummer”. No caso do Brasil, a música “Injeção”, funk da cantora Daize Tigrana, sucesso de 2003, foi sampleada pela rapper M.I.A, que apresentou abundante interesse pelo funk carioca.

Diante de todo o exposto, afirma-se a dificuldade de definir uma limitação ao *sample* devido a diversos fatores que o tornam tão importante e ao

---

<sup>31</sup> Wikipedia. Think (About It). Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Think\\_\(About\\_It\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Think_(About_It))>. Acesso em: 20 mai. 2019.

mesmo tempo tão subjetivo nos interesses da indústria musical. Não deixa, contudo, de ser primordial no contexto fonográfico. Seu embate cultural e temporal promove uma reflexão quanto à diferenciação do que é lícito ou ilícito. Sua popularidade atinge todos os extremos e seu consumo faz parte do universo musical. Todavia o Poder Judiciário prevalece com um conceito discutível e dependente de perícia técnica para uma melhor e justa construção entre entendimento técnico-musical, jurisprudencial e a legislação autoral.

## CONCLUSÃO

A técnica empregada pela comunidade musical conhecida com *sample*, principalmente na cultura do Hip-Hop, possui relevância na carreira musical de artistas e compositores por sua capacidade de trazer conteúdo sonoro à gravação. No entanto, a Justiça brasileira parece enfrentar justificáveis dificuldades sobre a forma indevida de uso no que tange aos plágios musicais pela sua falta de disseminação dos direitos autorais.

O que se pôde observar durante o trabalho é a necessidade de autorização do titular para a prevenção de qualquer ilicitude. Neste sentido, o não reconhecimento do plágio torna tal impasse um conflito processual de irrefutável complexidade, haja vista que a lei não conceitua o plágio nem tampouco informa os limites ao uso de trechos de obras, necessitando de aprofundada perícia técnica nos fundamentos intrínsecos da obra e de todos os componentes que influenciam a estrutura sonora e contextual.

A técnica em sua objetivação não visa prejudicar o autor e sim pautar-se em inspiração direta. Porém por vezes a falta de clareza e assertividade legal inviabiliza a verificação adequada desta prática pela jurisprudência brasileira ou, ainda, abre caminhos para incoerentes deflagrações de ilícitos em relação à Lei 9.610/1998.

Foi possível concluir que a originalidade é condição *sine qua non* para indicar autoria musical, diferentemente da novidade, uma vez que qualquer elemento pretérito poderá ser usado para criar obras novas. Tal fato atesta que o uso do *sample* não descaracteriza a originalidade e a ausência de novidade não implica violação legal.

Por fim, concluiu-se que a proibição do uso dessa técnica não é a real resposta para o fim dos obstáculos criados pelo plágio. Pelo contrário,

tal mecanismo tem sido uma forma de influência à criatividade e possui grande relevância cultural para instigar futuros profissionais, elevando o valor das indústrias fonográficas. Inclusive, se manejada de forma lícita e com a devida autorização, fortalece e amplifica o valor da obra de que fora extraído o *sample*. A música é uma arte primordial para todas as culturas e uma das primeiras formas de comunicação do ser humano, é uma forma de expressão usada para exprimir sentimentos, críticas e ideias, cabendo à Justiça, quando a questão é judicializada, proteger toda essa bagagem histórica de grandes artistas do passado para que não morra e influa no futuro dos grandes artistas que hão de vir. Esse é o verdadeiro grande papel do direito autoral.

## REFERÊNCIAS

ABRAMUS. **ECAD**. Disponível em: <https://www.abramus.org.br/musica/ecad/>. Acesso em: 01 Jun 2019.

ABRÃO, Eliane. **Direitos de autor e direitos conexos**. 1ª ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ABREU, Edman Ayres de. **O plágio em música**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: o caso da usucapião de patentes**. Rio de Janeiro: Lumen, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. **Contornos atuais do Direito de Autor**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe a Lei de Direito Autoral. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

CARBONI, Guilherme. **Criação de músicas eletrônicas tem regras contra a violação de direitos autorais**. Conjur: Consultor Jurídico: julho 2014. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2014-jul-14/guilherme-carboni-criacao-musica-eletronica-regras-violacao-direitos-autorais>. Acesso em: 03 jul 2019.

CHAVES, Antônio. Plágio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: jan./mar, 1983.

CIRIO, Nathália Zdanski. **Os direitos autorais e o plágio musical**. 2010. 57 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

CORAZZA, Nilton. **Sampler, sample, sampling, sample e playback**. TeclaCenter: Outubro 2015. Disponível em: <https://blog.teclacenter.com.br/sampler-sample-sampling-sample-playback/>. Acesso em: 01 jul 2019.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral do Brasil**. 2ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora FTD, 2008.

ECAD. **Escritório Central de Arrecadação e Distribuição**. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/>. Acesso em: 30 maio. 2019.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2007.

LOSSO, Fabio Malina. **Os Direitos Autorais no mercado da música**. 2008. 252 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARTINS, Humberto. **Considerações sobre direitos de autor de obra de arte (parte 2)**. Conjur: Consultor Jurídico: dezembro 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/direito-civil-atual-consideracoes-direitos-autor-obra-arte-parte>. Acesso em: 02 jul 2019.

MELO, Marcela Araújo, et al. A tênue distinção entre o plágio e a referência no processo criativo. **Revista D.**: Design, Educação, Sociedade e Sustentabilidade, Porto Alegre, v. 10, n. 1, 37-56, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MOSCA, Ana Zan. O plágio e sua grande dificuldade em provar. **Jusbrasil**. Dezembro 2018. Disponível em: <https://anaclaudiazandomenighi.jusbrasil.com.br/noticias/643655365/o-plagio-e-sua-grande-dificuldade-em-provar>. Acesso em: 28 jun 2019.

\_\_\_\_\_. Violação de direitos autorais em obras musicais. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: <https://anaclaudiazandomenighi.jusbrasil.com.br/artigos/506808826/violacao-de-direitos-autorais-em-obras-musicais>. Acesso em: 29 jun 2019.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**: Aspectos Legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PINHEIRO, Luna. A distribuição dos direitos autorais de execução pública musical. **Revista Jus Navegandi**: setembro, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60509/a-distribuicao-dos-direitos-autorais-de-execucao-publica-musica>>. Acesso em: 05 Jun. 2019.

PLANETA MÚSICA. **Você sabe o que é Sample?**. Rio de Janeiro: 24 jan. 2017. Disponível em: <https://planetamusica.net/voce-sabe-o-que-e-sample/>. Acesso em: 20 jun 2019.

PONTES NETO, Hildebrando. Aspectos sobre o Plágio. In: **propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, Carolina Tinoco. O Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. In BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual**: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2010.

RESTUM, Betina. et al. **Plágio, Mashup e Sample**: Conceitos, problematização e solução. 2016. 15 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niteroi, 2016. Disponível em: <http://www.dominio comum.com/wp-content/uploads/2016/12/plagio-mashup-e-sample.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ROCHA, Fabíola Bartolozo do Carmo. Plágio Musical como violação de direitos de autor. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 29-54, abr. 2011.

# ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E O ACESSO À CULTURA: ASPECTOS DA DIGITALIZAÇÃO E DA DIFUSÃO DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS NA INTERNET

Marcelle Cortiano<sup>1</sup>

**RESUMO:** A pesquisa tem como objetivo identificar questões envolvendo direitos autorais e a transferência de obras de artes plásticas do substrato físico para o meio digital, considerando as particularidades da reprodução e difusão eletrônica de coleções artísticas. Para tanto, apura-se a possibilidade de compatibilização da proteção da propriedade intelectual do artista plástico frente à necessidade de realização da função social da arte por ferramentas de acesso ampliado a acervos virtuais, como a Internet. A exposição dos argumentos estrutura-se a partir da consulta à regulação pertinente ao tema, bem como de revisão bibliográfica da doutrina contemporânea internacional e nacional. As leituras apontam no sentido de que o direito, enquanto inovação social, deve acompanhar a inovação tecnológica e necessita adaptar-se às particularidades da reprodução digital de obras de arte originalmente físicas. Nessa acepção, os direitos autorais incidentes sobre obras de artes plásticas submetem-se à resignificação ao serem considerados no ambiente da Internet, e a proteção atribuída aos detentores dessas prerrogativas deve ser harmonizada com a necessidade de realização do acesso à arte por instrumentos de ampla promoção de educação e conhecimento – como já demonstram tendências e iniciativas internacionais. A busca pela consolidação destas finalidades fundamenta-se no questionamento das bases individualistas do direito autoral e no argumento de que a reprodução digital não gera prejuízos à propriedade intelectual do artista plástico, configurando a digitalização de obras de artes plásticas um relevante mecanismo de fortalecimento da realização dos direitos culturais.

**Palavras-chave:** Direito autoral. Digitalização de artes plásticas. Acesso à cultura.

---

<sup>1</sup> 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. Advogada e publicitária. E-mail: marcellecortiano@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A arte possibilita comunicar a concepção que se tem do mundo por procedimentos que não podem ser expressos de outras formas (JANSON; JANSON, 1996). Aquelas expressões artísticas cujo centro encontra-se na visualidade, e que, conseqüentemente, geram efeitos de estímulo ao sentido da visão – podendo, de forma secundária, ampliar esse estímulo a outros sentidos – integram o espectro conceitual das artes visuais.

Esta categoria abarca uma vastidão de expressões artísticas. Em essência, “artes visuais” são aquelas que se servem de quaisquer instrumentos ou técnicas para gerar objetos, imagens e ações materiais ou virtuais. Desenho, pintura, gravura, escultura, fotografia, cinema, arquitetura, moda, decoração e paisagismo são apenas alguns exemplos de manifestações que se enquadram neste gênero.

A recém-adquirida amplitude material das artes visuais foi assim definida no Relatório da Câmara e Colegiado Setorial de Artes Visuais da FUNARTE, de 2010:

“A definição sobre os campos das artes visuais tem sido matéria de reflexão e debates sofisticados devido à sua amplitude e à agregação de questões filosóficas. É necessário antes de qualquer diagnóstico, redefinir as Artes Visuais como um território que incorpora hoje diversas áreas de expressão, além das Artes Plásticas consideradas convencionais (pintura, escultura, desenho, gravura, objeto).” (FUNARTE, 2010, p. 20)

Pode-se inferir que a concepção hodierna do gênero, portanto, contempla também os produtos artísticos nato-digitais, ou seja, concebidos, executados e veiculados parcial ou inteiramente no ambiente digital. Esta modalidade decorre diretamente das possibilidades viabilizadas pelas tecnologias de informação e comunicação, que em seu constante aperfeiçoamento oferecem novas formas de criação e interação.

Porém, com vistas a discutir as implicações e os efeitos sociais, jurídicos e até artísticos da transferência dimensional das obras de arte em seu estado físico para a rede, a reflexão apresentada nesta pesquisa propõe um enquadramento conceitual, recorrendo à terminologia “artes plásticas” como um domínio específico do gênero “artes visuais”.



Tal proposta justifica-se à medida em que as particularidades da relação a ser explorada originam-se no substrato material – em outras palavras, o trabalho refere-se ao vínculo com aquelas obras corpóreas, produzidas e acessadas originalmente de forma tangível – e a questão que se pretende levantar evidencia as possibilidades e adversidades que surgem ao se hospedar em um novo meio manifestações que não foram concebidas propriamente para este fim.

Na extensão das manifestações artísticas, o foco da pesquisa reside, desse modo, nas especificidades da pintura, escultura, desenho e gravura enquanto objetos originalmente táteis, posteriormente digitalizados por quaisquer métodos – fotografia, filme, escaneamento. Uma vez no ambiente digital, a reprodução das artes plásticas “convencionais” possibilita um acesso inédito ao público geral que em outras circunstâncias não teria contato com a obra, por motivos de ordem geográfica, financeira ou diversos outros obstáculos (FREITAS; VALENTE, 2017). Além disso, os acervos digitalizados, sejam de bibliotecas, museus, ou arquivos em geral, têm papel basilar na perpetuação e preservação da memória e da identidade de determinada coletividade.

Não há dúvidas, portanto, que a exposição das artes plásticas no ambiente virtual pelas tecnologias de informação e comunicação, em especial a Internet, promove reflexões sobre a universalização do conhecimento e sobre o acesso à cultura, ambos fundamentais para a materialização de direitos sociais constitucionalmente arrolados – nomeadamente ao lazer e à educação.

Quando se considera as garantias jurídicas de propriedade intelectual, no entanto, essa discussão volta-se às questões que envolvem o direito do autor frente à reprodução de suas obras – originalmente físicas – no ambiente virtual do ciberespaço. Nas redes virtuais de interação, sobretudo na Internet, é notável que a distribuição e o acesso a este conteúdo ocorrem em escala e velocidade relativamente maiores do que permite a modalidade presencial.

Na sistematização do conteúdo da exposição, primeiramente delinea-se, de forma breve, o tema da autoria e das prerrogativas atribuídas aos autores de obras de artes plásticas em âmbito constitucional e legal no Brasil. Na sequência, o trabalho discute os procedimentos de digitalização de acer-

vos artísticos, com enfoque nas particularidades do ambiente digital e seus reflexos no fazer artístico, bem como os desafios envolvidos no desenrolar desta tarefa.

Sob o prisma riquíssimo que relaciona as ponderações sobre direito, tecnologia e arte, a pesquisa aborda, então, as repercussões das garantias autorais dos artistas plásticos no substrato virtual, inclusive as limitações e exceções, analisando a aplicabilidade da legislação pertinente em face das possibilidades contemporâneas.

Por fim, tenciona-se identificar alguns dos reflexos sociais e coletivos da modalidade de reprodução de obras de artes plásticas digitalizadas na Internet, considerando o potencial dos acervos artísticos em materializar os direitos culturais de acesso e a efetivar a função social da arte, e de que modo essa realização pode se dar sem que haja prejuízo à propriedade intelectual do artista plástico.

No viés sociológico, as reflexões propostas na exposição serão permeadas pelos argumentos de Walter Benjamin, que ponderou, em um de seus textos mais célebres, a respeito da reprodutibilidade técnica das obras de arte, e também de Pierre Lévy, que discute o fenômeno da virtualização das dinâmicas sociais e das manifestações artísticas e culturais.

Especificamente no que tange à seara jurídica, volta-se à doutrina substancial de José de Oliveira Ascensão, cujas reflexões sobre direitos autorais no ambiente digital são referência mandatória para os estudos da área, e de Mariana Giorgetti Valente, que examina o fenômeno da digitalização de acervos, seus desafios e suas implicações sociais.

## **2 ARTE E AUTORIA: A PROTEÇÃO LEGAL DAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS**

A discussão a respeito da necessidade de garantias jurídicas aos artistas plásticos remonta à emergência das noções de autoria e originalidade e da figura propriamente dita do autor criador, consolidadas no século XVIII com os sistemas de proteção dos direitos autorais.

Anteriormente a este período, as expressões artísticas não ostentavam assinaturas ou características que permitissem sua atribuição a um in-

divíduo; do contrário, eram consideradas representações da coletividade e até manifestações creditadas aos espíritos e ao divino. Até chegar ao “culto profano à beleza” representativo do Renascimento, portanto, a arte estaria à serviço dos rituais – primeiramente mágicos, depois religiosos (BENJAMIN, 2014, p. 47).

## **2.1 As origens do instituto da autoria nas artes plásticas**

A partir do século XV, a emergente valorização da técnica abriu caminhos para o reconhecimento do trabalho do artista plástico. No decorrer dos séculos XVI e XVII, as atividades artísticas eram desenvolvidas coletivamente por equipes de aprendizes conduzidas por um mestre, a quem era atribuída a originalidade e, conseqüentemente, qualquer eventual indício de autoria.

Ainda neste período, a finalidade das artes era majoritariamente a de servir a interesses – muitas vezes estipulados em acordos contratuais – em relações nas quais os artistas eram inclusive tidos como “empregados” de seus contratantes (CONRADO, 2013, p. 42). Marcelo Miguel Conrado (2013, p. 45) prossegue:

“A ideia de autor aparece de maneira mais expressiva no século XVIII, fortalecido pelo contexto histórico de que o mecenato aristocrático foi substituído pela figura do editor, e, assim, o mercado exigia maior proteção jurídica e controle das cópias de livros que eram impressos e comercializados. No entanto, o sentido de autor confundia-se com o movimento artístico e literário daquele período: o romantismo. Relacionou-se o conceito de autor com a pessoa natural, aquela que cria individualmente, por meio de um processo solitário, ou até mesmo por meio de vários autores, desde que identificáveis. Em síntese era a pessoa individualizada, similarmente como até hoje a Lei de Direitos Autorais conceitua autor.”

Ainda que originalmente atrelado à atividade literária, o conceito de autoria vinculado ao indivíduo responsável pela criação da obra migrou também para as artes plásticas, materializado na assinatura deixada pelo artista em suas criações.

Mais do que propriamente apenas individualizar e identificar o criador, a subscrição situa sua criação no tempo, além de estar “diretamente relacionada com a ideia de posse e propriedade, legitimando a arte ao estabelecer o elo entre o artista e a obra.” (CONRADO, 2013, p. 46).

Embora bastante sintética, esta breve introdução permite inferir que a noção de autoria está profundamente associada à noção de individualização do criador da obra de arte. Nesse sentido é também estruturada a regulamentação voltada à proteção deste criador, conforme se pretende demonstrar a seguir.

## **2.2 As disposições brasileiras de proteção às obras de artes plásticas e seus autores**

No Brasil, a proteção às obras de artes plásticas pode ser identificada primeiramente de maneira genérica na previsão constitucional, sob a salvaguarda preferencial atribuída ao rol dos direitos fundamentais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...]

Além da menção explícita dentre as garantias constitucionais fundamentais, Luiz Fernando Gama Pellegrini (2014, p. 15) entende que a proteção prevista no artigo 216 da Constituição Federal às “criações artísticas,

científicas e tecnológicas” enquanto constituintes do patrimônio cultural brasileiro diz respeito também direitos de autor ao tratar dos direitos culturais em sentido amplo.

Ressalta, ainda, que a própria previsão do inciso III do artigo 1º, que consigna a dignidade da pessoa humana como fonte de todos os direitos fundamentais, é inseparável dos direitos autorais, ao reconhecer o autor titular de direitos como um ser individual e social, concomitantemente (PELLEGRINI, 2014, p. 16).

Avançando para a previsão legal específica, tem-se na Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA) a regulamentação da matéria no ordenamento jurídico pátrio. No que tange à proteção das obras de artes plásticas, a LDA assim dispõe:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...]

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;”

Evidentemente, trata-se de rol exemplificativo, reforçado pela previsão da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, posteriormente revista em Paris em 1971, e recepcionada no Brasil pelo Decreto nº 75.699/75, em seu artigo 2º: “[o]s temas ‘obras literárias e artísticas’, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, [...]”.

A respeito da autoria, estabelece a LDA em seu artigo 11 que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, ainda que o parágrafo único do dispositivo estenda a proteção às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei. Trata-se, neste caso, de uma referência à titularidade da obra, na hipótese de eventual transferência de direitos de exploração econômica, por exemplo. Afinal, o ato de conceber a arte a partir de experiências pessoais, de modo a imprimir sua marca na criação, refere-se exclusivamente a uma premissa do autor, este sim necessariamente uma pessoa física (MORAES, 2017).

Vencidos estes apontamentos conceituais iniciais, parte-se ao enfrentamento prático da temática proposta, com vistas a cumprir o objetivo de examinar as repercussões e limites das prerrogativas autorais das obras de artes plásticas – originalmente físicas, tangíveis, criadas em substrato exterior ao virtual – em sua reprodução digital.

### **3 A DIGITALIZAÇÃO DE ACERVOS ARTÍSTICOS**

Para refletir com propriedade sobre as dinâmicas de digitalização de obras de artes plásticas, faz-se oportuno, primeiramente, resgatar aportes de ordem filosófica e sociológica que auxiliam em grande medida a compor o desenho estrutural que se pretende discutir no desenvolvimento da pesquisa. A digitalização de qualquer conteúdo originalmente físico, para que seja reproduzido e difundido no meio incorpóreo que representa a Internet, implica, naturalmente, no fenômeno da virtualização. Para Pierre Lévy (1996, p. 7), esta ocorrência consiste em “uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado”. Consequentemente, verifica-se a elevação das possibilidades de fluidez e liberdade da entidade virtualizada, ao se relativizar os domínios instituídos e as coordenadas espaciais e temporais antes atribuídas àquele objeto.

Assim como a virtualização das entidades implica na relativização de seu tempo e espaço, a digitalização de exemplares de artes plásticas inevitavelmente pressupõe o abandono do “aqui e agora da obra de arte – sua existência única no lugar em que se encontra.” (BENJAMIN, 2014, p. 43). Em suas reflexões sobre a reprodutibilidade técnica das obras de arte, Walter Benjamin evidencia os aspectos especialmente negativos que decorreriam deste fenômeno. Para ele, a reprodução digital de obras artísticas – à época, pela fotografia – levaria à deterioração da aura destes exemplares e, consequentemente, à “crise da pintura” (2014, p. 64).

Sem a pretensão de adentrar nas especificidades filosóficas e sociológicas brilhantemente colocadas por Pierre Lévy e Walter Benjamin, destaca-se mormente a questão central da liberdade, da fluidez e do afastamento das dimensões inamovíveis quando da virtualização: o aspecto virtual agrega novos ritmos e formas de interação às entidades, criando fluxos informacionais antes inexistentes e remodelando, com isso, a própria realidade.

Evidentemente, a Internet representa apenas um dos canais de concretização desta dinâmica, que antecede a inovação tecnológica e extrapola os limites do ambiente cibernético. No contexto da pesquisa proposta, no entanto, a Internet corresponde ao principal veículo de disponibilização e distribuição do conteúdo virtualizado, na esteira do processo de digitalização de materiais originalmente físicos. Assim, passa-se a apontar algumas particularidades desse meio, especialmente no tocante à sua relação com as obras de artes plásticas digitalizadas.

### **3.1 A reprodução digital de obras de arte: finalidades e desdobramentos**

A transferência de obras de artes plásticas do substrato físico para o digital pode efetivar-se por uma variada gama de métodos, sendo os mais comuns o escaneamento, a fotografia digital e a captura em vídeo. Posteriormente, essas mídias podem ser veiculadas em sites e plataformas, ou apenas armazenadas em bancos de dados e acervos de arquivos digitalizados.

A escolha da modalidade de reprodução deve ser adequada ao material que se pretende digitalizar, levando em consideração elementos como sua matéria, suas dimensões, seu conteúdo e a superfície em que a obra se encontra. Ainda que configure uma obviedade, deve-se atentar para que os procedimentos respeitem a integridade da arte e as intenções de seu criador – o autor da obra –, buscando não causar qualquer tipo de interferência ou eventualmente expor o exemplar a risco.

Quanto às motivações que impulsionam a concretização desta atividade, Fernanda Maria Oliveira Araujo (2015, p. 36) destaca que “[a]s razões para digitalização de coleções de obras de arte mostram-se fortemente embasadas no acesso e na preservação.” Na prática, portanto, a reprodução digital de obras de arte atende a finalidades institucionais de curadoria e perpetuação do acervo, constituindo uma maneira de materializar a execução dos planejamentos estratégicos de museus e galerias de arte, vez que a manutenção das coleções figura frequentemente como um objetivo primordial.

Além disso, auxilia enormemente na diminuição do manuseio de exemplares originais em estado de fragilidade, especialmente daqueles tra-

balhos que necessitam condições especiais de arquivamento e conservação. Nesses casos, a versão digitalizada da obra garante que o projeto poderá ser exposto e visualizado de alguma maneira, mas sem que haja prejuízo à integridade do original.

No âmbito da coletividade e do interesse social, a digitalização de acervos artísticos tem fundamentais repercussões no que tange à promoção do acesso às obras que foram reproduzidas digitalmente, oportunizando o contato do público em geral com trabalhos que teriam alcance relativamente restrito caso não houvessem sido digitalizados.

Ademais, as possibilidades de reprodução de obras artísticas na Internet contam com o vertiginoso avanço dos instrumentos tecnológicos. A altíssima resolução com que muitos trabalhos podem ser digitalizados permite a visualização de detalhes que seriam inacessíveis ou dificilmente perceptíveis na apreciação física da obra (ARAUJO, 2015, pp. 38-40), oportunizando, portanto, novas maneiras de interação da audiência com aquele trabalho.<sup>2</sup>

Naturalmente, é possível formular uma variedade de questionamentos em relação ao peso e ao significado que a obra digitalmente reproduzida carrega – ou não carrega, como reforça Walter Benjamin. Apesar disso, não há dúvidas de que a reprodução digital de exemplares artísticos é um notável instrumento na concretização dos direitos culturais, vez que representa um vetor de democratização da cultura e universalização do conhecimento.

### **3.2 Os desafios da digitalização de acervos artísticos**

Quando se considera a temática da digitalização de obras de artes plásticas no âmbito subjetivo, os desafios essenciais para o direito autoral estão nas questões de difusão e distribuição deste material para o público em geral, de acordo com o que preconiza a regulação vigente e as particularidades da veiculação de conteúdo na Internet.

---

<sup>2</sup> Especificamente a este respeito, merece menção a iniciativa *Google Arts and Culture*, uma ferramenta que possibilita acesso em alta definição a acervos artísticos de museus ao redor do mundo e oferece atividades interativas como jogos e experiências. Disponível em: <https://artsandculture.google.com/>. Acesso em: 08 out. 2020.



No entanto, algumas breves considerações sobre a perspectiva universal e institucional dos procedimentos envolvidos nesta prática colaboram para reforçar a abrangência do assunto, cuja consolidação e desenvolvimento dependem, ainda, de discussões e estudos mais aprofundados pelos atores envolvidos.

De acordo com Fernanda Maria Oliveira Araujo (2015, pp. 28-29), o processo de digitalização de obras de artes visuais – incluindo, evidentemente, as artes plásticas – no caso de acervos de museus exige a execução dos seguintes passos: (a) o olhar reflexivo da instituição museológica às necessidades do público a que se destina; (b) o trabalho conjunto de uma equipe multidisciplinar que englobe profissionais de tecnologia da informação, arquivistas, curadores, historiadores, restauradores e a própria cúpula institucional da entidade; (c) o exame meticuloso da integralidade do acervo da instituição, em particular no que tange às condições das obras que se pretende manusear e digitalizar; e (d) a “qualidade informacional a se consolidar computacionalmente em dados recuperáveis”.

Como se nota, os procedimentos de digitalização demandam recursos humanos apropriados, mas também tempo e dinheiro, podendo muitas vezes envolver altos custos para sua concretização. A obtenção de recursos financeiros pelas instituições e as modalidades de financiamento – tanto pelo setor público quanto pela iniciativa privada – ainda não dispõem de um sistema adequadamente estruturado voltado exclusivamente a esta finalidade.

Nesse sentido, reforça ainda Mariana Giorgetti Valente (2017a) que as tecnologias envolvidas na digitalização de acervos, bem como no armazenamento, preservação e disponibilização de arquivos digitais têm um elevado custo de implementação, mas esta acaba não sendo a única dificuldade. Muitas vezes, os obstáculos residem também na ausência de interoperabilidade entre os bancos de dados já existentes para finalidades e áreas distintas dentro de uma mesma instituição. A demanda pela reestruturação destas plataformas exige também investimentos altos, além de retardar o processo de preservação dos acervos pela digitalização das obras.

As sintéticas linhas expostas neste item denotam, portanto, que a digitalização de obras artísticas se trata de uma atividade multidisciplinar,

cujas adversidades mostram-se igualmente multidisciplinares. Por isso, o enfrentamento desta questão envolve variados setores da sociedade, mas depende especialmente de um diálogo alinhado entre o interesse público e as finalidades institucionais das entidades que pretendem digitalizar seus acervos.

#### **4 OS DIREITOS DO ARTISTA PLÁSTICO NA INTERNET: NOVAS FRONTEIRAS, CONFLITOS E POSSIBILIDADES**

Na medida em que o aprimoramento das tecnologias da informação e comunicação representou novas oportunidades em todas as áreas das relações sociais, também trouxe consigo elementos potencialmente desestabilizadores para essas interações.

As normas jurídicas, enquanto inovação social, não são exceção a este fenômeno: a constante mutação da Internet faz com que soluções reguladoras velozes e efetivas sejam exigidas a todo momento, com a finalidade de assegurar a tutela individual e coletiva dos usuários da rede. Como reforça Sérgio Said Staut Júnior (2018, p. 31), “[a] Internet e as inúmeras tecnologias e programas de criação, reprodução e distribuição de conteúdos modificam profundamente a dimensão social e colocam desafios muito complexos para o direito.”

Nessa esteira, o estímulo do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico reside na atenção às demandas sociais pautadas pelas garantias fundamentais e pelos princípios constitucionais. Porém, deve ser também orientado pela busca da preservação da funcionalidade e do aprimoramento da arquitetura dos sistemas de informação e comunicação, vez que todas as dimensões sociais acabam por depender desses sistemas.

Para José de Oliveira Ascensão (2005, p. 789) o domínio dos direitos autorais foi impactado em grande medida pela revolução informática, subsistindo a discussão entre dois extremos bastante antagônicos: a corrente que sustentava que o ciberespaço seria um espaço livre das interferências jurídicas, e aquela que defendia que o direito, na forma como já existia, deveria ser aplicado à informática sem quaisquer necessidades de adaptação.

Passa-se, assim, a examinar com mais minúcia as particularidades da reprodução digital de obras de artes plásticas em duas frentes: nas questões autorais, em suas possibilidades e limitações, e na promoção dos direitos culturais, efetivada pelo acesso à arte que a reprodução digital de acervos artísticos oportuniza.

#### **4.1 As prerrogativas autorais na reprodução digital de obras de arte**

Como previamente delineado, no que tange às obras de artes plásticas a supracitada Lei de Direitos Autorais estabelece premissas para o autor e para o titular dos direitos. De maneira ampla, o artigo 28 determina que “[c]abe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

Avançando no diploma, o artigo 29 prevê especificamente que a utilização da obra por quaisquer modalidades depende de prévia e expressa autorização do autor, abrangendo “a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero” no inciso IX, bem como “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas” no inciso X. Este último dispositivo, inclusive, já estende a proteção autoral a meios ainda desconhecidos, evidenciando a relevância do condicionamento da utilização do trabalho à expressa autorização de seu autor.

A utilização de obras de artes plásticas está especificamente prevista no capítulo III do título IV da LDA:

“Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.

Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.”

A interpretação combinada dos dispositivos permite inferir que a reprodução digital da obra de arte plástica está condicionada à autorização do autor, reiterando a imprescindibilidade da salvaguarda das garantias indivi-

duais que o criador da obra detém. Afinal, conforme já pontuado, trata-se de direito fundamental constitucionalmente previsto, albergado inclusive por tratados internacionais.

Nesse sentido, Luiz Fernando Gama Pellegrini (2014, p. 276) reforça que a possibilidade de que o “artista-autor” e seus sucessores explorem economicamente o ambiente da Internet decorre justamente de sua prerrogativa privativa de exploração econômico-financeira sobre sua criação intelectual. Na visão de Pellegrini, a inserção de imagens na Internet necessariamente geraria riqueza direta ou indireta, e a não observância à autorização autoral violaria o “direito de usar, gozar e fruir da obra”.

Porém, a leitura crítica destas disposições permite aventar uma potencial contradição na regulamentação dos direitos autorais, especialmente quando se volta à possibilidade de reprodução das obras de artes visuais e, conseqüentemente, de artes plásticas. A detenção de direitos sobre a materialidade da obra já garante ao titular os direitos de exploração sobre o valor de mercado deste trabalho, e a obra em si permanece existindo independentemente de ter sido digitalmente reproduzida.

Sob esta ótica, não haveria, portanto, aparentes razões para a restrição da reprodução e circulação de imagens digitalizadas de obras artísticas, vez que esse acesso não depreciaria ou prejudicaria o valor do trabalho (CONRADO, 2013, p. 253).

## **4.2 Limitações e a função social da arte em acervos digitais**

Apesar da relevante posição que ocupa no ordenamento jurídico, cumpre lembrar que o direito autoral não se trata de uma prerrogativa absoluta, imune a interesses coletivos da sociedade e às funções sociais da arte e da cultura. A própria Lei de Direitos Autorais prevê limitações temporais aos direitos patrimoniais do autor (artigos 41 a 45): decorridos setenta anos a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao ano da morte do autor, a obra passa ao domínio público, podendo ser utilizada – e, portanto, digitalmente reproduzida – sem que haja necessidade de qualquer autorização.

Para o objeto deste trabalho, no entanto, merece especial destaque a previsão contida no conhecido artigo 46 da LDA<sup>3</sup>, que dispõe sobre as

---

<sup>3</sup> Ainda que as disposições constituam exceção ao regramento geral dos direitos do autor, acompanha-se a corrente doutrinária que entende por exemplificativo o rol contido no artigo 46 da LDA (MORAES, 2017). Tal leitura atende à interpretação sistemática e teleológica do direito, que considera a possibilidade de existência de relevantes interesses sociais não contemplados pelo legislador infraconstitucional. Na íntegra, assim prevê o dispositivo:

“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 não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

limitações aos direitos autorais. Segundo o dispositivo, não constitui ofensa aos direitos do autor a reprodução de obras de artes plásticas em sua integralidade, “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”.

Esta previsão explícita a salutar relativização das prerrogativas autorais quando confrontadas com usos e reproduções que visam a satisfazer a promoção da cultura, da educação e do conhecimento. Conforme bem sintetiza Beatriz Ribeiro de Moraes (2017, loc. 1720):

“A ideia que permeia a limitação dos direitos envolvendo as obras intelectuais é a de devolver à sociedade o uso do privilégio concedido ao autor que, afinal, dela retirou os elementos para compor sua obra, formando-se um círculo de direitos que se retroalimentam continuamente. Com efeito, ao lado da proteção constitucional dos direitos dos autores, estão os direitos da sociedade à democratização do acesso aos bens da cultura.”

Não se pode ignorar, assim, a notável função social a que a arte está inevitavelmente submetida. Nesse sentido, as reproduções de obras de artes plásticas são uma maneira eficaz de trazê-las ao alcance da audiência, democratizando o contato do público com o fazer artístico. Além disso, permitem o acesso simultâneo, universal e democratizado à cultura e à educação em grau infinitamente maior do que aquele que possibilitariam enquanto expostas em uma galeria de museu, inacessíveis para uma parcela considerável da população.

Vale apontar, também, que a perspectiva das limitações e exceções às prerrogativas autorais pode operar como um instrumento de proteção ao domínio público. No tocante à reprodução de obras de artes visuais, a aprovação da reforma nas regras de direitos autorais na União Europeia em 2019 (Diretiva UE 2019/790) efetivou a possibilidade de que estas reproduções, caso correspondentes a obras em domínio público, não sejam submetidas a eventual proteção por direitos exclusivos<sup>4</sup> – o que retiraria, evidentemente,

---

<sup>4</sup> O artigo 14 da Diretiva assim dispõe: “Os Estados-Membros devem prever que, depois de expirado o prazo de proteção de uma obra de arte visual, qualquer material resultante

estas reproduções da condição de domínio público. Na prática, esta previsão pode atuar no combate a entidades detentoras de acervos artísticos que, ao reproduzir digitalmente obras de arte, passam a reivindicar direitos exclusivos sobre a reprodução digital daquelas obras em domínio público que constam em suas coleções.

No contexto da revolução tecnológica, a Internet e suas funcionalidades acabam por colocar em questão a “função autor” e o paradigma notadamente fundado em bases individualistas sobre o qual se consolidaram os direitos autorais (STAUT JÚNIOR, 2018, p. 31). Nesse sentido, entende-se inadequado afirmar peremptoriamente que a digitalização e a difusão de obras artísticas no ambiente digital configuram, necessariamente, violação à Lei de Direitos Autorais. A leitura inflexível das prerrogativas autorais desconsidera as demais diretrizes que orientam o ordenamento jurídico, entre elas a previsão constitucional dos direitos culturais e a necessária promoção “do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos” prevista no artigo 4º, inciso II, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), no item em que disciplina o uso da Internet no Brasil.

Por outro lado, o argumento da necessária realização da função social da arte não pode invisibilizar as garantias autorais legitimamente atribuídas ao artista plástico. Na lógica capitalista, poder controlar as reproduções digitais advindas do seu patrimônio artístico-cultural representa a potencial conversão pecuniária dos frutos de sua propriedade, uma prática habitual na indústria do entretenimento (CONRADO, 2013, p. 254). À vista disso, o desafio para o direito permanece o de compatibilizar a legítima exploração da propriedade intelectual do autor com a demanda de realização do amplo acesso aos acervos digitalizados, considerando o regimento vigente e também os aspectos socioculturais que inevitavelmente permeiam a discussão.

---

de um ato de reprodução dessa obra não esteja sujeito a direitos de autor ou a direitos conexos, salvo se o material resultante desse ato de reprodução seja original, na aceção de que é a criação intelectual do próprio autor.”

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas linhas acima, buscou-se revisitar as bases históricas e socioculturais que originaram as garantias autorais e examiná-las sob uma perspectiva contemporânea, a partir da ótica da revolução tecnológica e das possibilidades proporcionadas pela reprodução digital de acervos de artes plásticas.

Como visto, o direito autoral consolida-se com a finalidade de incentivar a criação, a inovação e o desenvolvimento criativo. Conseqüentemente, a inovação tecnológica deve ser harmonizada a este objetivo, pela estruturação de mecanismos que oportunizem as atividades de criação artística e expressão cultural, combinadas com a garantia de salvaguarda das prerrogativas do criador.

Porém, na esteira do exposto, percebe-se como o aprimoramento das tecnologias de informação e comunicação possibilitou a desmaterialização de obras literárias, artísticas e científicas por intermédio de “grandes projetos de digitalização de acervos bibliográficos e museográficos com bases de dados interoperáveis e de amplo acesso” (WACHOWICZ, 2014, p. 17), cultivando um meio virtual e imaterial de cultura ao alcance dos indivíduos conectados à rede.

Consagrou-se, assim, a crescente possibilidade de digitalização e difusão de expressões artísticas – como é o caso das obras de artes plásticas – na Internet, colocando em questão a harmonização entre as garantias autorais e a função social da arte pelo acesso amplo e universalizado a conteúdos antes restritos a pequenas audiências.

Conforme assevera José de Oliveira Ascensão (2005, p. 792), há muitos aspectos do direito autoral que acabam operando como uma barreira às potencialidades técnicas disponíveis com o advento da revolução tecnológica. As dificuldades de compatibilização entre os interesses individuais legítimos dos titulares de direitos autorais e o interesse da coletividade em acessar universalmente os acervos artísticos é apenas um destes aspectos, cujo enfrentamento demanda mais do que a interpretação restrita da Lei de Direitos Autorais.

Ainda que em 1935 o alemão Walter Benjamin (2014) tenha declarado que a pintura só é apropriadamente contemplada de maneira individual



ou apenas por poucos indivíduos, o advento da Internet e a virtualização das relações sociais resignificaram a criação, o consumo e a apreciação das manifestações artísticas. Portanto, não há que se buscar meios de evitar ou contornar essa nova vivência; há que se encontrar formas de adaptar-se às suas particularidades e moldá-las para aprimorar as inclusões digital e sociocultural. Afinal, como sintetiza Manuel Castells (2003, pp. 305-306): “[...] precisamos situar nossa ação no contexto específico de dominação e libertação em que vivemos: a sociedade de rede, construída em torno das redes de comunicação da Internet”.

No caso da digitalização de acervos artísticos, a compatibilização de interesses depende também de esforços institucionais, cuja consolidação ainda não ocorreu. Conforme assinala Mariana Giorgetti Valente (2017a, loc. 524) “[a] ausência, ainda, de uma cultura generalizada de priorização das estratégias digitais faz com que, no momento de planejamento geral, as instituições não prevejam recursos específicos para digitalização e preservação digital”.

Diante destes obstáculos, iniciativas como o OpenGLAM<sup>5</sup> vêm justamente ao encontro das demandas institucionais: neste caso, trata-se de uma articulação global com a finalidade de prover o suporte adequado a instituições culturais – galerias, bibliotecas, arquivos e museus – que desejam disponibilizar seus acervos de maneira aberta para que sejam acessados, reutilizados e redistribuídos livremente.

Não obstante a necessidade de aperfeiçoamento de seus mecanismos, a reprodução de obras de artes plásticas por sua digitalização e difusão na Internet configura, como demonstram as leituras, uma maneira possível de concretização da função social da arte. Tal dinâmica toma forma ao se abrirem possibilidades de efetivação dos direitos culturais constitucionalmente previstos, resultando o ambiente digital como uma nova fronteira para o fazer artístico e para a veiculação de saberes.

Reforça-se, portanto, que recorrer ao acesso proporcionado pela Internet para a difusão de obras de artes plásticas digitalizadas não implica na mitigação das garantias do autor, e pode inclusive constituir uma ferramenta

---

<sup>5</sup> A sigla GLAM de “OpenGLAM” refere-se a galerias, bibliotecas, arquivos e museus (do inglês *galleries, libraries, archives, museums*).

aliada na distribuição democratizada da arte e da educação – observadas, evidentemente, as necessidades de ampliação do acesso à rede e adequada inclusão digital –, colaborando para a consolidação dos princípios da sociedade do conhecimento.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernanda Maria Oliveira. **Digitalização de obras de arte:** da reprodução à visualização. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado em Educação, Arte e História) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1939>. Acesso em: 03 out. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. Rio de Janeiro, **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 7, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito de autor versus desenvolvimento tecnológico?** Separata dos Estudos em Memória do Professor António Marques dos Santos, v. 1. Coimbra: Almedina, 2005. p. 787-795.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica.** Porto Alegre: L&PM, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em: 05 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Portal da Legislação, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm). Acesso em: 09 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet:** reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.

CONRADO, Marcelo Miguel. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais:** uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. 322 f. Tese (Doutorado) – Setor de Ciências Jurídicas, 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: 02 out. 2020.

CREATIVE COMMONS BRASIL. **Os 5 princípios do OpenGLAM**. Disponível em: <https://br.creativecommons.org/os-5-principios-do-open-glam/>. Acesso em: 09 out. 2020.

EUR-LEX. Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN>. Acesso em 09 out. 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DAS ARTES (FUNARTE). **Câmara e Colegiado Setorial de Artes Visuais – Relatório de Atividades 2005-2010**: A Participação Social no Debate das Políticas Públicas do Setor. Disponível em: <http://pnc.cultura.gov.br/wp-content/uploads/sites/16/2012/10/plano-setorial-de-artes-visuais-versao-impressa.pdf>. Acesso em 05 out. 2020.

JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. **Iniciação à história da arte**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

MORAES, Beatriz Ribeiro de. Direitos autorais nas obras de artes plásticas: livre reprodução para preservação e divulgação de acervo. 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.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito autoral do artista plástico**. 3. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

STAUT JÚNIOR, Sergio Said. Aceleração tecnológica, direitos autorais e a algumas reflexões sobre as fontes do direito. In: CODAIP – CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 12., 2018, Curitiba. **Anais...** Curitiba: GEDAI, 2018, p. 27-39. Disponível em: <<https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/001-ACELERA%C3%87%C3%83O-TECNOL%C3%93GICA-DIREITOS-AUTORAIS-E-A-ALGUMAS-REFLEX%C3%95ES-SOBRE-AS-FONTES-DO-DIREITO.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

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.

VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos autorais e o domínio público da informação. **GEDAI**, 28 set. 2014. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/direitos-autorais-e-o-dominio-publico-da-informacao/>. Acesso em: 09 out. 2020.

# »»» O SAMPLE MUSICAL: LIMITES ENTRE ÀS EXCEÇÕES AO DIREITO DE AUTOR E O PLÁGIO

Ana Luiza Azevedo Pires<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre as contemporâneas concepções musicais se encontra a modalidade de transformação criativa *sampling*, resultado de processos de recortes e mixagens de novas e antigas canções, o sample passa por um processo similar à outras novas expressões culturais, em que colidem com os limites do direito autoral.

No presente estudo será feita uma breve análise entre esta prática e suas tensões com os limites à exclusividade do direito de autor e o plágio. Ainda, verifica-se aos esforços da jurisprudência em interpretar os dispositivos da atual legislação de direito autoral brasileira de maneira mais prática diante da subjetividade de seus critérios para a aplicação em cada caso concreto.

Ainda, faz-se importante entender as tipologias de plágio e alguns casos práticos de apropriação indevida de obras originais, os prejuízos gerados aos autores e as coibições legais para estas práticas.

Por fim, debruçou-se a analisar a lei nº 9.610/98 sob o viés da economia criativa, sob a proposta de uma interpretação mais abrangente da lei e um mudança paradigmática.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, graduada pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Foi integrante do Grupo de Pesquisa em Processos de Comunicação (PESPCOM), certificado pelo CNPq, em que colaborou nas atividades do Laboratório de Pesquisa e Experimentação em Multimídia da Assessoria de Educação a Distância da UFPA (AEDI/UFPA), onde atuou como integrante da equipe de comunicação do Projeto Newton e do projeto de pesquisa jovem e Consumo Midiático em Tempos de Convergência (PROCAD).

## 2 SAMPLE

Dentre as expressões artísticas musicais, o sample aparece como uma modalidade de transformação artística (remix, colagens, appropriation art) a partir de colagens e ressignificação de obras. Utilizando de técnicas de mixagem, artistas recortam trechos de obras existentes e as manipulam para originar novas músicas, podendo gerar ou não uma similaridade sonora identificável ao ouvinte médio.

A inclusão do trecho original geralmente é feita de maneira modificada. De acordo com o produtor Max Mcallister<sup>2</sup>, algumas das técnicas utilizadas para samplear usam aumento ou diminuição do tom, alteração do andamento<sup>3</sup>, adicionam saturação<sup>4</sup> e outros efeitos.

Ainda, esclarece que de forma a tornar menos reconhecível o trecho utilizado no sample, artistas evitam usar o recorte da obra original repetidas vezes na música ou de maneira estendida, de forma a não ser identificado como principal melodia. Também adicionam novas camadas originais às que-las sampleadas, de forma a criarem novos sons, conclui Mcallister.

No processo de mixagem, *mistura* das músicas, é feito a equalização e balanceamento de volume das faixas, portanto, é possível diminuir o volume da obra original, tornando-a elemento acessório na música final, uma vez que não lhe é dado maior destaque em relação aos outros componentes. Por fim, evitam usar referências óbvias na música sampleada, a exemplo do título da canção original.

Ou seja, o sample requer trabalho criativo novo em conjunto com a obra original, em um jogo de recortes e colagens de trechos novos e outros preexistentes modificados. Embora não haja um padrão de quanto da música original é utilizada, comumente são trechos curtos de alguns segundos.

A prática do sample talvez seja mais antiga do que se imagina, um dos registros mais curiosos é o da canção de ninar Wiegenlied, uma das mais

<sup>2</sup> Max Mcallister. Copyright in music: Sample Clarence vs. Fair Use. Produce Like a Pro. 2019. 12/05/2019. Disponível em: <https://producelikeapro.com/blog/sample-clearance-fair-use/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>3</sup> Também chamada de BPM (batidas por minuto), de maneira prática define a velocidade da música [nota do autor].

<sup>4</sup> Técnica de distorção do som. [nota do autor]

famosas do mundo ocidental. Composta em 1868 pelo alemão Johannes Brahms, a canção teve bastante sucesso comercial em Viena e posteriormente foi difundida pela América do Norte com a vinda de imigrantes alemães no final do século XIX.

De acordo com o jornalista Derek Thompson, o processo de composição da melodia se deu porque Brahms:

Quando viajava pela Europa, com frequência visitava uma biblioteca da cidade para repassar suas coleções de canções folclóricas, com o propósito de estudar muitas partituras e transcrever suas partes prediletas. Como um astuto compositor moderno que sampleia o gancho de outro artista para a sua própria música (...) Brahms incorporava melodias folclóricas remotas em suas canções artísticas (2018, p. 50).

Portanto, o compositor praticava uma espécie de colagem de obras já existentes, modificava-as, acrescentava trechos de sua autoria, entre outros processos que resultaram em uma nova obra. Quanto à história, relata Thompson:

Ele compôs algumas canções de ninar com base na antiga canção folclórica austríaca que Bertha [amiga próxima ao compositor] costumava cantar. Para a letra, Brahms tirou um verso de uma famosa coleção de poemas alemães, *Des Knaben Wunderhorn*<sup>5</sup> (2018, posição p. 51)

Outra história bastante interessante sobre a intertextualidade entre obras está na origem da saga espacial Star Wars (Guerra nas Estrelas), do diretor americano George Lucas. De acordo com o levantamento de Thompson (2018), Lucas queria ter dirigido o remake cinematográfico do popular herói dos anos 50: Flash Gordon. Tendo sido rejeitado para esta tarefa, o diretor se dedicou a escrever sua própria jornada ficcional científica. No decorrer da criação Lucas revisitou diversas fontes de sua juventude, tais como o personagem Flash Gordon, os papéis de faroeste de John Wayne, as criações do diretor australiano Errol Flynn, os dramas Exterminadores de Barragens (1955), Inferno nos Céus (1964), Apocalypse Now (1979) e A Fortaleza Escondida (1958), entre outros sucessos.

<sup>5</sup> A Trompa Mágica do Menino. (Tradução nossa)

Star Wars pode ser definido como uma compilação original, uma série de recortes de diversas obras que resultaram em personagens específicos da saga, elaboração de núcleos, encadeamento narrativo, entre diversos outros elementos. Assim, os filmes de George Lucas possuíam originalidade e ao mesmo tempo guardavam diversas familiaridades com obras pré-existentes, além de similaridades diretas com outras tramas.

Cada artista costuma possuir seu próprio método de criação, escolhendo suas metodologias de trabalho. Ainda que o processo criativo seja subjetivo, comumente os criadores possuem referências, que podem estar desde dados inconscientes da memória, elementos do cotidiano que passam a ser ressignificados e traduzidos em arte e, ainda, obras preexistentes, desde aquelas no seu sentido individual como nas formas mais complexas e coletivas, a exemplo de movimentos artísticos, coletâneas, um determinado conjunto de artistas, entre outros.

De acordo com os estudos de Dario Moura Vicente, “toda criação intelectual pressupõe criações preexistentes. A criatividade implica, assim, em alguma medida a possibilidade de utilizar e reelaborar obras de outrem” (2015, p.18). Portanto, a familiaridade pode atravessar o processo criativo de diversos autores, trazendo elementos em comum às obras, sem descaracterizar sua originalidade.

É comum escutar uma música e lembrar de outra, assistir a um filme que pela estética, construção narrativa ou demais elementos remetam à outras obras audiovisuais, literárias, musicais etc. A presença de elementos familiares em novas obras é recorrente, funcionando como uma surpresa familiar a quem consome. Algo desconhecido é apresentado ao indivíduo, mas ainda em um limite que ele possa identifica-lo, corresponde-lo a um conjunto de elementos conhecidos. Em uma fluência entre originalidade e derivação.

Em um estudo sobre consumo cultural, Cristel Antonia Russell e Sidney J. Levy destacam que “as ligações dinâmicas entre as experiências passadas, presentes e futuras de alguém por meio do consumo repetido de um objeto permite um entendimento existencial”<sup>6</sup> (2012, p. 353). Portanto, a experiência cultural costuma demandar repetição e familiaridade, sendo apreciada por quem a consome.

---

<sup>6</sup> Tradução nossa.

O sample é um exemplo de obra que possui elementos presentes em outras, por vezes interpretado como uma homenagem, inspiração e ressignificação, comumente utilizado entre artistas de diferentes gerações e gêneros musicais.

### 3 SAMPLE E DIREITOS AUTORAIS

Na perspectiva dos direitos autorais, o sample é classificado como uma transformação criativa, embora o termo não possua positivação na atual lei nº 9.610/98, diferentemente da paródia, por exemplo, prevista no art. 47 como “livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”.

Pelo exposto no tópico anterior, entende-se, portanto, que o sample é quando um artista utiliza de parte da obra musical de autoria diversa, incorporando-a em uma nova música, neste processo pode ocorrer transformações técnico-sonoras na melodia, no arranjo e na letra.

Para entender os limites legais e as possibilidades desta prática, faz-se necessária a análise da Lei de Direitos Autorais brasileira (LDA), lei nº 9.610/98. Na leitura dos arts. 28 e 29 da LDA, verifica-se que:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

(...)

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;

(...)



VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

(...)

b) execução musical;

(...)

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

(...)

f) sonorização ambiental;

(...)

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

A atual legislação autoral garante ao autor a exclusividade de exploração da obra, pelo que qualquer modalidade de utilização da mesma, incluindo suas transformações a partir da edição, inclusão em fonograma, execução musical, distribuição ao público, entre outras, conforme exposto acima, fica condicionada à autorização do autor.

A autorização do titular dos direitos autorais da música utilizada no sample também é conhecida como *sample clearance*<sup>7</sup>. O titular é livre para pactuar quais os limites exatos da autorização e deve ser previamente informado das modificações pretendidas, uma vez que também tem o direito 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”, conforme art. 24, IV da LDA.

É escolha do artista autorizar o uso da música a título gratuito, por exemplo, mas geralmente, o sample é produzido com intenção de distribuição ao público e, conseqüentemente, com o intuito de auferir lucro. Portanto, é de praxe que haja um acordo para pagamento de parte dos royalties da música sampleada ao titular da música original utilizada.

O grande problema tem sido quando os artistas identificam que parte de sua obra pode ter sido utilizada em samples que não possuem a devida

---

<sup>7</sup> Liberação do sample [tradução nossa].

autorização, o que além de apropriação indevida da criação incorre na não distribuição justa e equitativa dos benefícios auferidos.

Outra problemática tem sido a correta indicação dos créditos da canção original, que por muitas vezes é tomada por aquele que sampleia sem qualquer menção do titular original da obra, o que não se admite em qualquer possibilidade diante do art. 24 da LDA. Sendo o direito moral do autor irrenunciável e inalienável, podendo, portanto, reivindicar a paternidade da obra a qualquer tempo.

Assim, entende-se que o sample não autorizado, no qual não há o correto pagamento dos royalties ao titular original dos direitos autorais da música utilizada e ainda sem a correta indicação dos créditos originais da música pode gerar infração aos direitos morais do autor de ordem patrimonial e moral, como será aprofundado mais adiante.

## 4 LIMITAÇÕES AO DIREITO DO AUTOR

De forma a evitar os riscos que a falta de autorização pode acarretar, alguns artistas apostam nas hipóteses de uso livre<sup>8</sup> das obras musicais. Em princípio, apesar da natureza do direito de autor ser a exclusividade, conforme se viu no art. 29, ela não é de caráter absoluto, havendo limitações aos direitos do autor. Para entendê-las, é necessário analisar os arts. 46 a 48 da LDA.

Sob o fundamento de equilibrar o direito privado (direito de propriedade intelectual do autor) e o interesse público, as exceções prevalecem o direito à informação, comunicação da cultura, utilização para fins educacionais, medidas de inclusão de pessoas com necessidades especiais, direito à crítica, entre outros e sobre o direito de exclusividade do autor.

Quanto ao tema central do presente estudo, os samples, os defensores do livre uso costumam utilizar a redação do art. 46, VIII LDA para justificar a ausência do *sample clearance*. Diz o dispositivo:

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,

<sup>8</sup> Também é chamada de Fair Use ou Usage Loyal.

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. [grifo nosso]

Portanto, o artigo acima permite interpretar que a utilização de pequenos trechos, ainda que de forma não autorizada, não incorre em ofensa aos direitos autorais. O texto do dispositivo em referência foi copiado do artigo 9 da Convenção de Berna, que também é conhecido por estabelecer a Regra dos Três Passos.

Esta regra também é acolhida na jurisprudência brasileira, conforme voto da Ministra do STJ Nancy Andrighi<sup>9</sup>, sendo possível aferir se a utilização é lícita quando “(i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificada aos legítimos interesses do autor”.

Em primeiro lugar, deve-se analisar se existe alguma autorização legal que permita a utilização do caso concreto, são os ditos casos especiais; em seguida, se a utilização não prejudica a exploração comercial da obra, sendo, portanto, o uso livre irrelevante para o titular, não podendo privar o autor de uma parte significativa que ele poderia obter com a exploração comercial de sua obra; e, por fim, não pode haver prejuízo do legítimo interesse do autor, de forma que não se pode criar tantas exceções que contrariem e prejudiquem as prerrogativas previstas em lei, devendo permanecer viáveis ao titular.

Para tanto, a análise pode partir das seguintes perguntas: qual a finalidade ou caráter do uso? qual a natureza da obra protegida? qual a quantidade de uso da obra originária? qual o efeito do uso no mercado potencial ou valor da obra?

Embora a lei não estabeleça critérios objetivos para delimitar o que são “pequenos trechos”, existe quem defenda a “Regra dos 8 Compassos”, em que este poderia ser um limite razoável de livre utilização de obras musicais.

---

<sup>9</sup> STJ. REsp 1.320.007/SE, 2012/0082234-4 TERCEIRA TURMA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 4/6/2013, DJe 9/9/2013. **JusBrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/55256417/stj-07-06-2013-pg-2644>.

Contudo, a regra não possui validação legal e o caminho mais coerente ainda depende da análise de cada caso concreto.

O sample não autorizado, quando não puder ser considerado dentre às limitações e exceções à exclusividade, geralmente incorre em plágio, uma grave violação aos direitos de autor que passa a ser analisada com mais profundidade a seguir.

## 5 PLÁGIO

O plágio, como ato de infração aos direitos autorais, por definição, é a “usurpação do trabalho criativo de terceiro” (Santos, 2014, p.180), no todo ou em parte. O plágio pressupõe que o material utilizado na cópia não autorizada é originalmente passível de proteção pelo direito autoral, pelo que invocam-se os arts. 28 e 29 da LDA, em que é necessária a anuência do titular dos direitos na utilização da obra.

Diante da ausência de definição legal de plágio na lei brasileira, faz-se importante diferenciá-lo da contrafação. Pelo que a contrafação seria a reprodução não autorizada, conforme art. 5, VII da Lei de Direitos Autorais brasileira (lei nº 9.610/98). Já o plágio implica em apropriação da criação de terceiro, tomando para si a paternidade da obra.

Segundo Gandelman (2005 apud Santos, 2014), a doutrina categoriza o plágio em: material ou virtual. O plágio material, também compreendido como cópia servil, é apropriação insidiosa do conteúdo integral de uma obra ou reprodução *ipsis litteris*. Enquanto que no plágio virtual, também denominado ideológico, o a subtração é de parte da obra. É recorrente a prática do plágio ideológico, uma vez que este costuma se comportar como uma cópia dissimulada, justamente porque ha uma “tentativa de ocultação da usurpação” (Santos, 2014, p. 183), dificultando sua identificação.

Na cópia dissimulada a obra recebe novos elementos, como colagens e recortes de trechos copiados irregularmente, de maneira que nem sempre é possível identificar os elementos usurpados. Sendo, assim, uma tentativa de “utilizar e explorar o talento e o labor intelectual alheio, e de identificação complexa” (Santos, 2014, p. 184).

De posse das definições acima, questiona-se a licitude dos samples não autorizados, uma vez que a apropriação indevida de trechos de obra musicais preexistentes pode incorrer em plágio, ainda que em sua categoria dissimulada.

A prática de plágio implica em violação aos direitos do autor de forma ampla, nos campos patrimonial e moral. Quanto ao direito patrimonial, pode gerar prejuízos na exploração normal da obra pelo titular e causar danos aos legítimos interesses dos autores<sup>10</sup>, violando o art. 28, 29 e seguintes da lei de direitos autorais e sendo prática coibida pelo art. 102<sup>11</sup> (reprodução indevida) e 105<sup>12</sup> (comunicação ao público) da mesma lei. Ao omitir a paternidade original da obra, o infrator violar o direito moral de autor, previsto no art. 24<sup>13</sup> e seguintes da lei.

Além de qualificado como ilícito civil, pelas razões acima expostas, o plágio também é tipificado criminalmente pelo art. 184, §1º do Código Penal Brasileiro, uma vez que a redação do dispositivo admite conduta genérica que viole direitos autorais. Portanto, não restam dúvidas de que quando a utilização indevida da obra implicar em plágio, a conduta é tipificada também como ilícito penal.

---

<sup>10</sup> Violação prevista no artigo 13 no 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.

<sup>11</sup> Contém correspondência com o art. 9 da Convenção de Berna: 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

<sup>12</sup> Embora o Brasil não seja signatário, guarda semelhança com o art. 8 do Acordo de Direitos Autorais da OMPI (WIPO Copyright Treaty): Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

<sup>13</sup> A irrenunciabilidade do direito moral de autor tem equivalência com o artigo 6 bis da Convenção de Berna: Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.

Como mencionado anteriormente, há registros históricos de samples feitos, a exemplo de artistas como Bach e Vivaldi que comumente tomavam para si, sem autorização, elementos de obras musicais de terceiros e os incorporavam em suas composições (Pincherle apud Santos, 2014), similar ao processo adotado por Johannes Brahms na canção de ninar mais famosa do mundo ocidental.

Ocorre que o plágio, em seu conceito moderno, só passou a ser criminalizado a partir do século XVIII, até então esta prática seria interpretada como intertextualidade. Esclarece Santos (2014) sobre o tema:

Evidentemente o que Longinus defendia poder-se-ia designar como “imitação criativa”, inserindo-a no que atualmente se identifica como o processo de intertextualidade ou “diálogo de textos”, ou seja, o recurso criativo caracterizado pela transformação de conteúdos preexistentes, com referência implícita ou explícita a criações de outros autores, ainda que de gênero diverso.

A mudança dessa concepção partiu das teorias de autoria e originalidade, que passaram a delinear os limites da apropriação não autorizada de obras criativas. Embora historicamente a imitação não fosse considerada uma violação, a mudança ocorreu com o surgimento da propriedade literária, que dá origem ao direito de autor e, que por sua vez pressupõe autoria e originalidade. A necessidade de imputar a responsabilidade de um texto – obra – a alguém origina o autor, só é autor aquele que cria uma obra original, uma vez que na imitação está descaracterizada a originalidade, também está ausente o autor, portanto, manifestada a usurpação da criatividade de outrem.

Originalidade é o caráter distintivo da obra intelectual, sendo uma criação individual do autor, cuja personalidade se estende sobre aquela (Santos, 2014). Na concepção de Debois (1966, p. 4 apud Costa Netto, 2019, p. 160) “a originalidade da forma sob a qual a ideia é apresentada, confere uma exclusividade, uma condição de ser original”.

O jurista francês segue definindo que a obra musical é constituída por três elementos, sendo “a melodia, a harmonia e o ritmo” Debois (Ob. cit., p. 60) sendo a melodia a harmonia o tema central sobre o qual se edifica a

composição musical. Sendo, portanto, a característica “indispensável de originalidade da obra intelectual (...) no campo do direito do autor, norteará a tutela jurídica da obra originária exclusivamente musical” (Costa Netto, 2019, p. 215).

Ainda, quanto à harmonia e originalidade<sup>14</sup> da obra musical, esclarece o doutrinador que:

se a harmonia de duas músicas diferentes pode ser coincidente até na íntegra, o mesmo não pode ocorrer em relação a duas melodias, mesmo parcialmente (em trechos originais significativos) (...) algumas canções podem ser interpretadas ou executadas, do princípio ao fim, ao som de uma mesma harmonia (...) a diferença entre uma e outra, portanto, é apenas a melodia (Costa Netto, 2019, p. 215).

Portanto, poder-se-ia dizer que o aspecto mais criterioso sobre o qual deve recair a análise da apropriação indevida seria a harmonia. Assim, ao se utilizar da obra musical sem autorização, a cópia da melodia poderia incidir em plágio.

Quanto ao aproveitamento, ainda que parcial, da obra musical, esclarece o doutrinador:

a utilização de parte da melodia isoladamente (sem a letra) ou vice-versa (parte da letra apenas) poderá – dependendo do caso – gerar, se o uso for de trecho muito reduzido – e, mesmo assim, uma vez que não seja identificativo de originalidade –, a dúvida quanto ao efetivo aproveitamento da obra (Costa Netto, 2019, p. 217).

A manipulação da obra original pode ser feita a partir do recorte de apenas algumas notas ou acorde da música original, depois manipulados a partir das diversas técnicas descritas no tópico 2 deste estudo, seguida de alterações do ritmo e/ou da harmonia, resultando em melodias distintas da obra original. Outro ponto importante, é que aqueles que produzem sam-

---

<sup>14</sup> A presente análise não se debruça sobre os critérios de originalidade das composições literomusicais, em que se combinam harmonia, ritmo, melodia e letra. Restringindo-se a discorrer, por ora, apenas sobre os aspectos instrumentais da música.

ples não autorizados, costumam se utilizar de técnicas para deixar os trechos irreconhecíveis.

Não se trata de aproveitamento parasitário da obra de terceiro com subtração da autoria original, mas de obras com elementos comuns, o que é possível. A presunção de originalidade é que as obras finais devem possuir distintividade o suficiente. Ademais, é exigido do autor contributo mínimo criativo na produção, de forma a não incorrer em cópia.

Conforme o entendimento de Bobbio exposto por Costa Netto, conclui-se que:

Todo e qualquer trabalho artístico musical em que o autor não cria *ex novo*<sup>15</sup>, com originalidade formal e substancial, uma obra musical, mas manipula criação alheia, dando vida a algo, que embora com aquela não se confunda, todavia lhe conserva características individualizadoras – afirma que “a elaboração possui uma casuística praticamente infinita, cujos exemplos mais comuns e salientes são representados por: variações, adaptações ou arranjos – transcrições – reduções – combinações – estudos – rapsódias – ‘pot-pourris’, e que “a todas são comuns os mesmos requisitos e os mesmos efeitos” (...) a conclusão que emerge dessas considerações acaba se dirigindo à existência – ou não – do requisito da originalidade: somente o caso concreto – de arranjo, variação ou elaboração musical – será, efetivamente, definidor da sua tutela no campo do direito de autor (2019, p. 220).

Ainda, importante salientar que só se trata de infração ao direito de autor quando a apropriação indevida recair sobre elemento protegido pela lei de direitos autorais, conforme define o art. 7º: são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como. Ressalvadas as exceções e limites legais, a exemplo dos arts. 8º, 46, 47 e 48 LDA, entre outros. Por exemplo, ninguém tem a propriedade de uma nota musical ou de um acorde, contudo, o encadeamento de notas compondo uma melodia original é passível de proteção.

---

<sup>15</sup> Do princípio [tradução nossa].



Recordando, ainda, o art. 46, VIII LDA, verificou-se que pequenos trechos, quando utilizados de maneira acessória e sem prejuízo à exploração normal da obra pelo autor podem ser de livre uso. Esta regra possui uma zona cinzenta, como observado acima, diante da ausência de critérios técnicos e objetivos para a definição do uso lícito. Por exemplo, a extensão quantitativa do termo “pequeno trecho” ou o que seria prejuízo à exploração.

Portanto, pode-se concluir que o sample, ainda quando não autorizado, mas utilizando pequeno trechos de obras preexistentes, aplicando-os a novas obras de maneira acessória e de modo a não prejudicar a exploração da obra original, ainda que guarde alguma familiaridade com outras obras, pode não incorrer em ofensa aos direitos do autor.

Em primeiro lugar, não se defende a cópia servil, menos ainda a cópia dissimulada, sendo estas tipologias do plágio, mas ressaltam-se as possibilidades de samples não autorizados onde não está configurada a infração ao direito do autor.

## 6 ARTHUR VEROCAI

A história da MPB tem um capítulo interessante que une um genial álbum dos anos 70 que foi um fracasso de vendas, a técnica de *samples* e uma turma de produtores e rappers dos anos 2000.

Arthur Verocai é um compositor e maestro carioca que aos 27 anos já coleciona trabalhos como arranjador em álbuns como *Ivan Lins...agora* (1970) de Ivan Lins, e *Negro Lindo* (1971) de Jorge Ben, entre outros projetos de grande expressão. Era funcionário da extinta gravadora Continental quando produziu seu primeiro projeto solo, o LP que levava o nome do artista, *Arthur Verocai* (1972).

Em entrevista à BBC, Verocai conta que a produção do álbum contou com 12 violinos, quatro violas, quatro violoncelos, duas percussões, dois saxofones, um trombone, uma flauta, um piano elétrico e vocais famosos à época como Célia e Toninho Horta. Arthur é o intérprete e arranjador de todas as canções, as letras eram de sua composição e também contavam com grande contribuição de Vitor Martins e Paulinho Tapajos.

As expectativas do disco foram completamente frustradas, registrando vendas muito baixas, tendo sido retirado de circulação pela gravadora menos de um ano depois de seu *debut*, pois logo no começo de 1973 a Continental lançava o álbum de estreia do Secos & Molhados e seria mais rentável substituir o aparente fracasso de Verocai nas prateleiras das lojas de discos.

Segunda a reportagem, as razões do insucesso das vendas à época podem ter relação com a ascensão de outros artistas da MPB, o que ofusca nomes menos conhecidos para os consumidores, a impopularidade de maestros em relação à intérpretes consolidados no mercado ou até mesmo a incompreensão da obra pelo público naquele espaço-tempo. Fato é que além do prejuízo financeiro do disco, este episódio frustrou a carreira de compositor e arranjador do músico, levando-o a trabalhar no mercado de jingles publicitários e minguando sua vontade de trabalhar nas produções de antes.

Curiosamente, 30 anos depois do lançamento, uma série de acontecimentos dá novos rumos a história de *Arthur Verocai*, álbum e artista. Acreditando que o álbum de 1972 ficaria esquecido – o que passou a desejar depois das impressões negativas que havia deixado – Arthur não acreditou quando soube que seu álbum era vendido em uma loja de vinis brasileiros em Tóquio, no Japão. A novidade foi contada pelo amigo produtor musical Alexandre Kassin em visita ao país nos anos 2000. De forma que era raro, quando encontrado, o disco era vendido geralmente em valores significantes e com o tempo passou a ganhar mais popularidade.

Em seguida, o selo norte-americano Ubiquity reeditou o álbum e o lançou nos Estados Unidos. O disco chamou a atenção de talentosos produtores da cena do rap e Arthur teve suas primeiras músicas sampleadas. A primeira produção foi de autoria do DJ 9th Wonder que em parceria com o grupo de rap Little Brother samplearam a faixa Caboclo e originaram a música We Got Now (2005). Também há registros do rapper MF Doom ter utilizado as bases de Na Boca do Sol para samplear Orris Root Powder (2005).

Em 2008 Arthur atendeu à solicitação do rapper americano Ludacris para samplear um trecho de Na Boca do Sol na música Do the Right Thang<sup>16</sup>,

---

<sup>16</sup> A música é uma das faixas do disco *Theater of the Mind*, lançado em 2008 pela gigante editora discográfica americana especializada em rap, hip-hop e R&B Def Jam Records, ten-

que já acumula 433.840 reproduções<sup>17</sup> no Spotify e 8.226 visualizações<sup>18</sup> no Youtube, ambas páginas oficiais de Ludacris. Verocai afirma à reportagem da BBC que por meio desta licença ganhou sua primeira fortuna com o LP.

Por fim, o sample mais recente que se tem registro foi produzido pelo rapper brasileiro Baco Exu do Blues, que em 2017 usou trechos da música *Dedicado a Ela* em sua música *A Pele que Habito*, a qual já acumula 3.350.885 reproduções<sup>19</sup> no Spotify e 732.211 visualizações<sup>20</sup> no Youtube, ambos nas páginas oficiais de Baco.

No site Who Sample Who há 54 registros de samples com as música do álbum *Arthur Verocai* (1972), a música mais utilizada é Na Boca do Sol, com 21 registros isoladamente. Merece destaque o fato de a maioria dos 54 samples serem do gênero musical rap e os trechos de diversas faixas do álbum serem utilizadas por músicos responsáveis do mundo todo.

Nos exemplos citados acima, foram utilizados os seguintes trechos: em *We Got Now* (Little Brother)<sup>21</sup> foram sampleados aproximadamente 10 segundos da música *Caboclo*; em *Orris Root Powder* (MF DOOM)<sup>22</sup> e *Do the Right Thing* (Ludacris)<sup>23</sup> foram sampleados quase 20 segundos da música

---

do vendido mais de 1 milhão de cópias, o que rendeu consideráveis valores em direito autorais para Arthur Verocai.

<sup>17</sup> Dados publicamente divulgados na página oficial de Ludacris na plataforma **Spotify** e obtidos em consulta realizada em 25 jun. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/track/1N4c8AB6iMZRoVylsn21KJ?si=tGqfuj9rTCocz1PnFKAx9w>

<sup>18</sup> Dados colhidos na página oficial do cantor Chris Bridges (Ludacris) em 25/06/2020. Na descrição do vídeo Arthur Verocai é creditado como um dos compositores da canção. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XYZdxSJLg-M>

<sup>19</sup> Dados publicamente divulgados na página oficial de Baco Exu do Blues na plataforma **Spotify** e obtidos em consulta realizada em 25/06/2020. Disponível em: [https://open.spotify.com/track/67qHG8vGCgxtAwPMbYgoO6?si=-o\\_vzCMkSx6qNpO4mur6-w](https://open.spotify.com/track/67qHG8vGCgxtAwPMbYgoO6?si=-o_vzCMkSx6qNpO4mur6-w).

<sup>20</sup> Dados colhidos na página oficial do cantor Baco Exu do Blues em 25/06/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zOvgplhx4lw>.

<sup>21</sup> Dados obtidos em consulta ao portal **Who Sample Who**. Disponível em: <https://www.whosampled.com/sample/5903/Little-Brother-We-Got-Now-Arthur-Verocai-Caboclo/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

<sup>22</sup> Dados obtidos em consulta ao portal **Who Sample Who**. Disponível em: <https://www.whosampled.com/sample/29965/Metal-Fingers-Orris-Root-Powder-Arthur-Verocai-Na-Boca-Do-Sol/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

<sup>23</sup> Dados obtidos em consulta ao portal **Who Sample Who**. Disponível em: <https://www.whosampled.com/sample/2454/Ludacris-Common-Spike-Lee-Do-the-Right-Thing-Arthur-Verocai-Na-Boca-Do-Sol/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

original Na Boca do Sol; e em A Pele que Habito (Baco Exu do Blues)<sup>24</sup> foram utilizados 40 segundos da música Dedicada a Ela.

Este casos não são compatíveis com o art. 46, VIII LDA, uma vez que não se limitam à utilização de pequenos trechos, e mesmo quando se trata do contrário, as melodias originais permanecem plenamente reconhecíveis nos samples, ainda que não se trate de cópia servil, mas plágio dissimulado. Faz-se indubitável a necessidade de autorização do autor nos casos analisados. Ainda, quanto à normal exploração da obra, verificou-se acima que a conta pode ser feita sobre aquilo que o artista deixou de ganhar quando utilizada sua obra. Levando em consideração o massivo número de reproduções das músicas sampleadas, é devido ao compositor a justa repartição dos royalties.

De fato é curioso que talvez sem os samples não teria havido o resgate do álbum, os quais, quase 40 anos depois do lançamento, colocaram Verocai no radar de grandes produtores e artistas nacionais e internacionais, o movimento gerou renda proveniente de direitos autorais e o compositor participou do festival Timeless<sup>25</sup> (2009) em Los Angeles, onde regeu mais de 30 artistas, incluindo Airto Moreira, a performance foi registrada em DVD. Em 2014, uma cópia original do LP foi leiloadada no eBay por quase 20 mil reais, o valor mais alto pago em um disco brasileiro no site, segundo a BBC.

Em entrevista ao portal Vice<sup>26</sup> em 2015, Verocai brinca que à época do lançamento as vendas se resumiriam em uma meia dúzia. Embora o tom seja jocoso, os números atuais do artista em nada se comparam com a “meia dúzia” do passado. Na página oficial de Verocai no Spotify, estão registrados 123.819 ouvintes mensais, 20.639 seguidores e sua música mais popular é Na

<sup>24</sup> Dados obtidos em consulta ao portal **Who Sample Who**. Disponível em: <https://www.whosampled.com/sample/526550/Baco-Exu-Do-Blues-A-Pele-Que-Habito-Arthur-Verocai-Dedicada-a-Ela/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

<sup>25</sup> ARTHUR Verocai. In: **ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pes-soa638036/arthur-verocai>. Acesso em: 25 jun. 2020. Verbete da Enciclopédia.

<sup>26</sup> Araújo, Peu. Arthur Verocai fala sobre seu clássico disco de 1972, pérola redescoberta pelo rap. *Vice*, 11/08/2015. Disponível em: [https://www.vice.com/pt\\_br/article/ne57xd/arthur-verocai-fala-sobre-seu-classico-disco-de-1972-perola-redescoberta-pelo-rap](https://www.vice.com/pt_br/article/ne57xd/arthur-verocai-fala-sobre-seu-classico-disco-de-1972-perola-redescoberta-pelo-rap). Acesso em 26 jun. 2020.

Boca do Sol – a mais sampleada – que acumula 2.019.036 reproduções até o momento<sup>27</sup>.

Para além do resgate de seu disco de 1972 e até mesmo a carreira de Verocai, somado ao reconhecimento de suas criações por artistas contemporâneos, que passaram a comunicar sua arte para novos públicos, os samples nem sempre foram previamente autorizadas pelo autor das obras originais.

Ainda que as obras derivadas (samples) sejam consideradas homenagens e tragam ganhos financeiros indiretos a Verocai, a usurpação do trabalho alheio é plágio. Portanto, a reprodução de trechos das músicas originais, ainda que modificadas sonoramente podem implicar em infração aos direitos autorais.

Aqui, observa-se um exemplo bastante curioso da dicotomia em que os samples estão inseridos. No caso específico de Verocai, samples não autorizados foram responsáveis pelo resgate de sua carreira e de uma obra que parecia nunca nem ter sido lançada, contudo, isto não mingua as regras de direito do autor, devendo haver a reparação patrimonial justa e mantidos os direitos morais como a devida menção ao autor da obra original. Do contrário, implicaria em plágio.

## 7 SAMPE E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A interpretação acerca da prática do sampling não autorizado ainda não é pacificado na jurisprudência, contudo, pode-se extrair algumas interpretações na leitura de esclarecedoras decisões colacionadas abaixo.

Em um primeiro exemplo, analisaremos a decisão do Ministro Relator Luiz Felipe Salomão ao decidir o Recurso Especial nº 1.217.567 - SP (2010/0185114-4)<sup>28</sup>, interposto pela Editora Abril S/A em processo no qual foi ré na ação proposta pelo Sistema Globo de Edições Musicais Ltda.

<sup>27</sup> Todos os dados foram colhidos na página oficial de Arthur Verocai no **Spotify** e consultadas em 25 jun. 2020. Disponível em: [https://open.spotify.com/artist/1tP3R35TdPW8BM-wmTPOoVZ?si=jsa\\_i2qkQkCJwZRKyZDs4Q](https://open.spotify.com/artist/1tP3R35TdPW8BM-wmTPOoVZ?si=jsa_i2qkQkCJwZRKyZDs4Q).

<sup>28</sup> STJ – Resp: 1217567 SP 2010/0185114-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/03/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data da Publicação: DJe 06/06/2013) <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23367214/recurso-especial-resp-1217567-sp-2010-0185114-4-stj/inteiro-teor-23367215> Acesso em 01/07/2020.

A autora ajuizou ação ordinária de indenização por violação de direitos autorais em face da Editora Abril S/A, aduzindo que, na qualidade de editora musical, é titular dos direitos patrimoniais de autor sobre a obra lítero-musical intitulada Dancin Days. Três versos da obra musical foram utilizados pela Abril em uma de suas revistas, a Playboy, acompanhando um ensaio fotográfico no conteúdo da edição de fevereiro/1999.

Em sua contestação, a ré sustentou sua defesa evocando a exceção do art. 46, VIII LDA, alegando que embora não autorizado, o uso da obra se deu de forma acessória e em pequenos trechos. A tese foi acolhida em primeira instância, contudo, reformada em 2º grau no julgamento do recurso de apelação interposto pela autora.

De maneira a melhor interpretar o art. 46, VIII LDA e estabelecer parâmetros mais práticos a sua aplicação, o Min. Rel. Luis Salomão reproduz o seguinte trecho decisão em referência:

Comentando esse dispositivo observa Plínio Cabral: “A importância desse item reside no fato de que certas obras, especialmente didáticas, pela sua natureza, muitas vezes requerem a reprodução de trechos de obras preexistente ou, ainda, de obras de artes plásticas integrais **A premissa básica dessa liberdade legal é que a transcrição da obra preexistente não constitua o objetivo em si da obra nova.** Não pode substituir a obra transcrita de tal forma que “cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores ... **A regra básica aplicada é simples: retirando-se da obra nova o texto ou a ilustração ela devesse continuar existindo, tendo lógica, princípio, meio e fim. O material utilizado deve, portanto, ser absolutamente acessório. Retirado, não afeta a integridade da obra nova**” Com base em tais comentários, verifica-se que a utilização do trecho da música referida, na revista da ré, deveria ter ocorrido com o consentimento da primeira. [grifo nosso]

O relator explica que o uso não poderia ser considerado acessório pois “os ensaios fotográficos ali constantes se completam com o refrão musical inserido (...) servindo a induzir os leitores a contemplarem a modelo nos termos imaginados pelo fotógrafo e auxiliando a interpretação ao seu trabalho, que poderia se perder, quanto ao sentido, sem as frases mencionadas”. Na in-

interpretação do relator, a obra fotográfica perderia seu sentido quando separada da letra da música, desta feita, não ha de se falar em uso acessório, mas essencial a presença da obra não autorizada, ainda que de forma parcial. A decisão segue expondo com os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, em que:

Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se em concreto, com a sua comunicação ao público.

Ou seja, a autorização do uso da obra é uma espécie de transmissão dos direitos patrimoniais, dentro da modalidade acordada entre as partes, a exemplo da licença legal remunerada ou permissão legal com restrições, a título oneroso, gratuito<sup>33</sup> temporário ou permanente. As partes são livres para pactuarem os termos dentro dos limites legais.

Associando esta interpretação com a prática dos samples, pode-se entender que quando uma obra musical utiliza outra obra preexistente como seu *loop*<sup>29</sup> principal a melodia final não seria possível quando dissociada da obra utilizada.

Em caso distinto, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>30</sup>, a editora musical EMI Songs do Brasil Edições Musicais ajuizou ação de busca e apreensão em face de LINK Records Produções e Entretenimentos, alegando que esta havia utilizado as obras musicais “The Pink Panther Theme”, “Bonanza Theme – Main Tittle” e “On Broadway” de sua titularidade e sem autorização, além de requerer a busca e apreensão do material comercializado ilícitamente.

Dentre os pontos controvertidos, a autora alega que a ré teria utilizado as canções acima de maneira indevida nos samples das músicas “Pocotó”,

<sup>29</sup> Informação sonora utilizada em repetição, sequência. Seu conjunto pode ser traduzido em melodia.

<sup>30</sup> TJRJ - APELAÇÃO CÍVEL: 0009788-89.2003.8.19.0208. Relatora: DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA, Data do Julgamento: 31/08/2010. 18ª Câmara Cível. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000371509022BAF-94DCB8BAC501C3EFCC0D2E6C4024E2017&USER=>>> Acesso em: 01 jul. 2020.

“Rema Rema” e “Pantera Cor-de-Rosa”. A perícia acostada aos autos verificou que em “Pocotó” a ré utilizou 24% da obra “Bonanza Theme – Main Tittle”, enquanto que em “Pantera Cor-de-Rosa” o perito concluiu que houve a inserção de 74% da obra “The Pink Panther Theme”. Não foram encontradas correlações entre as obras “Rema Rema” e “On Broadway”.

Na sentença de primeiro grau o juízo acolheu o a tese de defesa da ré quanto à obra “Pocotó”, decidindo se tratar de pequeno trecho, sob o fundamento do art. 46, VIII LDA. Logo, ainda que não autorizado o sample, não se trataria de uso ilícito. Quanto ao título “Pantera Cor-de-Rosa”, o juízo condenou a ré ao pagamento de indenização pela utilização ilícita da obra original e determinou o recolhimento do material que distribuía irregularmente o sample. Restou improcedente o pedido quanto à obra “Rema Rema”.

Em sede de apelação, dentre outra alegações, a autora insurge contra a tese do juízo *a quo* de que a utilização de 24% da música “Bonanza Theme – Main Tittle” se tratava de pequeno trecho, sob o fundamento de que:

não há entendimento jurisprudencial ou dispositivo legal, estabelecendo um limite percentual para o uso de pequenos trechos de obras intelectuais. Sustentam que a Juíza sentenciante não revelou de onde retirou o entendimento que mostrou ser razoável a utilização de trechos de obras pré-existentes até o percentual de 30% (trinta por cento). Acrescentam que está afastada a exceção prevista no art. 46, VIII da lei 9.610/98, devendo ser utilizados os arts. 28 e 29, inciso I da lei de Direitos Autorais, que determinam a necessidade de prévia autorização do autor para a reprodução total ou parcial de sua criação intelectual

A desembargadora relatora acolheu o argumento acima trazido na apelação e justificou com o seguinte posicionamento:

Embora salientado na sentença que o estilo musical das obras são distintos e, afirmado na perícia que, a reprodução do trecho da música pertencente às autoras, não é o objetivo principal da obra “Pocotó”, não prejudicando assim exploração comercial da música “Bonanza Theme – Main Tittle”, tais afirmativas não merecem prosperar, pois foram constatadas três inserções no arranjo musical da obra Pocotó, perfazendo o total de 24 compassos de inserção. Assim, o percentual



de 24% não consiste em pequeno trecho da obra havendo evidente prejuízo aos autores na utilização da música Bonanza em trechos da música Pocotó.

Conforme comentado nos tópicos anteriores deste estudo, diante da ausência de elementos mais objetivos para a compreensão da extensão de “pequenos trechos”, a análise recai sobre cada caso concreto. A jurisprudência também demonstra que não há pacificação quanto ao tema.

## **8 LEI DE DIREITOS AUTORAIS E ECONOMIA CRIATIVA**

De maneira breve, este estudo também pretende expor alguns argumentos um pouco mais críticos à atual lei de direitos autorais, sob a perspectiva da economia criativa. Diante da dicotomia que se cria entre proteção do direito de autor e novos movimentos criativos.

De acordo com Silva e Madureira (2015, p. 46/47):

a atual lei de direitos autorais ainda conserva a feição privatista idealizada pelo modelo industrial (...) nos séculos XVIII e XIX a propriedade era concebida como um direito absoluto, uma vez que reconhecida nada a atingia, a tutela legal tendia para o individualismo, e os interesses privados prevaleciam em detrimento do público

Os autores propõem uma reflexão sobre a atual inadequação da lei nº 9.610/98 diante da superação do modelo estritamente industrial da sociedade, suas novas formas de produção cultural e que o direito de autor fundado na “lógica econômica da ordem liberal se mostra insuficiente para os desafios apresentados pela sociedade informacional” (p. 29), propõem, ainda, a elaboração de um marco legal da economia criativa.

Embora esta legislação tenha por princípio o estímulo a criatividade, uma vez que a exclusividade dos direitos de autor também funciona como uma garantia de remuneração do artista e mecanismo de manutenção de suas atividades, de forma a manter a máquina cultural ativa e seu contributo para com a sociedade.

Contudo, a crítica recai sobre o exacerbado protecionismo que acaba por enfatizar o monopólio dos direitos. Que segundo a corrente defendida por Dario Vicente Moura, “uma proteção em excesso desse monopólio pode ter como efeito reprimir a própria criatividade e restringir o acesso do público à informação” (2015, p. 18/19).

A relevância das limitações ao direito do autor cresceu à medida em que a legislação ficou mais protecionista, sendo essenciais ao equilíbrio do interesse público, no fomento à cultura e ao conhecimento. Torna-se necessário refletir sobre as novas formas de expressão cultural que emergem, a exemplo do sample e outras transformações criativas, que comunica gêneros e obra entre gerações, por vezes ressignificando-as. Uma espécie de ponte cultural no espaço-tempo.

Sugerem Silva e Madureira que “a realidade monopolística e de soberania do autor sobre a cultura, realidade prejudicial à diversidade cultural, ao acesso aos bens culturais, ao surgimento de novas manifestações criativas e ao desenvolvimento” (2015, p. 47).

Embora o justo retorno das obras aos autores seja essencial, o que não se questiona mesmo diante desta visão mais crítica que ora é apresentada, a obra deve ser analisada também pelo seu potencial de contribuição para com a sociedade.

Por fim, a proposta de extensão dos critérios de uso livre das criações intelectuais não se confunde com o uso gratuito e nem desconsideração dos direitos morais de autor, Silva e Madureira explicam que “livre é equilibrar o interesse do autor e o interesse público, é incentivar o surgimento de novas criações e garantir a exploração da obra para o justo retorno econômico, é garantir o acesso e a socialização da cultura, da informação e do conhecimento” (2015, p. 48).

## 9 CONCLUSÃO

O sample apesar de expressão artística contemporânea, fruto da era informacional e tecnológica, também possui raízes históricas. Como uma espécie de ponte cultural no espaço-tempo ressignifica obras, permite o encontro não apenas de composições, mas de gêneros musicais e gerações.

Embora a poesia da criação artística atravesse o tempo, choca-se com os limites do direito de autor, pelo que a utilização não autorizada de obras protegidas pode incorrer em plágio. De forma a desviar das infrações ao direito de autor, ainda que em sua modalidade dissimulada, diversas são as práticas adotadas para emular a usurpação da criação intelectual de terceiro ou, ainda melhor, manter-se dentro dos limites subjetivos e turvos do *fair use*.

A jurisprudência faz brilhantemente o malabarismo necessário para interpretar os limites não objetivos da lei, de forma a adaptar o dispositivo no julgado do caso concreto.

Por fim, ha quem defenda uma visão menos protecionista do direito do autor, ainda que o uso livre não se traduza em gratuidade, acredita-se que a o monopólio que a atual lei autoral impõe inviabiliza novas expressões culturais e o interesse público de acesso à cultura e à informação.

## REFERÊNCIAS

BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. **PLÁGIO NO DIREITO AUTORAL**: indústria cultural e contributo mínimo de originalidade na telenovela. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/134912/334226.pdf?sequence=1&isAllowed=y>: Acesso em 20 jun. 2020.

CERQUEIRA, João da Gama, **Tratado de Propriedade Industrial**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RUSSEL, Cristel Antonia; LEVY, Sidney J. The Temporal and Focal Dynamics of Volitional Reconsumption: A Phenomenological Investigation of Repeated Hedonic Experiences. **JOURNAL OF CONSUMER RESEARCH**, Inc. Volume 39, Agosto 2012. <https://www.gwern.net/docs/culture/2012-russell.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e plágio como violações de direito autoral. In **Direito Autoral** / Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabour, José de Oliveira Ascensão – São Paulo: Saraiva, 2014 – (Série GVlaw: propriedade intelectual / Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabour (Coordenadores).

SILVA, Rodrigo Otávio Cruz. MADUREIRA, Amanda. Direito Autorais e Economia Criativa: uma perspectiva para o desenvolvimento. In In **Direito Autoral e Economia Criativa**. Marcos Wachowicz (coord). Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes – 6ª ed – Barueri: Manole, 2018.

THOMPSON, Derek. **Hit makers**: como nascem as tendências / Derek Thompson; tradução Ana Duarte. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

Vicente, Dario Moura. Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral. In **Direito Autoral e Economia Criativa**. Marcos Wachowicz (coord). Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015.



## Capítulo VI

# **DIREITO AUTORAL, BIBLIOTECA DIGITAL E TIPOS DE LICENCIAMENTO**

# »»» A PRODUÇÃO CIENTÍFICA SOBRE PLÁGIO INDEXADA NA BIBLIOTECA DIGITAL SCIELO

Paula Carina de Araújo<sup>1</sup>

Fabiane Führ<sup>2</sup>

**RESUMO:** Apresenta o plágio como um tipo de má conduta que impacta diretamente a integridade da pesquisa no meio acadêmico. Analisa os artigos científicos sobre plágio indexados na Scientific Electronic Library Online (SciELO) sob uma perspectiva bibliométrica. Para alcançar o objetivo geral identifica os artigos científicos sobre plágio indexados na SciELO; aplica a Lei de Bradford para verificar os periódicos mais produtivos; apresenta os indicadores de produção; demonstra a frequência da ocorrência de termos atribuídos pelos autores como palavras-chave dos artigos. Desenvolve uma pesquisa exploratória e um estudo bibliométrico. Realiza o estudo bibliométrico de 115 artigos indexados na SciELO publicados entre 2000 e 2019. Utiliza os softwares Zotero, Excel e VOSviewer para a organização, análise e visualização e apresentação dos dados. A coleção do Brasil é a que contém mais artigos indexados, o ano de 2016 foi o mais produtivo com 19 artigos e a maioria (62) dos artigos foi escrita em espanhol. A autoria compartilhada é a mais recorrente, o que demonstra certo nível de colaboração na produção científica sobre o tema. Os autores mais produtivos publicaram cada um dois artigos e o periódico mais produtivo é o *Perfiles Educativos*, da área de educação. Plágio,

---

<sup>1</sup> Professora do Departamento de Ciência e Gestão da Informação e do Programa de Pós-graduação em Gestão da Informação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-graduação em Gestão da Informação da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Doutora em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), com estágio Doutoral na *The Information School da University of Washington em Seattle, WA* nos Estados Unidos com Bolsa *Fulbright/CAPES* de 2016 a 2017. Mestre em Ciência, Gestão e Tecnologia da Informação pela UFPR. Bacharel em Biblioteconomia com Habilitação em Gestão da Informação pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). paula.carina.a@gmail.com

<sup>2</sup> Bibliotecária do Sistema de Bibliotecas (SiBi) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), atuando como bibliotecária de referência na Biblioteca de Ciências da Saúde - Sede (SD). Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Ciência da Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Comunicação e Linguagens pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Especialista em Gerenciamento de Projetos pela Faculdade de Tecnologia SENAC Tubarão (2012). Bacharel em Biblioteconomia - Habilitação em Gestão da Informação pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). fabifuhr@gmail.com

ética em pesquisa, autoria, direito de autor e má conduta científica são os cinco termos mais recorrentes. Conclui que a abordagem utilizada pelos artigos analisados é voltada para uma perspectiva ética e educativa, uma vez que apenas três artigos do corpus foram publicados por periódicos da área do direito.

**Palavras-chave:** Plágio. Comunicação Científica. SciELO.

## 1 INTRODUÇÃO

O plágio é considerado uma má conduta que, no meio científico, impacta diretamente a integridade da pesquisa. A produção de conhecimento acontece a partir do conhecimento criado anteriormente, portanto, dar crédito àqueles que já pesquisaram sobre uma temática é essencial para o desenvolvimento da ciência e para a criação de conhecimento nos mais diversos domínios.

As discussões sobre plágio no ambiente acadêmico tratam de questões a respeito do plágio sob duas perspectivas: a legal e a ética-educativa. A primeira perspectiva, o plágio como uma questão legal, destaca as ações punitivas e criminais para este problema no âmbito das universidades. A segunda, perspectiva ética e educativa, “busca uma reflexão e aprofundamento sobre as causas que levam ao plágio, suas implicações e seus motivos particulares, a prevenção e o aprendizado e sua relação com questões como a autoria e uso ético da informação” (ALVES; CASARIN; FERNÁNDEZ-MOLINA, 2016, p. 115-116).

Ao falar sobre plágio, é fundamental olhar para as leis que regulam a observância dos direitos autorais. A lei de direito autoral brasileira é a Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. A referida lei “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais” (BRASIL, 1998).

A legislação brasileira de direito de autor é uma das mais rígidas e restritivas do mundo. Sua proposição aconteceu em um período em que não se vislumbravam todas as possibilidades oriundas das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), bem como as facilidades proporcionadas pela Internet (WACHOWICZ; COSTA, 2016). Segundo Wachowicz e Costa (2016, p. 22) “a lei brasileira protege as obras intelectuais, que são fruto da criação do espírito humano, expressas por meio ou fixadas em qualquer suporte [...]”. Todavia, nem todas as obras são passíveis de proteção.

A legislação brasileira exclui da proteção de direitos autorais as ideias, procedimentos normativos, sistemas, projetos ou conceitos matemáticos, formulários a serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções, o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, entre outras (WACHOWICZ; COSTA, 2016, p. 33).

Além disso, é importante salientar que mesmo as obras suscetíveis à proteção sofrem com a falta de integridade e de ética de alguns pesquisadores, sejam eles oriundos da academia, dos centros de pesquisa, de órgãos vinculados ao governo ou da própria indústria. Dessa forma, a integridade da pesquisa tem suas origens no conjunto de deveres éticos aos quais o cientista é submetido, especificamente naquele que impõe ao cientista o compromisso de contribuir para a construção coletiva da ciência como um patrimônio coletivo (SANTOS, 2011).

No contexto apresentado, é importante salientar a preocupação de Krokosz (2004) de que o tema plágio é pouco explorado no contexto brasileiro. O autor se refere, especialmente, ao plágio no ambiente acadêmico. O tema plágio, segundo Krokosz (2004) é pouco explorado na literatura científica. O autor exemplifica esta afirmação ao apontar que as questões relacionadas à integridade da pesquisa, como o plágio, são praticamente inexistentes nos livros de metodologia e manuais ou diretrizes institucionais para a formação científica.

No âmbito científico, espera-se que a ética científica prevaleça e que dados e informações não sejam manipulados em benefício próprio ou de terceiros. A integridade da pesquisa deve prevalecer, até mesmo em um contexto em que há muitas facilidades advindas do uso das TICs, dos avanços identificados com o uso de softwares e tecnologias de criação, compartilhamento e armazenagem de dados.

As instituições de ensino trabalham com três eixos indissociáveis, o ensino, a pesquisa e a extensão. Esses três pilares permeiam todo o fazer universitário. Dessa forma, as ações acadêmicas, propostas dentro desses três eixos e “materializadas em teses, dissertações, monografias, livros [...] publicados e divulgados nos mais diversos veículos de natureza técnica e científica, sejam estes revistas nacionais e internacionais, ou ainda, em sites ou blogs na internet” devem promover a integridade e a ética na academia (WACHOWICZ; COSTA, 2016, p. 122).



O plágio é identificado como uma violação do direito autoral e uma prática que prejudica não apenas o autor, mas toda a cadeia intelectual envolvida no processo de criação de conhecimento. Para Wachowicz e Costa (2016, p. 110) “o plágio é essencialmente uma questão ética que consiste no ato de tomar para si, de qualquer forma ou meio, uma obra intelectual de outra pessoa, apresentando-a como de sua autoria.”

Uma vez reconhecido o conceito de plágio, é importante discutir os possíveis fatores que levam ao plágio. Krokosz (2004) acredita que identificar os fatores que levam alguém a cometer plágio pode ser importante para entender todo o mecanismo que há por trás dessa prática, e por isso aponta os seguintes fatores, tais como: 1) razão acidental; 2) facilidade de acesso à informação eletrônica (internet) e de usos de recursos de edição de texto; 3) falta de tempo; 4) dificuldades na escrita acadêmica e hábito de reprodução textual; 5) interesse em aumentar o número de publicações; e 6) falta de ética.

Na mesma perspectiva, Zhang (2016) aponta outros motivos da prática do plágio, a saber: 1) facilidade de copiar e colar trabalhos on-line; 2) dificuldades na escrita em Inglês ou outros idiomas; 3) desrespeito ao trabalho de outros pesquisadores; 4) falta de capacitação adequada; 5) falta de conhecimento das regras de reconhecimento da autoria.

Os tipos de plágio são discutidos na literatura sobre o tema, nesta pesquisa apresentamos os tipos indicados por Krokosz (2004) e Wachowicz e Costa (2016):

**Plágio total, integral ou direto:** a obra é reproduzida na íntegra (imagem, texto, ideia, código de programação, entre outros), palavra por palavra, sem identificar a fonte de onde foi extraída (citação) e sem identificar a obra (referência).

**Plágio Indireto:** o conteúdo da obra é um reaproveitamento de outros textos e pesquisas de terceiros, apresentado como novo, sem a atribuição de crédito aos legítimos autores. O plagiador escreve de forma diferente o que foi consultado em outras fontes e não indica a autoria daquela ideia (citação) nem a obra de onde foi extraída (referência). Esse tipo de plágio pode acontecer de três formas diferentes: uso inadequado de paráfrase, elaboração de mosaico, uso inadequado de chavões.

**Plágio de fontes:** reprodução no texto do plagiador das citações apresentadas em outros trabalhos por um outro autor. O modo como a informação foi obtida e é utilizada é que caracteriza o plágio, porque a fonte original citada não foi consultada.

**Plágio invertido:** o autor retira seu próprio nome do documento e atribui a um terceiro que é uma autoridade em determinado assunto. Esse tipo de plágio é cometido na busca por mais reconhecimento e validade aos argumentos.

**Plágio por encomenda:** ato de encomendar a produção de uma obra intelectual por um terceiro e atribuir para si a autoria;

**Plágio consentido:** dois ou mais pesquisadores trocam ou compartilham suas pesquisas para que sejam utilizadas por um ou por ambos com o intuito de potencializar suas produções acadêmicas, mesmo que um deles não tenha contribuído com a produção da obra. Embora tenha a anuência do autor original, consiste numa fraude intelectual.

**Autoplágio:** há divergências entre os pesquisadores da temática se o autoplágio existe e se fere a integridade da pesquisa. Para aqueles que o reconhecem como má conduta científica, o autoplágio consiste em reutilizar, total ou parcialmente, textos de sua autoria, apresentando-os como se fossem inéditos sem quaisquer referências aos trabalhos anteriores publicados e sem observar as regras editoriais da fonte de informação onde será publicada a obra;

A prática de adicionar coautores falsos (autores fantasmas) à publicação de um autor real também é descrita na literatura sobre má conduta científica e integridade da pesquisa. Os motivos para essa prática podem estar relacionados ao prestígio da publicação, excluir qualquer suspeita sobre a integridade da pesquisa; o autor real não tem a qualificação necessária para a elaboração da pesquisa e a busca por publicação em revistas de alto impacto (BIAGIOLI, 2019).

Uma vez reconhecido o conceito, os tipos e as motivações para a prática do plágio, esta pesquisa parte da premissa de que a produção científica reflete o desenvolvimento da ciência de um domínio. Portanto, a análise da produção de uma área permite avaliar as características da produção de conhecimento em uma área do conhecimento.

Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho é analisar os artigos científicos sobre plágio indexados no SciELO sob uma perspectiva bibliométrica. Para alcançar o objetivo geral apresentado, definiu-se como objetivos específicos: identificar os artigos científicos sobre plágio indexados no SciELO; aplicar a Lei de Bradford para o corpus da pesquisa para verificar os periódicos mais produtivos; apresentar os indicadores de produção relacionados ao corpus da pesquisa; demonstrar a frequência da ocorrência de termos atribuídos pelos autores como palavras-chave do corpus desta pesquisa.

A análise da produção científica na base de dados SciELO proporcionará a visualização de um panorama, latino-americano, de Portugal, Espanha e África do Sul, países que fazem parte da coleção SciELO formada por periódicos em acesso aberto. Dessa forma, a pesquisa inicia com a apresentação do tema, na próxima seção é apresentada a trajetória metodológica da pesquisa, seguida da apresentação e discussão dos dados e finalizada pelas considerações finais e referências.

## **2 TRAJETÓRIA METODOLÓGICA**

A pesquisa desenvolvida neste artigo é do tipo exploratória quanto aos objetivos. O estudo explora a produção científica sobre plágio indexada na SciELO e descreve o seu panorama e quer descobrir as relações existentes entre seus elementos componentes. Dessa forma, busca uma aproximação com o problema para compreendê-lo.

Quanto aos procedimentos, este estudo desenvolve um estudo bibliométrico. Portanto, identifica e descreve os seguintes indicadores de produção: anos de publicação, tipo de autoria, artigos por coleção da SciELO, idioma, produtividade de autores e periódicos que compõem o corpus da pesquisa. Também analisa os seguintes indicadores de ligação: colaboração por meio da coautoria e coocorrência de termos.

A base de dados Scientific Electronic Library Online (SciELO) foi escolhida como fonte de informação para a identificação do corpus desta pesquisa. A SciELO foi criada em 1998 a partir de um projeto-piloto de um ano desenvolvido pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e pelo Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde (BIREME/OPAS/OMS) (PACKER; MENEGHINI, 2014).

Destaca-se que a coleção SciELO reúne periódicos em acesso aberto que passam por uma seleção criteriosa para fazerem parte da coleção. Além disso, o projeto SciELO “é referência na comunicação científica nacional e internacional, sendo reconhecido por sua metodologia de excelência e capacidade de aumentar a visibilidade e o fator de impacto dos periódicos que dele participam” (GUEDES, 2014, p. 30).

A rede SciELO engloba coleções nacionais dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Espanha, México, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai, África do Sul. Também estão em desenvolvimento três novas coleções, a saber: Equador, Venezuela, Índias Ocidentais. Ao atestar que a coleção SciELO é resultado de um programa de acesso aberto que visa a cooperação internacional em comunicação acadêmica, compreende-se que sua cobertura é representativa para um estudo exploratório sobre a temática estudada nesta pesquisa.

Com o objetivo de identificar a produção científica sobre plágio, indexada na base de dados SciELO, definiu-se como estratégia de busca a expressão [(plágio OR plagio OR plagiarism)]. A estratégia contou com a combinação do termo plágio nos três principais idiomas (Português, Espanhol e Inglês) das publicações disponíveis na base SciELO, com o intuito de obter a maior cobertura possível para o corpus da pesquisa.

A busca foi realizada nos campos título, palavras-chave e resumo e foi aplicado filtro para que fossem localizados apenas artigos. O levantamento retornou 129 resultados. Utilizou-se o gerenciador bibliográfico Zotero para a coleta, o armazenamento e a organização dos artigos recuperados no levantamento bibliográfico. Após a organização e padronização dos metadados dos artigos, foi excluído um total de 14 artigos. Foram excluídos artigos duplicados (3), artigos em francês e afrikaner (3), artigos publicados em 2020 (2) e editoriais (6).

Apesar de ter sido aplicado o filtro para tipo de documento artigo, a base trouxe como resultado 6 editoriais, provavelmente, por algum erro de descrição dos metadados. Inicialmente não foi aplicado o filtro por ano de publicação, entretanto, por se tratar de um estudo bibliométrico, o corpus da pesquisa é composto por artigos publicados até o ano de 2019.

Portanto, o estudo bibliométrico foi realizado com base em 115 artigos científicos indexados na base de dados SciELO, publicados entre os anos

de 2000 e 2019. Uma vez definido o corpus de análise da pesquisa, os dados foram exportados em formato csv para a geração de tabelas, gráficos e análise dos indicadores de produção utilizando o software Excel<sup>3</sup>.

Também foi gerado um arquivo em formato ris para a criação da rede de coocorrência de termos por meio do software VosViewer. Para a análise da coocorrência de termos, foram identificadas as palavras-chave de cada artigo. Constatou-se que dois artigos não apresentam palavras-chave e, portanto, esses ficaram fora da análise de palavras-chave.

O segundo passo foi traduzir as palavras-chave para o português buscando sua normalização por meio do uso de termos. Por fim, gerou-se a rede de frequência de ocorrência de termos de 113 artigos do corpus desta pesquisa. De um total de 317 termos, 38 aparecem pelo menos duas vezes como palavras-chave dos artigos que compõem o corpus desta pesquisa.

Na próxima seção, são apresentados e analisados os indicadores de produção e de ligação da produção científica publicada em artigos indexados na base de dados SciELO.

### **3 ANÁLISE DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA SOBRE PLÁGIO INDEXADA NO SCIELO**

Estudos que analisam os aspectos quantitativos da produção, disseminação e uso da informação científica registrada, são considerados bibliométricos (TAGUE-SUTCLIFFE, 1992; GRÁCIO, 2020). Por meio desses estudos é possível entender o conhecimento científico e sua estrutura e, além disso, proporciona reconhecer as escolas de pensamento e suas evoluções, especialmente, quando utilizadas análises de citação (ROSTAIN, 1996; GRÁCIO, 2020).

A bibliometria surgiu como um instrumento estatístico de avaliação de acervos bibliográficos. Seu foco era, principalmente, a racionalização de recursos dentro das bibliotecas, tendo sempre o suporte papel como objeto. Buscava mensurar o espaço ocupado, custo do material e o uso da bibliografia por parte de pesquisadores quando no desenvolvimento das pesquisas (ARAÚJO, 2006; GABRIEL JUNIOR, 2014).

---

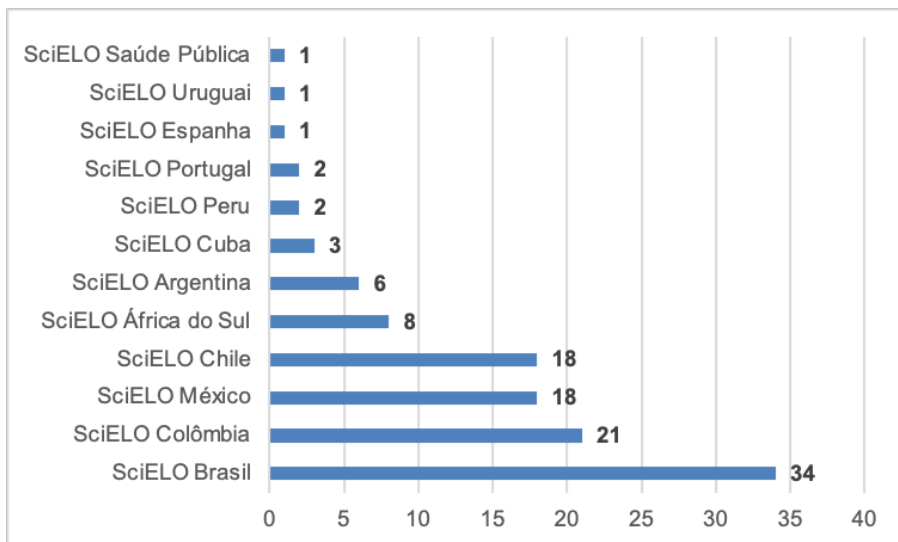
<sup>3</sup> Os dados científicos gerados a partir da pesquisa e que deram subsídio para as análises estão disponíveis na Base de Dados Científicos (BDC) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e podem ser acessados aqui: <http://dx.doi.org/10.5380/bdc/60>

“Os estudos métricos da informação relacionam-se à avaliação da informação, particularmente da ciência, nos diferentes suportes, baseados em recursos quantitativos como procedimento de análise” (OLIVEIRA; GRÁCIO, 2011, p. 19). A bibliometria, como um dos estudos métricos, contribui para a visualização do comportamento de determinado domínio. A análise da produção científica de um domínio é fundamental para conhecê-lo e explorá-lo.

Glänzel (2003) afirmou que a pesquisa bibliométrica atual é destinada a três grupos-alvo principais: a) Bibliometria para profissionais da bibliometria (G1): a bibliometria como metodologia, isto é, está preocupada com o seu próprio desenvolvimento conceitual-teórico-metodológico; b) Bibliometria aplicada às disciplinas científicas (G2): pesquisas “aplicadas” e forma o maior e mais diversificado grupo de interesse na bibliometria; c) Bibliometria para a política científica e gestão (G3): trata da avaliação da pesquisa com fins de orientar políticas científicas.

Esta pesquisa desenvolve um estudo bibliométrico aplicado ao domínio do direito, mais especificamente com foco no tema plágio. No Gráfico 1 estão representadas as coleções SciELO e a quantidade de artigos sobre plágio publicados por cada uma delas.

**GRÁFICO 1 – ARTIGOS POR COLEÇÃO SCIELO**

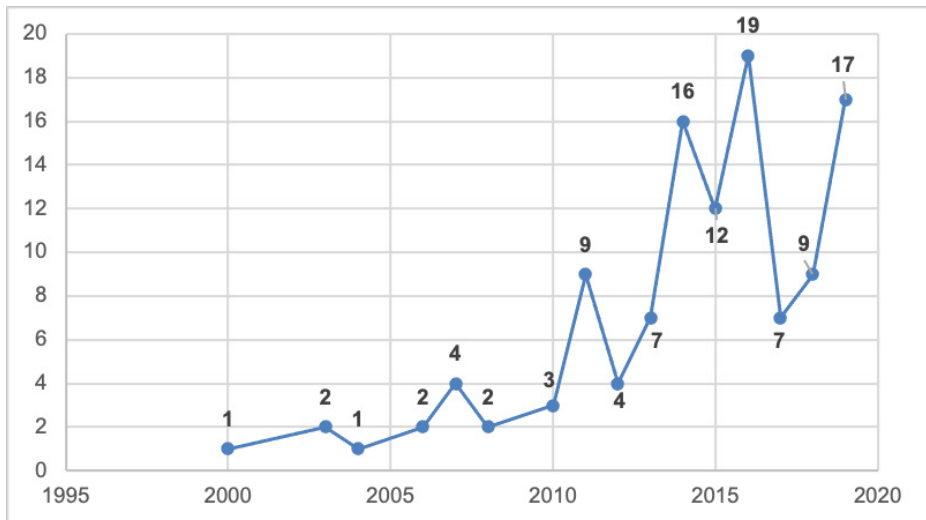


FONTE: Dados da Pesquisa (2020).

A coleção SciELO Brasil é a que tem mais artigos sobre o tema plágio, com 34 artigos, seguida da coleção SciELO Colombia (21), coleção SciELO Chile (18) e SciELO México. Os números referentes à coleção SciELO Brasil, podem ser explicados pelo fato de ter sido a primeira coleção criada e a que tem maior número de periódicos indexados. A coleção SciELO Chile também foi criada em 1998, a coleção SciELO México em 2003 e a coleção SciELO Colombia em 2004 (PACKER; COP; SANTOS, 2013).

O Gráfico 2 representa a quantidade de artigos por ano de publicação:

**GRÁFICO 2 – ARTIGOS POR ANO DE PUBLICAÇÃO**



FONTE: Dados da Pesquisa (2020).

Note-se o aumento do número de publicações sobre plágio do ano 2000 até o ano 2011. Do ano de 2013 para 2014 o número de artigos sobre a temática dobrou. E o ano de 2016 foi o ano com maior número de publicações, totalizando 19. Apesar das oscilações na quantidade de artigos, demonstrada no Gráfico 1, é perceptível que ao longo dos anos houve aumento significativo na produção científica sobre plágio.

Esse aumento pode ser explicado pelo avanço das tecnologias de informação e comunicação. Santana (2016) afirma que “com a intensificação do uso da internet o plágio tem sido um assunto preocupante e de destaque

no meio acadêmico”. Esse destaque, provavelmente, está relacionado à facilidade de acesso e uso da informação, nem sempre de forma ética.

O indicador de produção tipo de autoria demonstra que 60 artigos foram publicados em autoria compartilhada, o que representa a maioria do corpus da pesquisa. O tipo de autoria compartilhada mais frequente é de dois autores, o que totaliza 35 artigos. A autoria única está presente em 55 artigos.

**TABELA 1 – TIPOS DE AUTORIA DOS ARTIGOS DO CORPUS DA PESQUISA**

Tipo de Autoria	Autores	Artigos
<b>Autoria Única</b>	1 autor	55
<b>Autoria Compartilhada</b>	2 autores	35
	3 autores	11
	4 autores	6
	5 ou mais autores	8
	<b>Total</b>	<b>115</b>

FONTE: Dados da Pesquisa (2020).

A análise de autoria ainda revela que o corpus desta pesquisa tem um total de 239 autores. A Tabela 2 apresenta os sete autores mais produtivos, as respectivas instituições, países e total de artigos. Cada um dos autores mais produtivos publicou 2 artigos. Entre os autores mais produtivos dois têm como vínculo institucional a Universidad Nacional de Colombia e outros dois a Universidade de los Andes.

**TABELA 2 – AUTORES MAIS PRODUTIVOS**

Autores	Instituições	Países	Artigos
Cueva Lobelle, Alberto	Universidad Nacional de Colombia	Colômbia	2
Krokosc, Marcelo	Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado	Brasil	2
Mejía, José Fernando	Universidad de los Andes	Colômbia	2
Ochoa S, Ligia	Universidad Nacional de Colombia	Colômbia	2



Autores	Instituições	Países	Artigos
Ordóñez, Claudia Lucía	Universidad de los Andes	Colômbia	2
Thomas, Adèle	University of Johannesburg	África do Sul	2
Vera, Héctor	Universidad Nacional Autónoma de México	México	2

FONTE: Dados da Pesquisa (2020).

É possível também analisar o tipo de autoria praticada pelos autores mais produtivos. Os autores Claudia Lucía Ordóñez e José Fernando Mejía, da Universidad de los Andes, publicaram um dos artigos em coautoria entre si. Da mesma forma, os autores Ligia Ochoa S, e Alberto Cueva Lobelle, da *Universidad Nacional de Colômbia* publicaram os dois artigos em coautoria.

Já os autores Marcelo Krokosz, da Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado, e Adèle Thomas, da *University of Johannesburg*, publicaram 1 artigo do corpus em coautoria com outros pesquisadores e o outro artigo em autoria única. Por fim, o autor Héctor Vera, da *Universidad Nacional Autónoma de México*, publicou os dois artigos do corpus em autoria única.

Foi aplicada a Lei de Bradford, uma das leis bibliométricas, para reconhecer os periódicos mais produtivos indexados na SciELO, no que se refere à temática plágio. Contatou-se que ao ordenar os periódicos que compõem o corpus desta pesquisa em ordem de produtividade decrescente, três zonas aparecem, cada um contendo 1/3 do total de artigos. A Zona 1 contém 12 periódicos que publicaram 38 artigos, a Zona 2 contém 28 periódicos que publicaram 38 artigos e a Zona 3 contém 40 periódicos que publicaram 40 artigos.

Percebe-se que a primeira zona contém um pequeno número de periódicos altamente produtivos. O periódico mais produtivo é o *Perfiles Educativos* (ISSN 0185-2698) é uma publicação trimestral focada em pesquisas da área de educação, vinculado ao *Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación* da *Universidad Autónoma de México* (TABELA 3). O volume 38, número 154 do ano 2016 do periódico *Perfiles Educativos* publicou um suplemento sobre plágio com 5 artigos, o que justifica sua colocação como o mais produtivo.

**TABELA 3 – PERIÓDICOS MAIS PRODUTIVOS DO CORPUS DA PESQUISA**

Periódicos	ISSN	Área	País	Artigos
Perfiles educativos	0185-2698	Educação	México	5
Revista Bioética	1983-8034	Bioética	Brasil	4
Computación y Sistemas	1405-5546	Ciência da Computação	México	4
South African Journal of Science	1996-7489	Multidisciplinar	África do Sul	4
Acta bioethica	1726-569X	Bioética	Chile	3
Información, cultura y sociedad	1851-1740	Ciência da Informação	Argentina	3
Revista Brasileira de Educação	1809-449X	Educação	Brasil	3
Estudios pedagógicos (Valdivia)	0718-0705	Educação	Chile	3
Revista chilena de literatura	0718-2295	Literatura	Chile	3
Polibits	1870-9044	Ciência da Computação	México	2
Perspectivas em Ciência da Informação	1981-5344	Ciência da Informação	Brasil	2
Revista de Estudios Sociales	0123-885X	Ciências Sociais	Colômbia	2

FONTE: Dados da pesquisa (2020).

A Tabela 3 ainda revela que a maioria dos periódicos mais produtivos são publicações de instituições brasileiras, totalizando 9 revistas. Ao considerar os periódicos mais produtivos sobre plágio na base de dados SciELO, os da área de Educação são os mais recorrentes (5). Sendo que 2 são publicações brasileiras, outras 2 publicações mexicanas e um deles é uma publicação chilena. Destaque-se que entre os periódicos mais produtivos não há nenhuma revista da área do Direito.

A totalidade dos periódicos do corpus desta pesquisa também demonstra que os periódicos da área de educação são os mais representativos. São 10 periódicos que publicaram um total de 20 artigos. Além disso, cabe destacar que apenas 3 artigos foram publicados por 3 periódicos da área do Direito. Esses dados revelam que as pesquisas provavelmente focam na

perspectiva ética e educativa, proposta por Alves, Casarin e Fernández Molina (2016).

Ao analisar o idioma dos artigos, percebe-se que o espanhol é o idioma mais recorrente, totalizando 62 publicações. Outros 31 artigos foram publicados em inglês e 22 em português (TABELA 4). Apesar da maioria dos artigos pertencerem à coleção SciELO Brasil, o inglês é o segundo idioma mais recorrente, o que pode ser explicado pela busca por internacionalização dos periódicos e consequente publicação dos artigos em inglês.

**TABELA 4 – IDIOMAS DOS ARTIGOS DO CORPUS DA PESQUISA**

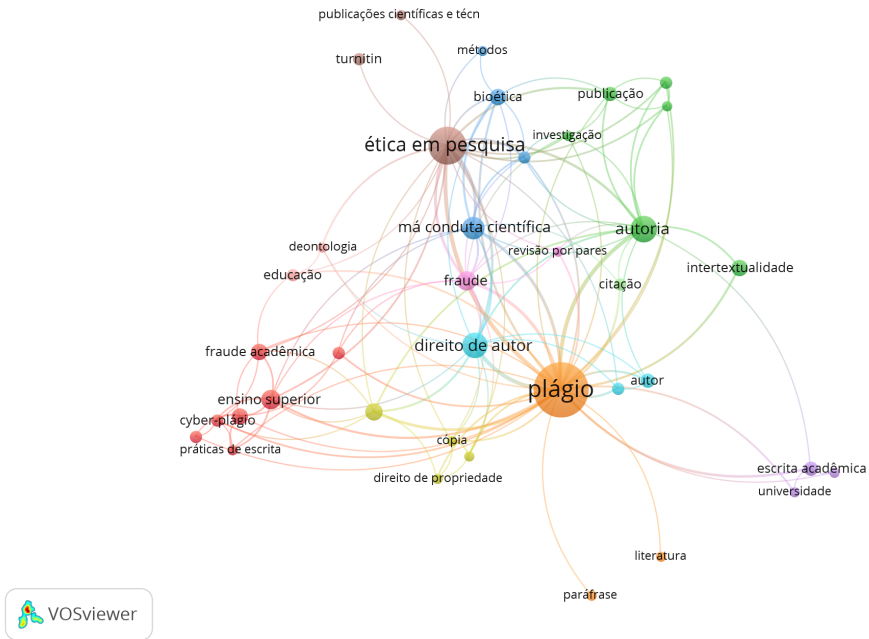
Idioma	Artigos
Inglês	31
Espanhol	62
Português	22
<b>Total Geral</b>	<b>115</b>

FONTE: Dados da pesquisa (2020).

A Figura 1 apresenta a rede de frequência de coocorrência de 38 termos que foram indicados como palavras-chave pelo menos 2 vezes no corpus desta pesquisa. Esses termos formam 11 clusters. Plágio foi o termo mais recorrente com 57 ocorrências e 101 conexões, o que era esperado uma vez que este é o tema desta pesquisa. Ética em pesquisa foi o segundo termo mais recorrente com 27 menções e 56 conexões.

Os círculos da Figura 1 representam os termos utilizados como palavras-chave nos artigos, as linhas evidenciam a conexão entre os termos. Quanto maior o círculo, mais vezes o termo foi citado e quando mais espessa a linhas, maior a força de conexão entre os termos.

**FIGURA 1 – COCORRÊNCIA DE TERMOS NOS ARTIGOS SOBRE PLÁGIO INDEXADOS NA SCIELO**



FONTE: Dados da pesquisa (2020).

Ao considerar os 5 termos mais recorrentes na rede, percebe-se que o termo plágio está conectado aos outros 4 termos mais utilizados como palavra-chave dos artigos: ética em pesquisa, autoria, direito de autor e má conduta científica. A Tabela 5 apresenta a frequência dos termos que foram indicados como palavras-chave dos artigos 5 ou mais vezes, bem como a relação de conexão de cada termo.

**TABELA 5 – FREQUÊNCIA E CONEXÃO ENTRE OS TERMOS**

Termos	Frequência	Conexões
Plágio	57	101
Ética em pesquisa	27	56
Autoria	14	34
Direito de autor	13	30

<b>Termos</b>	<b>Frequência</b>	<b>Conexões</b>
Má conduta científica	10	25
Fraude	7	25
Educação superior	7	17
Propriedade Intelectual	6	15
Bioética	5	13
Plágio acadêmico	5	9
Fraude acadêmica	5	8
Intertextualidade	5	5

FONTE: Dados da pesquisa (2020).

A presença das palavras ética em pesquisa, má conduta científica, educação superior e fraude acadêmica evidenciam que os artigos do corpus da pesquisa estão voltados, especialmente, para a temática plágio no meio acadêmico. Compreende-se que o plágio pode acontecer das mais diversas formas, no meio profissional, escolar e acadêmico. Dessa forma, afirma-se que os resultados desta pesquisa reforçam a importância de discutir sobre o tema nos diferentes contextos, cada um com suas particularidades.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Discutir a temática do plágio como uma forma de má conduta que interfere na integridade da pesquisa é fundamental neste momento. Esta afirmação explica-se, especialmente, pelas facilidades proporcionadas pelas tecnologias de informação e comunicação para o desenvolvimento de pesquisa, para a escrita e que nem sempre são utilizadas de forma ética.

Além disso, compreende-se que o plágio também é cometido por desconhecimento das regras e convenções relacionadas ao fazer científico. O estudo aqui apresentado demonstrou o crescimento das pesquisas sobre plágio ao longo dos anos e fica evidente que, ao menos na base de dados SciELO, os primeiros trabalhos sobre o tema foram publicados no ano 2000,

período de popularização do computador e das tecnologias de informação e comunicação em muitos países.

Atualmente, a sociedade presencia um momento particular de desconhecimento e questionamento sobre o fazer científico. O plágio, percebido como uma fraude, pode abalar ainda mais a confiança que a sociedade deposita sobre as instituições de pesquisa. Dessa forma, coloca-se em dúvida toda a cadeia científica. Estudar a produção científica de um domínio tem como objetivo conhecê-los, caracterizá-los e possivelmente, propor ações bem como adequar-se às suas características.

Nesta pesquisa, constatou-se que a literatura científica sobre plágio indexada na base de dados SciELO apresenta discussões, reflexões e questionamentos sobre a perspectiva ética e educacional do plágio. Portanto, percebe-se a necessidade de investimento em pesquisas que enfoquem também a perspectiva legal do tema plágio.

Pode-se considerar uma limitação da pesquisa a análise das pesquisas indexadas em apenas em uma base de dados, apesar desse corpus demonstrar características do domínio, especialmente, na América Latina. Portanto, para obter um panorama mais amplo da produção científica deste domínio, recomenda-se como pesquisa futura explorar a literatura sobre plágio indexada em outras bases de dados multidisciplinares como Redalyc, Scopus e Web of Science.

Ainda no que diz respeito a pesquisas futuras, percebe-se o potencial de estudo das referências citadas nos artigos do corpus desta pesquisa para identificar as influências teóricas, metodológicas e epistemológicas. Além de demonstrar os indicadores de ligação a partir da análise de citação e do acoplamento bibliográfico.

## REFERÊNCIAS

ALVES, A. P. M.; CASARIN, H. C. S.; FERNANDÉZ-MOLINA, J. Uso ético da informação e combate ao plágio: olhares para as bibliotecas universitárias brasileiras. **Informação & Sociedade: Estudos**, v. 26, n. 1, 8 jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/27444>. Acesso em: 3 out. 2020.

ARAÚJO, C. A. Á. Bibliometria: evolução histórica e questões atuais. **Em Questão:** Revista da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 11-32, jan./jun. 2006.

BIAGIOLI, M. Plagiarizing names? **Trends in Chemistry**, v. 1, n.1, p. 3-5, abr. 2019. DOI 10.1016/j.trechm.2019.02.005.

BRASIL. Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998. **Presidência da República**, Brasília, DF, 19 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 29 set. 2020.

GABRIEL JUNIOR, R. F. **Geração de indicadores de produção e citação científica em revistas de Ciência da Informação:** estudo aplicado à base de dados BRAPCI. 148 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Marília, SP: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014. Disponível em: <http://200.145.6.238/handle/11449/123338>. Acesso em: 19 maio 2018.

GLÄNZEL, W. **Bibliometrics as a research field:** a course on theory and application of bibliometric indicators. Bélgica, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.97.5311&rep=rep1&type=pdf> Acesso em: 9 jan. 2011.

GRÁCIO, M. C. C. Análises relacionais de citação para a identificação de domínios científicos. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2020. Disponível em: [https://ebooks.marilia.unesp.br/index.php/lab\\_editorial/catalog/book/166](https://ebooks.marilia.unesp.br/index.php/lab_editorial/catalog/book/166). Acesso em: 20 ago. 2020.

GUEDES, R. D. A visão dos pioneiros do projeto SciELO. *In:* PACKER, A. L.; COP, N.; LUCISANO, A.; RAMALHO, A.; SPINAK, E. **SciELO – 15 anos de acesso aberto:** um estudo analítico sobre acesso aberto e comunicação científica. Paris: UNESCO, 2014. p. 15-28. DOI 10.7476/9789237012376. Disponível em: <http://scielo.org/php/level.php?lang=pt&component=56&item=61>. Acesso em: 13 out. 2018.

KROKOSZ, M. **Autoria e plágio:** um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores. [São Paulo]: [s.n.], 2004.

OLIVEIRA, E. F. T.; GRÁCIO, M. C. C. Indicadores bibliométricos em Ciência da Informação: Análise dos pesquisadores mais produtivos no tema “estudos m.tricos” na base Scopus. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 16, n. 4, p. 16-28, 2011.

PACKER, A. L.; COP, N.; SANTOS, S. M. A Rede SciELO em perspectiva. *In:* PACKER, A. L.; COP, N.; LUCCISANO, A.; RAMALHO, A.; SPINAK, E. **SciELO – 15 anos de acesso aberto:** um estudo analítico sobre acesso aberto e comunicação científica. Paris: UNESCO, 2014. p. 41-66. DOI 10.7476/9789237012376. Disponível em: <http://scielo.org/php/level.php?lang=pt&component=56&item=61>. Acesso em: 13 out. 2018.

PACKER, A. L.; MENEGHINI, R. O SciELO aos 15 anos: raison d'être, avanços e desafios para o futuro. *In*: PACKER, A. L.; COP, N.; LUCCISANO, A.; RAMALHO, A.; SPINAK, E. **SciELO – 15 anos de acesso aberto**: um estudo analítico sobre acesso aberto e comunicação científica. Paris: UNESCO, 2014. p. 15-28. DOI 10.7476/9789237012376. Disponível em: <http://scielo.org/php/level.php?lang=pt&component=56&item=61>. Acesso em: 13 out. 2018.

WACHOWICZ, M.; COSTA, J. A. F. **Plágio acadêmico**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2016. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/publicacoes/plagio-academico/> Acesso em: 20 set. 2020.

ROSTAING, H. **La bibliométrie et ses techniques**. Toulouse: Sciences de la Société, 1996.

SANTANA, M. S. D. A ética na pesquisa científica: mapeamento de estudos nos periódicos de Ciência da Informação. **Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação e Biblioteconomia**, v. 12, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/pbcib/article/view/34233>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. **Sobre a integridade ética da pesquisa**. São Paulo: FAPESP, 2011. Disponível em: <http://www.fapesp.br/6566>. Acesso em: 21 set. 2020.

TAGUE-SUTCLIFFE, J. An introduction to informetrics. **Information Processing & Management**, v. 28, n. 1, p. 1-3, 1992.

ZHANG, Y. H. **Against plagiarism**: a guide for editors and authors. Nova Iorque: Springer International Publishing, 2016. DOI: 10.1007/978-3-319-24160-9.



# »»» POLÍTICAS DE DIREITOS AUTORAIS EM REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS: UM ESTUDO À LUZ DA “VIGILÂNCIA LÍQUIDA”

Eduardo Graziosi Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** Os repositórios institucionais são dotados de elementos que visam a garantir o acesso, uso e preservação dos documentos. Um de seus elementos constituintes é a política de direito autoral, a qual estabelece orientações relacionadas às dimensões legal, institucional e tecnológica dessa ferramenta. A partir dessas dimensões, verifica-se se tal política constitui um mecanismo de controle conforme o conceito de “vigilância líquida”. A partir do Ranking Universitário da Folha, edição 2019, foram selecionadas as dez primeiras universidades classificadas e foram analisadas as políticas de seus repositórios. Quatro universidades não possuem política e, por isso, foram analisadas sete políticas, pois uma universidade apresenta duas. A dimensão legal está presente em todas as políticas, enquanto a dimensão institucional e a dimensão tecnológica está presente em seis. As dimensões legal e institucional estão mais presentes do que a dimensão tecnológica, portanto, as políticas atuam com mais ênfase em aspectos como as tipologias de documentos e os direitos e deveres dos atores envolvidos nos repositórios, por exemplo, do que aspectos relacionados ao software, tipo de licença e interoperabilidade. Assim, verifica-se que as políticas de direitos autorais dos repositórios institucionais podem ser caracterizadas como mecanismos de controle de acesso e uso dos documentos conforme o conceito de “vigilância líquida”, porém, devem ser voltadas para a promoção do acesso aberto, caso contrário, poderá obstruir o desenvolvimento científico e tecnológico por meio da criação de “barreiras líquidas”.

**Palavras-chave:** Repositório institucional. Política de direitos autorais. Vigilância líquida.

## 1 O ACESSO ABERTO À INFORMAÇÃO CIENTÍFICA: O CASO DOS REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS

O crescente uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) na comunicação científica trouxe novos desafios para os atores envolvidos

---

<sup>1</sup> Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Filosofia e Ciências, Departamento de Ciência da Informação.

nessa seara, os quais estão inseridos na sociedade em rede (CASTELLS, 2019). Enquanto os pesquisadores passaram a utilizar as TICs para comunicar mais rapidamente suas descobertas, editores precisaram se adequar aos novos modelos de publicação, especialmente o acesso aberto, e bibliotecas, sobretudo as universitárias, passaram a desenvolver novos produtos e serviços para atender às demandas da comunidade científica em relação ao depósito, disseminação e preservação dos resultados de pesquisa disponibilizados em formato eletrônico.

Nesse contexto, tem-se que o acesso à informação e ao conhecimento científicos teve sua visibilidade potencializada a partir do movimento do acesso aberto, definido como

Conteúdo de informações disponibilizado de forma gratuita e universal pela Internet em formato de fácil leitura, geralmente porque o editor mantém arquivos online cujo acesso é gratuito ou porque as informações foram depositadas em um repositório de acesso aberto amplamente conhecido. O acesso aberto é um novo modelo de publicação acadêmica desenvolvido para libertar pesquisadores e bibliotecas das limitações impostas pelos aumentos excessivos no preço das assinaturas de periódicos revisados por pares, particularmente nas ciências e medicina. Ao quebrar o monopólio dos editores sobre a distribuição da pesquisa científica, o acesso aberto torna o acesso à informação científica mais equitativo e tem a vantagem adicional de permitir que o autor retenha os direitos autorais. (ONLINE DICTIONARY FOR LIBRARY AND INFORMATION SCIENCE, 2020, tradução nossa)

O início do movimento do acesso aberto deu-se em 2002 a partir da declaração *Budapest Open Access Initiative* (BOAI), que propõe a disponibilidade e uso livre de resultados de pesquisas científicas (BUDAPEST..., [2002?]). Nos anos seguintes, os documentos *Bethesda Statement on Open Access Publishing* (BETHESDA..., 2003) e a *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (BERLIN..., 2008) foram marcos importantes para a consolidação do acesso aberto. As declarações de Bethesda e Berlin indicam que para um documento ser caracterizado como acesso aberto, ele deve cumprir duas condições: o(s) titular(es) dos direitos da publicação deve(m) conceder o direito de acesso gratuito, irrevogável e mundial a qual-

quer interessado, bem como uma licença para copiar, usar, distribuir, transmitir, exibir publicamente, produzir e distribuir obras derivadas no ambiente eletrônico, com a devida atribuição de crédito pela obra original; e a versão completa do documento e seus materiais suplementares, em formato eletrônico padrão adequado, deve ser depositado em um repositório online que utilize padrões técnicos estabelecidos, como o *Open Archives Initiative*, a fim de permitir o acesso aberto, distribuição irrestrita, interoperabilidade e arquivamento de longo prazo.

Alcançadas essas duas condições, esse documento deve ser disponibilizado em um Repositório Institucional (RI), que atualmente é um dos produtos e serviços oferecidos pelas bibliotecas universitárias e é definido como uma “coleção, digital ou em papel, que capta e preserva a memória institucional de uma comunidade ou organização; memória institucional.” (CUNHA; CAVALCANTI, 2008, p. 322). Ao longo dos anos, os RIs passaram por melhorias e implantação de mecanismos de controle de acesso e uso dos documentos neles disponíveis. A implantação de tais mecanismos deve-se ao fato da sociedade estar conectada em rede (CASTELLS, 2019), o que facilita a comunicação e a transferência de conhecimento entre as pessoas, e imersa na cibercultura (LEVY, 1999), ou seja, que se utiliza das TICs para os mais variados propósitos.

No contexto dos RIs, a implantação de mecanismos de controle tem outros objetivos além dos supracitados (promover o acesso aberto, a interoperabilidade e o arquivamento de longo prazo, por exemplo). Dado que o uso intenso das TICs por diferentes atores na comunicação científica pode levar à eliminação ou perda de dados e documentos, faz-se necessário a existência de tais mecanismos a fim de garantir sua integridade e manutenção. Mais do que isso, também é essencial que as funções dos atores sejam claramente definidas, pois devido à facilidade de acesso e modificação de documentos no meio digital, é preciso que cada ator esteja ciente de seus direitos e deveres. Por isso, esses mecanismos remontam ao conceito de “vigilância líquida”, definida como “[...] menos uma forma completa de especificar a vigilância e mais uma orientação, um modo de situar as mudanças nessa área da modernidade fluida e perturbadora da atualidade” (BAUMAN, 2013, p. 10).

## 2 O CONCEITO DE “VIGILÂNCIA LÍQUIDA” APLICADO AOS REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS

“Vigilância líquida: diálogos com David Lyon” é o título da obra da qual foi retirado o conceito de “vigilância líquida”. Nela, os sociólogos Zygmunt Bauman e David Lyon destacam a onipresença da segurança em diversos aspectos da atualidade como forma de combater, por exemplo, ameaças terroristas e provenientes de hackers. Ambos consideram que esses e outros riscos enfrentados pela sociedade existem em diversos aspectos da vida cotidiana e, assim, criam-se “servos voluntários” de uma vigilância invisível, mas que enxerga as pessoas. A caracterização “líquida” deve-se ao fato de a vigilância não ser mais somente realizada de maneira “fixa”, isto é, pelas instituições tradicionais de segurança, mas sim por estar diluída na Internet e nas redes sociais, o que a torna constante e mais ampla, visto a ubiquidade da tecnologia na sociedade atual. Assim, não se tem total controle sobre a vigilância, pois ela encontra-se facetada em diferentes tempos, é realizada por diversas pessoas e está operante em ambientes distintos.

Segundo Lyon (2010), a vigilância é um tema caracterizado por Bauman desde a década de 1980 e é tido pelo sociólogo como central à modernidade. O autor também considera que a ascensão do consumismo tornou mais difícil expor a hegemonia do capitalismo e a proposição de alternativas a esse modelo, fato que culminou na criação de disciplinas cujo objetivo é promover a obediência e a complacência, originárias do conceito de panóptico, mas adaptadas à modernidade, inclusive com a adequação de alguns aspectos.

O panóptico foi um conceito criado por Jeremy Bentham e trata-se de um projeto arquitetônico de um complexo penitenciário onde era possível controlar um grande contingente de pessoas com pouco esforço administrativo. Seu surgimento deu-se a partir do questionamento de Bentham, então estudante de Direito no século XVII, sobre “a forma pela qual o sistema judiciário era interpretado e passou a buscar a reforma das leis, principalmente a do Código Penal.” (SCHOFIELD, 2009 apud CIACONI; LOTT, 2016, p. 247). A partir de então, diversas instituições passaram a adotar esse conceito, tais como escolas, sanatórios e, principalmente, prisões (SEMPLE, 1993 apud CIACONI; LOTT, 2016).

Foucault (1987) retoma o conceito de panóptico em sua obra “Vigiar e punir”, na qual descreve não os aspectos arquitetônicos, mas também os aspectos funcionais relativos à disciplina e ao controle, tais como os dispositivos criados nas instituições disciplinares que objetivam diferenciar os elementos de massa, quais sejam: individualizar, identificar e classificar. Com isso, tem-se como principal efeito do panóptico a tensão e a percepção do estado de vigilância constante, no qual o poder funciona automaticamente antecipando, até mesmo, qualquer ato de infração. Dessa forma, o poder sofre uma despersonalização, pois independe do indivíduo que o exerce, bem como torna-se onipresente, visto que atua mesmo na ausência de um supervisor.

Nesse contexto, tem-se que um dos elementos constituintes dos RIs é a política de direito autoral, que é dotada de três dimensões: legal (trata do “[...] termo de autorização, o tipo de acesso, o embargo, o depósito compulsório e a desobrigação de depósito e a disponibilização do conteúdo.” (OLIVEIRA, 2015, p. 109)); institucional (envolve a “[...] finalidade do repositório institucional, conceito de produção científica, e competências dos setores envolvidos na elaboração e acompanhamento da política.” (OLIVEIRA, 2015, p. 109)) e tecnológica (“[...] relacionada com a interoperabilidade, os software (sic) utilizados e suas respectivas licenças.” (OLIVEIRA, 2015, p. 109)). Assim, objetiva-se verificar se as políticas de direitos autorais de RIs constituem-se em mecanismos de controle consoante o conceito de “vigilância líquida” de Bauman (2013).

### **3 METODOLOGIA**

Realizou-se uma pesquisa qualitativa, pois envolveu a coleta e a análise de dados sem medição numérica para aperfeiçoar o problema de pesquisa, sendo que pode ou não haver comprovação da hipótese (HERNÁNDEZ SAMPIERI; FERNÁNDEZ COLLADO; BAPTISTA LUCIO, 2012).

Este estudo é caracterizado como exploratório-descritivo por dedicar-se a um tema ainda pouco estudado e que visa identificar tendências, contextos e situações cujas variáveis possam ter alguma relação, valendo-se, para tanto, de um conjunto de questões sobre as quais são coletadas informações para fins de análise de modo a que se possa mostrar como um even-

to, fenômeno ou situação ocorre a partir dos dados coletados (HERNÁNDEZ SAMPIERI; FERNÁNDEZ COLLADO; BAPTISTA LUCIO, 2012).

O método de pesquisa utilizado foi a análise de conteúdo. A opção por esse método deveu-se ao fato de os documentos analisados enquadrarem-se em um domínio possível de ser aplicado (neste caso linguístico escrito) e sobre o fato desse método focar tanto o aspecto quantitativo (frequência com que aparecem certas características) como o qualitativo (presença ou ausência de uma determinada característica) (BARDIN, 2004).

Para isso, analisaram-se as políticas de direitos autorais de RIs brasileiros selecionados a partir do Ranking Universitário da Folha (RUF), edição 2019<sup>2</sup>. A escolha de um ranking universitário para a realização da coleta de dados deveu-se ao fato de esse instrumento ser desenvolvido por instituições que detêm conhecimento para sua elaboração e pelo fato de apoiar-se em indicadores específicos relativos à avaliação de instituições de ensino superior que, no caso do RUF, são: pesquisa, internacionalização, inovação, ensino e mercado. Esse ranking é elaborado desde 2012 e os dados são coletados “[...] em bases nacionais e internacionais de periódicos científicos, de patentes, em bases do Inep-MEC (Censo da Educação Superior e Enade), em agências estaduais e federais de fomento à ciência e em pesquisas nacionais de opinião feitas pelo Datafolha.” (FOLHA DE S. PAULO, 2019). Ademais, a justificativa para a escolha do RUF deveu-se ao fato de ser um *ranking* nacional e que contempla universidades brasileiras, pois caso elas fossem selecionadas a partir de um *ranking* internacional, possivelmente não se obteria a amostra necessária para este estudo, visto que apenas 1% a 3% das instituições mundiais (200-500) são brasileiras (FAUSTO, 2013).

Dessa forma, foram coletadas as dez primeiras universidades classificadas no RUF, edição 2019, para se proceder à análise da política de direitos autorais nos seus respectivos RIs. A escolha das dez primeiras universidades classificadas deveu-se ao fato de sua posição no ranking indicar que possuem condições financeiras, científicas, tecnológicas e de infraestrutura adequadas para a criação e a manutenção de RIs. Assim, o endereço eletrônico dos repositórios das dez primeiras universidades foi acessado para identifi-

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://ruf.folha.uol.com.br/2019/ranking-de-universidades/principal/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

car a existência ou não da política de direitos autorais. Na sequência, foram identificadas as três dimensões propostas por Oliveira (2015), quais sejam, legal, institucional e tecnológica, bem como seus elementos, os quais foram discutidos à luz do conceito de “vigilância líquida” com vistas à identificar se as políticas constituem-se ou não em mecanismos de controle consoante esse conceito.

## 4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Quadro 1 apresenta informações sobre a universidade pesquisada, sua classificação no RUF, seu endereço web e se possui ou não política de direitos autorais.

**QUADRO 1- VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA POLÍTICA DE DIREITOS AUTORAIS**

Universidade	Classificação no RUF edição 2019	Endereço eletrônico do repositório	Possui política de direitos autorais?
Universidade de São Paulo (USP)	1	<a href="https://bdpi.usp.br/">https://bdpi.usp.br/</a>	Não
Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)	2	<a href="http://repositorio.unicamp.br/">http://repositorio.unicamp.br/</a>	Não
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)	3	<a href="https://pantheon.ufrj.br/">https://pantheon.ufrj.br/</a>	<a href="https://pantheon.ufrj.br/terms/politics.jsp">https://pantheon.ufrj.br/terms/politics.jsp</a>
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)	4	<a href="https://repositorio.ufmg.br/">https://repositorio.ufmg.br/</a>	Política de Informação da Comunidade Publicações Científicas e Culturais – <a href="https://repositorio.ufmg.br/static/politica/comunidade-publicacoes-cient%C3%Adficas-e-culturais.pdf">https://repositorio.ufmg.br/static/politica/comunidade-publicacoes-cient%C3%Adficas-e-culturais.pdf</a>  Política de Informação da Comunidade Trabalhos Acadêmicos – <a href="https://repositorio.ufmg.br/static/politica/comunidade-trabalhos-academicos.pdf">https://repositorio.ufmg.br/static/politica/comunidade-trabalhos-academicos.pdf</a>

<b>Universidade</b>	<b>Classificação no RUF edição 2019</b>	<b>Endereço eletrônico do repositório</b>	<b>Possui política de direitos autorais?</b>
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)	5	<a href="https://lume.ufrgs.br/handle/10183/1">https://lume.ufrgs.br/handle/10183/1</a>	<a href="https://lume.ufrgs.br/arquivos_download/Portaria5068_UFRGS.pdf">https://lume.ufrgs.br/arquivos_download/Portaria5068_UFRGS.pdf</a>
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)	6	<a href="https://repositorio.unesp.br/">https://repositorio.unesp.br/</a>	<a href="https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/144653/regulamento_repositorio_institucional_unesp.pdf?sequence=2&amp;isAllowed=y">https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/144653/regulamento_repositorio_institucional_unesp.pdf?sequence=2&amp;isAllowed=y</a>
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)	7	<a href="https://repositorio.ufsc.br/">https://repositorio.ufsc.br/</a>	Não
Universidade Federal do Paraná (UFPR)	8	<a href="https://acervodigital.ufpr.br/">https://acervodigital.ufpr.br/</a>	Não
Universidade de Brasília (UnB)	9	<a href="https://repositorio.unb.br/#">https://repositorio.unb.br/#</a>	<a href="https://repositorio.unb.br/documentos/Resolucao_da_Politica_de_Informacao_do_RIUnB.pdf">https://repositorio.unb.br/documentos/Resolucao_da_Politica_de_Informacao_do_RIUnB.pdf</a>
Universidade Federal do Pernambuco (UFPE)	10	<a href="https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/50">https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/50</a>	<a href="https://repositorio.ufpe.br/static/files/boletim-oficial.pdf">https://repositorio.ufpe.br/static/files/boletim-oficial.pdf</a>

Fonte: Elaborado pelo autor.

Verifica-se que das dez universidades, quatro não possuem política de direitos autorais (USP, UNICAMP, UFSC e UFPR). As políticas analisadas somam sete, pois a UFMG apresenta duas políticas: Política de Informação da Comunidade Publicações Científicas e Culturais (PICPCC) e Política de Informação da Comunidade Trabalhos Acadêmicos (PICTA).

As dimensões legal, institucional e tecnológica de cada política são apresentadas no Quadro 2.



**QUADRO 2 – DIMENSÕES LEGAL, INSTITUCIONAL E TECNOLÓGICA IDENTIFICADAS NAS POLÍTICAS DE DIREITOS AUTORAIS**

Dimensões	Elementos	Universidade						
		UFRJ	UFMG (PICPCC)	UFMG (PICTA)	UFRGS	UNESP	UnB	UFPE
Legal	Termo de autorização	X	X	X			X	
	Tipo de acesso	X	X	X	X	X	X	X
	Embargo			X	X	X	X	
	Depósito compulsório	X		X			X	X
	Desobrigação de depósito	X					X	
	Disponibilização de conteúdo		X	X		X		
Institucional	Finalidade do RI		X	X	X	X		X
	Conceito de produção científica						X	X
	Competências dos setores envolvidos na elaboração e acompanhamento da política	X	X	X	X	X	X	X
Tecnológica	Interoperabilidade				X	X	X	X
	Software utilizado	X				X	X	
	Licença do software	X					X	

Fonte: Elaborado pelo autor.

No que se refere à dimensão legal, observa-se que somente a UFRJ e a UFMG apresentam informações sobre o elemento “Termo de autorização”: enquanto a primeira esclarece sobre a necessidade de autorização para depósito dos artigos publicados (*pos-prints*) em repositórios de acesso livre, necessidade de autorização do(s) detentor(es) dos direitos patrimoniais de obras com fins comerciais ou com restrições contratuais e para o registro da produção científica no *Corporation for National Research Initiative* (CNRI), a

segunda trata da autorização no que se refere à disponibilização da produção científica (no caso da UFMG-PICPCC) e esclarece que o depósito da versão final do trabalho será aceito com a assinatura do orientador e entrega do Termo de Autorização Relativo ao Depósito e Disponibilização de Trabalhos Acadêmicos (no caso da UFMG-PICTA). Na UnB, a autorização também é solicitada para as mesmas situações que a UFRJ (depósito de *pos-prints*, depósito de obras comerciais ou com restrições contratuais e registro da produção científica).

Já o elemento “Tipo de acesso” está presente em todas as políticas e é caracterizado como livre. Em relação ao elemento “Embargo”, a UFMG (PICTA) expõe que se houver proteção intelectual em trâmite na Coordenadoria de Transferência e Inovação Tecnológica (CTIT) da Universidade, a submissão do trabalho será realizada pela equipe do repositório após o término do embargo. A UFRGS expõe que cada comunidade ou coleção terá um período de embargo definido a partir de critérios e procedimentos próprios de cada uma. No caso da UNESP, o embargo é citado em dois momentos: no capítulo sobre os critérios para o arquivamento de documentos (durante a vigência do embargo, a Universidade poderá arquivar uma versão parcial do conteúdo, enquanto o acesso integral restringe-se ao administrador) e no capítulo sobre o acesso aos documentos e aos metadados, que ocorrem respeitando-se os embargos, quando existirem, para acesso aos documentos. Por fim, a UnB esclarece que o documento deve ser depositado no repositório em até seis meses após a comunicação do aceite de publicação pela editora científica, a não ser que haja restrições contratuais. Nessa situação, o documento deve ser depositado no mês subsequente ao fim do prazo contratual estabelecido.

O elemento “Depósito compulsório” é abordado pela UFRJ e pela UnB: ambas estabelecem o depósito de *pos-prints* mediante autorização, quando necessário, ou de *pre-prints*, quando não for possível a disponibilização de *pos-prints*. Na UFMG (PICTA), esse elemento é tratado nos aspectos relacionados à submissão (autoarquivamento da versão final no repositório) e à disponibilização do trabalho (nesse estágio, o autor concede uma licença de distribuição não-exclusiva). Na UFPE, apresenta-se a definição de “princípio do depósito imediato”, ou seja, o modelo de política que determina o depósito obrigatório aos autores que disponibilizam seu conteúdo de forma livre

logo após a comunicação do aceite para publicação. Apesar disso, o autor pode escolher livremente a modalidade de acesso ao conteúdo depositado, mediante termo de depósito.

A “Desobrigação do depósito”, por sua vez, é tratada na UFRJ e na UnB. A UFRJ adota uma abordagem mais ampla em relação aos tipos de documentos que podem ser disponibilizados (por exemplo, com fins comerciais e produtos das atividades científica, cultural e artística), especificando somente artigos publicados em periódicos e livro(s) ou capítulo(s) de livro(s), enquanto que a UnB define com precisão os tipos de documentos aceitos no seu repositório. Neste caso, sua política aborda o(s) livro(s) ou capítulo(s) de livro(s) publicado(s) com fins comerciais ou com restrições contratuais relativas a direitos autorais; artigos publicados em periódicos científicos cujos contratos apresentem cláusulas que impeçam o depósito; e pesquisas com possibilidade de geração de patente ou publicação de livro(s) ou capítulo(s) de livro(s) com finalidade comercial.

O último elemento da dimensão legal, qual seja, “Disponibilização de conteúdo” está presente em duas universidades: UFMG (PICPCC e PICTA). Na UFMG (PICTA), explicita-se o tipo de licença sob o qual o documento será disponibilizado (distribuição não-exclusiva) e período de restrição temporária (até 12 meses a partir da defesa, para fins de publicação, com direito a renovação, ou até 36 meses a partir da defesa, quando houver análise de propriedade intelectual decorrente da pesquisa). Havendo restrição para fins de publicação, o autor deve disponibilizar uma versão parcial, para disponibilização imediata, e uma versão completa. A política ainda esclarece que, uma vez publicado, um documento não poderá ser retirado do repositório, salvo a existência de pedido de reedição por violação de direitos de imagem e/ou direitos autorais. Já a UFMG (PICPCC) expõe somente os tipos de documentos a serem disponibilizados (artigos, livros, capítulos de livros e trabalhos publicados em eventos), com autorização do autor, desde que atendam aos seguintes critérios: as publicações em acesso aberto devem ter os metadados e o texto completo disponibilizados e as publicações em acesso restrito devem ter somente os metadados e o link da publicação disponíveis.

Na dimensão institucional, verificou-se a presença do elemento “Finalidade do RI” na UFMG: enquanto na PICPCC a finalidade é reunir, organizar,

armazenar e disseminar os documentos provenientes de todas as ações de ensino, pesquisa e extensão, a PICTA tem o mesmo objetivo, porém, difere-se pelo fato de não abranger documentos originários de atividades de extensão, visto que tem como foco os trabalhos de conclusão de curso em nível de graduação e pós-graduação. A UFRGS esclarece que seu repositório tem a finalidade de promover a informação gerada pela Universidade, aumentar a visibilidade da produção científica, facilitar a gestão da informação e preservar a memória institucional. A UNESP expõe que seu repositório visa promover a Universidade por meio do acesso aberto, disseminação, preservação, valorização e do reconhecimento da produção institucional nos âmbitos científico, acadêmico, artístico, técnico e administrativo, assim como possibilitar o acesso desse conhecimento à sociedade. No caso da UFPE, o repositório tem como objetivo organizar, disponibilizar e preservar a memória institucional, bem como ampliar a visibilidade de sua produção técnica e científica, promover o acesso aberto, modelar, implantar, manter e divulgar a produção em um espaço colaborativo de acesso aberto e contribuir para a geração de indicadores com vistas à participação da Universidade em rankings nacionais e internacionais.

O próximo elemento da dimensão institucional, “Conceito de produção científica”, está expresso na UnB e UFPE. A diferença entre os conceitos reside no fato de que a UnB apresenta uma definição mais genérica, pois define “produção científica” como os resultados de pesquisa veiculados nos meios de comunicação científica que possuem revisão por pares, ao passo que a UFPE traz uma definição mais específica, pois discrimina os meios de comunicação científica (artigos de periódicos científicos; teses e dissertações; livros e capítulos de livro; e trabalhos apresentados em eventos), porém, não menciona o fato de possuírem ou não a revisão por pares. Em relação ao elemento “Competências dos setores envolvidos na elaboração e acompanhamento da política”, todas as políticas apresentam os atores envolvidos nos respectivos repositórios, bem como as ações e responsabilidades de cada um nas diferentes etapas do processo de submissão.

Na dimensão tecnológica, o elemento “Interoperabilidade” aparece em quatro políticas. Na UFRGS, esse elemento é descrito no capítulo que aborda os metadados, os quais devem seguir padrões internacionais a serem definidos pela equipe técnica do repositório, conforme as peculiaridades

des dos objetos digitais. No caso da UNESP, a “Interoperabilidade” é tratada também em relação aos metadados (adoção de padrões internacionalmente utilizados) e em relação ao formato dos arquivos (adoção de padrões abertos, isto é, não-proprietários, com vistas a facilitar a preservação digital). Já na UnB, explica-se que o repositório deve permitir a integração com sistemas nacionais e internacionais, sendo que para isso deve adotar padrões e protocolos de integração, sobretudo aqueles definidos no modelo *Open Archives*. Por fim, a UFPE também aborda a mesma informação da UnB, porém, inclui ainda a definição do modelo *Open Archives*: “modelo de acesso aberto que promove o uso do OAI-PMH (Protocolo da iniciativa de arquivos abertos para coleta de metadados) sob padrões de interoperabilidade, que visam facilitar a disseminação eficiente de conteúdo.” (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2017).

O elemento “Software utilizado” é mencionado na UFRJ, UNESP e UnB. A UFRJ esclarece que o repositório será criado em uma plataforma de software livre, consoante os princípios do acesso aberto, tal como a UnB. A UNESP, por sua vez, somente menciona que tanto o hardware como o software utilizados no repositório devem passar por manutenção, atualização e customização, porém, não define qual é o tipo de software adotado. Já o elemento “Licença do software” foi encontrado na UFRJ e na UnB: ambas expõem que software adotado segue os princípios do acesso aberto.

## 5 CONCLUSÕES

O acesso aberto tornou-se um modelo de publicação científica amplamente difundido, pois além de permitir a rápida disseminação de resultados de pesquisa, possibilita aos pesquisadores a retenção dos direitos autorais de seus documentos depositados em repositórios institucionais. Por outro lado, as políticas de direitos autorais dos repositórios são compostas por três dimensões formadas por doze elementos. Com isso, regulam-se não apenas os aspectos legais dos documentos depositados nos repositórios, mas também seus aspectos institucionais e tecnológicos.

Verifica-se, portanto, que as políticas de direitos autorais dos RIs atuam como instrumentos de controle consoante o conceito de “vigilância líquida” de Bauman (2013), pois estabelecem diretrizes para o acesso, uso e

preservação dos conteúdos produzidos pelas universidades. Considera-se que deve haver esse controle por meio das políticas, tanto pela fato da web apresentar-se de forma rizomática (DELEUZE; GUATTARI, 2014), isto é, de forma descentralizada e que, portanto, permite amplo acesso e uso da informação, como pelo fato dos pesquisadores estarem imersos na cibercultura (LEVY, 1999), o que influencia tanto a produção como a disponibilização de resultados de pesquisas. Dessa forma, tanto o acesso como a criação de documentos a partir daqueles disponíveis nos RIs estão sujeitos a usos que sequer eram pensados antes do advento das TICs, o que requer atenção em relação aos direitos e deveres dos atores envolvidos com os repositórios.

Nas políticas de direitos autorais analisadas, predominam elementos das dimensões legal e institucional, ao passo que a dimensão tecnológica é a menos citada nas políticas. Isso posto, nota-se a existência de uma “vigilância líquida” sobre os documentos depositados em documentos institucionais realizada não por governos ou empresas, mas por instituições acadêmicas ou associações científicas. Por meio das políticas, realiza-se uma forma de controle sobre os tipos de documentos a serem disponibilizados, visto que elas definem, por exemplo, quais são os documentos aceitos (em geral, todos aqueles relacionados às atividades de ensino, pesquisa e extensão universitárias, tais como artigos publicados em periódicos científicos, trabalhos publicados em eventos, trabalhos de conclusão de curso de graduação e pós-graduação, patentes, dentre outros), assim como sobre as funções dos próprios atores participantes do repositório, com a atribuição de direitos e deveres claramente definidos nesse ambiente digital.

Ademais, considera-se que os mecanismos de controle presentes nos ambientes digitais relacionados à comunicação científica devem estar vinculados à mudança de comportamento dos pesquisadores propiciada pelas TICs. Além de serem consumidores de informação, os pesquisadores também são produtores e, inclusive, curadores de conteúdo, especialmente no autoarquivamento possibilitado por alguns repositórios, pois nessa etapa devem não apenas depositar o documento, mas preencher os metadados visando à sua recuperação. Destaca-se, por exemplo, a onipresença em todas as políticas dos elementos “Tipo de acesso”, da dimensão legal, e “Competências dos setores envolvidos na elaboração e acompanhamento da política”, da dimensão institucional, como elementos que pressupõem uma vigilância

sobre o acesso definido para os documentos, bem como sobre as funções dos atores envolvidos com os repositórios.

Por outro lado, é esperado que os mecanismos de controle não sejam expandidos a ponto de interferirem na realização de pesquisas científicas, por exemplo, privilegiar uma área em detrimento de outra. Isso pode ser identificado nas políticas analisadas no que tange à tipologia de documentos presentes. Como desde a concepção do acesso aberto e, inclusive, da própria comunicação científica, o artigo publicado em periódico científico é a unidade privilegiada de disseminação de resultados de pesquisas, áreas em que predominam a publicação de livros, por exemplo, podem sofrer um impacto negativo, haja vista que essa tipologia de documento pode não estar presente em todos os repositórios. Outro exemplo são as áreas artísticas, cujas atividades como a coreografia, por exemplo, exigem um outro tipo de tipologia de documento para garantir o registro do conteúdo, como uma tipologia audiovisual.

Assim, verifica-se que todas as políticas apresentam dispositivos relacionados à dimensão legal, o que demonstra atenção por parte das universidades em relação à proteção da propriedade intelectual de seus pesquisadores. Em relação à dimensão institucional, é unânime a existência de um grupo ou gestor responsável pela manutenção dos RIs. Na dimensão tecnológica, a UFMG (PICPCC e PICTA) não apresentou nenhum item, porém, as demais universidades apresentaram nas suas políticas dispositivos que visam a disponibilização do conteúdo em acesso aberto.

Desta forma, verifica-se que as políticas de direitos autorais dos RIs constituem-se em elementos de vigilância conforme propõe Bauman (2013), haja vista que têm como objetivo não apenas controlar o acesso e uso de documentos, como também prevenir a perda e atuar pela sua manutenção a longo prazo. Ademais, a disponibilização dos dados dos documentos e dos próprios autores, mediados pelas TICs, facilitam a onipresença do controle e da vigilância não apenas sobre ambos, mas também na comunicação científica sobre os atores envolvidos, seja num nível horizontal, como em uma disciplina científica, por exemplo, ou em nível vertical, como no caso da gestão universitária.

Consoante ao que expõem Cianconi e Lott (2016), no contexto atual vigora o regime de vigilância total, instaurado nos ambientes virtuais, redes sociais e demais sistemas online. No caso deste estudo, os objetos de informação que estão sob essa vigilância são os documentos depositados em repositórios institucionais, que representam os pesquisadores e seus resultados de pesquisa, e são mediados por bancos de dados, ou seja, os próprios repositórios. Por fim, destaca-se que o poder, neste caso, é indireto, invisível, inverificável e indeterminado.

Se por um lado as políticas de direitos autorais dos repositórios atuam como elementos estruturantes desses ambientes digitais, por outro é preciso observar constantemente os efeitos que ela gera sobre esses ambientes, os atores envolvidos e os próprios documentos. Assim, o acesso aberto deve ser a referência para a elaboração das políticas dos repositórios, caso contrário, “barreiras líquidas” poderão se instaurar e dificultar o acesso aos documentos e, conseqüentemente, ao próprio desenvolvimento científico e tecnológico, seja de uma disciplina, seja de uma universidade.

## REFERÊNCIAS

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Tradução: Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Z. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BERLIN Declaration on Open Access to knowledge in the Sciences and Humanities. **Negotium**, Tirane, v. 4, n. 10, p. 89–91, 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78241008>. Acesso em: 18 set. 2017.

BETHESDA statement on open access publishing. Maryland: [s. n.], 2003. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4725199/suber\\_bethesda.htm?sequence=1%2523definition%2520](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4725199/suber_bethesda.htm?sequence=1%2523definition%2520). Acesso em: 18 set. 2017.

BUDAPEST Open Access Initiative. [2002?]. Disponível em: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai15-1>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CIANCONI, R. de B.; LOTT, Y. M. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **Liinc em Revista**, Rio de



Janeiro, v. 12, n. 2, p. 243-257, nov. 2016. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3721/3140>. Acesso em: 9 out. 2020.

CUNHA, M. B. da; CAVALCANTI, C. R. de O. **Dicionário de Biblioteconomia e Arquivologia**. Brasília: Briquet de Lemos, 2008.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2**. Tradução de Ana Lúcia de Oliveira e Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 2014.

FAUSTO, S. Um panorama diversificado de rankings. **SciELO em Perspectiva**, São Paulo, 25 set. 2013. Disponível em: <http://blog.scielo.org/blog/2013/09/25/um-panoramadiversificado-de-rankings/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

FOLHA DE S. PAULO. **O que é o Ranking Universitário Folha**. 2019. Disponível em: <https://ruf.folha.uol.com.br/2019/noticias/o-que-e-o-ranking-universitario-folha.shtml>. Acesso em: 1 dez. 2019.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, R.; FERNÁNDEZ COLLADO, C.; BAPTISTA LUCIO, M. del P. **Metodologia da pesquisa**. Tradução Daisy Vaz de Moraes. Porto Alegre: Penso, 2013.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LYON, D. Liquid surveillance: the contribution of Zygmunt Bauman to surveillance studies. **International Political Sociology**, Malden, v. 4, n. 4, p. 325-338, 2010. Disponível em: [https://panoptikon.org/sites/panoptikon.org/files/FeedsEnclosure-ips\\_109\\_3.pdf](https://panoptikon.org/sites/panoptikon.org/files/FeedsEnclosure-ips_109_3.pdf). Acesso em: 9 out. 2020.

OLIVEIRA, L. M. B. de. **Elementos estruturantes para a elaboração de políticas de direito autoral para repositórios institucionais de acesso aberto**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Faculdade de Ciência da Informação, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/19208>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ONLINE DICTIONARY FOR LIBRARY AND INFORMATION SCIENCE. **Open access**. 2020. Disponível em: [https://products.abc-clio.com/ODLIS/odlis\\_o.aspx](https://products.abc-clio.com/ODLIS/odlis_o.aspx). Acesso em: 9 out. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. Resolução nº 06/2017. Institui a Política de Informação do Repositório Digital da Universidade Federal de Pernambuco e dá outras providências. **Boletim Oficial [da] UFPE**, Recife, v. 52, n. 120-Especial, p. 17-24, 20 dez. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/static/files/boletim-oficial.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

# DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: MAPEAMENTO ACERCA DA IMPLEMENTAÇÃO DAS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* NOS PERIÓDICOS A1-A2 DA ÁREA DO DIREITO.

Fernanda Oliveira Santos<sup>1</sup>

Michelle Souza Canavarro<sup>2</sup>

**RESUMO:** As Tecnologias da Informação e da Comunicação vem instrumentalizando práticas de acesso aos bens intelectuais da cibercultura de forma inovadora. Questiona-se assim, a possibilidade de um acesso mais democrático e justo de obras científicas identificando o grau de adesão de periódicos da área do Direito a um modelo mais alternativo de proteção autoral com foco nas licenças Creative Commons, observando o seu impacto na difusão científica. Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar a implementação dessas licenças em periódicos de Direito, buscando compreender as transformações que a cibercultura pode promover no direito autoral, bem como investigar dentro do contexto nacional o marco legal sobre direitos do autor frente aos modelos alternativos propostos pela atual realidade. Utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental através de obras que permeiam a temática dos Direitos Autorais e do Acesso Livre, além da coleta de dados com análise qualitativa e quantitativa do uso de licenças Creative Commons com o mapeamento dos periódicos especificamente na área do Direito de Qualis A1 e A2. Com isso, percebeu-se que enquanto o Direito Autoral tradicional restringe o compartilhamento e a reprodução das obras, as licenças possuem um conjunto de permissões associada à permanência de restrições que atendam às determinações do autor licenciante. Os resultados obtidos demonstram a maioria dos periódicos como adotantes desse tipo de modelo e constataram que há

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela UNIT (2017). Advogada e docente da graduação em direito da UNIT/SE. Membro do Grupo de Pesquisa-CNPq "GEDAI - Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI/ UFPR". E-mail: oliveira.fernanda09@gmail.com

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes UNIT (2019). Pesquisadora na área de direito autoral e tecnologia. E-mail: michelle-canavarro@hotmail.com

uma crescente predominância da política de Acesso livre em favor do uso criativo das obras de forma mais democrática em consonância com os direitos do autor.

**Palavras-chave:** Direito Autoral. Creative Commons. Open Access.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde março de 2020, a proteção ao direito autoral retornou ao debate público, pois a pandemia provocada pelo SAR-COV-2 criou um cenário dúbio. De um lado, o poder público impôs restrições às aglomerações e, por consequência, os espaços culturais foram fechados, causando uma queda na arrecadação dos autores, que de acordo com o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) chegou a 50%. Por outro lado, no âmbito científico, o fluxo de informações trocadas entre pesquisadores e laboratórios superou as expectativas, conforme o Boletim Covid-19 Unicamp (MONACO; MURARO; SPATTI, 2020).

Em 2018 foi publicado o relatório “Analytical Support for Bibliometrics-Open access availability of scientific publications” que coloca o Brasil em 1º lugar no ranking de publicações em periódicos abertos. Apesar deste cenário, não se pode olvidar da discussão sobre o acesso ao conhecimento científico que, por vezes, é limitado pelo modelo de propriedade intelectual excludente adotado pelo Estado Brasileiro. De acordo com a Lei de Direitos Autorais, lei nº 9.610/98, quaisquer usos não autorizados configuram violação ao direito do autor e, eventualmente, pode ser objeto de ação judicial.

Paralelamente, surgem alternativas ao modelo de proteção autoral vigente, tais como as licenças *Creative Commons*, as quais ao autor da obra que autorize previamente determinados usos ao público, sem a necessidade de uma autorização individual. Este modelo de licenciamento é adotado por algumas revistas científicas, no intuito de promover uma maior difusão do conhecimento.

O trabalho foi desenvolvido a partir do seguinte problema: Qual é o grau de adesão dos periódicos da área jurídica a um modelo alternativo de proteção autoral? Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral analisar a implementação das licenças *Creative Commons* na produção científica do Direito, especificamente nos periódicos da área. A partir daí, buscou-se com

os objetivos específicos: a) Compreender as transformações da proteção autoral no contexto da cibercultura; b) Investigar o marco legal nacional sobre direito do autor e os modelos alternativos que tratam da temática dos direitos autorais; c) Mapear os periódicos qualis A1 e A2 da área do direito que adotam as licenças *Creative Commons*.

A metodologia da pesquisa foi definida a partir de levantamento bibliográfico preliminar sobre os marcos conceituais e teóricos dessa pesquisa e a pesquisa documental, começando com a análise dos documentos das licenças *Creative Commons 4.0* e das informações acerca dos direitos autorais adotados pelas revistas científicas no âmbito do direito. Posteriormente, fez-se uma análise qualitativa sobre as licenças mais adotadas e as liberdades conferidas por cada uma delas, no intuito de compreender o grau de liberdade no acesso à produção científica.

Para facilitar a compreensão do tema, o trabalho se divide em duas partes. Inicialmente, investigou-se o surgimento e as transformações experimentadas pela tutela autoral na cibercultura. Já no segundo momento, foram catalogadas as revistas qualis A1 e A2 do direito que adotam as licenças *Creative Commons* e empreendeu-se uma análise das permissões conferidas por cada licença.

## **2 PANORAMA DO DIREITO AUTRAL: DAS OBRAS ARTÍSTICAS ÀS OBRAS CIENTÍFICAS.**

Inicialmente, torna-se necessário delimitar o que significa Direito Autoral, que é espécie do gênero propriedade imaterial, relacionando-se ao conjunto de tutelas jurídicas de proteção às criações literárias, artísticas e científicas. De acordo com o discurso oficial (SANTOS, 2009, p. 8), surge no intuito de proteger o autor e obra, incentivando a progresso.

A partir do conceito apresentado, percebe-se que a concepção de Direito Autoral é fruto da Modernidade, sendo o criador visto como um indivíduo proprietário de um bem, o qual deverá ser objeto de proteção estatal para evitar a interferência de terceiros. Sérgio Staut Júnior (2012, p. 136) afirma que o modelo de proteção autoral é ligado diretamente ao avanço do modo de produção capitalista. Portanto, o entendimento da propriedade intelectual passa pelo estudo da relação entre autores e sociedade.

A noção clássica de proteção autoral, ainda presente nas sociedades contemporâneas, trabalha com a noção de que qualquer utilização da obra necessita de uma autorização prévia do autor ou daquele de detenha os direitos autorais (SANTOS, 2009). Importante lembrar que os direitos autorais podem ser subdivididos em: direitos morais do autor e direitos patrimoniais do autor. Os primeiros são inalienáveis e perpétuos, portanto, independentemente da duração da vida do autor, sendo o direito à paternidade da obra a sua representação máxima. Já os direitos patrimoniais do autor são transmissíveis e devem respeitar a duração previamente estipulada em nas normas nacionais e internacionais<sup>3</sup>.

Desde o final do século passado, observa-se o alargamento desenfreado do conceito de Direito Autoral, gerando uma sociedade com estreito, quiçá nenhum, espaço para o desenvolvimento de material cultural livre da visão maximalista, “e não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem um dono”. (BRANCO JUNIOR, 2007, p. 64).

As transformações sociais, econômicas, culturais e tecnológicas do início do século XXI mostram a necessidade de repensar o paradigma dos Direitos Autorais e, conseqüentemente, adaptá-lo ao contexto da sociedade informacional (CASTELLS, 2003), na qual as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), especialmente a internet, integram o modo de vida do homem contemporâneo.

As novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), em especial a internet, têm possibilitado uma ampliação no acesso às obras artísticas e científicas, por vezes em desacordo com a tutela autoral. A concepção tradicional de Direitos Autorais tem sentido o impacto dos avanços tecnológicos (GANDELMAN, 2007), pois os antigos mecanismos de controle da circulação dos bens imateriais não têm a efetividade de outrora. Como conseqüência, há a ampliação do debate sobre o acesso aos bens e tal discussão não se restringe aos produtores culturais ou científicos e empresários envolvidos, também alcança o público (CUNHA E CRUZ, 2014; KLANG, 2011).

---

<sup>3</sup> Os direitos patrimoniais do autor perduram toda a vida do autor da obra e, após a sua morte, são transferidos aos herdeiros que gozarão da proteção durante 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, nos termos do artigo 41 da lei 9.610/98.

Como os debates sobre tecnologia e os seus reflexos permeiam todas as áreas, há um amplo esforço dos cientistas em estudar as transformações decorrentes da nova relação entre o ser humano e a técnica (PRIMO, 2011). Essas práticas e representações que ocorrem com a intervenção e participação cada vez mais constante das Tecnologias da Informação e da Comunicação são denominadas de cibercultura (RÜDIGER, 2013). O termo cibercultura não representa uma visão unívoca dos fenômenos envolvendo as tecnologias da informação, pelo contrário, engloba posicionamentos antagônicos e discussões sobre malefícios e benefícios, potencial emancipatório e subjugo das máquinas, *hackers* e empresas.

Importante ressaltar que os posicionamentos dicotômicos e focados em essências ofuscam a complexidade da sociedade contemporânea. O presente trabalho não pretende tratar a tecnologia como algo externo ao social, uma vez que esse entendimento situa o fenômeno como “bom” ou “mau”. Igualmente não defende a ideia de neutralidade da técnica, a qual não é vista de forma apartada do contexto social, econômico e histórico que está inserida. Assim, a questão passa pela compreensão da técnica enquanto mediação, constituindo o ser humano e, concomitantemente, sendo construída por ele, como defende André Lemos (2015).

Nessa perspectiva, a discussão sobre a relação entre tecnologia e Direito Autoral ganha nova feição com a internet, sem abandonar a tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado recorrente no debate autoral. Agora, as obras prescindem de suporte físico, isto é, a reprodução acontece em meio digital e com alta qualidade, tornando difícil o controle da difusão desses bens (MARTINS, 2006, p.2). Dessa forma, há a mudança da lógica de escassez, produzida pela concepção tradicional de tutela autoral (MIZUKAMI, 2007), para a lógica da abundância e da ampla disponibilidade na internet.

A relação dos indivíduos com a tecnologia experimenta um processo de estreitamento com inovações tecnológicas cada vez mais presentes no dia a dia, não ficando restrita ao ambiente de trabalho como na sociedade industrial. No paradigma da sociedade informacional (CASTELLS, 2003), em especial no contexto da pandemia do corona vírus, os homens e mulheres interagem com a tecnologia a todo o momento, por exemplo, o uso

dos smartphones para lazer, comunicação, transações comerciais, receber informação, participar da vida política, ter acesso à produção audiovisual, estudar, fazer pesquisa em sala de aula, trabalho, etc.

A partir do novo contexto, observa-se a ação de vários grupos na construção de alternativas à tutela autoral vigente, que sejam mais adequadas às necessidades sociais e culturais do século XXI (SOUZA, 2006; LESSIG, 2005; LIMA, 2008), como o movimento software livre, as licenças *Creative Commons* e o *open access*.

Cabe delimitar que nesta seção trataremos do movimento *open access* e as suas consequências na produção científica nacional. Assim, o debate sobre o acesso aberto, também conhecido como *open access*, não importa na negação da concepção tradicional de direito autoral, pelo contrário, busca equilibrar a relação entre o interesse público e os interesses privados que envolvem a difusão do conhecimento científico.

Mas, afinal, o que significa *open access*? De acordo com Pablo Ortellado (2008), a defesa pelo acesso aberto à literatura científica tem como base os valores da própria ciência, que deve ser pautada pelo esclarecimento do público e pela circulação de conhecimento entre os pares. Contudo, o autor aponta que dois outros fatores foram responsáveis pela ascensão do movimento: a) primeiramente, a elevado valor do periódicos nos anos 1980, que teve como consequência a exclusão de diversas instituições universitárias dos quadros de assinantes; b) o surgimento da internet que possibilitou o compartilhamento de obras pela via digital, excluindo os gastos com suporte físico. (ORTELLADO, 2008, p.187).

O debate sobre o acesso aberto traz uma reflexão acerca dos rumos da ciência, isto é, caso prevaleça um sistema de periódicos pagos, os resultados da produção científica podem ser prejudicados, tendo em vista que o conhecimento produzido deve ser objeto de análise dos pares. Partindo desta premissa, Valéria Gauz (2008, p. 279) aponta que há “[...] maior visibilidade dos pesquisadores e de suas pesquisas nos arquivos de acesso livre em repositórios institucionais, contribuindo para a rapidez na geração de conhecimento”.

No caso do Brasil, o acesso aberto é uma realidade nas publicações científicas, tendo 75% da produção disponibilizada em acesso aberto, de

acordo com o relatório da Science-Metrix (CAPES, 2019). A tática brasileira inclui a criação de repositórios livres, tais como a plataforma Capes, que reúne artigos das diversas áreas do conhecimento.

### **3 A ADOÇÃO DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS NOS PERIÓDICOS JURÍDICOS.**

Diante da forma como as Tecnologias da Informação e da Comunicação vem instrumentalizando práticas de acesso aos bens intelectuais da cibercultura de forma inovadora discute-se dentro dessa temática a possibilidade de proporcionar um acesso mais democrático e justo. A ampliação do acesso e produção cultural é fomentada por movimentos como o Creative Commons, que contestam as restrições das normas nacionais e internacionais sobre Direitos Autorais pautando-se na ideia de ressignificação da tutela autoral e relativização dos direitos patrimoniais.

Nas últimas décadas, tem se acentuado mobilizações, em âmbito nacional e internacional, com a finalidade de diminuir o cerceamento que o direito autoral tradicional impõe ao compartilhamento de obras intelectuais. Nesse contexto, o uso das licenças livres tornou-se uma alternativa de flexibilizar a lei de direito autoral, garantindo, assim, o acesso a uma determinada obra e ao mesmo tempo protegendo os autores que publicam suas obras em modelos abertos.

O Creative Commons é uma organização sem fins lucrativos que permite o compartilhamento e uso da criatividade e do conhecimento através de instrumentos jurídicos gratuitos. (CREATIVECOMMONSBR, 2020). Ela oferece licenças de direitos autorais que permitem criar uma maneira simples e padronizada de dar ao público a permissão de compartilhar e usar seu trabalho criativo. Tais propostas do movimento CC surgem como uma alternativa à concepção tradicional de Direitos Autorais, como manifestação de difusão da cultura do acesso livre.

Há o questionamento frente aos direitos autorais e ao próprio Creative Commons, através do movimento de acesso aberto sobre a adesão de periódicos brasileiros a licenças em suas obras publicadas. O que torna, assim, importante evidenciar que um processo de difusão da informação mais de-



mocratizada e uniforme tem seu seguimento de comunicação científica mais bem aproveitado por meio desse movimento de acesso aberto e, consequentemente, dos mecanismos envolvidos como seus tipos de licenças presentes na reprodução das informações. (MURIEL-TORRADO; LUIZ PINTO, 2018).

Dessa forma asseveram Ortellado e Machado, (2006, p. 11), estudos recentes apontam que o acesso aberto a textos acadêmicos resulta num maior impacto na comunidade científica, demonstrando que ao serem disponibilizados para o acesso livre, os artigos passaram substancialmente a serem mais citados em comparação a artigos de uso restrito.

Há dúvida ainda dentro da pouca e ainda recente abordagem sobre o tema em relação a como o ordenamento jurídico brasileiro abarca a questão dessas licenças e forma alternativa de proteção dos Direitos Autorais. Para Fernanda Santos (2017, p.105), as licenças são como modelos de contratos disponibilizados pela organização Creative Commons com o objetivo de instrumentalizar formas alternativas à concepção de Direito Autoral existente. Em seu texto frisa que as licenças são incorporadas por vários países em seus ordenamentos jurídicos, e explica que na Lei de Direitos Autorais no Capítulo V do Título “Dos Direitos do Autor” há a abordagem sobre o “licenciamento”, a qual funciona como uma modalidade de transferência de direitos na qual envolve os institutos da concessão, cessão e outros meios que sejam admitidos no Direito.

No contexto do uso de licenças por periódicos, (TORRADO; PINTO, 2018, p. 3) em seu artigo “Licenças Creative Commons nos periódicos científicos brasileiros de Ciência da Informação: acesso aberto ou acesso grátis” abordam que o cenário ideal do acesso aberto se deu graças às publicações científicas, principalmente com os periódicos.

Segundo Bailey (2005) em relação aos periódicos de acesso aberto e suas principais características aponta que eles tendem a serem acadêmicos e digitais, que possuem um controle de qualidade como periódicos tradicionais apesar de estarem disponíveis de forma gratuita além de permitir que os autores preservem seus direitos podendo ainda ter certificação Creative Commons (CC) ou similar.

É possível considerar, como apresenta Oliveira (2011, p.118) que a comunicação científica pode ser modificada em relação ao contexto de utilização dessas licenças que flexibilizam a lei de direito autoral, lei esta que ainda impõe sérias restrições em à circulação e compartilhamento de

publicações científicas. É possível analisar que a adoção do CC possibilita maior incidência da informação científica, possibilitando que seja acessada por um número maior de pessoas com a tendência no aumento da circulação e compartilhamento permitidos com limitações pontuais determinadas por cada autor. Neste sentido, considera-se que a conexão entre conteúdo científico, autor e leitor também pode ser alterada de fato pela CC diante de sua possibilidade em criar condições mais democráticas no que se refere ao direito autoral dos trabalhos.

A função básica das publicações científicas é dar continuidade ao conhecimento produzido, em virtude de possibilitar a sua disseminação e oportunizar partir do impacto, reprodução, compartilhamento e acesso perpetuar e aprimorar tais conhecimentos a partir de outra realidade ou perspectiva. Por isso, a comunicação da ciência constitui-se em um processo fundamental para a manutenção dos trabalhos de pesquisa científica.

Assim, segundo (SANTOS, p. 133) no contexto da cibercultura observa-se que as práticas defendidas no modelo tradicional quanto ao direito do autor e seus respectivos moldes tornam-se cada vez mais pouco eficazes para tanto promover ou conter o intercâmbio cultural. Práticas que repensam o modelo de Direito Autoral contemporâneo, como o Creative Commons contribuem no processo de resgate de alguns métodos e no processo de crescimento e amplitude desses Direitos em consonância com o contexto atual, defendendo assim a criação coletiva e função social do Direito Autoral juntamente com a promoção do acesso a produções intelectuais, principalmente as científicas, em meio a compartilhamento virtual como uma fonte cada vez mais reconhecida de difusão do conhecimento.

Levando todo esse contexto em consideração, no período entre agosto de 2018 e agosto de 2019 foi realizada uma pesquisa científica que teve como objetivo prático principal mapear e analisar a utilização das licenças criativas nos periódicos da área do Direito, no intuito de averiguar em que medida haveria na produção científica brasileira a adoção de modelos alternativos a concepção de direito autoral tradicional e, conseqüentemente, a repercussão disso na divulgação científica nacional.

Foram mapeados os periódicos qualis A1 e A2 da área do direito, selecionando aqueles que utilizam as licenças Creative Commons e, em seguida, subdividindo-os em grupos diante da licença adotada. A análise desse ma-

peamento buscou aferir quais tipos de licenças CC são adotados e o que isso representa quando se trata de usos livres da obra, utilizando os resultados da Análise de Conteúdo realizada previamente.




A análise abarcou a versão 4.0 das licenças Creative Common, sendo esta a versão mais atualizada a qual foi encontrada na maioria das revistas pesquisadas. Dos 6 diferentes tipos de licenças que a CC possui, foram encontrados 3 tipos dentro do grupo de periódicos analisados adotantes do modelo CC: CC- BY , CC BY-NC e a CC BY-NC-ND.

Ainda sobre as licenças com atribuição 4.0, (SANTO, 2017, p.106), preceitua que essa versão mais atualizada da CC introduziu modificações nas licenças facilitando mais o processo de atribuição da autoria através de um link com informações sobre o autor e a obra fornecido na internet por uma página, sendo que ainda tal atualização não exime a validade de versões anteriores que continuam em vigor, podendo assim coexistirem com a versão atual, já que essa evolução não funciona como uma migração automática de obras que utilizam de versões anteriores para as novas criadas.

Sobre a classificação das licenças identificadas na pesquisa, segundo a definição do próprio Creative Commons: com a licença CC- BY é permitido compartilhar, copiar e redistribuir o material em qualquer mídia ou formato, adaptar, remixar, transformar e construir sobre o material para qualquer finalidade, mesmo comercialmente; Com a CC BY-NC é permitido compartilhar, copiar e redistribuir o material em qualquer mídia ou formato, adaptar, remixar, transformar e construir sobre o material. Entretanto, é proibido usar o material para fins comerciais; Já com a CC BY-NC-ND é permitido o compartilhamento, a cópia e redistribuição do material em qualquer mídia ou formato. Porém, é proibido o uso do material para fins comerciais. Caso haja remixagem, transformação ou construção sobre o material, não será permitido distribuir esse material modificado.

Após realizado o mapeamento e análise, foi possível constatar que do total de 91 (noventa e um) periódicos da área de Direito, apenas 45 (quarenta e cinco) não fazem uso das licenças Creative Commons. Totalizando 46 (quarenta e seis) periódicos que fazem uso das referidas licenças, constatou-se que: 27 (vinte sete) revistas adotam a licença do tipo CC-BY, 5 (cinco) adotam o tipo CC-BY-NC e 11(onze) tem como licença o tipo CC-BY-NC-ND, como pode ser identificado pela tabela a seguir:

<b>REVISTAS COM LICENÇAS</b> 	<b>REVISTAS COM LICENÇAS</b> 	<b>REVISTAS COM LICENÇAS</b> 
<ul style="list-style-type: none"> <li>- REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFG ISSN 0101-7187</li> <li>- REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR ISSN 2236-7284</li> <li>- REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO (UFPR) ISSN 0104-3315</li> <li>- ANTROPOLÍTICA (UFF) ISSN 1414-7378</li> <li>- ANAMORPHOSIS - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA ISSN 2446-8088</li> <li>- BAR. BRAZILIAN ADMINISTRATION REVIEW ISSN 1807-7692</li> <li>- BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO ISSN 0041-8633</li> <li>- BRAZILIAN POLITICAL SCIENCE REVIEW ISSN 1981-3821</li> <li>- CADERNO CRH (ONLINE) ISSN 1983-8239</li> <li>- CADERNO CRH (UFBA. IMPRESSO) ISSN 0103-4979</li> <li>- ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW ISSN 2178-0587</li> <li>- EDUCACAO E REALIDADE ISSN 2175-6236</li> <li>- NOVOS ESTUDOS CEBRAP (IMPRESSO) ISSN 0101-3300</li> <li>- HORIZONTES ANTROPOLÓGICOS (ONLINE) ISSN 1806-9983</li> <li>- OPINIÃO PÚBLICA ISSN 1807-0191</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL ISSN 2179-8214</li> <li>- REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL ISSN 2179-345X</li> <li>- MANA (UFRJ. IMPRESSO) ISSN 0104-9313</li> <li>- HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO ISSN 2236-3459</li> <li>- EDUCAÇÃO &amp; SOCIEDADE (IMPRESSO) ISSN 0101-7330</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- SUR. REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (IMPRESSO) ISSN1806-6445</li> <li>- VISUALIDADES (UFG) ISSN 1679-6748</li> <li>- RIVISTA DI CRIMINOLOGIA, VITTIMOLOGIA E SICUREZZA ISSN 1971-033X</li> <li>- REVISTA DE BIOETICA Y DERECHO ISSN 1886-5887</li> <li>- REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL ISSN 2014-038X</li> <li>- ONATI SOCIO - LEGAL SERIES ISSN 2079-5971</li> <li>- A&amp;C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO &amp; CONSTITUCIONAL (IMPRESSO) ISSN 1516-3210</li> <li>- ANUÁRIO ANTROPOLÓGICO ISSN 0102-4302</li> <li>- AREL FAAR - AMAZON'S RESEARCH AND ENVIRONMENTAL LAW ISSN 2317-8442</li> <li>- CIVILISTICA.COM ISSN2316-8374</li> <li>- FINISTERRA (LISBOA. 1966) ISSN 0430-5027</li> </ul>

REVISTAS COM LICENÇAS	REVISTAS COM LICENÇAS	REVISTAS COM LICENÇAS
		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- OPINIÃO PÚBLICA (UNICAMP. IMPRESSO) ISSN 0104-6276</li> <li>- PHILÓSOPHOS - REVISTA DE FILOSOFIA ISSN 1982-2928</li> <li>- REVISTA BRASILEIRA DE ECONOMIA (IMPRESSO) ISSN 0034-7140</li> <li>- REVISTA BRASILEIRA DE HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO ISSN 1519-5902</li> <li>- REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (IMPRESSO) ISSN 0034-7612</li> <li>- REVISTA DE DERECHO (VALPARAISO) ISSN 0716-1883</li> <li>- REVISTA PISTIS PRAXIS ISSN 2175-1838</li> <li>--REVISTA PISTIS &amp; PRAXIS: TEOLOGIA E PASTORAL ISSN 1984-3755</li> <li>--REVISTA ESTUDOS FEMINISTAS ISSN 1806-9584</li> <li>--REVISTA DO DIREITO (UNISC. IMPRESSO) ISSN 0104-9496</li> <li>--REVISTA DO DIREITO (SANTA CRUZ DO SUL. ONLINE) ISSN 1982-9957</li> <li>--REVISTA DE EDUCAÇÃO PÚBLICA (UFMT) ISSN 0104-5962</li> </ul>		

**LEGENDA:**



BY (Reconhecimento)- É, o direito a ser reconhecido como autor de uma obra, o direito de paternidade;

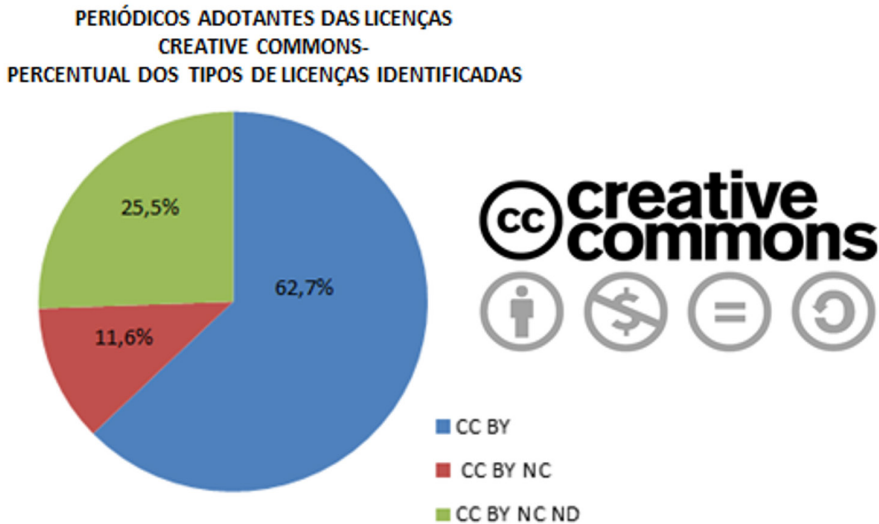


NC (Não comercial) - impede os possíveis usos comerciais por parte de terceiros;



ND (Sem obra derivada) - impede fazer obras derivadas do original, como por exemplo, traduções.

Dessa forma, através da tabela com o mapeamento dos periódicos de direito Qualis A1 e A2 analisados, bem como os dados levantados, considerando os periódicos adotantes da Creative Commons, o gráfico abaixo demonstra o uso dos tipos de licenças adotada em relação a quantidade percentual de periódicos adotantes de cada categoria :



Fonte imagem: <https://blog.ualberta.ca/creative-commons-101-21ea72f8e08>

Fazendo um apanhado geral sobre os tipos de licenças Creative Commons adotadas nos periódicos analisados, chegou-se ao resultado de que havia uma maior incidência do uso do tipo de licença CC- BY, sendo esta uma categoria mais flexibilizada em relação às CC BY-NC e a CC BY-NC-ND, que também foram os outros tipos encontradas entre os periódicos analisados.

Adentrando um pouco mais a fundo sobre tais licenças a Creative Commons apresenta certas características em comum em todos os tipos de licença. Os criadores a quem eles denominam de licenciadores utilizam dos instrumentos oferecidos conciliando a manutenção do direito dos autores e paralelamente a flexibilidade com a permissão que pessoas copiem, distribuam ou façam outros usos do trabalho desses licenciadores em sua maioria para fins não comerciais, sendo tais licenças aplicáveis internacionalmente durando o prazo do direito de autor e/ou dos direitos conexos, constituindo

assim o que o próprio Creative Commons apresenta como a “forma base” de suas licenças. Os licenciantes também têm flexibilidade de acrescentar autorizações adicionais.

As licenças CC diante do que foi apresentado demonstram-se como ferramentas muito úteis no mundo acadêmico e da educação, ao permitirem aos autores ou, neste caso, aos editores, escolherem as condições desejadas para compartilhar e utilizar os textos publicados nos seus periódicos científicos. Ao promover uma alternativa mais democrática, com a predominância de um uso mais livre para o acesso de trabalhos científicos, faz-se importante perceber que o uso do CC no licenciamento de trabalhos científicos contribui alternativamente para a atualização do modelo de comunicação científica. Percebe-se assim, que as licenças CC são representantes do movimento de ressignificação autoral, que amplia o rol de liberdades dos usuários e ao mesmo tempo conseguem abranger as necessidades de proteção das obras diante das preferências de cada autor. Segundo Oliveira (2011, p.115):

[...] o principal interesse do CC não é modificar a lei de direito autoral, mas complementá-la. Ou seja, ampliar a famosa expressão “Todos os direitos reservados” para “Alguns direitos reservados”. Neste sentido, acredita-se que a importância da licença CC esteja na possibilidade de criação de novas oportunidades de acesso, uso e reuso da informação científica.

Dessa maneira, através da pesquisa pôde-se concluir que o CC desempenha um importante papel na livre disposição das publicações periódicas, para que os trabalhos científicos possam ser copiados, utilizados, exibidos publicamente e que haja também possibilidade de derivação, tudo com a devida atribuição ao autor. Foi possível também confirmar a dimensão que o CC já possui, como parte integrante do movimento de Acesso Livre, para que o acesso à literatura científica seja facilitado e que seu uso tenha regras claras no sentido de informar o usuário o que pode ou não ser feito com a obra científica licenciada.

Assim, infere-se que a maioria das revistas científicas analisadas optou pela adoção de licenças CC mais abertas, diante do maior índice de licenciamento da categoria CC-BY, que é a licença mais livre da Creative Commons,

em relação a mais restritivas (como as CC-BY-NC e CC-BY-NC-ND) comprovando portanto, a existência de uma tendência positiva ao crescimento do acesso aberto, que tem se formado em relação a aplicação atual dos direitos autorais, principalmente no que diz respeito ao acesso de conteúdos científicos na internet.

Depreendeu-se que a liberdade proporcionada pelas licenças CC é importante para a construção de serviços que pretendam utilizar principalmente a capacidade da internet no acesso online. Com isso, é perceptível que as licenças CC incentivam que projetos de diversas categorias prosperem como foi demonstrado na pesquisa de acordo com índice de utilização de cada categoria de licença, como elas podem se adequar aos diferentes periódicos, e conseqüentemente, a objetivos distintos de cada autor.

Ao promover uma alternativa mais democrática, com a predominância de um uso mais livre para o acesso de trabalhos científicos, é evidente a inovação e facilidade trazida pelas licenças Creative Commons, conseguindo associar o equilíbrio entre a facilitação da reprodução e difusão do conhecimento científico, aliado a proteção e garantia dos direitos do autor diante de suas obras.

## 4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a implementação das licenças *Creative Commons* na produção científica brasileira no âmbito do direito, buscando compreender o grau de adesão ao movimento *open access* ou à difusão do conhecimento científico. Partindo a ideia de que a ciência constrói coletivamente o conhecimento, por meio da avaliação entre os pares.

No decorrer do estudo, percebeu-se que a noção de direito autoral experimentou diversas transformações com o surgimento da rede mundial de computadores, que proporcionou uma maior capacidade de difusão dos bens imateriais produzidos. As obras artísticas e científicas que necessitava de suporte físico, migraram para o suporte digital que facilitou a reprodução autorizada ou não pelos usuários da internet.

Paralelamente, observa-se que a legislação autoral nacional não acompanhou as peculiaridades do novo contexto, repetindo as restrições adota-



das pelos normas internacionais dos séculos anteriores. É sabido que legislar sobre tecnologia é legislar sobre o passado, contudo, os indivíduos da sociedade da informação desafiam a tradicional proteção autoral a se reinventar, propondo modelos alternativos e flexíveis de regulamentação.

Desse contexto, surgiram as licenças *do Creative Commons* como alternativa ao formato tradicional de direito autoral, todavia, sem ignorar a importância do autor. Nas licenças CC, o autor é protagonista e escolhe quais permissões serão concedidas previamente ao público, tais como liberdade para compartilhar a obra, liberdade para criar um remix, dentre outras.

O projeto obteve tamanha repercussão pelo mundo e foi adotado não só na seara cultural, como na produção científica, especialmente, nos periódicos científicos. O Brasil é modelo na adoção de licenças criativas na área científica, proporcionando o acesso aberto e, conseqüente difusão do conhecimento científico. Nos periódicos do direito, a realidade não destoia de tal contexto.

Através da pesquisa realizada com o mapeamento de revistas científicas da área de Qualis A1 e A2 analisou-se como dava-se o licenciamento desses periódicos em relação aos seus direitos autorais sendo identificadas mais da metade delas como adotantes de licenças do modelo Creative Commons, sendo em sua maioria abarcadas pela preferência significativa da categoria de licença mais flexível e mais permissiva quanto a opções de uso criativo das obras.

É claro assim, o quanto isso pode representar de modo evidente o crescimento do espaço ao movimento de acesso livre nas obras científicas principalmente no contexto da cibercultura. O uso das licenças Creative Commons e as preferências de cada periódico comprovam o quanto a nova realidade da tutela de direitos autorais na contemporaneidade pode dentro do acesso livre conciliar a maior difusão do conhecimento científico, reconhecendo a função social dessas obras sem, no entanto, desprezar o direito do autor e suas prerrogativas para a difusão e uso criativo de suas publicações.

Faz-se importante portanto, destacar que existe por trás da função básica e objetivo de conteúdos científicos e conseqüentemente de publicações, a continuidade de expandir esse conhecimento e viabilizar sua repro-

dução, citação, discussão e reformulação na constante troca de diferentes visões na ciência, sem deixar de ser fiel aos objetivos e direitos básicos de cada autor em sua obra enquanto se faz convergente aos anseios mais democráticos propostos pelas Tecnologias da Informação e Comunicação.

## REFERÊNCIAS

BAILEY, C. W. **Open Access Bibliography**: liberating scholarly, literature with e-prints and open access journals. Washington: Association of Research Libraries, 2005. Disponível em: <http://digital-scholarship.org/oab/oab.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CREATIVECOMMONS. **Sobre as licenças**. Disponível em: [https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt_BR)>. Acesso em: 03 set. 2020.

CREATIVECOMMONSBR. **O que é Crative Commons?** Disponível em: <https://br.creativecommons.org/sobre/>. Acesso em: 03 set. 2020.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio R. et al. Reflexões sobre a relação entre Direito Autoral, Creative Commons e Narrativas Transmídia. In: VERSUTI, A.; BERALDO, R.; GOSCIOLA, V.. (Org.). **Formação de professores**: transmídia, conhecimento e criatividade. 1 ed. Recife: Editora UFPE, 2014.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GAUZ, Valeria. A alma da Internet e o acesso livre à informação científica. **Liinc em Revista**, v. 4, n. 2, p. 274-285, 2008.

KLANG, Helena. **Antropofagia digital**: a questão autoral no tempo do compartilhamento. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: [http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30878165/Dissert\\_Helena\\_Klang\\_completa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53U-L3A&Expires=1486420584&Signature=hKNELHwq1t3vO9jAZnF7B8oVdL4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAntropofagia\\_digital\\_a\\_questao\\_autoral\\_n.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30878165/Dissert_Helena_Klang_completa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53U-L3A&Expires=1486420584&Signature=hKNELHwq1t3vO9jAZnF7B8oVdL4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAntropofagia_digital_a_questao_autoral_n.pdf). Acesso em: 11 maio 2016.

LEMONS, André. A crítica da crítica essencialista da cibercultura. **MATRIZES**, v. 9, n. 1, p. 29-51, 2015. Disponível em: [http://www.matrizes.usp.br/index.php/matrizes/article/view/575/pdf\\_3](http://www.matrizes.usp.br/index.php/matrizes/article/view/575/pdf_3). Acesso em 15 maio 2016.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 37, n. 1, p. 121-128, abr. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19652008000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652008000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 out. 2016.

MARTINS, Beatriz Cintra. Cooperação e livre fluxo da informação: A influência da cultura *hacker* na definição dos padrões da Comunicação Mediada por Computador. **Revista Razón y Palabra, México**, n. 52, 2006. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Beatriz\\_Martins/publication/28132168\\_Cooperacao\\_e\\_Livre\\_Fluxo\\_da\\_Informacao\\_A\\_Influencia\\_da\\_Cultura\\_Hacker\\_na\\_Definicao\\_dos\\_Padrees\\_da\\_Comunicacao\\_Mediada\\_por\\_Computador/links/0c960519d-82f0331e6000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Beatriz_Martins/publication/28132168_Cooperacao_e_Livre_Fluxo_da_Informacao_A_Influencia_da_Cultura_Hacker_na_Definicao_dos_Padrees_da_Comunicacao_Mediada_por_Computador/links/0c960519d-82f0331e6000000.pdf). Acesso em: 12 out. 2016.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7613> Acesso em: 12 jan. 2016.

MONACO, Cristina; MURARO, Tatiana; SPATTI, Ana Carolina. Acesso aberto e redes de cooperação científica na produção e difusão de conhecimento sobre a COVID-19. **Boletim Covid-19 Unicamp**, v. 8, 2020. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/coronavirus/acesso-aberto-e-redes-de-cooperacao-cientifica-na-producao-e-difusao-de>. Acesso em: 20 jul.2020

MURIEL-TORRADO, Enrique; LUIZ PINTO, Adilson. Licenças Creative Commons nos periódicos científicos brasileiros de Ciência da Informação: acesso aberto ou acesso grátis. **Biblios**, Pittsburgh, n. 71, p. 1-16, abr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1562-47302018000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1562-47302018000200001&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 03 set. 2020.

OLIVEIRA, Flaslendo Vieira de. **A licença Creative Commons e a Comunicação Científica**: a questão dos periódicos eletrônicos de acesso aberto. 2011. (Dissertação de Mestrado.) -Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói-RJ. Disponível em: <http://rigeo.cprm.gov.br/jspui/handle/doc/89>. Acesso em : 03 set. 2020.

ORTELLADO, Pablo; MACHADO, Jorge Alberto. Direitos autorais e o acesso às publicações científicas. **Revista ADUSP**, São Paulo, v. 37, p. 6-15, 2006.

ORTELLADO, Pablo. As políticas nacionais de acesso à informação científica | National policies for access to scientific information. **Liinc em Revista**, v. 4, n. 2, 2008.

PRIMO, Alex. **Interação mediada por computador**: comunicação, cibercultura e cognição. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

RÜDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura**: perspectivas, questões e autores. 2. ed. Porto Alegre, RS: Sulina, 2013.

SANTOS, Fernanda Oliveira. **Direito Autoral na Cibercultura**: Uma Análise do Acesso aos Bens Imateriais. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Tiradentes. Aracaju, Sergipe.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**: impactos, controvérsias e possíveis soluções. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Allan Rocha de. A construção social dos direitos autorais: primeira parte. In: XV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Manaus. **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006a. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan\\_rocha\\_de\\_souza.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf). Acesso em: 15 jun. 2016.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Um novo mundo para as ideias. **Tuiuti**: Ciência e Cultura (Online), v. 45, p. 135-152, 2012.

# REGIMES DE APROPRIAÇÃO E O DIREITO AUTORAL SOBRE BASES DE DADOS

Miguel Bastos Alvarenga<sup>1</sup>

**RESUMO:** O uso crescente de tecnologias intensivas em dados tem sido acompanhado por fortes pressões para a proteção de repositórios privados. Esse processo de privatização dos bens informacionais ocorre paralelamente à expansão do sistema de proteção pelo direito autoral, que se manifesta, sobretudo, na inclusão de proteções a *softwares* e bancos de dados. Diante desse contexto, o presente artigo explora a relação entre esta expansão e o “cerceamento” dos bens informacionais, a partir de uma revisão de literatura pautada em uma abordagem interdisciplinar, reunindo autores contemporâneos de direito autoral e referências econômicas sobre *commons* e regimes de apropriação de bens. Conclui-se que a construção do direito autoral sobre bases de dados, calcada em uma visão filosófica e econômica pautada na noção de propriedade privada como único regime possível de gestão dos bens, não equilibra adequadamente a defesa dos interesses dos titulares com o interesse público, impondo obstáculos ao desenvolvimento econômico. Assim, observa-se a possibilidade de incorporar modelos alternativos de apropriação, através das limitações e exceções, enquanto base de um sistema híbrido imanente ao direito autoral que garanta uma conciliação entre os interesses privados dos titulares e os direitos e garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito autoral. Regimes de apropriação. Bancos de dados.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a atual estrutura de proteção aos bancos de dados pelo direito autoral e discutir sua relação com o processo de “cerceamento” dos bens informacionais, baseado na noção de propriedade privada como o único modelo possível de gestão de bens.

---

<sup>1</sup> Advogado, Doutorando em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Tal pesquisa se situa em um contexto socioeconômico no qual a evolução das tecnologias de informação e comunicação e o desenvolvimento de ferramentas que permitem processar grandes volumes de dados com grande velocidade e especificidade favoreceram um cenário no qual a posse e o controle de um grande volume de dados, acoplados a ferramentas avançadas de coleta e análise de dados e textos, passaram a ocupar posição de destaque na atividade econômica e no desenvolvimento científico e tecnológico (DEAN, 2014).

Atrelada ao crescimento na importância dos dados, também aumenta a demanda por regimes institucionais que regulem a apropriação e uso desses dados, a fim de preservar os interesses de diversos agentes envolvidos na economia de dados. Uma das facetas deste cenário é a propriedade intelectual: não só os bancos de dados são protegidos por direito autoral desde o Acordo TRIPS, assinado pelo Brasil em 1994, como outros locais, a exemplo da União Europeia, instituíram direitos de propriedade próprios para quaisquer bases de dados como forma de proteger os investimentos financeiros, humanos e técnicos depositados na criação e organização desses repositórios (DERCLAYE, 2008).

Tal estrutura protetiva, contudo, se formou em um momento no qual a propriedade intelectual experimentava um alargamento de seu escopo e suas fronteiras, gerando um sistema protetivo cada vez mais agigantado, com intensa valorização da proteção ao investimento em detrimento dos direitos morais e das limitações e exceções. Cria-se, assim, um total descompasso com a atual realidade do desenvolvimento tecnológico, na qual o acesso a dados para fins de análise e desenvolvimento de pesquisas, bens e serviços é cada vez mais necessário (ALVARENGA, 2019).

Isto coincide 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, não raramente com retóricas semelhantes às vistas no direito autoral (CONGOST, GELMAN e SANTOS, 2012; DERCLAYE, 2008).

Esta aparente coincidência de retóricas sugere não apenas uma conexão entre o movimento de cerceamento dos bens informacionais e a recente expansão do direito autoral sobre bancos de dados, mas também que a investigação desta relação demanda uma abordagem teórica que combine tanto referências jurídicas sobre direito autoral e novas tecnologias como a literatura econômica sobre regimes de apropriação de bens. Acredita-se que esta abordagem, embora ainda pouco vista no Brasil, seja capaz de fornecer ferramentas para melhor entender a fundamentação e funcionamento do atual sistema de proteção de dados pela propriedade intelectual, suas problemáticas e possíveis soluções.

Perguntamo-nos, então: de que forma a atual estrutura de proteção aos bancos de dados por direito autoral se situa dentro deste processo de “cerceamento” e suas premissas filosóficas?

Responder a esta questão é o objetivo principal deste artigo, que se baseia em uma breve revisão de literatura dividida em quatro partes principais: inicialmente, estabelecemos o conceito básico de bancos de dados, seu papel na atual economia de dados e a crescente pressão por sua proteção. Em seguida, expomos a construção e estrutura da proteção de bancos de dados pelo direito autoral e seus principais desafios contemporâneos. Logo após, apontamos a ligação desta estrutura com a construção da propriedade privada enquanto modelo “ideal” de apropriação dos bens e, por fim, observamos de que forma o desenvolvimento de modelos coletivos de gestão da propriedade pode ser incorporado à proteção aos bancos de dados pela lei autoral.

Argumenta-se, ao final, que a inclusão das compilações de dados ao regime de direito autoral e o sistema de tripla camada criado para sua proteção ultrapassam o escopo da proteção prevista na lei autoralista sem uma contrapartida para o interesse público, e que tal cenário reflete a exacerbção de um modelo privatista e concentrado de propriedade, tradicionalmente visto como a única forma viável de apropriação de bens. Por outro lado, apontamos o resgate a modelos alternativos de gestão na literatura econômica, focados no compartilhamento e cooperação, e sua possibilidade de incorporação na lei autoral como forma de restaurar o equilíbrio entre os interesses dos titulares de bases de dados e o acesso legítimo a essas compilações para fins de pesquisa científica e para a criação e o aprimoramento de bens e serviços.

## 2 BANCOS DE DADOS

Discutir a proteção sobre bancos de dados e sua relevância econômica na atualidade requer, inicialmente, uma breve análise acerca da natureza destas compilações, o crescimento de seu uso na atividade econômica e as justificativas que levaram à sua proteção. Assim, iniciamos nossa observação a partir da evolução das tecnologias de informação e comunicação nas últimas décadas do séc. XX, que possibilitaram a produção de dados em quantidades e velocidades antes inimagináveis (PINHEIRO e TIGRE, 2019), além do desenvolvimento de técnicas e ferramentas – chamadas coletivamente de mineração de dados e textos – dedicadas a extrair sentido de grandes conjuntos de dados de maneira cada vez mais rápida, detalhada e completa, em um processo que abrange a extração dos dados a partir de diversas fontes, seu tratamento, análise e, por fim, a apresentação dos resultados obtidos (HAN, PEI e KAMBER, 2011, p. 7; KROENKE et al, 2018, p. 493).

Tais tecnologias tornam possível o uso intensivo de dados para os mais diversos fins: desenvolvimento de inteligências artificiais usadas na prospecção de mercados, controle de estoques e formulação de recomendações e menus personalizados, previsão de futuras descobertas científicas, auxílio na gestão de governos e empresas, no desenvolvimento de novas tecnologias, no aprimoramento de sistemas de segurança e diagnósticos médicos e em técnicas de sequenciamento genético voltadas para compreender diversas doenças, entre outros usos (CHEN, CHIANG e STOREY, 2012, p. 1168-1172; DEAN, 2014, p. 3-5 KAPLAN e HAENLEIN, 2019). Na atividade empresarial, McAfee e Brynjolfsson (2012, p. 6) apontam para um estudo conduzido no MIT Center for Digital Business, o qual concluiu que empresas líderes em decisões guiadas por dados em seus respectivos segmentos industriais eram 5% mais produtivas e 6% mais lucrativas que seus competidores.

Contudo, por maiores que sejam as suas potencialidades, este processo de coleta e análise presente na mineração de dados não depende somente de algoritmos potentes ou de mecanismos de busca e coleta sofisticados: pressupõe, também, que os dados sejam extraídos de algum lugar e armazenados em outro, onde serão devidamente organizados, filtrados e preparados (HAN, PEI e KAMBER, 2011, p. 7-9). Este “lugar”, de forma geral, é um registro a partir do qual os dados podem ser preservados e acessados de uma maneira mais



organizada e permitir o cruzamento de várias informações com mais eficácia: o *banco (ou base) de dados*. Em formato digital, esses agrupamentos ou coleções de dados fazem parte de um sistema que inclui programas de computador dedicados a criar, processar e administrar essas bases – os sistemas de gerenciamento de bancos de dados (SGBD) – e os aplicativos que servem de interface entre usuários e o SGBD (KROENKE et al, 2018, p. 3-32).

Pelo fato de as bases de dados constituírem um componente vital dentro da estrutura que torna a mineração de dados possível, a sua montagem, aquisição e manutenção passaram a ser vistas como um fator de diferenciação e vantagem competitiva: firmas, governos e outras entidades teriam passado a enxergar seus conjuntos de dados sob uma ótica de “quanto mais, melhor”: dados passaram a ser tratados como tesouros escondidos, esperando para serem encontrados por pesquisadores e profissionais capazes de transformá-los em ferramenta de aprimoramento de tecnologias e de negócios (DEAN, 2014, p. 8-9, 11-14).

A despeito de seu crescente valor estratégico, porém, o processo de construção e manutenção desses repositórios não raramente demanda investimentos consideráveis de tempo, capital, recursos técnicos e mão-de-obra. Assim, certos agentes podem se ver incentivados a buscar a implementação de medidas que visem limitar ou proibir o acesso de seus bancos de dados por concorrentes ou, ainda, impedir que terceiros utilizem o conteúdo dessas bases sem autorização, a fim de preservar os interesses de seus titulares (STUCKE e GRUNES, 2015, p. 3). Isto é potencializado pelo fato de que os dados, enquanto representações abstratas, não estão presos a um suporte físico, constituindo bens não-rivais (seu consumo não impede o uso posterior por terceiros) e, em tese, “não-excludentes” (seria impossível, ou muito difícil, controlar e restringir sua aquisição) (CORIAT, 2013, p. 13; OSTROM e HESS, 2007, p. 9).

Este caráter não-rival e supostamente pouco excludente passa a ser visto como um fator convidativo à exploração das bases de dados por “parasitas” e “imitadores”, considerando-se o alto custo de criação desse material em comparação ao baixo custo de imitação desse tipo de bem. A preocupação com possíveis subinvestimentos na geração de dados e repositórios em decorrência desta questão serviu, assim, de justificativa para a adoção de medidas institucionais, a nível nacional e global, voltadas à mitigação desta questão através de uma espécie de escassez artificial (DERCLAYE, 2008, p.;

WU, 2017, p. 4). A principal dessas medidas foi a criação de um sistema de direitos de propriedade intelectual sobre este tipo de material, mais especificamente sob a égide do direito autoral.

### **3 A APROPRIAÇÃO DOS DADOS PELO DIREITO AUTURAL**

O uso da propriedade intelectual como forma de proteção aos bancos de dados e do reconhecimento de sua importância econômica não é acidental: carrega consigo reflexos do próprio processo de internacionalização da propriedade intelectual ocorrido a partir dos anos 80, provocado pelo reconhecimento do valor estratégico da atividade científica em uma economia cada vez mais globalizada, além da emergência de setores intensivos em ciência como a biotecnologia e a informática – este último, como vimos, sendo o principal responsável pelo florescimento das tecnologias de análise de dados. Tal movimento teria se dado justamente com o propósito de proteger os investimentos de países líderes nesses setores contra possíveis imitadores, garantindo sua competitividade (ORSI e CORIAT, 2006; GRANSTRAND, 2007, p. 273-278).

No caso específico dos bancos de dados, o Acordo TRIPS estabeleceu, em 1994, a inclusão de coletâneas de dados e obras ao regime do direito de autor, juntamente com os programas de computador. Para Ascensão (2006, p. 8-16), esta escolha também não é fortuita: o direito autoral não só permite uma proteção ampla em escopo, duração e prerrogativas concedidas aos titulares, como se dá de forma automática, sem necessidade de registro prévio ou de revelação do conteúdo, tal como ocorre com as patentes.

O Brasil incorporou esta proteção à Lei 9.610/98, cobrindo não apenas as obras artísticas, literárias e científicas contidas em formato digital como também os bancos de dados que, pela seleção ou arranjo do seu conteúdo, constituam criações intelectuais (BRASIL, 1998).<sup>2</sup> Por “criação intelectual”,

<sup>2</sup> Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

(...)

XII - os programas de computador;

entende-se que os bancos de dados devem ser originais, ou seja, dotados de suficiente “distinguilidade”: a seleção e organização de seu conteúdo não pode ser banal ou comum, devendo trazer algo novo que os torne inconfundíveis com outras obras do mesmo gênero (BARBOSA, 2005, p. 4-6). Portanto, não são cobertas por este regime as compilações cuja seleção ou organização de seu conteúdo atenda a critérios puramente técnicos. É o caso da maioria dos bancos de dados que simplesmente coletam e armazenam conteúdo de forma exaustiva e, muitas vezes, o organizam segundo critérios comuns, como ordem cronológica ou alfabética (DERCLAYE, 2008, p. 45; GERVAIS, 2019, p. 27-28).

Ainda nessa camada, cabe destacar que os sistemas de gerenciamento de bancos de dados digitais são, como já visto, programas de computador, os quais também recebem proteção pelo direito de autor independentemente do banco de dados. Desta forma, contornar esses mecanismos de forma não-autorizada – o que, não raramente, envolve o acesso, cópia e manipulação de seu código-fonte – também configuraria, em tese, uma violação de direitos.

A proteção estendida pelo direito autoral, contudo, vai além do próprio instituto. Seguindo o padrão apontado por Estelie Derclaye (2008, p. 194-196), outras duas camadas de proteção institucional também são integradas a este sistema, formando um arcabouço de controle sobre os bancos de dados para além dos limites da própria lei. A primeira destas camadas diz respeito a um meio de controle privado e, em princípio, extralegal da propriedade intelectual: a adoção de medidas tecnológicas de proteção (MTP) e de ferramentas de gestão de direitos digitais (*Digital Rights Management*, ou DRM) para controlar o acesso e uso de obras protegidas – uma barreira, portanto, técnica.

No caso de bancos de dados, os próprios softwares utilizados na sua criação e manutenção podem exercer este papel, expandindo enormemente o escopo da proteção às bases de dados e garantindo algum resguardo para as compilações que não satisfazem os requisitos da lei autoral. Por outro lado, o uso destes sistemas constitui uma forma de privatização da proteção,

---

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.

externa ao direito autoral e, portanto, capaz de extrapolar seus limites: MTPs podem, por exemplo, impedir o acesso e uso de dados não-protegidos ou obras em domínio público (BRANCO, 2011, p. 269) e até restringir usos legítimos de conteúdo licitamente acessado (LEWICKI, 2007, p. 228-229; SOUZA, A. e SCHIRRU, 2016, p. 41). Tal barreira não é intransponível na prática, contudo: é possível contorná-la, embora sejam necessárias ferramentas próprias e conhecimento técnico para tanto.

Ainda assim, esta possibilidade de burla dos sistemas tecnológicos não é ignorada pelo direito autoral, o qual traz, aqui, uma última camada de proteção através da implementação de mecanismos destinados a proteger as próprias DRM/MTPs, efetivamente integrando a barreira tecnológica à barreira legal. Trata-se das medidas anti-contorno (do inglês *anti-circumvention measures*): dispositivos legais que vedam a alteração, supressão, modificação ou inutilização desses mecanismos tecnológicos, a exemplo do art. 107 da LDA. Colocamos estas disposições em um terceiro nível por não se confundirem com a proteção estendida aos programas de computador por si sós – embora uma sobreposição seja possível. O objetivo, aqui, é somente proteger quaisquer dispositivos tecnológicos que previnam o acesso ou cópia não-autorizados de obras protegidas – uma espécie de “paracopyright”, que opera à margem do objeto central do direito autoral, mas ainda dentro do sistema (BROWN, 2003).

Observa-se que, conforme analisamos estas três camadas – direito autoral, medidas tecnológicas e medidas anti-contorno – embora chance-ladas pelo direito autoral em algum nível, se tornam progressivamente mais distantes do seu objeto principal –, afastamo-nos progressivamente do objeto primário da lei autoralista: a proteção de obras artísticas, científicas e literárias. Com a incorporação do Acordo TRIPS à Organização Mundial do Comércio, aponta-se para uma desvirtuação e mercantilização do direito autoral, o qual passa a cobrir materiais de caráter cada vez mais utilitário ou não criativo, além de um paulatino esvaziamento do papel dos direitos morais, em favor do resguardo dos investimentos mais do que da recompensa pelo trabalho do criador (SOUZA, A., 2015, p. 5): um verdadeiro “direito de autor sem autor e sem obra”, nas palavras de Ascensão (2008).

A expansão do direito autoral tampouco se limitou ao escopo do objeto da proteção, estendendo-se às próprias prerrogativas dos titulares: cada

camada institucional e técnica criada por este novo sistema garantiu aos titulares dos bancos de dados um controle cada vez maior sobre os próprios direitos de propriedade sobre as obras. Para Derclaye (2008), isto significa que, se o direito autoral se concentra sobre o direito à reprodução, a introdução das medidas tecnológicas de proteção e das medidas “anti-contorno” passa a garantir um controle sobre o próprio direito de acesso, inclusive tornando incerto o status das limitações e exceções de direito autoral: MTPs não se encontram automaticamente limitadas por esse instituto e sua proteção legal, em regimes como o norte-americano, pode se sobrepor às limitações ou mesmo torna-las inócuas.

Esta expansão dos limites da proteção, contudo, não pareceu alcançar as limitações ao direito autoral com a mesma velocidade ou entusiasmo: ao contrário, este expansionismo teria sido acompanhado 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, o pensamento predominante era de que tais limitações eram verdadeiros “castigos” ou atos “misericordiosos” (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).

Esta tripla camada de proteção criada sob a égide do direito de autor também favorece uma maior privatização do controle sobre os dados e a expansão do poder dos detentores de grandes bases de dados – em especial as grandes plataformas digitais. Com efeito, já se fala sobre a criação de verdadeiros tribunais privados, nos quais empresas como Google e Facebook não só passam a definir regras para o uso de propriedade intelectual dentro dos serviços que gerenciam – regras estas que não necessariamente estão de acordo com os princípios estabelecidos na lei –, como também atuam como juízes e executores de forma completamente alheia ao Estado, inclusive impondo preceitos legais de seus países-sede sobre as atividades de seus usuários em outros países, em completa desconsideração à soberania jurídica desses sistemas jurídicos (RUSE-KHAN, 2020).

Por fim, questiona-se o efeito desta crescente apropriação de dados para o domínio público. Embora, conforme visto anteriormente, existam afirmações no sentido de que a natureza não-rival e não-excludente desse conteúdo permite uma baixa barreira à criação de novos serviços ou bancos de dados mais acessíveis (DERCLAYE, 2008, p. ; SOKOL e COMERFORD, 2016) –, diversos autores apontam que, na verdade, não só dados e informação podem ser excluídos do acesso pelo público (WU, 2017, p. 4) como este movimento de proteção recente da propriedade intelectual reflete um grande esforço por parte de diversas empresas no sentido de capturar grandes bancos de dados e torná-los exclusivos, prejudicando competidores legítimos (STUCKE e GRUNES, 2015).

O resultado deste processo é um arcabouço institucional que, tal como posto atualmente, acaba por permitir uma imposição unilateral 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 do desenvolvimento econômico e social ao impor barreiras burocráticas ao acesso legítimo a bases de dados e ao uso de seu conteúdo, prejudicando a coleta e análise de dados hoje tão enraizadas no processo de pesquisa científica e de criação e aprimoramento de bens e serviços (BROWN, 2003; LEWICKI, 2007; SOUZA C., 2009, p. 221-253).

Como veremos a seguir, contudo, este cenário não ocorre de maneira desprendida do contexto histórico e econômico. Ao contrário, não apenas a estrutura de proteção aos bancos de dados reflete as mudanças ocorridas na propriedade intelectual, como esta, por sua vez, está integrada a diversas mudanças ocorridas na forma de se pensar o modelo ideal para a gestão da propriedade. Neste momento, nos valem da literatura sobre regimes de apropriação não apenas como ferramenta para compreender a estrutura e problemáticas associadas ao modelo atual de propriedade, mas também para apontar possíveis alternativas que contribuam para uma proteção aos bancos de dados que melhor equilibre o interesse econômico (e legítimo) de seus donos com o interesse público.

## 4 O RESSURGIMENTO DOS MODELOS DE APROPRIAÇÃO COLETIVA

Entender como a construção e expansão da propriedade intelectual nas últimas décadas levou ao atual modelo de proteção aos bancos de dados requer, primeiramente, a compreensão de que a “desvirtuação” e “esvaziamento” do direito autoral, na verdade, acompanham o instituto desde a sua concepção formal: Jaszi (1991) afirma que o instituto do copyright algosaxônico, já em seus primórdios, se constituía como um mecanismo institucional mais voltado para a proteção de interesses econômicos dos editores, lançando mão da noção de “autoria” e “obra” muito mais como fundamentos retóricos que justificariam a criação de um controle originário sobre o fruto do trabalho dos criadores – fundamentos estes que seriam maleáveis o suficiente para permitir a inclusão de novos tipos de material que não necessariamente condiziam com a noção de obra artística ou literária à época, como fotografias.

O uso desses fundamentos retóricos àquela época condiz com as transformações na concepção de propriedade que ocorriam naquela época: segundo Hespanha (1980, p. 211-212), o crescimento do pensamento iluminista que levou às revoluções liberais do séc. XIX propunha o abandono do modelo medieval de propriedade, na qual os direitos sobre um bem eram distribuídos conforme sua finalidade, para dar lugar a um pensamento mais individualista, que passa a considerar a propriedade como um direito natural, ligado à própria personalidade do indivíduo. Desta forma, a propriedade passaria a ser vista como absoluta (no sentido de não estar sujeita a condicionamentos ou autorizações externas), perpétua e, idealmente, concentrada em uma única pessoa.

Associada a uma noção de história como uma sucessão de estágios que tende a um “progresso”, esta visão linear e unidirecional de um modelo privatista de apropriação como o ideal e “natural” ganhou espaço cada vez maior no âmbito cultural, econômico e social (CONGOST, GELMAN e SANTOS, 2012, p. 7). Com base nesse pensamento, os modelos de gerenciamento coletivo passaram a ser criticados como mais propícios a práticas de parasitismo do trabalho alheio, demandando elevados custos de transação para evitar estes problemas (OSTROM e HESS, 2007).

Este movimento, 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 certo indivíduo tem em relação a outros indivíduos para realizar determinadas ações ligadas a um bem. Cinco tipos de direitos de uso são identificados, em uma ordem crescente de importância: acesso, extração, gerenciamento, exclusão e alienação.

As autoras prosseguem afirmando que tais direitos podem ser distribuídos entre diferentes beneficiários dentro de um grupo de diversas maneiras, conforme as particularidades daquele ambiente. Isto se dá através da implementação de *regimes de apropriação*, aqui entendidos como sistemas dedicados a definir a organização desses direitos e o status dos indivíduos que os possuem (OSTROM e HESS, 2007). Existem três tipos principais de regime: dois deles, o privado e o público, se baseiam na concentração dos direitos de propriedade em torno de um ente em particular (no primeiro caso, um indivíduo e, no segundo caso, o Estado), enquanto que o terceiro tipo pode ser definido como um modelo comunal (ou de propriedade comum), na qual os direitos são mais amplamente distribuídos dentro de um grupo de indivíduos ou entidades, que administram o bem de forma coletiva. Bens tradicionalmente geridos desta última forma são chamados de *commons* (CORIAT, 2013, p. 12).

O final do século XX e o início do século XXI passam a ver novos movimentos em defesa de modelos de apropriação mais abertos: Hess aponta para o surgimento dos *New Commons* (ou NC) como motivados pela necessidade de reconquistar e proteger bens de interesse universal, uma “herança”



para a humanidade, ante a ameaça da privatização e a necessidade de sair do binômio público-privado como únicas soluções para uma “tragédia dos comuns”. Busca-se, assim, um ambiente voltado para a produção e colaboração coletiva de pares, visando, muitas vezes, construir e expandir acervos de uso comum para o benefício da coletividade. (HESS, 2008, p. 1; 6-12).

No caso de bens imateriais associados ao conhecimento, tais como dados e repositórios, Coriat (2013, p. 17-19), aponta para a multiplicação dos *knowledge commons*, centrados em acervos de dados, obras e outros bens informacionais. Funcionam de forma bastante distinta dos *commons* tradicionais, de natureza física: seu caráter não-rival significa que, quanto mais são usados, mais eles se replicam, de forma que sua gestão passa a ser pautada não à conservação daquele patrimônio, mas ao seu enriquecimento e crescimento – de forma que Ostrom e Hess (2007, p. 16) identificam, nesses tipos de recurso, mais dois direitos além dos cinco usualmente vistos em outros tipos de bens: o de contribuir (com o material de um repositório) e o de removê-lo.

Por fim, destaca-se que o emprego de modelos colaborativos como reação ao cerceamento promovido pelos regimes de propriedade intelectual já pode ser visto de forma bem-sucedida na indústria tecnológica: os softwares de código aberto, ou *Open Source*: são centrados na gestão coletiva do código e possuem baixas barreiras ao acesso pelo usuários, permitindo que comunidades de programadores se formem para buscar soluções de forma mais eficiente (WEBER, 2000, p. 9-10; 28-29). Um exemplo do uso deste modelo para os bancos de dados pode ser visto na plataforma NextStrain (2020), que publica árvores genéticas de diversos agentes patológicos (tais como o da COVID-19) a partir de uma compilação dos resultados de diversas pesquisas de sequenciamento genético feitas por cientistas de todo o mundo. O projeto aposta em um modelo aberto de divulgação dos resultados coletados e produzidos, como forma de evitar a burocracia inerente à necessidade de se obter licenciamentos com inúmeros titulares, permitindo gerar resultados que servirão para o desenvolvimento de tratamentos e políticas públicas com muito mais rapidez.

Outro exemplo de gestão baseada em um regime mais coletivo de apropriação é o paradigma da inovação aberta (ou *Open Innovation*), observada por Chesbrough (2003, pp. 43-62). Nela, a geração externa de conheci-

mento e a sua intensa mobilidade (através de mão-de-obra qualificada) servem de incentivo para a busca de parcerias como forma de reduzir custos de transação e inovação, além de estimular o desenvolvimento de capacidades dinâmicas dentro das próprias empresas. No campo da informática, temos o exemplo da Linux Foundation, que reúne empresas como Google, IBM, Intel, Samsung, AT&T, Uber, Facebook e Microsoft para a criação de ecossistemas de código aberto e a criação de plataformas para trabalhos em conjunto (LINUX FOUNDATION, 2019).

É importante ressaltar que a adoção de modelos mais abertos de apropriação não implica no abandono da propriedade privada. Ao contrário: da mesma forma que Coriat define as noções de rivalidade e exclusão de bens como um espectro, os regimes de apropriação também não são monolíticos, podendo coexistir em diferentes graus dentro da estrutura de gestão de um mesmo bem ou conjunto de bens (OSTROM e HESS, 2007, p. 21). Nesse sentido, é possível incorporar mecanismos de gestão coletiva e colaborativa à atual estrutura de proteção de dados, criando um sistema híbrido que combina aspectos de propriedade privada e comum, como forma de otimizar a gestão desses bens. Tal sistema pode, inclusive, ser alcançado através de ferramentas dadas pelo próprio sistema de direito autoral, conforme veremos a seguir.

## **5 BANCOS DE DADOS E LIMITAÇÕES**

A existência de modelos híbridos de gestão também implica que, embora a arquitetura da proteção aos bancos de dados pelo direito autoral tenha sido moldada sob a égide de um modelo essencialmente privatista, ela não está totalmente fechada à abertura. Ao contrário: o próprio direito autoral não apenas já lida com sistemas de distribuição de direitos, como possui mecanismos para equilibrar o interesse privado dos autores e editores com o interesse público, dentre os quais se destaca o regime de limitações e exceções: enquanto meios para garantia da função social da propriedade e da harmonização do direito autoral com outros direitos fundamentais, elas partem de 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 (SOUZA, A., 2005; LEWICKI, 2007; SOUZA, C., 2009; BRANCO, 2011).

Tal entendimento se viu consagrado na jurisprudência brasileira a partir de decisão proferida no Recurso Especial nº 964404/ES, julgado pelo STJ em 2011, o qual declarou o caráter exemplificativo do rol de limitações da LDA e a importância de se interpretar a lei autoral de forma a garantir que os interesses privados do autor não sobrepujem indevidamente o acesso ao conhecimento e o desenvolvimento científico e cultural (BRASIL, 2011)<sup>3</sup>. Tal posição foi recentemente consolidada com a aprovação do Enunciado 115 na III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2019)<sup>4</sup>.

No campo da proteção aos bancos de dados, isto se materializa em uma expansão das limitações para seu acesso e uso, como um mecanismo de equilíbrio ao próprio processo de aumento do escopo da proteção autoral no geral. Nesse sentido, a União Europeia e Japão já figuram como regiões nas quais cláusulas permitindo a coleta, análise e mineração de dados e textos foram discutidas e implementadas enquanto instrumentos de política pública para a dinamização da economia e estímulo à inovação (ALVARENGA, 2019). Tais movimentos regulatórios coincidem com os achados de Flynn e Palmedo (2017), os quais apontam uma relação positiva entre regimes de direitos autorais mais abertos em favor dos usuários e o desempenho econômico e acadêmico de um país. O estudo também aponta uma tendência

<sup>3</sup> (...) II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9.610/98 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. (BRASIL, 2011. Grifo nosso)

<sup>4</sup> "ENUNCIADO 115 – As limitações de direitos autorais estabelecidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88" (BRASIL, 2019a, p. 6).

geral em direção a direitos de usuários de direitos autorais mais abertos no mundo todo, com um grau de abertura significativamente maior nos países mais industrializados.

Desta forma, a noção de regimes de apropriação de bens nos permite não apenas entender o direito autoral como um instituto que sofre influência das próprias transformações sobre a forma de pensar a apropriação de bens ao longo do tempo (LEWICKI, 2007), mas também como um mecanismo regulatório que comporta formas alternativas de gestão de direitos. Assim, embora o direito autoral sobre compilações de dados tenha se construído por meio de uma estrutura tradicionalmente fundamentada na concentração de poderes pelo titular, este mesmo sistema possui, nas limitações, um mecanismo de “hibridização” da gestão sobre dados, permitindo a criação de modelos que resguardem os interesses econômicos dos produtores de bases de dados ao mesmo tempo em que possibilitam aberturas para o compartilhamento de informação e a dinamização da produção de conhecimento e inovação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou trazer uma breve revisão de literatura visando discutir a relação entre o processo de “cerceamento” dos bens informacionais e a atual estrutura de proteção aos bancos de dados por direito autoral e seus principais desafios, através de uma visão que cruzou referências jurídicas de direito autoral a uma literatura econômica sobre *commons* e sistemas de gestão e apropriação de bens.

Argumentou-se que a expansão do direito autoral para proteger compilações de dados e a criação, para tanto, de um sistema de múltiplas camadas que extrapolam os limites da proteção prevista na lei autoralista resultam da exacerbação de um modelo excessivamente privatista e abstrato de propriedade, gerando um descompasso entre os interesses dos titulares de bases de dados e o interesse público. Por outro lado, é possível (e necessário) resgatar modelos alternativos de gestão, focados no compartilhamento e cooperação, como forma de reequilibrar a proteção econômica de tais repositórios com uma política mais aberta de acesso a dados, benéfica para a pesquisa científica e para a atividade inovativa.

A análise partiu do estabelecimento de bancos de dados enquanto repositórios que facilitam a coleta, organização e análise de dados enquanto peças cada vez mais destacadas na atividade científica e econômica. Vimos, então, como a necessidade de proteger estes recursos contra concorrentes ou parasitas coincidiu com o movimento de expansão da propriedade intelectual na segunda metade do século XX, culminando na criação de uma estrutura de proteção em múltiplos níveis, chancelada pelo direito autoral e, ao mesmo, tempo, cada vez mais distante de seu espírito oficial – levando a distorções que levam a um desequilíbrio de forças em benefício dos interesses dos titulares e em detrimento do desenvolvimento científico, econômico e tecnológico. Por fim, trazemos as reações críticas a este processo, com o ressurgimento de formas mais colaborativas de apropriação e, por fim, vimos como direito autoral, através das limitações e exceções, pode incorporar modelos mais híbridos de gestão que combinem aspectos da propriedade privada e comum, como forma de restauração do equilíbrio entre os interesses envolvidos no sistema.

As conclusões obtidas reforçam a importância e valor existentes na pesquisa interdisciplinar: o uso de referências externas ao Direito para analisar a evolução de institutos jurídicos permite situá-los dentro de um determinado contexto histórico, econômico e social. Afasta-se, portanto, o hermetismo jurídico e, no caso específico deste trabalho, a noção de que a propriedade seria um direito “dado”, absoluto e monolítico. Vimos que a persistência de uma visão individualista, natural e absoluta de propriedade enquanto único modelo possível, presente na regulação autoralista desde seus primórdios, foi levada a novos níveis com as novas tecnologias da informação: flexibilizou-se ainda mais a noção de obra protegida com a inclusão dos bancos de dados e programas de computador e a figura do autor continuou sendo, a um só tempo, mantida como justificativa para a manutenção e expansão do sistema de proteção atual, porém esvaziada em favor do investimento financeiro e da proteção a materiais de cunho mais utilitário.

Apesar disto, também vimos que o direito autoral não é alheio aos novos movimentos de valorização dos *commons* e de modelos mais abertos e colaborativos de gestão de direitos. A consolidação do papel das limitações e exceções no ecossistema jurídico de proteção dos bens culturais, cientí-

cos e tecnológicos e sua extensão para a própria proteção às bases de dados mostram que o direito de autor, em sua base, não apenas é compatível com regimes de apropriação menos concentrados e mais coletivos, como uma melhor recepção desses modelos é essencial para garantir um nível de proteção que preserve a capacidade de renovação e inovação no ambiente científico e tecnológico.

Este artigo optou por se concentrar sobre a fundamentação filosófica e econômica por trás do sistema de proteção a bancos de dados pela propriedade intelectual, a fim de destacar que este direito não é natural ou atemporal, mas construído historicamente e socialmente – e, portanto, pode e deve se adaptar às demandas sociais. Contudo, a proteção aos dados propriamente dita, bem como seus efeitos, engloba diversos aspectos técnicos e comerciais que demandam uma atenção mais detalhada. Nesse sentido, futuros estudos sobre práticas de gestão de dados por parte de empresas e institutos de pesquisa oferecem a possibilidade de expor perspectivas mais detalhadas acerca de diferentes modelos de gestão da propriedade imaterial, a partir de diversas configurações de apropriação de direitos. Também optamos por nos manter restritos a dados não-pessoais em nossa análise, uma vez que dados pessoais propriamente ditos evocam questões relativas à proteção da privacidade, da imagem e da honra, devendo-se dar atenção mais detalhada às regulações sobre proteção e tratamento de dados como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Concluimos, enfim, que as recentes transformações no ambiente tecnológico e econômico oferecem a oportunidade de repensar a forma como os bancos de dados são atualmente cobertos pelo direito autoral. O florescimento de projetos de inovação aberta, de iniciativas como os programas *Open Source* e de reformas regulatórias de incentivo à maior circulação de dados ao redor do mundo são apenas alguns exemplos de que a lógica de concentrar direitos para compensar a individualização de investimentos não precisa ser a regra, e que a adoção de sistemas que combinem os pontos fortes do modelo privado e da gestão coletiva de bens comuns não estão além do alcance para a gestão de dados, permitindo um cenário econômico e social onde custos são divididos e os ganhos, multiplicados.

## REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, M. B. **Mineração de dados, Big Data e direitos autorais no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- ASCENSÃO, J. O. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ASCENSÃO, J. O. O Direito Intelectual em Metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p.3-24, fev. 2006.
- ASCENSÃO, J. O. Direito de Autor sem Autor e Sem Obra. **Boletim da Faculdade de Direito: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Antônio Castanheira Neves**, vol. 2. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.
- BARBOSA, D. B. **A noção de Originalidade e os Títulos de Obra, em particular, de Software**. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/originalidade.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.
- BRANCO, S. V. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro – Uma Obra em Domínio Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Comercial: Enunciados aprovados em 7/6/2019**. 2019. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy\\_of\\_EnunciadosaprovadosIIJDCREVISADOS004.pdf](https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIJDCREVISADOS004.pdf). Acesso em: 17 ago. 2020.
- 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 24 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª 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, 15 de março de 2011. Lex: Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, v. 815, 23 mai. 2011.
- 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.

CHEN, H; CHIANG, R. H. L.; STOREY, V. C. **Business Intelligence and Analytics: from Big Data to Big Impact.** MIS Quarterly: Management Information Systems, vol. 36 (4), pp. 1165-1188, dez. 2012.

CHESBROUGH, H. **Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology.** Boston: Harvard Business School Press, 2003.

CONGOST, R.; GELMAN, J.; SANTOS, R. **PROPERTY RIGHTS IN LAND: INSTITUTIONAL INNOVATIONS, SOCIAL APPROPRIATIONS, AND PATH DEPENDENCE. KEY-NOTE.** 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.

DEAN, Jared. **Big Data, Data Mining, and Machine Learning: Value Creation for Business Leaders and Practitioners.** Wiley, 2014. ProQuest Ebook Central. Disponível em: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/oxford/detail.action?docID=1687540>. Acesso em: 12 jan. 2019.

DERCLAYE, E. **The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis.** Edward Elgar, 2008.

FLYNN, S.; PALMEDO, M. **The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance.** 4 dez. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3082371>. Acesso em: 12 jan. 2019.

GERVAIS, D. J. Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 10 (1), pp. 22-38, 2019.

GRANSTRAND, O. **Innovation and Intellectual Property Rights.** In: FAGERBERG, J., MOWERY, D. & NELSON, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Innovation.** Oxford University Press, 2007.

HAN, J.; PEI, J.; KAMBER, M. **Data mining: concepts and techniques.** [s.l.] Elsevier, 2011.

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.



JASZI, P. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship”. **Duke Law Journal**, 1991, p. 455-502.

KAPLAN, A.; HAENLEIN, M. **Siri, Siri, in my hand:** Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, vol. 62, pp. 15-25, jan-fev. 2019.

KROENKE, D. M. et al. **Database Concepts**. 8ª ed. Nova York: Pearson, 2016.

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.

LINUX FOUNDATION. **Members**. Disponível em: <https://www.linuxfoundation.org/membership/members/>. Acesso em: 17 jan. 2019.

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.

MCAFEE, A.; BRYNJOLFSSON, E. **Big Data: The Management Revolution**. *Harvard Business Review*, pp. 1-9, out. 2012.

NEXTSTRAIN. **Philosophy**. Disponível em: <https://nextstrain.org/>. Acesso em: 16 jun. 2020.

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.; HESS, C. Private and Common Property Rights. In: **Workshop in Political Theory and Policy Analysis**. Indiana University, 2007.

PINHEIRO, A. M.; TIGRE, p. B. (eds.). **Inovação em serviços na economia do compartilhamento**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.

RUSE-KHAN, H. G. **Automated Copyright Enforcement Online:** From Blocking to Monetization of User-Generated Content (March 1, 2020). In: BRUUN et al (eds.), “Transition and Coherence in Intellectual Property Law” Cambridge University Press, 2021, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 8/2020, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3565071> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3565071>. Acesso em 24 set. 2020.

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, A. R.; SCHIRRU, L. Os direitos autorais no marco civil da internet. **Liinc em Revista**, v. 12, p. 40-56, 2016.

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.

SOKOL, D.; COMERFORD, R. E. **Antitrust and Regulating Big Data**. UF Law Scholarship Repository, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1817&context=facultypub>. Acesso em: 12 jan. 2019.

STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. In: **CPI Antitrust Chronicle** (2) mai. 2015.

WEBER, S. **The Political Economy of Open Source Software**. BRIE Working Papers. Berkeley, 2000. Disponível em: <https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt3hq916dc/qt3hq916dc.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

WU, T. Law and Economics of Information. In: In: PARISI, F. (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 2: Private and Commercial Law**. Oxford Handbooks, 2017.

# UMA ANÁLISE PANORÂMICA DO PL 3968/1997 EM REGIME DE URGÊNCIA E SEUS APENSOS<sup>1</sup>

Leon Queiroz Ramos<sup>2</sup>

Luís Henrique Dutra Mageste<sup>3</sup>

**RESUMO:** A continuidade das discussões sobre a extensão dos direitos autorais, em especial no que tange à execução pública musical, é assunto recorrente e continuamente demandado no Congresso Nacional. Os amplos impactos econômicos resultados da pandemia do novo coronavírus, que afetou os diversos setores, reacenderam questões latentes sobre os limites dos direitos autorais. Neste contexto, em junho de 2020 foi solicitada e aprovada a urgência na tramitação do PL 3968/97 e seus apensos. Apresentar uma análise descritiva e quantitativa dos temas abordados neste conjunto de propostas legislativas são os objetivos deste trabalho, primeira etapa de um projeto de pesquisa mais amplo de organização e análise do conjunto de projetos sobre direitos autorais ativos no Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** direito autoral; limitações e exceções; reforma legislativa; projeto de lei 3968/97.

## INTRODUÇÃO

Candentes e constantes são os embates que revolvem ao redor da apropriação particular das expressões literárias, artísticas, científicas e, atualmente, também tecnológicas, bem como a consequente atribuição de direitos exclusivos convertendo estas expressões pessoais em bens jurídicos

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido no âmbito do NUREP (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3462805150382122>) e do INCT Proprietas (<http://proprietas.com.br>) sob orientação do Professor Allan Rocha de Souza (<http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>).

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito no Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador de Iniciação Científica do NUREP e INCT PROPRIETAS. E-mail: [leonqueirozramos@gmail.com](mailto:leonqueirozramos@gmail.com). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4231211941356811>.

<sup>3</sup> Acadêmico de Direito no Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pesquisador de Iniciação Científica do NUREP e INCT PROPRIETAS. E-mail: [luis.dmageste@hotmail.com](mailto:luis.dmageste@hotmail.com). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7624012880051655>.

de cunho patrimonial e pessoal, institucionalizados como direitos autorais. Por este motivo, são recorrentes e não são poucas as propostas de reforma e adequação do sistema de proteção então vigente, em especial no que se refere à extensão e limites dos direitos exclusivos, reservados.

O momento de excepcionalidade em que vivemos, em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, COVID-19, impacta diversos setores da economia, inclusive todos aqueles tocados pelas mais variadas expressões artísticas, trazendo um caráter de urgência a um debate que se prolonga praticamente de forma perene.

Atualmente, encontra-se em foco o Projeto de Lei 3968, de 1997, com regime de urgência aprovado para sua tramitação em junho de 2020. Tanto o PL 3968 em si como seus apensos são objetos de descrição e análise nesta fase inicial de uma pesquisa mais ampla que envolve a organização e compreensão das propostas de reforma ativas no Congresso Nacional, sendo desenvolvido junto ao NUREP<sup>4</sup> – Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas.

A finalidade principal com este trabalho específico é identificar, organizar os temas tratados e analisar sua incidência e frequência, recorrendo ao método de abordagem indutivo e utilizando os documentos oficiais pertinentes aos PLs em foco aqui. Começamos o desenvolvimento com a exposição sobre o pedido de urgência, que será seguido de uma análise quantitativa dos tópicos e subtópicos trazidos à baila e concluirá com uma análise preliminar das posições legislativas. Ao fim, espera-se que este artigo seja o ponto de partida para o aprofundamento sobre a conveniência e adequação substancial, material das propostas de reforma.

## 1 O TRÂMITE E A URGÊNCIA DO PL

Para entender o debate em torno do PL 3968/97 é importante ressaltar que este é anterior à promulgação da Lei 9.610/98. Assim, devemos compreender as suas nuances e pormenores no contexto histórico de sua tramitação. Em sua justificativa, o Deputado Serafim Venzon (PDT/SC), autor do PL, afirmou que:

---

<sup>4</sup> Espelho do grupo: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3462805150382122>

Os órgãos públicos são entidades do Estado que não tem fins lucrativos. O mesmo ocorre com as entidades filantrópicas que, além de não terem fins lucrativos, ajudam o Estado no desempenho de sua missão social. A proteção dada pela lei aos autores de obras musicais e lítero-musicais, permite-lhes que desfrutem economicamente de sua produção intelectual vitaliciamente. Estou convicto de que a dispensa de pagamento de direitos autorais por esses órgãos e entidades representa um diminuto retorno dos autores à proteção vitalícia que recebem do Estado. Pelo motivo exposto solicito o apoio dos meus ilustres Pares à aprovação do projeto de lei que ora submeto à apreciação desta Casa. (Diário da Câmara dos Deputados, 1998, nº 53, p. 18)

Pode-se enxergar, pelas palavras do autor, que o intuito desse projeto de lei era fazer com que o Estado, diretamente, e a sociedade, indiretamente, fossem beneficiados com a isenção de pagamento de direitos autorais pois, segundo o Deputado, o pagamento feito pelo Estado seria relativamente pequeno e o impacto na arrecadação diminuto. Na visão do Deputado Serafim, os autores ganham com a proteção estatal e não retribuem de forma incompatível, tornando necessária um retorno condizente com os esforços do Estado relacionados à proteção. O ponto de vista esboçado no projeto se apresenta um tanto simplista, por abordar de uma maneira muito ampla quem seria isento das cobranças de direitos autorais, abrindo aqui espaço para a utilização indiscriminada de um dispositivo legal para amplas finalidades, independente de remuneração ou autorização prévia do autor ou titular. Vale pontuar que a própria proposta, mesmo que anterior à LDA consolidada, mostra o latente interesse em promover algum grau de harmonização entre os interesses do autor e os demais interesses, inclusive os sociais.

No decorrer da longa tramitação do PL 3968/97 novas propostas foram agregadas resultando em 58 PLs apensados, dependentes e com matéria conexas à proposição inicial, indicados nas referências ao final. Pode-se observar, ainda, que durante todos esses anos de discussão em torno de um Projeto de Lei, em alguns momentos a polêmica ficou mais calorosa e os parlamentares começaram a questionar como o seu texto normativo e os possíveis apensos aprovados viriam a afetar o cenário atual.

Mesmo com grandes repercussões sobre os direitos autorais, sua tramitação não avançou e o PL não recebeu nenhum andamento, requerimento ou trâmite nenhum. A título de exemplo, no ano de 2018, o PL 3968/97 não recebeu movimentação e ficou parado por mais de um ano. Como consequência, ocorreu o arquivamento do PL em janeiro de 2019 e também a saída da Deputada Renata Abreu como relatora. Após pedidos de desarquivamento, em 2019 o PL voltou a ter um trâmite considerável, voltando a estagnar entre dezembro de 2019 e junho de 2020.

Em julho de 2020, o Deputado Newton Cardoso Jr. (MDB-MG), presidente da Comissão de Turismo da Câmara, apresentou o requerimento de urgência 1971/2020<sup>5</sup>, com o intuito de reavivar o debate sobre o conteúdo do PL. Essa situação de urgência se justificou em virtude do impacto que o setor turístico vem sofrendo a partir do advento da pandemia de Sars-CoV-2 (COVID-19) que, conforme relatado pela Confederação Nacional de Comércio, Serviços, Bens e Turismo (CNC), causou um prejuízo de R\$ 87 bilhões em apenas três meses. Há também previsões apresentadas pela FGV de que “Para compensar essa perda, será necessário que o turismo como um todo cresça em média 16,95% ao ano em 2022 e 2023, com PIB de, respectivamente, R\$ 303 bilhões e R\$ 355 bilhões”<sup>6</sup>.

Diante desse impacto econômico, a isenção proposta pelo deputado tem o objetivo de auxiliar esse setor a manter as atividades e conseguir superar a crise posta, em meio a um cenário pessimista de cancelamentos de viagens e eventos. Exibindo uma dentre várias correlações argumentativas, o deputado Newton e Bruno Omori<sup>7</sup>, foram convergentes ao tratar do alto custo necessário para manter o turismo, e um deles, de acordo com Bruno, seria a arrecadação pela execução pública musical em quartos privados nos

---

<sup>5</sup> Regimento Interno Câmara dos Deputados: “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente”.

<sup>6</sup> Impacto econômico do COVID-19: propostas para o turismo brasileiro, 2020, p. 4.

<sup>7</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial - PL 3968/97 - DIREITOS AUTORAIS (PL396897). Audiência Pública realizada com os representantes dos hotéis. 05 nov. 2015.

hotéis/motéis. Em sua argumentação, o representante do setor hoteleiro alegou que “a cobrança tomando como critério o número de apartamentos viola o art. 23 da Lei de Turismo<sup>8</sup>, segundo o qual o apartamento do hóspede é considerado um cômodo totalmente individual e exclusivo”<sup>9</sup>.

No todo, observa-se que a discussão em torno do art. 46 da LDA (que trata das limitações dos direitos autorais) se estende há anos, sendo o assunto central dos projetos de lei apensados ao 3968/97, que abordaremos na sequência.

## **2 ANÁLISE QUANTITATIVA DO CONTEÚDO DO PL 3968/97 E APENSOS**

Por se tratar de um longo período de trâmite e uma grande quantidade de apensos, o PL 3968/97 apresenta diversas temáticas, sendo que alguns assuntos aparecem de forma frequente e outros esporadicamente. Diante disso, foi realizada uma breve análise do conteúdo de cada PL, no intuito de classificá-los dentro de categorias que favoreçam a melhor observação e estudo dos temas propostos. Nesta linha, os eixos estão organizados em uma tabela que permite visualizar o campo de proposições de refomana Lei de Direitos Autorais, conforme a figura 1 abaixo.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 11.771, de 17 set. 2008.

<sup>9</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial - PL 3968/97 - DIREITOS AUTORAIS ( PL396897). Parecer da Relatora, PRL 2 PL 3968/97, Deputada Renata Abreu, 2017, p.9.

**FIGURA 1: RAMOS, L. Q.; MAGESTE, L. H. D. TABELA - APENSOS AO PL 3968/97 E SEUS ASSUNTOS**

PLs	REG. ECAD	CLINICAS	RÁDIO COM.	RELIG.	PEQ. EST.	QTS. HOTEL	CLUBES, ETC.	STREAM.	FORÇAS ARMADA	EVENTOS NÃO LUC.	TRANSP. PASS.	AUTOR E INTERP.	REP. TEATRAL	EXIB. PÚB.	L&E - DEF.
5298/01			■			■					■				
6136/02			■												
1766/11			■												
4975/13			■												
1004/15			■												
216/20			■												
2290/03		■													
3333/04			■		■										
4811/05			■												
5830/05			■												
400/15			■												
3773/15			■												
3882/15			■												
9469/18			■					■							
456/19			■					■							
2517/20			■												
4000/20			■												
5105/05			■			■									
5831/05			■										■		
5902/05			■	■									■	■	
5943/05			■			■								■	
1608/15			■												
2796/15			■												
3992/20			■	■											
6226/05			■										■		
5148/09			■				■						■		
1051/11			■				■						■		
1290/11			■				■						■		
6039/13			■				■						■		
3387/15			■				■						■		
6181/16			■				■						■		
4973/19			■				■						■		
6231/05			■				■						■		
752/07			■				■						■		■
793/07			■				■						■		
860/07			■				■						■		
5204/09			■				■						■		
6247/13			■				■						■		
1111/15			■				■						■		
1550/07			■				■						■		
3399/20			■				■						■		
3829/08			■				■						■		
7325/10			■				■			■			■		
7833/10			■				■			■			■		
1574/11			■				■						■		
3526/12			■				■						■		
2082/11	■		■				■						■		
2471/11			■				■						■		
2939/11		■	■				■				■		■		
3364/12			■				■						■		
4556/12			■				■						■		
7679/14			■			■	■						■		
2436/15			■				■						■	■	
7080/17			■				■						■		
8469/17			■				■		■				■		
1046/19			■				■				■		■		
1107/19			■			■	■						■		
6225/19			■				■			■			■		

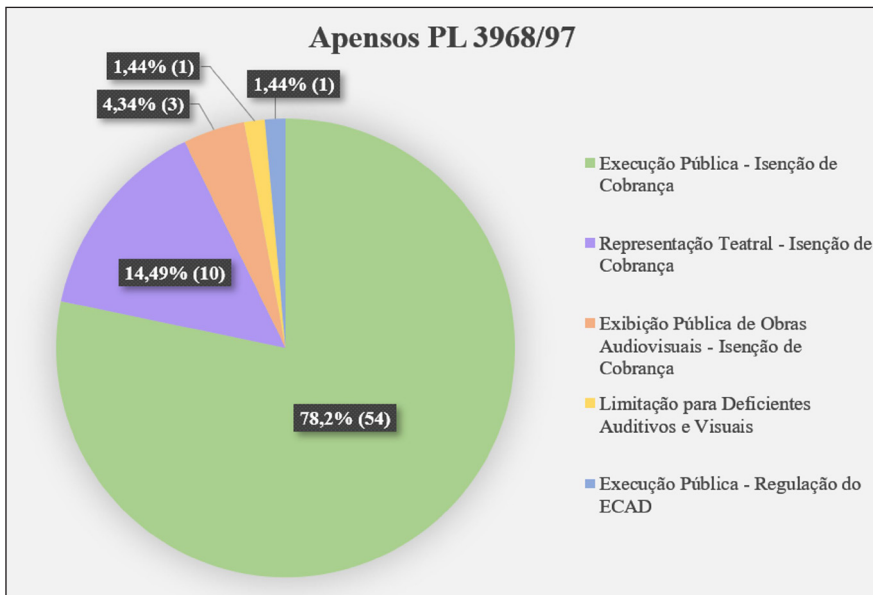
Fonte: NUREP, 2020.



Essa tabela possui cinco divisões temáticas. A primeira aborda a regulação do ECAD por execução pública. Na sequência tratamos dos PLs relacionados a isenção de cobrança por execução pública, sendo um tema que se subdivide em vários outros, devido a grande quantidade de assuntos. Outra ainda se refere a isenção de cobrança por representações teatrais. Uma quarta se refere à isenção de cobrança de obras de exibição pública de audiovisuais. Por fim, uma última trata das limitações para deficientes auditivos.

A partir desta classificação, o gráfico seguinte (figura 2) apresenta a incidência e frequência de cada um dos temas ilustrados na figura 01, ressaltando que o mesmo PL pode estar presente em mais de uma categoria, por tratar de mais de um assunto.

**FIGURA 2:** RAMOS, L. Q; MAGESTE, L. H. D. CATEGORIZAÇÃO DOS ASSUNTOS DOS APENSOS



Fonte: NUREP, 2020.

O gráfico mostra a frequência de apensos em cada categoria, permitindo identificar que alguns temas estão contidos em apenas um PL, como é o caso da “Execução Pública - Regulação do ECAD”, tratada no PL 2082/11. Neste exemplo, o intuito é propor uma nova forma de atuação na cobrança

de direitos autorais pelo escritório central, com reformulação de valores e critérios, buscando evitar abusos no exercício da atividade do ECAD, sem suprimir as suas funções e proteções legais.

Outra categoria que apresenta apenas um PL é a “Limitação para Deficientes Auditivos/Visuais”, abordada no PL 752/07, com objetivo de isentar da constituição de ofensa aos direitos autorais a utilização de obras literárias, artísticas e científicas para uso de deficientes visuais ou auditivos, mediante ao sistema de Braille e Libras (Língua Brasileira de Sinais). Notadamente o PL busca ampliar o direito de acesso à cultura a pessoas com deficiência auditiva, visto que os com deficiência visual já estão amparados no Art. 46, I, d da LDA.No entanto, esse ponto revela a pouca relevância que o assunto das pessoas com deficiência têm dentro do PL 3968/97, que é tratado em apenas um dos apensos, sendo um fator preocupante em si.

No que tange à “Exibição Pública de Obras Audiovisuais - Isenção de Cobrança”, três PLs<sup>10</sup> abordam, com a finalidade de isentar do pagamento de direitos autorais a exibição e veiculação de obras cinematográficas e audiovisuais em locais públicos sem intuito de lucro, por entidades e instituições filantrópicas. Inclui, junto a essas proposições, a reprodução dessas obras no recesso familiar quando exclusivamente para fins didáticos e em hotéis, bares e restaurantes. Em conjunto são dois objetivos: assegurar a isenção de cobranças por exibição pública, antecipando a uma possível instituição deste tipo de cobrança, que não ocorre hoje; e ampliar o escopo de usos livres legislativamente expressos para incluir além da execução musical e a representação teatral, a exibição audiovisual.

A categoria “Representação Teatral - Isenção de Cobrança”, já traz uma maior quantidade de PLs buscando o não pagamento de direitos autorais da representação teatral em eventos religiosos, comemorações de aniversários, eventos que tenham intuito de angariar renda para manutenção de associações, fundações ou entidades filantrópicas e hospitais públicos ou unidades de saúde, apresentando uma grande quantidade de instituições para isenção do pagamento de direitos autorais.

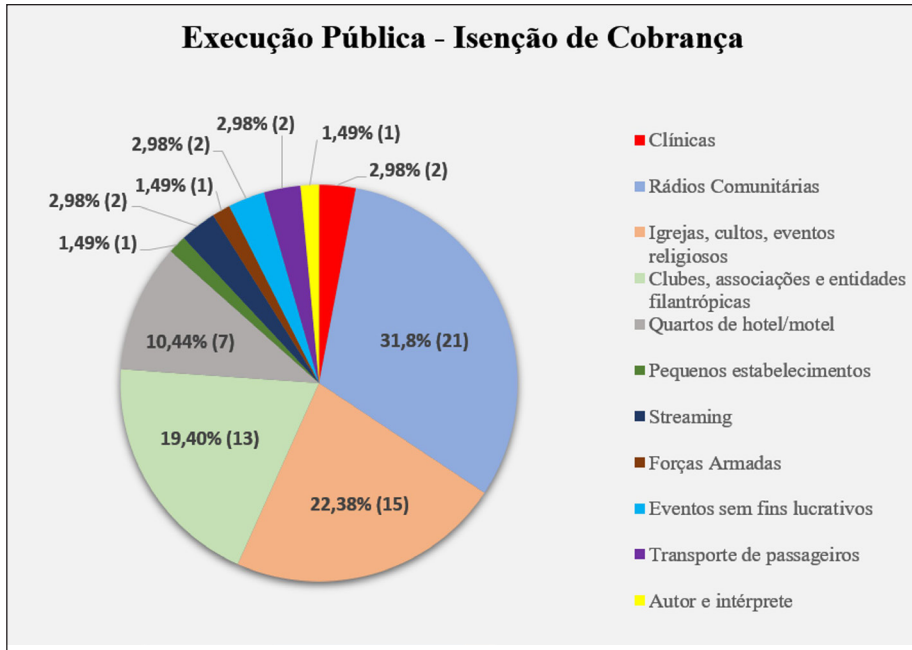
“Execução Pública - Isenção de Cobrança” é a categoria que mais possui propostas de alterações, presentes em 54 PLs. Para melhor ilustrar a sub-

---

<sup>10</sup> PL 5902/05, PL 5943/05, PL2436/15.

divisão temática neste tópico, apresentamos o gráfico seguinte (figura 3), que mostra a subdivisão de assuntos.

**FIGURA 3: RAMOS, L. Q; MAGESTE, L. H. D. SUBTÓPICOS DA CATEGORIA DE EXECUÇÃO PÚBLICA DE EXECUÇÃO PÚBLICA**



Fonte: NUREP, 2020.

A categoria de “Execução Pública - Isenção de Cobrança” apresenta quatorze subdivisões, com maior ou menor ocorrência. No caso dos PLs de baixa incidência, como o “Autor e Intérprete”, tratado no PL 1046/19, que visa a proibição da cobrança de direitos autorais quando o autor e o intérprete são a mesma pessoa que executa as músicas. Às “Forças Armadas” refere-se ao PL 8469/17, que pretende isentá-las, junto às Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros, do pagamento de direitos autorais em casos específicos. Já com relação aos “Pequenos estabelecimentos”, o PL 3333/04 propõe a isenção de cobrança de direitos autorais no caso de utilização de fonogramas e transmissão de rádio e televisão “[...] em estabelecimentos comerciais de diminuto porte e de instalações simples [...]” sem que haja pretensão de atrair clientela e obter lucro.

Em se tratando de tópicos com duas proposições, há a pretensão de isentar as plataformas de “*Streaming*” do pagamento de direitos autorais, que, diante da intensa utilização nos dias atuais, aparecem em quantidade relativamente pequena. Tratadas nos PLs 9469/18 e 456/19, apresentam conteúdo semelhantes, e buscam isentar do pagamento de direitos autorais as transmissões via streaming.

Os “Eventos sem fins lucrativos” aparecem em dois PLs (PL 7325/10 e 6225/19) tem por objetivo de eximir do pagamento de direitos autorais a reprodução de obras musicais ou lítero-musicais, os registros sonoros para fins de sonorização ambiental e vedar a cobrança quando for realizado esse tipo de evento.

Outros dois subtópicos aparecem com duas propostas. Um tópico se refere ao “Transporte de passageiros”(PL 5298/01 e PL 2939/11) e ensejam a isenção do recolhimento de valores pela execução ou transmissão de composições musicais ou lítero-musicais, ou retransmissão de rádio ou televisão a bordo nesse tipo de transporte, seja terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo. Já as clínicas, consultórios, escritórios e demais ambientes exclusivos de sala de espera são tratados nos PLs 2290/03 e 2939/11 com a finalidade de isentar a cobrança de direitos autorais pela mera reprodução musical e a difusão de rádio ou televisão em razão da sonorização ambiental nesses locais, que incluem também as academias de ginástica.

Os “Quartos de hotel/motel”, dentro da discussão que permeia esse eixo, é um dos subtópicos que apresenta número significativo de proposições, contando com sete propostas<sup>11</sup>. Por serem considerados ambientes individuais privados, estes PLs buscam o não pagamento de direitos autorais, em especial, mas não só, com relação às obras lítero-musicais, audiovisuais e fonogramas, por se tratar de um espaço privado, de uso facultativo do hóspede, sem finalidade de lucro.

“Clubes, associações e entidades filantrópicas” são trazidos em treze PLs<sup>12</sup>, com foco na isenção de pagamento pela execução pública de obras musicais ou lítero-musicais, representação teatral, obras cinematográficas ou

<sup>11</sup> PL 5298/01, PL 5943/05, PL 1608/15, PL 2796/15, PL 3992/20, PL 7679/14, PL 1107/19.

<sup>12</sup> PL 5105/05, PL 6226/05, PL 5148/09, PL 1051/11, PL 6039/13, PL 3387/15, PL 3829/08, PL 7833/10, PL 1574/11, PL 3526/12, PL 2471/11, PL 4556/12, PL 2436/15.

audiovisuais em eventos beneficentes de cunho artístico, social ou cultural, inclusive os que sejam para angariar renda destinada à manutenção, funcionamento ou melhoramento de estrutura, desde que, claro, sem intuito de distribuição de lucro.

Já no caso das “Igrejas, cultos, eventos religiosos” há ainda uma maior presença em PLs, com quinze proposições<sup>13</sup>, todas com o intuito de isentar da cobrança de direitos autorais as atividades litúrgicas, cultos e eventos sem intuito de lucro nos templos religiosos e também quando da realização de eventos beneficentes ou que sejam para angariar recursos para manutenção e funcionamento das entidades religiosas.

Em maior frequência dentre todos os subtópicos, temos as “Rádios comunitárias”, com vinte e um PLs<sup>14</sup> tratando do assunto, com diversos enfoques, preocupando-se principalmente com a isenção de pagamento ao ECAD pela execução ou transmissão de composições musicais, lítero-musicais ou fonogramas. Sob esta mesma égide, há incluída a proposta de suspensão da renovação da concessão pública para rádios inadimplentes com o pagamento de direitos autorais e, para as rádios homologadas no Ministério das Comunicações, a liberação da relação completa de obras e fonogramas utilizados no mês anterior e o pagamento de alíquota máxima de 1% (um por cento) sobre o faturamento.

Com essa análise quantitativa do conteúdo dos apensos ao PL 3968/97, observa-se o número substancial de propostas de mudanças para mudar a atual legislação de direitos autorais, em que grupos sociais buscam, principalmente, a isenção de pagamentos pela execução pública musical.

### **3 PARECER DA RELATORIA: PRL 2 PL3968/97**

É importante aqui pontuar a participação legislativa da Deputada Renata Abreu (PTN-SP) como relatora, com substancial impacto nos andamen-

---

<sup>13</sup> PL 5902/05, PL 3992/20, PL 6226/05, PL 1290/11, PL 6181/16, PL 6231/05, PL 860/07, PL 5204/09, PL 6247/13, PL 1111/15, PL 1550/07, PL 3399/20, PL 1574/11, PL 3526/12, PL 1107/19.

<sup>14</sup> PL 5298/01, PL 6136/02, PL 1766/11, PL 4975/13, PL 1004/15, PL 216/20, PL 3333/04, PL 4811/05, PL 5830/05, PL 400/15, PL 3773/15, PL 3882/15, PL 9469/18, PL 456/19, PL 2517/20, PL 4000//20, PL 5831/05, PL 1608/15, PL 4973/19, PL 2939/11, PL 7080/17.

tos recentes deste PL e seus apensos. Alguns pontos importantes nesse momento do PL 3968/97 se deram a partir da atuação da deputada, em especial, em 25 de junho de 2015, após apresentar o Requerimento 2228 para instalação de uma Comissão Especial. Antes de sua atuação, o PL 3968/97 já havia contado com seis relatores e sequer havia conseguido ir ao plenário, ficando restrito às comissões regulares. A justificativa da deputada para sua instauração se deu porque as “[...] intensas divergências sobre o tema recomendam a criação de uma Comissão Especial voltada a tratar a matéria e examinar de forma concentrada os mais diferentes projetos sobre o assunto”<sup>15</sup>.

A partir daí, foram requisitadas diversas audiências públicas com órgãos, advogados, professores e artistas, ou seja, para que pessoas diretamente vinculadas ao assunto pudessem debater e se expressar sobre o conteúdo do PL e de seus apensos. Desde a realização da primeira audiência pública, 14 de outubro de 2015, até o dia 21 de março de 2017, contabilizam cerca de 08 audiências com diferentes setores da sociedade<sup>16</sup>.

Essas audiências enfrentaram o papel dos direitos autorais como incentivo à criatividade e debateram as propostas de modificação da LDA, inclusive com relação ao seu enquadramento no arcabouço dos Tratados Internacionais aos quais o Brasil está vinculado.

Além disso, a análise do conteúdo dos apensos pela relatora possibilitou observar que a legislação autoral não pode criar mecanismos que restrinjam excessivamente a exclusividade atribuída sobre as criações literárias,

---

<sup>15</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Requerimento de Constituição de Comissão Especial, 2015, p.2.

<sup>16</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Parecer da Relatora, PRL 2 PL 3968/97, Deputada Renata Abreu: 14 out. 2015, Dr. Marcos Alves, Diretor de Direito Intelectual do Ministério da Cultura; 22 out. 2015, Dr. João Carlos Eboli, Dra. Vanisa Santiago, Dr. Hildebrando Pontes, advogados e militantes da área de direitos autorais; 05 nov. 2015, Dr. Bruno Omori, representante dos hotéis. Dra. Flávia Matos; 12 nov. 2015, Frejat, Tim Rescala, representantes dos artistas; 26 nov. 2015, Dr. Pedro Paulo, advogado do ECAD. Dr. Ricardo Medeiros de Castro, assessor do CADE. Dr. Guilherme Coutinho da Silva, representante da ABRASEL; 10 dez. 2015, Dr. Cláudio Lins de Vasconcelos, Diretor-relator da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI. Dr. Ricardo Castanheiro, Diretor da Motion Pictures Association; 10 mar. 2016, Dr. Allan Rocha de Souza, advogado e professor (ITR/UFRRJ, PPED/UFRJ, PUC-Rio). Desembargador José Carlos Costa Netto; 09 jun. 2016, Sr. Ricardo Riello, representante da Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares. Dr. Roberto Drago Pelosi Jucá, advogado.

artísticas ou científicas, ao mesmo tempo em que não deve estabelecer limitações muito genéricas. Conforme a relatora, é “tarefa do legislador buscar um ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais potencialmente em conflito.”<sup>17</sup>. A relatora também continua em seu voto afirmando a necessidade da criação de uma cláusula geral que possa fortalecer as decisões do magistrado em casos mais complexos e específicos que envolvam uma ponderação entre o acesso à educação e cultura e o direito dos autores à propriedade intelectual.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade principal deste trabalho foi organizar e analisar os apensos do PL 3968/97, a partir dos documentos oficiais, em sua maioria de trâmite na Câmara dos Deputados. Nota-se, com essa abordagem, principalmente o retorno do PL à pauta, por conta do pedido de urgência requerido do Deputado Newton Cardoso Jr., com a finalidade de apoiar a rede hoteleira na recuperação da crise posta pela pandemia de coronavírus.

A identificação acerca dos temas dos diversos PLs foi possível a partir do uso do método indutivo, que foi apresentado em categorias distintas em razão do conteúdo das propostas, para melhor visualização e análise. Essa organização possibilitou a apresentação de dados quantitativos sobre seu conteúdo. Estes temas indicam o pontos iniciais de um debate que se seguirá ao longo dos próximos anos. E, neste contexto, as etapas subsequentes desta pesquisa fará uma análise qualitativa dos PLs de reforma da lei de direitos autorais.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Luiz Gustavo M. **Impactos Econômicos do COVID-19 - Propostas Para o Turismo Brasileiro**. Biblioteca Sebrae. Estudo FGV. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/impactos-economicos-do-covid-19-propostas-para-o-turismo-brasileiro,d375d49be41e1710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial - PL 3968/97 - DIREITOS AUTORAIS (PL396897). Parecer da Relatora, PRL 2 PL 3968/97, Deputada Renata Abreu, 2017, p. 19.

GONÇALVES, Anderson. Um dos setores mais afetados pela pandemia, turismo tem longo caminho até a retomada. **Gazeta do Povo**. 11 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/retratos-da-economia-impactos-coronavirus-turismo/>. Acesso em: 09 set. 2020.

JÚNIOR, Newton Cardoso. **Dep. Newton Cardoso Jr**: setores de turismo e eventos deverão ser os últimos a recuperarem atividades. Entrevista Concedida a Rádio Câmara, 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/652818-DEP.-NEWTON-CARDOSO-JR:-SETORES-DE-TURISMO-E-EVENTOS-DEVERAO-SER-OS-ULTIMOS-A-RECUPERAREM-ATIVIDADES>. Acesso em: 20 ago. 2020.

## LEGISLATIVAS

BRASIL. Ato da Presidência. **Aprovação para Criação de Comissão Especial**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=73850F222E6F1421491B624ADAAB67A8.proposicoesWebExterno2?codteor=1386672&filename=Tramitacao-PL+3968/1997](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=73850F222E6F1421491B624ADAAB67A8.proposicoesWebExterno2?codteor=1386672&filename=Tramitacao-PL+3968/1997). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Congresso. Lei nº 11.771 de 17 de setembro de 2008. **Lei Geral de Turismo**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PL 3968/1997. **Projeto de Lei Deputado Serafim Venzon (PDT-SC)**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20529>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PRL 2 PL396897 => PL 3968/1997. **Parecer da Relatora**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2126146>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto n. 2281/2015. **Requerimento Para Criação de Comissão Especial**. 25 de jun. 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9904862F-529F49043704627548B2946B.proposicoesWebExterno2?codteor=1353304&filename=Tramitacao-PL+3968/1997](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9904862F-529F49043704627548B2946B.proposicoesWebExterno2?codteor=1353304&filename=Tramitacao-PL+3968/1997). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Resolução Nº 17/1989. **Regimento Interno Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.



BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. REQ 1971/2020. **Requerimento de Urgência Deputado Newton Cardoso Jr (MDB-MG)**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258907>. Acesso em: 25 ago. 2020.

### **PROJETOS DE LEI APENSADOS AO PL 3968/1997**

1. PL 5.298, de 2001 (Deputado Luiz Moreira)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre direitos autorais, o sistema de arrecadação e divulgação fonográfica.
2. PL 6.136, de 2002 (Deputada Socorro Gomes)- Dispõe sobre a isenção, às rádios comunitárias e difusoras, do pagamento de direitos autorais ao ECAD e das taxas ao Departamento de Polícia Administrativa.
3. PL 1.766, de 2011 (Deputado Otavio Leite)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, suspendendo a renovação da concessão pública do serviço de radiodifusão para aquelas rádios inadimplentes com o pagamento de direitos autorais.
4. PL 4.975, de 2013 (Deputado Giovani Cherini) - Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.
5. PL 1.004, de 2015 (Deputado Stefano Aguiar)- Acrescenta inciso ao art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para incluir a difusão de obra musical ou lítero-musical por emissora do Serviço de Radiodifusão Comunitária entre as limitações aos direitos autorais.
6. PL 216, de 2020 (Deputada Paula Belmonte)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a veiculação de composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, e arrecadação e distribuição de direitos autorais sobre a execução de composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas por emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária.
7. PL 2.290, de 2003 (Deputado Wilson Santos)- Modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, estabelecendo que não ofende aos direitos autorais a reprodução de música para fins de sonorização ambiental de clínicas, consultórios, escritórios e de academias de ginástica.
8. PL 3.333, de 2004 (Deputado Carlos Nader)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.
9. PL 4.811, de 2005 (Deputado Jefferson Campos)- Modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, isentando as emissoras de radiodifusão educativa e comunitária do pagamento de direitos autorais de obras musicais e lítero-musicais.

10. PL 5.830, de 2005 (Deputado Gonzaga Patriota)- Isenta de direitos autorais o conteúdo divulgado pelas rádios comunitárias e educativas, conforme dispõe o art. 46, inciso VI da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

11. PL 400, de 2015 (Deputado Junior Marreca)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, isentando as rádios comunitárias do pagamento de direitos autorais referentes à execução de obras musicais.

12. PL 3.773, de 2015 (Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende)- Esta Lei modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para isentar as emissoras de radiodifusão comunitária do pagamento de direitos autorais referentes à execução de obras musicais e fonogramas.

13. PL 3.882, de 2015 (Deputado Vicentinho)- Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

14. PL 9.469, de 2018 (Deputado Luiz Couto)- Acrescenta incisos ao artigo 46 da Lei nº 9.610, de 1998, de modo a isentar as rádios comunitárias e a transmissão via streaming do pagamento de direitos autorais.

15. PL 456, de 2019 (Deputado Valmir Assunção)- Acrescenta incisos ao artigo 46 da Lei nº 9.610, de 1998, de modo a isentar as rádios comunitárias e a transmissão via streaming do pagamento de direitos autorais.

16. PL 2.517, de 2020 (Deputado Schiavinato)- Dispõe sobre a suspensão da cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Fiscalização - ECAD dos direitos autorais de que trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dos serviços de radiodifusão comunitária, enquanto perdurar o período de pandemia.

17. PL 4.000, de 2020 (Deputado Pedro Uczai)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para isentar as prestadoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária do pagamento do ECAD.

18. PL 5.105, de 2005 (Deputado Vander Loubet)- Isenta de pagamento de direitos autorais a execução pública de obras musicais ou lítero-musicais em eventos beneficentes realizados por entidades sem fins lucrativos.

19. PL 5.831, de 2005 (Deputado Gonzaga Patriota)- Altera inciso VI do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.”

20. PL 5.902, de 2005 (Deputado Almir Moura)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

21. PL 5.943, de 2005 (Deputado Antonio Cambraia)- Dispõe sobre a cobrança de direitos autorais musicais e audiovisuais, de hotéis, restaurantes, bares e similares.

22. PL 1.608, de 2015 (Deputado Alex Manente)- Altera os arts. 46 e 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre direitos autorais e dá outras providências.

23. PL 2.796, de 2015 (Deputado JHC)- Altera a Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para excluir do alcance do seu Art. 68 as unidades de frequência individual e uso exclusivo do hóspede a que alude o Art. 23 da Lei Federal nº 11.771 de 17 de setembro de 2008.

24. PL 3.992, de 2020 (Deputado Geninho Zuliani)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei nº 11.771 de 17 de setembro de 2008 e dá outras providências.

25. PL 6.226, de 2005 (Deputado Takayama)- Dá nova redação ao inciso VI, do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre direitos autorais.

26. PL 5.148, de 2009 (Deputado Márcio França)- Altera a Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

27. PL 1.051, de 2011 (Deputado Dr. Ubiali)- Altera a Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

28. PL 1.290, de 2011 (Deputado Manato)- Dá nova redação ao inciso VI do art. 46, e cria parágrafo único ao art. 109 da Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.

29. PL 6.039, de 2013 (Deputado Nilson Leitão) - Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

30. PL 3.387, de 2015 (Deputado Marcos Rotta)- “Altera a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que trata sobre direitos autorais e dá outras providências.”

31. PL 6.181, de 2016 (Deputado Felipe Bornier)- Isenta os eventos beneficentes de instituições de caridade e religiosas, com fins filantrópicos, no pagamento de direitos autorais.

32. PL 4.973, de 2019 (Deputado Aroldo Martins) - Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

33. PL 6.231, de 2005 (Deputado Cabo Júlio) - Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

34. PL 752, de 2007 (Deputado Paulo Pimenta) - Modifica o artigo 46 da lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

35. PL 793, de 2007 (Deputado Raimundo Gomes de Matos) - Altera a redação do inciso VI do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispondo sobre dispensa da cobrança de direitos autorais, nos casos em que especifica.

36. PL 860, de 2007 (Deputado Neilton Mulim)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

37. PL 5.204, de 2009 (Deputado Neilton Mulim)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1.998, e dá outras providências.

38. PL 6.247, de 2013 (Deputado Marcos Rogério)- Acrescenta o § 8º ao art. 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a fim de vedar a cobrança de direitos autorais sobre a execução pública de composições musicais ou lítero-musicais, ou a utilização de fonogramas em eventos restritos a parentes e amigos, realizados em local interdito ao público em geral, e de natureza religiosa ou cultural sem a cobrança de ingresso.

39. PL 1.111, de 2015 (Deputado Jorge Tadeu Mudalen)- Acrescenta o § 9º ao art. 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a qual altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

40. PL 1.550, de 2007 (Deputada Takayama)- Altera a Lei nº 9.610, de 1998, isentando do pagamento de direitos autorais as apresentações teatrais e musicais beneficentes e as organizadas por igrejas.

41. PL 3.399, de 2020 (Deputada Soraya Manato)- Altera o art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para isentar da arrecadação de direitos autorais a execução, por qualquer meio, de obras musicais ou lítero-musicais no âmbito de cultos, cerimônias ou eventos realizados por organizações religiosas, sem objetivo de lucro, inclusive quando realizados de forma não-presencial.

42. PL 3.829, de 2008 (Deputado Valdir Colatto)- Dispensa entidades do pagamento de contribuições, ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, na hipótese que menciona.

43. PL 7.325, de 2010 (Deputado Lupércio Ramos)- Acresce alínea ao inciso I do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

44. PL 7.833, de 2010 (Deputado Eduardo Barbosa)- Acrescenta parágrafo ao art. 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para ressaltar as entidades sem fins lucrativos, que atuem nas áreas de assistência social, saúde, ou educação, da vedação expressa no caput.

45. PL 1.574, de 2011 (Deputado Henrique Oliveira)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

46. PL 3.526, de 2012 (Deputado Onofre Santo Agostini)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre os direitos autorais e dá outras providências.

47. PL 2.082, de 2011 (Deputado Danrlei de Deus Hinterholz)- Altera o art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.
48. PL 2.471, de 2011 (Deputado João Dado)- Acrescenta hipótese de limitação dos direitos autorais.
49. PL 2.939, de 2011 (Deputado Ronaldo José Benedet)- Altera dispositivos na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 e dá outras providências.
50. PL 3.364, de 2012 (Deputado Pastor Marco Feliciano)- Altera o inciso VI do art. 46 e o § 3º do art. 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre os direitos autorais.
51. PL 4.556, de 2012 (Deputado Valdir Colatto)- Dispensa do pagamento de valores do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD para execução de músicas por qualquer processo, nas entidades que menciona.
52. PL 7.679, de 2014 (Deputada Magda Mofatto)- Altera os artigos 68 e 98 da Lei nº 9.610, de 1998, que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.
53. PL 2.436, de 2015 (Deputado Beto Rosado)- Altera dispositivos na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.
54. PL 7.080, de 2017 (Deputada Gorete Pereira)- Modifica a Lei nº 9.610, de 1998, de modo a estabelecer que as rádios pagarão a título de direito autoral a alíquota de 1% (um por cento) sobre o faturamento.
55. PL 8.469, de 2017 (Deputado Subtenente Gonzaga)- Altera, a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para incluir um novo dispositivo isentando as Forças Armadas e as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares do pagamento de direitos autorais, no caso em que especifica.
56. PL 1.046, de 2019 (Deputado David Soares)- Altera os arts. 46, 68 e 98 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre direitos autorais, para proibir a cobrança de direitos autorais quando o autor e o intérprete ou executante são a mesma pessoa.
57. PL 1.107, de 2019 (Deputado Darci de Matos)- Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 para afastar a cobrança de direitos autorais no âmbito de cultos, cerimônias ou eventos realizados por organizações religiosas sem cunho lucrativo, e das unidades individuais de uso exclusivo do usuário nos empreendimentos destinados a serviços de hospedagem ou transporte.
58. PL 6.225, de 2019 (Deputado Sebastião Oliveira)- Altera o caput do art. 68 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para vedar a cobrança de taxas em eventos sem fins lucrativos.

# »»» A REVOGAÇÃO DA LEI ESTADUAL 14.058/2003: O ESTADO DO PARANÁ ESTÁ LIVRE DO SOFTWARE LIVRE?

Jesse Geraldo Arriola Junior<sup>1</sup>

Marcos Wachowicz<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo investigar a existência de sucedâneo legal que oriente a administração pública do Estado do Paraná a soluções de tecnologia da informação (TI) que empregam software livre, após a revogação da lei estadual que estabelecia a preferência do uso de programas abertos de computador (Lei Estadual 14.058/2003). Por meio de pesquisa fundamentada na prospecção bibliográfica e legislativa, revisou-se as modalidades de licenciamento do software livre e do software proprietário, e apontou-se a existência de um modelo de contratação de soluções de tecnologia da informação a ser utilizado pela administração pública, cujas características e aplicabilidade se propôs explorar. Por conclusão, entendeu-se que etapa de planejamento do modelo estudado, positivada pela Instrução Normativa nº. 1/2019 (Ministério da Economia - Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Governo Digital), deverá sempre analisar comparativamente soluções integradas por software livre nos processos de aquisição de solução de TI, considerando as características e vantagens advindas da sua forma de licenciamento.

**Palavras-chave:** *Software* livre. Administração pública. Soluções de tecnologia da informação.

---

<sup>1</sup> Advogado. Analista de Controle junto ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Mestre em Ciência e Tecnologia Ambiental (UNIVALI-SC). Bacharel em Direito (UNICURITIBA). Bacharel em Informática (UP-PR). Pós graduado (latu sensu) em Compliance e Gestão de Riscos (Polis Civitas-PR) e Desenvolvimento em Ambiente Web (PUC-PR). Pesquisador junto ao Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR. Contato: jessearriola@gmail.com.

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

## 1 INTRODUÇÃO

O surgimento de uma onda global de legislações que determinavam o uso preferencial de software livre foi notado a partir do início da década de 2000 (FESTA, 2002). No Estado do Paraná, este fenômeno materializou-se na edição da Lei Estadual 14.058 de 12 de novembro de 2003 a qual dispunha sobre normas de utilização de programas de computação por órgãos da administração pública.

Em verdade, a Lei Estadual nº. 14.058/2003 destinava-se à administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, órgãos autônomos e empresas sob o controle estatal. Para estas entidades, determinava o uso preferencial de programas abertos de computador e de programas de computador com licenças proprietárias, fundada a opção em motivos de conveniência e oportunidade administrativa, sólidas garantias e no resguardo do interesse público (art. 1º). Determinava também, quando da aquisição de software proprietário, que fosse dada preferência para aqueles que operassem em ambiente multiplataforma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em software livre (art. 2º.) (PARANÁ, 2003).

Tratava a lei de limitar a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias (art. 8º.) aos casos nos quais (i) o software analisado atendesse a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público, ou (ii) quando a utilização de programas livre e/ou com código fonte aberto causasse incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob controle do mesmo (PARANÁ, 2003).

A Lei Estadual nº. 14.058/2003 originou-se na Assembleia Legislativa do Paraná a partir do Projeto de Lei nº. 1 de 2003. O texto da justificativa para a propositura da lei, após discorrer resumidamente sobre a história do surgimento do software livre, identificava o Estado como “ente fomentador do desenvolvimento tecnológico e da democratização do acesso a novas tecnologias para a sociedade” (PARANÁ, 2003b) e criticava a necessidade de o Estado “continuar comprando, e caro, os programas de mercado [sic]” (PARANÁ, 2003b).

Após 17 (dezesete) anos de vigência, a lei paranaense do software livre foi revogada pela Lei Estadual nº. 20.211, de 18 de maio de 2020.

A existência de sucedâneo legal que ainda vincule a administração pública do Estado do Paraná à consideração de soluções de software livre nos processos de contratação é o que se investiga a seguir.

## **2 SOFTWARE LIVRE E SOFTWARE PROPRIETÁRIO COMO MODALIDADES DE DISTRIBUIÇÃO**

No mercado da tecnologia da informação, desde seu surgimento até os dias atuais, verifica-se uma diversidade de modalidades de disponibilização de softwares para clientes ou, ainda, potenciais usuários. Com efeito, as modalidades de disponibilização foram instituídas levando-se em consideração os recursos tecnológicos existentes à época e norteados pelo tirocínio comercial das empresas do setor de informática.

Ao que se chama de software livre, a lei paranaense revogada adotava a terminologia programas abertos, entendidos como aqueles cuja licença de uso não restringe sua distribuição, cessão, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação (PARANA, 2003).

O antagonismo que entre software livre e software proprietário advém das características que cada um apresenta enquanto modalidades de distribuição.

### **1.1 Software proprietário ou licenciado**

Denomina-se software licenciado o programa de computador que teria sua utilização por meio de um termo de cessão de direitos de uso. A autorização formal do titular do direito autoral para efeito de licenciar a utilização do programa ao usuário final é imprescindível nesta modalidade e deve ser processada por meio contratual.

Comumente permite-se o uso do software dito proprietário sem que se tenha acesso ao seu código-fonte, restringindo-se também reproduções não autorizadas, adaptações e derivações.



## 1.2 Software livre ou free software

O programa de computador denomina-se software livre quando os usuários, tendo acesso ao código-fonte, possuem quatro tipos de liberdade:

- (i) liberdade de executar o programa, para qualquer propósito;
- (ii) liberdade de estudar como o programa funciona, adaptando-o às suas necessidades;
- (iii) liberdade de redistribuir cópias de modo que possa ajudar outro usuário a desenvolver também o programa;
- (iv) liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie.

A modalidade de distribuição do software livre é realizada por licenças que estabelecem estas liberdades, para que o usuário desenvolva modificações, inovações, bem como livremente copie, distribua ou, ainda, estude e o aperfeiçoe, não restringindo a comercialização.

Não se trata de preço, mas sim de liberdade de expressão, posto que a filosofia do software livre encontra suas raízes na troca de conhecimentos e de pensamentos, tradicionalmente disponíveis no campo científico. A expressão livre (free) se refere à liberdade e não à gratuidade vinculada à perspectiva de comercialização.

A modalidade de disponibilização do software livre difere totalmente da realizada para o denominado software proprietário. Isto porque o licenciamento do software proprietário traz consigo a ideia de copyright, que implica restrições e limitações ao usuário do programa de computador na utilização, cessão, compartilhamento ou cópia.

De maneira oposta, o software livre apresenta a ideia do copyleft, cuja regra é basicamente a liberdade, expressa pela garantia de que o usuário, ao redistribuir um software livre. Restrições que venham a impedir terceiros de executarem as quatro liberdades fundamentais do software livre não poderão ser adicionadas. O copyleft constitui uma regra na modalidade de distribuição do software livre, como garantia da perpetuidade das liberdades básicas intrínsecas ao seu conceito, o que se reflete na sua criação e comercialização. Tudo para que o programa de computador, mesmo no caso

de cópias, de modificações, de desenvolvimento e de distribuição comercial, não venha a perder a sua característica inicial de free software.

O contrato de licença do software livre é um documento veiculado junto com o programa, tido basicamente como um contrato de adesão, no qual se determinam as condições de utilização baseadas em regras estabelecidas unilateralmente pelo criador do software. Existem inúmeras formas de licenciamento do software livre. Dentre as mais usuais destacam-se as seguintes:

a) GPL - General Public License. Nesta modalidade de transferência garante que as mudanças feitas no programa retornem à comunidade, contribuindo com a forma de produção colaborativa do software livre. Deve ser respeitada a liberdade de executar o programa, para qualquer propósito, de adaptá-lo às suas necessidades, de aperfeiçoá-lo.

b) LGPL – Lesser General Public License. Esta é uma modalidade de transferência não-permissiva que concede direitos de redistribuição do código apenas quando se mantém a garantia de liberdade inalterada. Contudo, permite que o código seja utilizado em outra obra sem que esteja necessariamente “livre”. As modificações eventualmente feitas devem ser acompanhadas de seu código fonte.

c) BSD – Berkeley Software. Trata-se de um modelo híbrido no qual se permite a redistribuição do software. A licença BSD original inclui uma cláusula que obriga as cópias redistribuídas mantenham sempre visível um aviso de copyright. Isto permite o empacotamento do software, com ou sem o código fonte e sua venda.

d) Dual License. Nesta modalidade o software é licenciado com um duplo caráter: tanto poderá ser distribuído como software livre, como também poderá ser redistribuído como software proprietário. No último caso, o licenciante do software deverá pagar pelo mesmo ao autor do programa.

e) Creative Commons. Apresentada pela organização não-governamental de mesmo nome, trata-se de sete licenças dentre as quais o autor define as liberdades e restrições relativas ao uso da sua obra.

Em que pese haver, portanto, inúmeras implementações de licenciamento de software livre, tal fato foi totalmente ignorado pela lei revogadora da preferência que por ela havia no Estado do Paraná.

### **3 O MODELO DE CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES DE TI PELA ADMISITRAÇÃO PÚBLICA**

O modelo de contratação de soluções de tecnologia da informação utilizado pela administração pública representa um conjunto de diretrizes fundamentais ao processo de contratação, execução e gestão dos serviços de tecnologia da informação (TI): planejamento da contratação, parcelamento do objeto, mensuração e pagamento dos serviços por resultado, avaliação da qualidade do objeto contratual, estruturação do quadro de pessoal de TI, boa governança de TI, boa gestão de TI, controle efetivo da execução contratual, e observância da legislação e jurisprudência (CAVALCANTI, 2015, p. 49 à 53).

A sistematização do modelo de contratação de soluções de tecnologia da informação iniciou-se a partir das recomendações e determinações exaradas nas auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União junto a órgãos da administração pública federal (ALMEIDA, 2019).

Posteriormente, as diretrizes do modelo informaram uma evolução da regulamentação da atividade, iniciada pela edição da Instrução Normativa nº. 4 de 2008, no âmbito da então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP), alterada primeiramente pela Instrução Normativa SLTI/MP nº. 4/2010, posteriormente pela Instrução Normativa SLTI/MP nº. 4/2014, culminando na Instrução Normativa nº.1, de 4 de abril de 2019, atualmente em vigência, oriunda da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Governo Digital, do Ministério da Economia.

Note-se, entretanto, que as diretrizes de compõem o modelo de contratação são mais abrangentes que a norma vigente, vez que constituem princípios norteadores amparados em normas legais e princípios constitucionais (CAVALCANTI, 2015, p. 49 à 53).

Tal constatação auxilia o entendimento de que a aplicabilidade do modelo se estende a todos os entes da federação, em que pese o ato normativo ter origem no poder executivo federal (BITTENCOURT, 2015, p. 32). Neste sentido posicionou-se também Cavalcanti (2015, p. 49), quando da análise da norma que antecedeu a instrução normativa em vigência:

O novo modelo de contratação fundamenta-se em um conjunto de diretrizes que necessitam ser observadas por quaisquer instituições públicas, vez que plenamente amparadas no ordenamento jurídico vigente. Muito embora essas diretrizes tenham-se condensado por meio de Instrução Normativa editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pode-se dizer que, por estarem amparadas em leis e na Constituição Federal (...) vinculam todos os órgãos e entidades da Administração Pública e não apenas aqueles sujeitos às normas editadas pela referida Secretaria (...)

Além do amparo oferecido pelo ordenamento jurídico, há de se reconhecer que as diretrizes do modelo de contratação guardam estreita relação com princípios da governança da tecnologia da informação.

Estudada como um sistema aplicável em ambas as esferas (pública e privada), a governança da tecnologia da informação destina-se à avaliação e ao controle do uso da TI nas organizações (ABNT, 2009).

A norma NBR ISO/IEC 38.500:2009 estabelece princípios de boa governança corporativa de TI, os quais “expressam o comportamento preferido para orientar uma tomada de decisão” (ABNT, 2009). Dentre os princípios previstos pela norma, destaca-se o da aquisição.

De acordo com o sistema de governança corporativa de TI proposto pela referida norma, as aquisições de TI devem ser feitas por razões válidas, com base em análise apropriada e contínua, com tomada de decisão clara e transparente” (ABNT, 2009).

Recomenda também a norma ISO que “os dirigentes avaliem as opções para fornecimento de TI de forma a atingir os objetivos das propostas aprovadas, buscando o equilíbrio entre riscos e o retorno nos investimentos propostos” (ABNT, 2009).

Há uma evidente correspondência entre esta recomendação da norma ISO e as tarefas de planejamento do modelo de contratação de TI da administração pública, sobretudo às do estudo técnico de preliminar de contratação que se estuda a seguir.

## 4 DA DIRETRIZ DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

O planejamento é fase obrigatória de qualquer processo de aquisição realizado pelo poder público. Fundamenta-se, precipuamente, no art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece, dentre os princípios que regem a administração pública, o da eficiência.

O planejamento das contratações de soluções de tecnologia da informação e comunicação (TIC), de maneira específica, está prevista no art. 8º. da Instrução Normativa nº. 1/2019, antecedendo as fases de seleção de fornecedor e de gestão do contrato.

Considerada uma fase destinada não apenas à previsão de requisitos legais e jurídicos da contratação, mas também de aspectos técnicos (CAVALCANTI, 2015, p. 50), o planejamento da contratação de soluções de TIC é composto por etapas, dentre as quais se destaca a elaboração do estudo técnico preliminar da contratação.

O art. 11º. da Instrução Normativa nº. 1/2019 estabelece um rol mínimo de tarefas a serem desenvolvidas ao longo do estudo técnico preliminar da contratação, *verbis*:

### Do Estudo Técnico Preliminar da Contratação

Art. 11. O Estudo Técnico Preliminar da Contratação será realizado pelos Integrantes Técnico e Requisitante, compreendendo, no mínimo, as seguintes tarefas:

I - definição e especificação das necessidades de negócio e tecnológicas, e dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução de TIC, contendo de forma detalhada, motivada e justificada, inclusive quanto à forma de cálculo, o quantitativo de bens e serviços necessários para a sua composição;

II - análise comparativa de soluções, que deve considerar, além do aspecto econômico, os aspectos qualitativos em termos de benefícios para o alcance dos objetivos da contratação, observando:

- a) a disponibilidade de solução similar em outro órgão ou entidade da Administração Pública;
- b) as alternativas do mercado;
- c) a existência de softwares disponíveis conforme descrito na Portaria STI/MP nº 46, de 28 de setembro de 2016;

- d) as políticas, os modelos e os padrões de governo, a exemplo dos Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico - ePing, Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico - eMag, Padrões Web em Governo Eletrônico - ePwg, Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil e Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão Arquivística de Documentos - e-ARQ Brasil, quando aplicáveis;
- e) as necessidades de adequação do ambiente do órgão ou entidade para viabilizar a execução contratual;
- f) os diferentes modelos de prestação do serviço;
- g) os diferentes tipos de soluções em termos de especificação, composição ou características dos bens e serviços integrantes;
- h) a possibilidade de aquisição na forma de bens ou contratação como serviço; e
- i) a ampliação ou substituição da solução implantada;

III - A análise comparativa de custos deverá considerar apenas as soluções técnica e funcionalmente viáveis, incluindo:

- a) comparação de custos totais de propriedade (Total Cost Ownership - TCO) por meio da obtenção dos custos inerentes ao ciclo de vida dos bens e serviços de cada solução, a exemplo dos valores de aquisição dos ativos, insumos, garantia, manutenção; e
- b) memória de cálculo que referencie os preços e os custos utilizados na análise, com vistas a permitir a verificação da origem dos dados; (BRASIL,2019)

A partir da compreensão das tarefas a serem desenvolvidas durante o estudo técnico preliminar da contratação, revela-se inegável a constatação de que todas as soluções candidatas a suprir a necessidade de contratação do ente público devem ser obrigatoriamente analisadas, inclusive as que empregam software livre.

Ainda que a administração pública opte por solução de software proprietário, haveria ao menos a necessidade de o estudo técnico preliminar refutar a principal vantagem do licenciamento de software livre, tal como erigida pela justificativa da propositura da Lei Estadual nº. 14.058/2003, qual seja, a sua gratuidade.

Tome-se como fundamento para tal afirmação a obrigação do administrador público de conjugar no estudo técnico preliminar as necessidades quantitativas da aquisição (art. 11, I), as quais podem importar no número de licenças de software a serem adquiridas, o aspecto econômico da análise comparativa de soluções (art. 11, II), a análise comparativa de custos (art.11, III), incluindo a comparação dos custos totais de propriedade, e a estimativa do custo total de contratação (art. 11, V).

Há de destacar também a tarefa prevista no art.11, inciso II, letra c, a qual determina que a análise comparativa de soluções observe a existência de softwares disponíveis conforme descrito na Portaria STI/MP nº 46, de 28 de setembro de 2016.

A Portaria STI/MP nº 46/2016 dispõe sobre a disponibilização de software público brasileiro, assim considerado:

o software livre que atende às necessidades de modernização da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e é compartilhado sem ônus no Portal do Software Público Brasileiro, resultando na economia de recursos públicos e constituindo um recurso benéfico para a administração pública e para a sociedade. (BRASIL, 2016).

Além do software público brasileiro ser software livre por definição, a mesma portaria determina que as licenças utilizadas sejam de modelo livre, tanto para o software em si, quanto para os demais artefatos relacionados:

Art. 4º São requisitos para a disponibilização de software no Portal do Software Público Brasileiro:

I - ser Software Livre com código fonte licenciado sob um ou mais modelos de licença livre compatíveis com GNU GPL (Licença Pública Geral), ou algum outro modelo de licença livre a ser aprovado pela Secretaria de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - STI/MP;

II - utilização de modelo de licença livre compatível com a Creative Commons CC-BY-SA 3.0 BR, ou posterior, em relação à proteção das imagens utilizadas, documentação e demais artefatos associados ao

Software Público, ou algum outro modelo de licença livre a ser aprovado pela STI/MP;

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revogação da Lei Estadual nº. 14.058/2003 representa o marco legal de encerramento do incentivo ao software livre como política pública no Estado do Paraná.

Apesar do desprestígio que, por este ato, sofrem as vantagens garantidas por meio da sua forma de licenciamento, é inexato afirmar que o software livre não mais serve às soluções de TI buscadas pela administração pública estadual.

O modelo de contratação pública de soluções de TI a ser seguido por todos os entes da federação é o estabelecido pela Instrução Normativa nº.1, de 4 de abril de 2019, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Governo Digital, do Ministério da Economia.

A administração pública se vê vinculada ao modelo de contratação disciplinado pela norma regulamentar federal não somente em função de estar ela fundamentada em princípios constitucionais e legislação federal, mas também por não haver alternativa às melhores práticas que ela representa. Vide sua correspondência com recomendações oferecidas pela norma NBR ISO/IEC 38.500:2009 que trata da governança corporativa de TI.

O planejamento das contratações é, dentre as fases previstas no modelo, a que instrumentaliza e garante a adequação das aquisições ao princípio constitucional da eficiência.

Previstos dentre as etapas do planejamento, os requisitos da análise comparativa garantem que soluções que integram a utilização de software livre não possam ser ignoradas e que somente os resultados obtidos após a elaboração do estudo técnico preliminar da contratação justifiquem a tomada de decisão do gestor público quando da opção por uma solução tecnológica em detrimento de outra(s).

Assim, não obstante a revogação da Lei Estadual nº. 14.058/2003, a administração pública do Estado do Paraná, bem como a dos demais entes



federativos, tem por dever sempre considerar as soluções de TI compostas por software livre. E as características da sua modalidade de licenciamento, que outrora foram responsáveis pela orientação de políticas públicas em razão das suas reconhecidas vantagens, devem ser sempre sopesadas nos processos de aquisição.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Washington Henrique Carvalho. **Análise sobre métricas nos contratos de fábricas de software no âmbito da administração pública federal**. Rio de Janeiro. Albatroz, 2019.

BRASIL. **Portaria STI/MP nº 46, de 28 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a disponibilização de Software Público Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/software-publico/portaria-46.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 1, de 4 de abril de 2019**. Dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISF do Poder Executivo Federal. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Governo Digital. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535). Acesso em: 4 out. 2020.

BITTERCOURT, Sydney. **Licitação de Tecnologia da Informação: Contratações de Bens e Serviços de Informática e Automação**. Rio de Janeiro. Editora JH Mizuno, 2015

CAVALVANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de soluções de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

FESTA, P. Governments push opensource software. **Cnet**, 16 jan. 2002 Disponível em: <http://news.cnet.com/2100-1001-272299.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

PARANÁ. **Lei nº. 14.058 de 12 de novembro de 2003**. Dispõe sobre normas de utilização de programas de computação por órgãos da Administração Pública. Disponível em: [http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod\\_legislativo\\_arquivo/mod\\_legislativo\\_arquivo.php?leiCod=9390&tplei=0&tipo=L](http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=9390&tplei=0&tipo=L). Acesso em: 29 set. 2020.

PARANÁ. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº. 1 de 2003b**. Dispõe sobre a utilização de programas abertos pela administração direta. Disponível em: [http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod\\_legislativo\\_arquivo/mod\\_legislativo\\_arquivo.php?leiCod=12872&tipo=I](http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=12872&tipo=I). Acesso em: 29 set. 2020.

# »»» A ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS QUE VERSAM SOBRE ATIVOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Liz Beatriz Sass<sup>1</sup>  
Tobias Pereira Klen<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da discussão em torno do uso do instituto da arbitragem em conflitos relacionados à propriedade intelectual atendo-se, principalmente, à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Objetiva-se, dessa maneira, realizar um exame da homologação de sentenças arbitrais que versam sobre ativos da propriedade intelectual a partir do levantamento da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. Para tanto utilizou-se o método dedutivo e várias técnicas de pesquisa como investigações bibliográficas e documentais, o uso de textos doutrinários e acadêmicos, e de literatura jurídica sobre o tema. Tendo como pano de fundo o atual modelo da sociedade informacional, o qual proporciona não apenas um aumento das relações comerciais mas também um maior número de conflitos, são apresentadas as principais características que levam o procedimento arbitral a ser o mais adequado para a resolução de disputas comerciais internacionais relativas aos ativos da propriedade intelectual. Em seguida, como resultado de uma pesquisa e análise

- 
- <sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com estágio de Doutorado na Universidade de Alicante (Espanha) pelo PDSE da CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É professora efetiva no Departamento de Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC e líder do Núcleo de Pesquisa em Propriedade Intelectual (NUPPI), vinculado à UFSC.
- <sup>2</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro-pesquisador do Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito Empresarial da UFSC - GEPDE/UFSC. Membro-pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Propriedade Intelectual da UFSC - NUPPI/UFSC. Pesquisador PIBIC/CNPq na área de Direito Empresarial. E-mail: tobiaspk97@gmail.com. Telefone: (48) 99115-5595. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6828879566684432>.

jurisprudencial minuciosa que verificou decisões do Superior Tribunal de Justiça, indica-se como as decisões do judiciário brasileiro proporcionam segurança jurídica às partes que buscam obter eficácia nacional para uma sentença arbitral estrangeira que verse sobre ativo da propriedade intelectual.

**Palavras-chave:** Homologação; Sentença Arbitral Estrangeira; Propriedade Intelectual.

## INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, progressivamente as criações intangíveis ganham destaque e acabam sendo mais valorizadas. Em uma sociedade tão globalizada e interconectada as distâncias são relativizadas e a exploração comercial da propriedade intelectual (PI) ganha cada vez mais força e importância, ao mesmo tempo que acaba originando diversos tipos de conflitos transfronteiriços. Diante desse cenário, a solução judicial convencional já não comporta mais o interesse da sociedade contemporânea, uma sociedade que gradativamente preza por mais especialidade, flexibilidade e celeridade, a “sociedade informacional”. Com isso, devido às suas características, o instituto da arbitragem vêm se apresentando como a solução mais adequada para a resolução de grande parte desta vasta gama de conflitos internacionais que envolvem os ativos da propriedade intelectual.

Todavia, tratando-se de uma questão internacional, como tem se portado o Brasil frente a essa nova realidade? É possível referir algum grau de segurança quanto à satisfação de uma obrigação indicada em uma sentença arbitral estrangeira no contexto brasileiro? Diante de tais questionamentos, a presente pesquisa surgiu a partir do interesse de investigar como se dá a eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras que versam sobre Direitos da Propriedade Intelectual (DPIs) no Brasil, a partir da análise de como tem se portado o judiciário brasileiro, mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto à homologação de tais decisões.

Utilizando o método dedutivo, por meio do estudo de fontes bibliográficas recentes, como doutrinas e artigos nacionais, este trabalho abordará, primeiramente, como a sociedade informacional proporcionou um incremento nas relações comerciais envolvendo ativos da propriedade intelectual, o que conseqüentemente resulta em mais conflitos em tal setor, e

também como esta acabou por tornar a arbitragem internacional um mecanismo cada vez mais procurado.

Em um segundo momento, serão apresentadas algumas características do procedimento arbitral, as quais possibilitam que para diversas disputas envolvendo ativos da propriedade intelectual esse seja o método mais adequado para a resolução da controvérsia.

Por fim, em um terceiro momento, por meio da apresentação de dados oriundos de uma pesquisa jurisprudencial aprofundada, será analisado o comportamento do STJ frente aos pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira que versam sobre ativos da propriedade intelectual.

## **1 A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE INFORMACIONAL NO INCREMENTO DO NÚMERO DE ARBITRAGENS INTERNACIONAIS**

O fenômeno da globalização acabou por proporcionar facilidade às relações econômicas e sociais entre os indivíduos (MARTINS; NASCIMENTO; MACHADO, 2017), principalmente pelo fato do desenvolvimento da sociedade contemporânea ter atingido uma etapa caracterizada pelo papel social crescente da informação. Atualmente, a detenção e a manipulação da informação possuem papel fundamental no desenvolvimento econômico mundial. Esse novo modelo de sociedade, que busca formar um espaço global de informação e onde as pessoas acessam e armazenam uma grande quantidade de informações de forma simples e extremamente rápida, denomina-se “sociedade da informação” (SCAVONE Jr., 2018), ou, nos termos de Castells (2016), “sociedade informacional”.

A sociedade informacional caracteriza-se pela ampla utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), fato que provoca inúmeras transformações em vários setores de atuação do homem, uma vez que tais tecnologias proporcionam inovações organizacionais, comerciais e sociais, além de promoverem novas formas de atuação profissional (CAMPOS; ZORZAL; GERLIN, 2017). A distinção traçada por Castells (2016) quanto ao uso das expressões “sociedade informacional” e “sociedade da informação” permite um aprofundamento adequado a essa característica. Para o autor, o termo sociedade da informação ressalta o papel proeminente da informação

na sociedade contemporânea, enquanto a expressão sociedade informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social, que, em razão das novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico, tem na geração, no processamento e na transmissão de informações os elementos fundamentais para a produtividade e o poder. Para Castells, este é o sentido mais relevante a ser considerado quanto à caracterização da sociedade contemporânea.

De modo semelhante, Rivoir (2009) explica que a sociedade da informação pode ser definida a partir de uma dupla capacidade, decorrente tanto das novas possibilidades trazidas pelas TICs como da organização social da ciência e da tecnologia para a solução de antigos e novos problemas oriundos de uma nova dinâmica produtiva, tecnológica e econômica. Assim, a mercantilização do conhecimento e a importância crescente dos processos de inovação são elementos centrais nesse novo contexto, pois as TICs têm facilitado a difusão dos conhecimentos científicos, o que pode repercutir de forma positiva na qualidade de vida da população, bem como potencializar a quantidade de informações e a velocidade com que estas são transmitidas. De outra parte, essas mesmas TICs são também amplamente utilizadas no setor financeiro, comercial e empresarial, e sua utilização com intuito de promover o desenvolvimento social tem apresentado resultados insatisfatórios. As desigualdades sociais e de poder preexistentes constituem os fatores estruturais que impedem o adequado aproveitamento de tais tecnologias.

Ainda, tal situação também decorre da forma como os DPIs acabaram sendo utilizados para proteger a informação e o conhecimento. Quanto ao tema, Loveluck (2018) explica que a Nova Economia tentou aplicar os modelos-padrão da economia industrial, implementando, para tanto, estratégias para lidar com as facilidades de reprodução da informação, fazendo com que o seu custo marginal para a produção de uma cópia se tornasse próximo de zero. Consequentemente, para controlar o preço de venda da informação, passou-se a cada vez mais controlar os DPIs no âmbito da rede.

Desde então, passa-se a discutir a proteção dos DPIs na Internet com o intuito de assegurar e identificar a comunicação e, assim, ganhar dinheiro na rede. Lentamente, uma nova arquitetura foi desenhada para permitir o exercício da regulação e o controle policial por parte dos meios tradicio-

nais de aplicação do poder estatal. Diante deste cenário, os DPIs passaram a constituir um dos pontos de conflito no que tange ao desenvolvimento da sociedade informacional.

Atualmente é grande o número de disputas internacionais que versam sobre ativos de propriedade intelectual. Tais conflitos estão diretamente relacionados ao aumento de transações comerciais transfronteiriças e suas resoluções costumam exigir amplo conhecimento técnico-jurídico. Ademais, a concretização de negócios no plano internacional por vezes demanda do cumprimento de obrigações em diferentes jurisdições, o que por vezes gera certa insegurança nas partes envolvidas.

Perante este cenário, a arbitragem, devido à praticidade que proporciona às relações jurídicas internacionais (principalmente no que tange a soberania estatal), ao conhecimento técnico dos árbitros, a celeridade, a economicidade e a confidencialidade, dentre outras características do procedimento, tem sido cada vez mais a opção escolhida por muitas partes como meio para a resolução de seus conflitos (FERNANDES; BORGES, 2017). A consolidação da via arbitral como um mecanismo supranacional é uma demonstração clara de como as modificações geradas pela sociedade informacional também acabam afetando o direito (SCAVONE Jr., 2018). De acordo com o Boletim de Resolução de Disputas da Câmara de Comércio Internacional ("*ICC DISPUTE RESOLUTION 2019 STATISTICS*") foram registrados 869 novos casos no ano de 2019 (o segundo maior número de novos casos na história da instituição), com partes oriundas de 147 países e territórios independentes, um recorde.<sup>3</sup>

Quando se analisa os conflitos internacionais envolvendo ativos da propriedade intelectual, percebe-se que a opção pela arbitragem também vem ganhando força. Por isso, dentre as diversas instituições que prestam o serviço de administração de procedimentos arbitrais, existem algumas que possuem centros de arbitragem especialmente dedicados à resolução de conflitos de propriedade intelectual, tais como: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI); o Centro de Arbitragem da Propriedade Intelectual do Japão (JPIAC); o Centro de Arbitragem para Propriedade Industrial, Nomes de Domí-

<sup>3</sup> "*ICC DISPUTE RESOLUTION 2019 STATISTICS*", p. 9. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>. Acesso em: 05 out. 2020.

nio, Firmas e Denominações (ARBITRARE); o Centro de Arbitragem da Aliança Independente de Cinema e Televisão (IFTA Arbitration); a Independent Film & Television Alliance (IFTA); e a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI) – único centro voltado especificamente à resolução de conflitos de PI no Brasil. Embora não sejam centros especializados nesse tipo de matéria, a Câmara de Comércio Internacional (CCI); o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); o Instituto Internacional para a Prevenção e Resolução de Conflitos (CPR); e a Associação Americana de Arbitragem (AAA); também possuem experiência no tratamento de controvérsias relacionadas à propriedade intelectual (MAZZANETTO, 2017).

Todas as referidas instituições, com suas respectivas particularidades, apresentam recursos tecnológicos (programas, ferramentas, sítios eletrônicos de gerenciamento de casos, equipamentos de videoconferência, etc) disponíveis aos árbitros e as partes para utilização durante o curso de um procedimento arbitral (JUNQUEIRA, 2015), fato que também auxilia na internacionalização do instituto da arbitragem, pois proporciona um rompimento de barreiras geográficas (SCAVONE Jr., 2018).

Por mais que seja necessário que o direito se adeque às novas realidades, as futuras transformações promovidas pela sociedade informacional talvez nunca poderão ser previstas diante da rapidez e intensidade em que inovações tecnológicas acontecem. Portanto, um procedimento mais flexível e especializado, e que valoriza a autonomia da vontade das partes, passa a ser uma alternativa mais interessante do que a solução judicial estatal, que já não parece mais comportar as necessidades contemporâneas (SCAVONE Jr., 2018).

## **2 CARACTERÍSTICAS DE PROCEDIMENTOS ARBITRAIS ADEQUADAS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Atualmente a arbitrabilidade de disputas entre particulares relacionadas a DPIs é aceita de forma ampla, uma vez que estes são direitos disponíveis e que a arbitragem é um procedimento baseado no consentimento e na autonomia da vontade das partes.<sup>4</sup> Assim sendo, as diversas qualidades

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html>. Acesso em: 03 out. 2020.

existentes em um procedimento arbitral acabam, muitas vezes, qualificando esse tipo de *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*) como o meio mais adequado para se resolver um conflito relacionado à essa matéria.

A flexibilidade do procedimento arbitral possibilita que as partes escolham as legislações procedimentais e materiais que mais se encaixam ao seu caso concreto, além de possibilitar a escolha do local da arbitragem, o qual pode ser inclusive um foro neutro (ROCHA; MANGO; ASSIS, 2015). A escolha de um foro neutro é importante pois, de acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), quando um conflito internacional é submetido à via judicial, cortes nacionais podem acabar privilegiando a parte originária de seu próprio país. Não obstante, a opção pelo judiciário poderia resultar na existência concomitante de múltiplos procedimentos (de acordo com o número de partes envolvidas e seus respectivos países de origem), cada um em curso com sua legislação específica, o que poderia originar resultados conflitantes.<sup>5</sup>

A confidencialidade da arbitragem, por seu turno, trata de proteger segredos de negócio e informações sigilosas as quais podem ser de fundamental importância para o desenvolvimento das atividades das partes envolvidas no conflito. Outrossim, a confidencialidade também apresenta-se como crucial para que não ocorra nenhuma desvalorização de mercado sobre o ativo objeto da controvérsia (MAZZANETTO, 2017).

A escolha dos árbitros que comporão o tribunal arbitral também é de incumbência das partes, o que permite que sejam indicados profissionais especializados em temas da propriedade intelectual, não havendo a necessidade de que estes sejam juristas, apenas que possuam experiência e conhecimento sobre o objeto do conflito (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Tal condição é de extrema importância devido ao caráter técnico da matéria e o desconhecimento/despreparo do judiciário tradicional para tratar sobre questões envolvendo DPIs.

Ademais, diferentemente do ocorre com as cortes nacionais, a celeridade é também uma característica marcante da arbitragem. Isso acontece porque, geralmente, não há a opção de se recorrer de uma sentença arbitral

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html>. Acesso em: 03 out. 2020.



(MAZZANETTO, 2017), e os árbitros acabam sendo responsáveis por um número menor de casos. Essa velocidade do procedimento se apresenta como crucial em várias situações, uma vez que em diversas disputas envolvendo ativos da propriedade intelectual, como ocorre com inúmeras patentes, existe a necessidade de uma solução urgente devido a tecnologia envolvida (ROCHA; MANGO; ASSIS, 2015).

Devido ao seu caráter menos engessado, o procedimento arbitral possui certo foco nas relações mantidas entre as partes. A valorização da autonomia da vontade permite que a controvérsia seja resolvida de forma a agrandar mais as partes, evitando ao máximo atritos e desgastes desnecessários, e possibilitando que o conflito seja resolvido sem que haja um rompimento negocial definitivo entre os envolvidos, o que é de suma importância a depender do mercado em que estes estão inseridos (MAZZANETTO, 2017).

Quanto aos custos de um procedimento arbitral, estes podem ser melhor dimensionados e de menor valor no decorrer do tempo quando comparados com outras formas de resolução de controvérsias (MAZZANETTO, 2017). Por mais que o custo inicial de uma arbitragem tenha um alto valor, em muitos casos o gasto ao término do procedimento é menor se comparado com a via judicial, uma vez que esta além de costumeiramente demorar para entregar um resultado final também possui um custo de gestão do processo, altos juros e acréscimos legais (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Por fim, como será melhor aprofundado adiante, a sentença arbitral estrangeira possui uma eficácia transnacional maior que uma sentença judicial, ou seja, para a parte vencedora a sentença arbitral é mais fácil de ser executada em outros países (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Essa inclusive foi considerada a característica mais “valiosa” de um procedimento arbitral internacional pela “2018 International Arbitration Survey”, pesquisa empírica realizada pela escola de arbitragem internacional da “Queen Mary University” de Londres, em parceria com o escritório de advocacia americano “White & Case”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”, p. 9. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 01 out. 2020.

Dessa forma, percebe-se que a escolha da via arbitral como forma de resolução de conflitos que têm como objeto algum ativo da propriedade intelectual acaba sendo uma escolha estratégica (MAZZANETTO, 2017). As características específicas dos procedimentos arbitrais acabam sendo atrativos para as partes, de forma que o número de procedimentos envolvendo propriedade intelectual tem aumentado de forma considerável nos últimos anos (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). De acordo com a OMPI, seu centro de mediação e arbitragem já administrou 233 procedimentos arbitrais, incluindo casos com partes brasileiras.<sup>7</sup> Ademais, para 81% dos entrevistados da “2018 International Arbitration Survey” (entre advogados, árbitros, especialistas, entusiastas, etc) a arbitragem internacional tende a crescer como forma de resolução de disputas envolvendo o setor de tecnologia.<sup>8</sup>

Os temas de tais casos variam muito, podendo ser relacionados à questões patentárias, transferência de tecnologia, direitos autorais, marcas, *joint ventures*, entre outros.<sup>9</sup> Cabe, portanto, às partes utilizarem de seu poder de escolha e convencionarem que as controvérsias oriundas de um direito disponível da propriedade intelectual sejam solucionados por meio de arbitragem, com o intuito de obterem a melhor solução possível.

### **3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS QUE VERSAM SOBRE ATIVOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Como já visto, os conflitos que envolvem propriedade intelectual por vezes acabam tendo dimensões internacionais, uma vez que as partes envolvidas no conflito podem estar sediadas em diferentes jurisdições (MAZZANETTO, 2017). Dessa maneira, os novos recursos tecnológicos proporcionados pela sociedade informacional e incorporados pelos centros de

---

<sup>7</sup> Informações concedidas pelo centro de mediação e arbitragem da OMPI por meio de consulta eletrônica no ano de 2019.

<sup>8</sup> “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”, p. 32. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>. Acesso em: 04 out. 2020.

arbitragem, acabam por facilitar a realização de procedimentos arbitrais internacionais, uma vez que fatores como distância e tempo acabam deixando de se tornar empecilhos (SCAVONE, JR., 2018).

Quando um procedimento arbitral é sediado fora do Brasil, resulta em uma sentença arbitral estrangeira (SCAVONE Jr., 2018), conforme indica o parágrafo único do art. 34 da Lei Brasileira de Arbitragem (LBA), o qual estabelece que “*Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.*”. O Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 52/2002, ratificou a “Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”<sup>10</sup> de 1958, também conhecida como “Convenção de Nova York”. A Convenção de Nova York, acaba conferindo às sentenças arbitrais uma grande aceitabilidade no plano internacional (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019), o que significa que uma sentença arbitral estrangeira pode ser facilmente reconhecida e executada nos países signatários (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

No Brasil, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, na pessoa de seu presidente, a função de homologar essas sentenças, de acordo com o art. 105, I, i, da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e pelo art. 216-A do Regimento Interno da corte (RISTJ) (SCAVONE Jr., 2018).

Para que ocorra a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo STJ a parte interessada deve se atentar aos requisitos dos arts. 37, 38 e 39 da LBA, aos arts. 216-C e 216-D do RISTJ e, subsidiariamente, aos arts. 960 a 965 do Código de Processo Civil e ao art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (SCAVONE JR., 2018). Todavia, é importante salientar que o art. 216-F do RISTJ, assim como os arts. 38 e 39 da LBA, também garantem ao STJ o poder de rejeição a um pedido de homologação, em caso de ausência dos requisitos formais necessários ou no caso da existência de alguma causa impeditiva, como ofensa à ordem pública nacional, uma vez que a jurisprudência da corte já é pacífica no sentido da impossibilidade da análise do mérito (SCAVONE Jr., 2017). Também é possível a contestação da homologação

---

<sup>10</sup> “**Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award**”. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

pela parte requerida, neste caso, cabe à Corte Especial do STJ a análise da questão, conforme art. 216-K do RISTJ, o qual ainda, em seu parágrafo único, permite ao relator decidir monocraticamente caso já exista entendimento consolidado da Corte Especial sobre a matéria.

Diante da progressiva demanda pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras que versam sobre conflitos envolvendo propriedade intelectual, mais do que nunca, é necessário entender como tem sido a atuação do STJ e como tem se formado a jurisprudência nacional brasileira sobre o tema, de forma a proporcionar as partes maior tranquilidade quanto à possibilidade de obterem um provimento efetivo em suas medidas executivas.

Para tanto, realizou-se pesquisa na base jurisprudencial do STJ<sup>11</sup>, concluída em 09 de outubro de 2020, utilizando-se os seguintes parâmetros de busca: a) Utilizou-se a ferramenta “Pesquisa de Jurisprudência” b) No campo “Digite o termo que deseja procurar” utilizou-se: b.1) “homologação E “sentença arbitral” E marca”; b.2) “homologação E “sentença arbitral” E patente”; b.3) “homologação E “sentença arbitral” E “desenho industrial”; b.4) “homologação E “sentença arbitral” E “joint venture”; b.5) “homologação E “sentença arbitral E franquias”; b.6) “homologação E “sentença arbitral” E “transferência de tecnologia”; b.7) “homologação E “sentença arbitral” E “direito autoral”; b.8) “homologação E “sentença arbitral” E “direitos autorais”; b.9) “homologação E “sentença arbitral” E licenciamento”; b.10) “homologação E “sentença arbitral” E “know-how”; b.11) “homologação E “sentença arbitral E licença”; b.12) “homologação E “sentença arbitral E transferência”; b.13) “homologação E “sentença arbitral E tecnologia”.

Após tratamento e análise aprofundada de todas as decisões resultantes da busca, localizou-se 08 casos<sup>12</sup>, todos relativos à contestação de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, os quais permitem uma melhor compreensão quanto ao comportamento do judiciário brasileiro em relação ao assunto. Da pesquisa, observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que trata sobre o tema, apesar de crescente, ainda não comporta muitos casos.

---

<sup>11</sup> <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>12</sup> Homologação de Decisão Estrangeira n. 120; Sentença Estrangeira Contestada n. 1 / KR; Sentença Estrangeira Sentença Estrangeira Contestada n. 349; Contestada n. 1657; Sentença Estrangeira Contestada n. 3687; Sentença Estrangeira Contestada 6365; Sentença Estrangeira Contestada n. 16016; Sentença Estrangeira n. 11036.

Os principais temas trazidos nas referidas ações versam sobre marca, transferência de tecnologia, transmissão de *know-how*, direito autoral (licenciamento de obras cinematográficas) e *joint venture*. Embora algumas decisões se refiram à tecnologia e ao seu uso/transferência, nenhuma traz de forma expressa temas como patente, desenho ou segredo industrial.

Nos casos analisados, o tempo médio entre a autuação do processo e a prolação da decisão de homologação da sentença arbitral estrangeira foi de aproximadamente 35 meses, período que pode ser considerado muito longo quando comparado à média de 09 meses para a prolação de sentenças obtida pelo STJ no ano de 2019.<sup>13</sup> Todavia, pode-se afirmar que o STJ tem cumprindo seu papel e exercido uma função meramente deliberatória, ou seja, apenas verificando se as pretensões dos requerentes atendem aos requisitos de seu Regimento Interno, da LBA, do Código de Processo Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não adentrando o mérito das questões decididas. Contudo, ressalta-se que a depender da complexidade do caso discutido, a corte realiza minuciosa, aprofundada e bem fundamentada análise, diferentemente do que costuma ocorrer nos procedimentos de homologação. Em um desses casos<sup>14</sup>, o STJ acabou por deferir apenas em parte o pedido de homologação e procedeu o “decote” da sentença estrangeira (o único dentre os 08 casos estudados). Tal incidente ocorreu pois a corte intentou proteger a coisa julgada visto que observou-se a existência de decisão anterior à homologação, proferida por Juízo Nacional e que versava sobre parte da controvérsia. Por essa razão, os ministros decidiram que a decisão nacional deveria prevalecer sobre a decisão arbitral (as quais acabaram sendo equivalentes), uma vez que o propósito da via homologatória é internalizar os efeitos de decisão proferida no estrangeiro, não sendo lógica a pretensão quanto a temas abrangidos por decisões da justiça brasileira.

Em 03 casos<sup>15</sup>, houve interposição de Recurso Extraordinário, visando a reforma pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da decisão que homologou a sentença arbitral estrangeira. A Vice-Presidência do STJ não admitiu nenhum

---

<sup>13</sup> **Relatório “Justiça em Números 2020” do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 06 out. 2020.

<sup>14</sup> Sentença Estrangeira Contestada n. 1 / KR.

<sup>15</sup> Sentença Estrangeira Contestada n. 1 / KR; Sentença Estrangeira Contestada n. 349; Sentença Estrangeira Contestada n. 16016.

dos recursos, indicando a existência de ofensa meramente reflexa à Constituição Federal, ofensa à Súmula 454 do STF - uma vez que a argumentação recursal baseava-se na interpretação de cláusulas contratuais - ou ofensa à Súmula 279 do STF - uma vez que a argumentação recursal foi baseada em aspectos de cunho fático-probatório.

Ainda, no presente estudo foram encontradas 03 decisões<sup>16</sup> que tratavam sobre pedidos de tutela provisória em processos de homologação, todos de natureza urgente. O art. 216-G do RISTJ, com redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016, admite a concessão de tutela provisória nos procedimentos de homologação de decisão estrangeira. Em todos os casos em questão, o pedido de tutela de urgência foi indeferido devido a ausência dos requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Importante salientar, todavia, que de acordo com o entendimento da corte: “no caso em que a sentença arbitral estrangeira ainda estiver pendente de homologação, não há por que requerer uma tutela provisória utilizando-se do argumento de que houve “desrespeito a comando judicial”, uma vez que a referida sentença ainda não possui eficácia no território nacional (art. 216-B RISTJ).<sup>17</sup> Ademais, cumpre mencionar que o STJ também demanda a adequada instrução do pedido para conceder a tutela pretendida. Em 02 dos casos<sup>18</sup> em que houve requerimento de tutela provisória de urgência as partes acabaram por celebrar acordo e, por tal razão, não houve decisão final relativa ao pedido de homologação.

Finalmente, de acordo com o art. 216-L do RISTJ, o Ministério Público Federal (MPF) terá vista dos autos, podendo impugnar o pedido de homologação, caso assim entenda necessário. Analisando a jurisprudência da corte, percebe-se que existe um total alinhamento entre os pareceres ministeriais e as decisões proferidas pelo ministros, uma vez que todas as decisões do STJ seguiram a opinião emitida pelo MPF.

---

<sup>16</sup> Homologação de Decisão Estrangeira n. 120; Sentença Estrangeira Contestada n. 1657; Sentença Estrangeira n. 11036.

<sup>17</sup> Homologação de Decisão Estrangeira n. 120.

<sup>18</sup> Sentença Estrangeira Contestada n. 349; Sentença Estrangeira Contestada n. 1657.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que, de fato, a sociedade informacional tem contribuído para o aumento das relações comerciais transnacionais e, por conseguinte, dos conflitos internacionais. Diante de tal cenário, inúmeras empresas têm optado pela utilização da arbitragem para resolver seus conflitos de natureza transfronteiriça, devido as mais diversas qualidades do instituto. Quando se trata de propriedade intelectual a situação não é diferente.

Devido à complexidade e à especialização da matéria da propriedade intelectual, características como a flexibilidade do procedimento e o conhecimento técnico dos árbitros acabam por cancelar a arbitragem como a escolha mais estratégica para a resolução de tais disputas. Não obstante, a maior eficácia transnacional da sentença arbitral em relação à sentença judicial acaba se tornando o principal atributo dessa *ADR*. No Brasil, tal eficácia também pode ser vista nos casos envolvendo matérias relacionadas aos DPIs.

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite verificar que o detentor de uma sentença arbitral internacional que verse sobre ativos da propriedade intelectual pode tranquilamente buscar sua execução, homologando-a no Brasil, sem medo de qualquer dirigismo da corte. Apesar de uma demora significativa na análise, em tais casos o STJ tem cumprido sua função, não adentrado no mérito das demandas e cumprindo um papel meramente deliberatório. Percebe-se, ainda, um total alinhamento entre o Ministério Público Federal e o STJ no que tange à concessão da homologação.

No entanto, ressalta-se que as partes devem se atentar aos pedidos relacionados à concessão de tutela provisória, mecanismo de extrema importância para assuntos relacionados à propriedade intelectual, nos processos de homologação de sentença arbitral estrangeira, uma vez que o STJ não tem concedido tais medidas alegando ausência dos requisitos legais ou falta de instrução adequada. Ainda, cabe a ressalva de que nos casos em que a sentença arbitral esteja sendo infringida, a argumentação da existência de “desrespeito a comando judicial” não se enquadra como demonstração de elemento que evidencia a probabilidade do direito alegado, uma vez que a referida sentença ainda não possui eficácia no território nacional de acordo com o Regimento Interno do STJ.

Por fim, conclui-se que o Brasil ainda possui um jurisprudência escassa sobre o tema, porém crescente e muito sólida, fato que concede grande se-

gurança jurídica e tranquilidade àqueles que atuam na seara da propriedade intelectual, especialmente os atores do setor de tecnologia mundial, e que desejam negociar ou investir com empresas nacionais assim como utilizar o instituto da arbitragem como método para a resolução de seus conflitos.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA n. 120**. Julgado em 18/12/2018. Dje 11/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 1 / KR**. Julgado em 19/10/2011. Dje 01/02/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. SENTENÇA ESTRANGEIRA Contestada n. 349**. Julgado em 04/12/2013. Dje 09/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 1657**. Julgado em 17/04/2006. Dje 20/04/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 3687**. Julgado em 03/05/2017. Dje 10/05/2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 6365**. Julgado em 06/02/2013. Dje 28/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 16016**. Julgado em 20/11/2017. Dje 27/11/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA n. 11036**. Julgado em 21/03/2007. Dje 21/05/2007.

CAMPOS, Ana Cláudia Borges; ZORZAL, Luiza; GERLIN, Meri Nadia Marques. **Na Sociedade da Informação uma Metamorfose de Conceitos: Conhecimento e Habilidades Requeridas ao Profissional da Informação**. Anais SIDEMUC, Aracajú, v. 1, n. 8, p.1-13, out. 2017. Disponível em: <https://eventos.set.edu.br/index.php/simeduc/article/view/8630>. Acesso em: 25 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17 ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 1. (A era da informação: economia, sociedade e cultura).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório “Justiça em Números 2020”**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 06 out. 2020.

FERNANDES, Almir Garcia; BORGES Florença Drummond. A Arbitragem Internacional Privada como Método de Resolução de Disputas Comerciais. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 15-40, ago. 2017.



FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson, MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **“ICC DISPUTE RESOLUTION 2019 STATISTICS”**. p. 9. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>. Acesso em: 05 out. 2020.

JUNQUEIRA, Gabriel Hersovici. **Arbitragem Brasileira na Era da Informática: Um Estudo das Principais Questões Processuais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 94.

LOVELUCK, Benjamin. **Redes, Liberdade e controle: uma genealogia política da Internet**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018.

MARTINS, Marcelo Guerra; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACHADO, Rony Max. Os Novos Serviços na Sociedade da Informação: o Caso do Uber na Cidade de São Paulo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 159, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p154. ISSN: 2178-8189.

MAZZANETTO, Nathalia. **Arbitragem e Propriedade Intelectual: Aspectos Estratégicos e Polêmicos**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEEN MARY UNIVERSITY. **“2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”**. p. 9. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 01 out. 2020.

RIVOIR, Ana Laura. La Sociedad de La Información y el Conocimiento: hacia un paradigma complejo. In: RABAJOLI, Graciela. IBARRA, Mario. BAEZ, Mónica. **Las Tecnologías de La Información y la Comunicación en el aula: Plan**. Uruguay: CEIBAL – MEC, 2009. p. 12-15.

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma; MANGO, Andrei Rossi; ASSIS, Taíza Soares de. Benefícios da Arbitragem Internacional em Litígios de Infração de Patente. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 38, p.215-220, 2015.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem - Mediação e Conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award**. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY. **Why Arbitration in Intellectual Property?**. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html>. Acesso em: 03 out. 2020.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY. **WIPO Caseload Summary**. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>. Acesso em: 04 out. 2020.



## Capítulo VII

# PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E CONHECIMENTO

# »»» PROTEÇÃO AUTORAL PARA MODELOS DE VESTUÁRIO? (AC. DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO CASO COFEMEL/G-STAR (C-683/17) DE 12.09.2019)

Maria Victória Rocha<sup>1</sup>

**RESUMO:** O caso *Cofemel* tem por objeto a relação entre tutela autoral e proteção por desenhos ou modelos das obras de arte aplicada ao abrigo do art. 2, al. a) da Diretiva InfoSoc, tendo o TJUE considerando que estas estão abrangidas neste artigo, uma vez que a noção de obra constitui uma noção autónoma da UE que se aplica de forma uniforme em todos os Estados-membros, não podendo estes exigir mais requisitos para proteção pelo Direito de Autor dos desenhos ou modelos protegidos cumulativamente pelo Direito Industrial. O marcado efeito visual estético, que vai além do objetivo funcional dos desenhos ou modelos, como é o caso dos modelos de vestuário em análise, não é suficiente para a sua qualificação como obra, ao abrigo do artigo em causa. Lamentavelmente, o Ac. *Cofemel* é puramente descritivo, não fornecendo qualquer critério que nos permita especificar em termos práticos o conceito de originalidade em matéria de obras de arte aplicada e também não providencia qualquer base sólida relativamente à política legislativa a seguir em matéria de cumulação parcial de proteções como obra e como desenho ou modelo, nomeadamente em matéria de adequação das limitações e exceções, e outros aspetos que são necessariamente diversos em cada um dos casos. Tal tarefa só pode ser cumprida *de lege ferenda*.

**Palavras-chave:** arte, arte aplicada, cumulação, cúmulo, desenho ou modelo, obra

## I ACÓRDÃO COFEMEL

O Ac. *Cofemel* teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de Portugal, originado por

---

<sup>1</sup> Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. SC. E-mail: [virocha@porto.ucp.pt](mailto:virocha@porto.ucp.pt) e [victoriarocha@netcabo.pt](mailto:victoriarocha@netcabo.pt).

um litígio entre as sociedades comerciais *Cofemel* e *G-Star*, duas sociedades que se dedicam à confecção e comercialização de vestuário. A *G-Star* é uma empresa de vestuário urbano, que existe desde 1989. Especializa-se na manufatura de ganga não lavada previamente (*raw denim*). A empresa, desde a década de 1990, utiliza as marcas *G-STAR*, *G-STAR RAW*, *G-STAR DENIM RAW*, *GS-RAW*, *G-RAW* e *RAW*. O vestuário criado, confeccionado e comercializado sob estas marcas inclui um modelo de calças de ganga denominado *ARC*, bem como um modelo de *sweatshirt* e de *T-shirt* denominado *ROWDY*<sup>2</sup>. A *Cofemel* é uma empresa portuguesa, que existe desde 1982 que produz e comercializa roupa, incluindo calças de ganga, *sweatshirts* e *T-shirts*, sob a marca comercial *Tiffosi*.

Em 30 de agosto de 2013, a *G-Star* instaurou no Tribunal de Propriedade Intelectual (TPI) uma ação declarativa de condenação contra a *Cofemel*, pedindo que esta fosse obrigada a cessar a violação dos seus direitos de autor e os atos de concorrência desleal praticados contra si, bem como a indemnizá-la pelo danos sofridos e, em caso de nova infração, a pagarlhe uma sanção pecuniária compulsória diária até à cessação desta. A *GStar* alegou, entre outros aspetos, que alguns dos modelos de calças de ganga, de *sweatshirts* e de *T-shirts* produzidos pela *Cofemel* eram idênticos aos seus modelos *ARC* e *ROWDY*, que estes últimos modelos de vestuário constituíam criações intelectuais originais e que, por essa razão, deviam ser qualificados como obras protegidas por direitos de autor. A *Cofemel* contestou alegando, nomeadamente, que os referidos modelos de vestuário não podiam ser qualificados como *obras*, pelo que não estavam protegidas pelo Direito de Autor. O TPI julgou a ação parcialmente procedente condenando a *Cofemel*, entre outros aspetos, a cessar a violação dos direitos de autor da *GStar*, a pagar a esta última uma quantia equivalente aos lucros que obteve com a venda do vestuário produzido em violação dos direitos de autor e a pagarlhe uma sanção pecuniária compulsória diária em caso de nova infração.

---

<sup>2</sup> Em 2007, os designers Rixt van der Tol e Pierre Morisset criaram as *ARC pants* (calças Arco) para a *G-Star*, seguindo os princípios de construção 3D da empresa. As calças utilizam fios torcidos criando um efeito *corkscrew* (saca-rolhas). Em 2010 Ruud de Bruin, um dos designers da *G-Star*, desenvolveu a *G-Star ROWDY sweatshirt* com capuz, com um esquema de cores específico e uma impressão frontal. A *G-Star* também comercializa as *ROWDY T-shirts*. Cf. RENDAS, T., **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 13, n.º6, 2018, p. 439.

A *Cofemel* interpôs recurso da sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa, que a confirmou. O Tribunal de recurso entendeu que o art. 2.º, n.º 1, al. i), do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) devia ser compreendido à luz da Diretiva InfoSoc, conforme interpretada pelo TJUE nos Ac.s de 16 de julho de 2009, *Infopaq* (C5/08), e de 1 de dezembro de 2011, *Painer* (C-145/10), no sentido de que a proteção do direito de autor conferida às obras de arte aplicada, aos desenhos ou modelos industriais e às obras de *design* dependia da sua originalidade, no sentido de serem o resultado da criação intelectual do seu autor, sem que fosse exigido um grau particular de valor estético ou artístico. O referido Tribunal considerou que os modelos de vestuário *ARC* e *ROWDY* da *G-Star* constituíam obras que beneficiavam da proteção conferida pelo direito de autor. Por último, considerou que algum vestuário produzido pela *Cofemel* violava os direitos de autor da *G-Star*.

A *Cofemel* interpôs recurso de revista para o STJ, órgão jurisdicional de reenvio. O STJ considerou provado que os modelos em causa foram criados por *designers* que trabalhavam para a *G-Star* e por *designers* ao serviço desta que lhe transmitiram por acordo os seus direitos de autor. Considerou ainda provado que os modelos de vestuário em causa eram fruto de conceitos e de processos de fabrico reconhecidos como inovadores no mundo da moda. Por fim, deu como provado que os mesmos modelos comportavam vários elementos específicos (efeito de três dimensões, esquema de montagem das peças, local de colocação de certos componentes, etc.) que a *Cofemel* usou parcialmente na confeção do vestuário da sua marca.

O STJ salientou que o art. 2.º, n.º1, al. i) CDADC inclui expressamente as obras de arte aplicada, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* no elenco das obras que beneficiam da proteção conferida pelo Direito de Autor, mas não especifica qual é o grau de originalidade exigido para que determinados objetos sejam qualificados como obras desse tipo. Esta é a questão que está no cerne do litígio que opõe a *Cofemel* e que nunca foi consensual na jurisprudência e doutrina portuguesas. Por este motivo, o STJ considerou pertinente saber se à luz da interpretação da Diretiva InfoSoc<sup>3</sup> consagrada pelo TJUE no Ac.s. de 16 de julho de 2009, *Infopaq* (C-5/08), e de

---

<sup>3</sup> Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, JO L 167 de 22.06.2001 p. 0010 – 0019.

1 de dezembro de 2011, *Painer* (C-145/10), a proteção garantida pelo direito de autor conferida a estas obras de *design*, de arte aplicada e desenhos ou modelos se basta com o mesmo critério de originalidade que se exige a qualquer obra literária e artística, ou seja, serem originais, no sentido de serem o resultado da criação intelectual do próprio autor, ou se é possível condicionar esta proteção à existência de um grau particular de valor estético ou artístico.

Nestas circunstâncias, o STJ decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

«1) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) — que confira proteção jusautoral a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design que, extravasando o fim utilitário que servem, gerem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético, sendo a sua originalidade o critério central da atribuição da proteção, no âmbito dos direitos de autor[?]

2) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do CDADC — que confira proteção jusautoral a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design se, à luz de uma apreciação particularmente exigente quanto ao seu carácter artístico, e tendo em conta as conceções dominantes nos círculos culturais e institucionais, merecerem ser qualificadas como “criação artística” ou “obra de arte”[?]

O TJUE respondeu à primeira questão, decidindo que o art. 2.º, al. a) da Diretiva InfoSoc deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma legislação nacional confira proteção ao abrigo do Direito de Autor a modelos, no caso os modelos de vestuário do processo principal, pelo facto de os mesmos, extravasando o fim utilitário que servem, gerarem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético.

Atendendo à resposta dada a esta primeira questão, o TJUE considerou que não havia que responder à segunda questão.

## II COMENTÁRIO

### 1 Noções gerais

A legislação da UE que harmonizou o conceito de originalidade apenas o fez relativamente a determinadas matérias: os programas de computador (art. 1, n.º 3 Diretiva sobre Programas de Computador<sup>4</sup>), bases de dados (art. 3 n.º1 Diretiva sobre Bases de Dados<sup>5</sup>) e fotografias (art. 6 da Diretiva sobre a Duração do Direito de Autor e dos Direitos Conexos)<sup>6</sup>. As obras que pertençam a uma destas categorias serão consideradas originais se forem resultados de criações intelectuais próprias do seu autor. Numa série de decisões que tiveram o seu início com o Ac. de 16 de julho de 2009 *Infopaq* (C5/08), o TJUE desenvolveu esta fórmula vaga e estendeu-a a todos os tipos matérias suscetíveis de proteção pelo direito de autor. Todavia, as obras de arte aplicada e os desenhos ou modelos, aparentemente, ficaram fora do alcance do conceito.

O art. 96, n.º 2 do Regulamento sobre Desenhos ou Modelos (RDM)<sup>7</sup> e o art. 17 da Diretiva 98/71, de harmonização das legislações nacionais no âmbito dos desenhos ou modelos (DDeM)<sup>8</sup> expressamente determinam a exigência da cumulação de proteções via desenhos ou modelos registados e Direito de Autor. O art. 17 da DDeM determina que o desenho ou modelo protegido num Estado-membro, de acordo com a diretiva, beneficiará igualmente da legislação dos Estados-membros em matéria de direito de autor, a

<sup>4</sup> Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à proteção jurídica dos programas de computador (Versão codificada), **JO n.º L 111**, 5.5.2009, p. 16–22.

<sup>5</sup> Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, **Jornal Oficial n.º L 077** de 27/03/1996 p. 0020 – 0028,

<sup>6</sup> Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada), **JO L 372**, 27.12.2006, p. 12–18 (art. não alterado pela Diretiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2011).

<sup>7</sup> Regulamento (CE) n.º6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, sobre Desenhos ou Modelos Comunitários.

<sup>8</sup> Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de outubro de 1998 relativa à proteção legal de desenhos e modelos (JO L 289, de 28 de outubro de 1998, pp.28-33.

partir da data em que esse desenho ou modelo tenha sido criado ou definido sob qualquer forma. Todavia, é deixado a cada Estado-membro determinar o âmbito dessa proteção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade requerido. O art. 96, nº 2 RDM prescreve uma proteção cumulativa para os desenhos ou modelos comunitários, com uma redação idêntica à do art. 17 da DDeM<sup>9</sup>. O objetivo das normas em causa terá sido deixar claro que o facto uma obra de arte, protegida pelo Direito de Autor, poder também ser protegida pela legislação relativa aos desenhos ou modelos não era impeditivo daquela primeira proteção. Como salienta OTERO LASTRES, a regra da cumulação deve aplicar-se em exclusivo ao caminho de ida, ou seja, uma obra protegida pelo Direito de Autor pode ser protegida também pelo Direito Industrial, como desenho ou modelo, mas a regra já não se aplica ao caminho de retorno, ou seja, não pode significar que todos os desenhos ou modelos protegidos pelo Direito Industrial devam também ser protegidos como obras pelo Direito de Autor<sup>10</sup>.

A DDeM não contém uma harmonização do regime de cumulação em matéria de desenhos e modelos com direito de autor. Perante uma enorme diversidade de sistemas nacionais na UE de não cúmulo, cúmulo parcial, mais ou menos restrito e cúmulo total, ou quase total, apenas vem afastar a não cumulação. Todavia, aparentemente, deixa aos Estados-membros total liberdade para fixarem o alcance a as condições da proteção, designadamente, em matéria de originalidade exigível para poder haver cúmulo entre a proteção via Direito de Autor e a proteção específica decorrente da Propriedade Industrial, via desenhos ou modelos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> O art. 17 DDeM concretiza o Considerando 8, que se refere expressamente ao cúmulo de proteções entre desenhos ou modelos e direito de autor, deixando, no entanto, ao mesmo tempo aos Estados-membros a liberdade de fixarem o alcance da proteção ao abrigo dos direitos de autor e as condições em que em que é conferida essa proteção..

<sup>10</sup> OTERO LASTRES, in FERNÁNDEZ-NÓVOA/ OTERO LASTRES/ BOTANA AGRA, **Manual de la Propriedad Industrial**, Marcial Pons, Madrid, pp. 405-406.

<sup>11</sup> Dadas as diversas tradições dos países da UE, foi o compromisso que se conseguiu atingir. Cf. *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs. Working document of the services of the Commission*, Doc. 111/F/5131/91-En, junho de 1991. Apesar do facto de a proteção das obras de arte aplicada ser tão antiga como a Propriedade Industrial, levanta questões muito complexas. Ao longo do tempo ficou sempre em aberto a possibilidade de proteção cumulativa com a tutela autoral. Em muitos sistemas nacionais, atendendo ao confronto com a liberdade de concorrência, a proteção cumulativa ficou muitas vezes dependente de um maior grau de altura criativa (*Gestaltungshöhe*), como defendia a *Stu-*



## 2 Situação de indefinição em Portugal

O legislador português limitou-se a transpor de forma acrítica a DDM, dando cumprimento ao disposto na mesma no art. 200º do anterior Código da Propriedade Industrial (CPI) de 2003, que corresponde ao atual art. 194º CPI de 2018 (em vigor desde 31 de julho de 2019, nesta matéria), que em nada modificou a redação anterior. Perdeu-se a oportunidade de determinar o alcance e condições da acumulação de proteções das obras de arte aplicada como desenhos ou modelos e como obras com tutela autoral, incerteza que tem dado lugar a uma doutrina díspar e a uma jurisprudência imprevisível, com prejuízo das empresas que investem em *design* criativo e inovador<sup>12</sup>.

O CPI determina, no seu art. 194.º, sob a epígrafe “Relação com os direitos de autor” que qualquer modelo ou desenho registado beneficia, igualmente, da proteção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho foi criado ou definido, sob qualquer forma. A norma resulta da transposição literal do art. 17.º da DDeM e é repetida no art. 96.º, n.º 2 do RDM.

Portugal limitou-se a transpor de forma acrítica a norma em causa, apesar de, quer a DDeM, quer o RDM, reconhecerem ao Estados-membros completa liberdade para determinar o âmbito de proteção e as condições da mesma, incluído o grau de originalidade requerido para a proteção cumulativa<sup>13</sup>.

O art. 2.º, n.º 1, al. i) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) prevê como obras suscetíveis de proteção as obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e as obras de *design* que constituam criação artística, independentemente da proteção relativa à proprie-

---

*fentheorie* alemã, ou de um elevado valor artístico, como decorria da *scindibilità* italiana. Já em países como a França, sempre se seguiu a tradicional teoria da unidade da arte. Cf. ROSATI, Eleanora, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2019, Vol.14, n.º 12, pp. 931-932, em especial p, 931.

<sup>12</sup> Com bem acentua SILVA, P. SOUSA E, **Direito Industrial, Noções Fundamentais**, 2ª ed., Almedina, Coimbra, p. 166.

<sup>13</sup> MARQUES, R., **Bioteologias(s) e Propriedade Intelectual**, 2 Vols., Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.

dade industrial. Nunca foi objetivo do Direito de Autor proteger apenas as obras puramente decorativas. Pelo contrário, a função não é requisito de proteção (art. 1.º, n.º 2 CDADC). Tanto se protegem as obras utilitárias (e.g. uma obra de arquitetura, uma peça de *design* traduzida numa cadeira, num copo, em vestuário, ou acessórios de moda) como as obras consideradas de arte pura (e.g. um quadro, uma escultura, uma serigrafia)

A maioria da doutrina retira a existência de cúmulo parcial entre nós da relação entre o art. 194º CPI e uma certa interpretação do art. 2º, n.º 1, al. i) CDADC, no sentido de se exigir um maior valor artístico para as obras nas hipóteses de cumulação com desenhos ou modelos registados<sup>14</sup>. Essa é a posição de COUTO GONÇALVES<sup>15</sup> e de BÁRBARA QUINTELO RIBEIRO, para quem a criação artística exigida no art. 2.º, n.º 1, alínea i) do CDADC consubstancia obrigação *extra*, impondo uma apreciação do mérito, e concluindo que o CDADC parece ter adotado a *Gestaltungshöhe* do Direito alemão, em detrimento de outros critérios possíveis<sup>16</sup>. MENEZES LEITÃO refere que deverá “exigir-se uma criação artística qualificada, no sentido de que o desenho ou modelo suscite, para além da sua aplicação funcional, uma apreciação de mérito em termos estéticos, que seja objeto de reconhecimento externo”<sup>17</sup>. OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que em várias ocasiões a lei faz depender a obra utilitária de um requisito especial. É o que se passa nas obras de artes aplicadas e semelhantes, na medida em que a al. i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC exige

<sup>14</sup> O art. 163.º CDADC especifica que a proteção aqui referida se estende às maquetas de cenários, figurinos, cartões para tapeçarias, maquetas para painéis cerâmicos, azulejos, vitrais, mosaicos, relevos rurais, cartazes e desenhos publicitários, capas de livros e, eventualmente, à criação gráfica que estes impliquem, que sejam criação artística.

<sup>15</sup> Caso a obra seja simultaneamente protegida pelos direitos de autor e pelos desenhos ou modelos, na prática, o autor pode continuar a gozar do direito de exclusivo desenho ou modelo, mas via direito de autor. GONÇALVES, L. M. COUTO não concorda com esta proteção tão longa e propõe uma solução de compromisso, *de iure constituto*, de analisar este direito de exclusivo, que permite aos seus titulares oporem-se a que outros concorrentes o possam usar, à luz do abuso de direito, como forma de salvaguardar o interesse público da livre concorrência. Ou seja, para o autor não seria de ultrapassar o prazo dos 25 anos. GONÇALVES, L. M. COUTO, **Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal**, 8ª ed atualizada, Almedina, Coimbra., pp. 164-165 e nota 358.

<sup>16</sup> RIBEIRO, B. QUINTELA, “A Tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, ASCENSÃO, J. OLIVEIRA (Coord.), **Direito Industrial**, Vol V, 2008, Almedina, Vol. V. pp. 477-528. A autora repete esta ideia ao longo de todo o seu texto, nomeadamente a p. 501 ss. e p. 506 ss.

<sup>17</sup> LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, **Direito de Autor**, Almedina, Coimbra, 2011, p. 89.

que as obras constituam criação artística, exigência que não é efetuada para as outras categorias de obras artísticas. “Isto só pode significar uma exigência reforçada de proteção”<sup>18</sup>. A lei quer afastar do Direito de Autor as obras de mero caráter utilitário, que já são tuteladas suficientemente pelo Direito Industrial. “Isto significa que a lei só permite a entrada no Direito de Autor das obras de artes aplicadas quando o seu caráter artístico prevalecer claramente sobre a destinação industrial do objeto”<sup>19</sup>.

Pela nossa parte, entendemos que não se deve seguir o caminho interpretativo proposto quanto à alínea i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC, de resto hoje já ultrapassado mesmo na Alemanha<sup>20</sup>. A aceitar a argumentação dos autores mencionados, teremos de salientar a forma desastrada como a exigência é feita na alínea i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC. Em vez de haver uma

<sup>18</sup> Cf. ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 92 ss., em especial, p. 94.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 94.

<sup>20</sup> O modelo de cumulação parcial teve a sua origem e expoente máximo na *Stufentheorie* do Direito Alemão, na exigência de uma certa altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Na sequência da reforma da lei sobre desenhos ou modelos de 2004, o BGH veio a mudar a sua posição. A mudança já se nota no Ac. de 12.05.2011, SEILZIRZUS (I ZR 53/10), mas é patente no Ac. de 13.01.2013, GEBURTSTAGSZUG (I ZR 143/12). O BHG, neste último Ac. determinou que após a reforma do direito dos desenhos ou modelos deixou de haver uma relação entre níveis de direitos de autor e do direito dos desenhos ou modelos, razão pela qual deixou de se justificar o requisito adicional da altura criativa para a proteção pelo direito de autor. O BGH não deixou, no entanto, de realçar que a proteção pelo direito de autor não pode ser concedida às formas cujo efeito estético se deva apenas à finalidade do objeto, mas apenas àquelas que se traduzam numa realização artística. (Desenvolvidamente, sobre a *Designsgesetz* de 2004, que passou a ter esta designação em 2014, com a entrada em vigor da alteração introduzida em 10.10.2013, LEHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL v., KÜHNE, M., **Designgesetz**, 5.ª ed. atualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 45, BECK'S, Munique, 2015; GONÇALVES, L. M. COUTO, ob. cit., p. 163; SILVA, P. SOUSA E, **Direito Industrial** cit., pp. 176-178).

Em Espanha existe também um sistema de cúmulo parcial, agora colocado em causa com o Ac. *Cofemel*. O desenho ou modelo pode ser protegido pelo Direito de Autor (TRLPI, Arts. 1.º e 10.º) se for uma arte aplicada original. Tudo dependerá da originalidade, aparentemente dependendo da interpretação do conceito de originalidade, a maior ou menor possibilidade de proteção pelo Direito de Autor. A disposição adicional décima da Lei sobre Desenhos (Ley 20/2003, de 7 de julho) prevê um critério quantitativo do grau de nível artístico da obra. Caso não seja preenchido, apenas se pode aplicar a proteção via Propriedade Industrial prevista na lei sobre proteção dos desenhos. Com mais pormenor, OTERO LASTRES, “Rasgos conceptuales del diseño industrial”, FERNANDÉZ-NÓVOA, OTERO LASTRES, BOTANA AGRÁ (org.), **Manual de la Propiedad Industrial**, cit., pp. 345-347. GONÇALVES, L. M. COUTO, ob. cit., p. 163; SILVA, P. SOUSA e, ob. cit., pp. 178-179.

referência expressa à exigência de uma certa altura criativa, o legislador apenas refere que as diversas realidades em causa (que não distingue) têm que se revestir de caráter artístico. A referência aparece redundante, uma vez que as obras em causa já pertencem ao domínio artístico, por força do n.º 1 do art. 1.º CDADC, sob pena de não poderem ser obras protegidas. A implícita referência ao mérito entra em contradição com a cláusula geral constante do corpo do art. 2.º CDADC que exclui expressamente o mérito dos requisitos de proteção. Por último, o legislador não exige maior altura criativa, como fazem outras legislações, apenas afirma que as criações em causa devem ser uma criação artística, o que deixa ao intérprete a espinhosa questão de saber o que isso seja, em termos de criatividade reforçada, com a incerteza que tal implica.

Temos relutância em fazer maiores exigências, em termos de originalidade, para as obras de arte aplicada, por ser bastante complexa a distinção entre obras de arte pura e arte aplicada em situações limite. De qualquer modo, isso não significa que aceitemos o cúmulo total, que nos parece irrazoável (em rigor, mesmo impossível, dados os diversos requisitos de proteção). Apenas os desenhos ou modelos com que sejam ao mesmo tempo obras do domínio artístico podem beneficiar da proteção cumulativa. Por muito novo e singular que seja o desenho ou modelo, tais características, por si só, não o habilitam a uma proteção pelo Direito de Autor. Se nunca foi uma obra de arte, o bem imaterial não passará a ser tido como tal por ser protegido como desenho ou modelo. A resposta à questão da cumulação deve colocar-se noutra sede, ou seja, quando procuramos saber em que casos estamos perante uma obra do domínio artístico. Colocando a questão nesta outra sede anterior, teremos a vantagem de evitar tentar extrair conclusões de uma norma que se nos afigura redundante e pouco esclarecedora, com a vantagem de não termos que distinguir arte pura de arte aplicada, seguindo o ensinamento de EUGÈNE POULLIET, a quem se deve o princípio da “unidade da arte” formulado no início do século passado. O autor nunca teve por objetivo qualquer banalização da proteção das obras do domínio artístico. Para haver cumulação de proteções exigia que o desenho ou modelo fosse simultaneamente uma obra. POULLIET partia da ideia de que todas as obras, independentemente da sua finalidade utilitária, podiam ser cumulativamente protegidas pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial. A proteção

pelo direito de autor para os desenhos ou modelos não se subordinava à separação do valor artístico da criação relativamente ao produto industrial, nem exigia um particular nível criativo. As duas modalidades de proteção não se excluía, sendo complementares. Esse entendimento de Eugène POUILLIET foi totalmente desvirtuado pela jurisprudência francesa a ponto de o produto mais banal já ter sido considerado como criação artística merecedora de tutela cumulativa pelo Direito de Autor<sup>21</sup>.

A exigência de que a criação intelectual original exteriorizada pertença ao domínio artístico implica, por si só, que a obra se expresse através de formas, cores, volumes, texturas, etc., e que, segundo alguma doutrina, despertando uma emoção estética, seja de agrado ou desagrado, seja reconhecida como arte pelo meio artístico. Para não cairmos num subjetivismo excessivo, preferimos afirmar que a obra pertencerá ao domínio artístico se for considerada como tal pelo meio artístico, independentemente da emoção estética que possa despertar. Quem deverá avaliar se a obra em causa é uma obra de arte são os círculos especializados, nunca o juiz, devendo, caso se afigure necessário, haver recurso a prova pericial<sup>22</sup>.

Na jurisprudência portuguesa é claro o “desnorte” existente sobre a cumulação de proteções. Num Ac. do Tribunal Relação (TR) de Guimarães<sup>23</sup>

<sup>21</sup> POUILLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911. O art. L-511-1 e ss do *Code de la Propriété Intellectuelle*, alterado pela *Ordonnance 2001/670* de 25/7/2001, acolhe o princípio da unidade da arte. No CPI francês estão expressamente referidas as criações de moda (art. L112-2-14.º CPI). A perspetiva que defendemos consta dos trabalhos preparatórios da DDeM e do RDM. No *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs*, de 1991, a Comissão Europeia afirmava que “no design should be denied protection under copyright for the sole reason that it has been registered either at national or at the Community level”. Daqui parece decorrer que o objetivo da regra da cumulação sempre foi, sobretudo, evitar que uma obra merecedora de tutela pelo Direito de Autor pudesse perder essa proteção devido ao facto de ter sido registada como desenho ou modelo. O objetivo não era alargar a tutela a todo e qualquer desenho ou modelo, como acontece no cúmulo total (Neste sentido, SILVA, PEDRO SOUSA E, “Desenhos ou Modelos no novo CPI. O que muda, o que não muda, e o que muda com o Ac. Cofemel”, **Revista de Direito Intelectual**, nº 2, 2019, pp.189-204, em especial pp. 196-197). O art. L-511-1 e ss do *Code de la Propriété Intellectuelle*, alterado pela *Ordonnance 2001/670* de 25/7/2001, acolhe o princípio da unidade da arte. No CPI francês estão expressamente referidas as criações de moda (art. L112-2-14 CPI).

<sup>22</sup> Neste sentido, mais desenvolvidamente, SILVA, P. SOUSA e, ob. cit., pp. 191.

<sup>23</sup> Ac. do TR de Guimarães de 27.02.2012, Proc. 1607/10.3TBRRG.GI C, J. M. Carvalho Araújo v. Bruma, rel. Manso Rainho.

foi negada proteção pelo Direito de Autor a uma linha de torneiras para cozinha e casa de banho, criadas pelo Arq. Carvalho Araújo porque as torneiras não se enquadram no mundo da arte, segundo o julgador<sup>24</sup>. Já o Ac. do TR do Porto decidiu em sentido diverso, reconhecendo direitos de autor a um *designer* de mobiliário sobre um cadeirão que havia sido ilicitamente imitado<sup>25</sup>. O TR de Lisboa, em Ac. confirmado pelo STJ, reconheceu tutela de direito de autor aos modelos de armaduras de iluminação criadas pelo Arq. Souto Moura (invocando a jurisprudência *Infopaq*)<sup>26</sup>. O mesmo TR de Lisboa, em sentido oposto, recusou proteção autoral a papeleiras, bancos e floreiras em betão, também em Ac. confirmado pelo STJ, por não as considerar criações artísticas<sup>27</sup>. O mesmo aconteceu com o TR do Porto, que negou a qualidade de obras a modelos de mobiliário criados para o exterior por não serem criações artísticas com individualidade e novidade<sup>28</sup>. Já no caso Cofemel, quer o TPI quer o TR de Lisboa reconheceram proteção autoral a calças de ganga, *sweatshirts* e *T-shirts*.

Neste contexto, o Ac. Cofemel, que surgiu poucas semanas após a entrada em vigor do CPI 2018, trouxe alguma luz para estas questões que o legislador português tem mantido por resolver ao renunciar ao uso da faculdade atribuída aos Estados-membros, pelo nº 2 do art. 17 da DDeM, pese embora o Ac. tenha ficado muito aquém do desejado.

### 3 O conceito de obra também está harmonizado na UE no âmbito das obras de arte aplicada

Antes do Ac. *Cofemel* a jurisprudência do TJUE progressivamente veio concretizar a necessidade de garantir a tutela cumulativa. Começou por impedir o afastamento do cúmulo de proteções (que existia, designadamente,

<sup>24</sup> Desenvolvidamente, leiam-se as pertinentes críticas a este Ac. de SILVA, P. SOUSA E, **Direito Industrial**, cit., pp.187-188.

<sup>25</sup> Ac. TR do Porto, de 21.12.2006, Proc. 0633334, rel. José Ferraz.

<sup>26</sup> Ac. TR de Lisboa de 10.04.2018, Proc. 225/13.9YHKSBL1-7, rel. M. Amélia Ribeiro. O Ac. foi confirmado pelo STJ sem que este procedesse a qualquer reenvio para o TJUE, ao contrário do que aconteceu no caso Cofemel. Ac. STJ de 14.13.2019, rel. Oliveira Abreu.

<sup>27</sup> Ac. TR Lisboa de 9.01.2018, Proc. 76/14.3YHLSB, rel. Carla Câmara; Ac. STJ de 27.09.2018, rel. Olindo Geraldes.

<sup>28</sup> Ac. TR Porto de 25.10.2018, Proc. 36412,3TVPR, rel. Inês Moura.

em Itália antes da transposição da DDeM) no caso *Flos*<sup>29</sup>, ao determinar que o n.º 2 do art. 17 da DDeM não pode ser interpretado no sentido de os Estados-membros terem a faculdade de conceder ou não proteção dos direitos de autor a um desenho ou modelo que tenha sido objeto de registo num Estado-membro ou com efeitos num Estado-membro. Os Estados-membros podem optar pelo regime de cumulação que considerem mais adequado, mas não podem deixar de a admitir.

Antes da decisão *Cofemel* era uma questão em aberto saber se os requisitos de proteção para as obras de arte aplicada deviam estar fora do âmbito da harmonização do Direito de Autor<sup>30</sup>. Os arts. 17 DDeM e 96, n.º 2 RDM podiam ser invocados como exceção à norma do art. 2, al. a) da Diretiva InfoSoc, impondo a cumulação, mas deixando aos Estados-membros a harmonização da noção de obra e as condições de proteção<sup>31</sup>. Este seria um forte argumento no sentido de que o TJUE não se poderia opor à legislação díspar existente. Todavia, já caso *Flos* o TJUE havia considerado que os desenhos ou modelos não registados, que não estão previstos no art. 17 DDeM, devem gozar de uma proteção pelo autoral com critérios idênticos aos estabelecidos no caso *Infopaq*<sup>32</sup>. O Advogado Geral (AG) Szpumar, que o TJUE parece ter seguido, concluiu que o art. 17 DDeM e o art. 96, n.º 2 do RDM fortalecem o princípio da tutela cumulativa, no sentido de que não pode ser recusada proteção autoral simplesmente por haver uma proteção como desenho ou modelo. As referidas normas não podem excluir as obras de arte aplicada do escopo de harmonização da Diretiva InfoSoc. Ao contrário do TJUE que nada disse a propósito, o AG explicou porque<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Ac. do TJUE, de 27 de janeiro de 2011 (C-168/09, *Flos v. Semeraro Casa e Famiglia*, Parágrafos 36 a 38).

<sup>30</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*”, G.R.U.R. Int., 2020, em especial pp. 1-2.

<sup>31</sup> Cf. BENTLY, L., “The return of Industrial Copyright (2012) E.I.P.R., pp. 654-672; KUR, A., “Unité de l’art is there to stay- *Cofemel* and its consequences” **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, nº 19-16, pp. 1-22, em especial p.2.

<sup>32</sup> Cf. BENTLY, L., ob. cit., pp. 667-668.

<sup>33</sup> A aplicação do Direito de Autor aos desenhos ou modelos previstos no art. 96, n.º 2 DDeM está sujeita à harmonização das normas de direito autoral, como resulta do Considerando 32 do RDM. Após a harmonização do Direito de Autor ter sido conseguida pela Diretiva InfoSoc e pela sua interpretação por parte do TJUE, as condições da sua aplicação terão que ser as mesmas em todos os Estados-membros. Qualquer referência à lei nacional terá de ser entendida como uma referência à lei nacional tal como pré-determinada pela lei da

## 4 Não há uma noção diferenciada de obra de arte para os desenhos ou modelos

O conceito unitário que o TJUE desenvolveu para definir o que é uma obra, que começou com o *Ac. Infopaq*, aplica-se também às obras de arte aplicada<sup>34</sup>. No *Ac. Infopaq* e seguintes, o TJUE desenvolveu um conceito autónomo e completamente harmonizado de obra protegida pelo Direito de Autor no sentido de esta ser uma criação do seu autor - C-5/08 *Infopaq* ; C-145/10-*Painer*; C-403/08 e C-429/08 *Football League e Karen Murphy*; C-604/10 *Football Dataco* -resultante das suas escolhas criativas, ou seja, pressupondo um espaço de liberdade (*Spielraum*) – C-145/10 *Pianer*; C-403/08 e C-429/08 *Premier League e Karen Murphy*; C-310/17, *Levola Hengelo*; C-604/10 *Football Dataco* – e refletindo a sua personalidade. Não há outros critérios adicionais para aferir a originalidade da obra<sup>35</sup>. O TJUE deixou também claro que o ob-

---

EU. Não obstante o prazo de transposição da Diretiva InfoSoc, dezembro de 2002, ter terminado meses depois de o RDM ter entrado em vigor, em março de 2002, o que significa que a harmonização do Direito de Autor pela Diretiva InfoSoc ainda não estava concluída quando o RDM entrou em vigor, uma vez entrada em vigor a Diretiva InfoSoc, a liberdade dos Estados-membros passou a estar restringida. Enquanto o art. 9 da Diretiva InfoSoc deixa intactas as normas sobre desenhos ou modelos, o art. 17 DDeM e o art. 96, n.º 2 RDM contém normas sobre a proteção jus-autoral dos desenhos ou modelos, incluindo-se assim as mesmas no âmbito da Diretiva InfoSoc. Caso o legislador da UE desejasse deixar as obras de arte aplicada por harmonizar, o art. 1 da Diretiva InfoSoc faria uma referência expressa sua exclusão, do âmbito da Diretiva. Embora a Diretiva InfoSoc apenas harmonize alguns aspetos relacionados com a Sociedade da Informação, isto não significa que os desenhos ou modelos incorporados em objetos físicos fiquem fora da proteção. O AG referiu-se a argumentos de direito público, o que deixaria a aplicação do Direito de Autor na área dos desenhos ou modelos para a legislação nacionais, mas sem prejuízo das obrigações derivadas da UE. Assumindo que o art. 7 da Convenção de Berna constitui uma exceção à Diretiva InfoSoc, seria de aplicar a sua regra da reciprocidade que, sendo uma fonte de discriminação, seria abolida pelo art. 96, n.º 2 RDM. Seria um objetivo contrário ao do mercado interno. O AG relembrou o *Ac. Flos* em que o TJUE determinou que a liberdade dos Estados-membros para regular a proteção autoral dos desenhos ou modelos não inclui o prazo de proteção, pois este já está harmonizado pelas Diretivas sobre prazos de proteção dos direitos de autor. O mesmo se pode dizer da Diretiva InfoSoc, que harmoniza o conceito de obra, retirando a questão dos requisitos de proteção da liberdade concedida pelo art. 17 DDeM e art. 96, RDM. Cf. as conclusões 37 a 47 do AG. Também, em pormenor, ENDRICH-HAIMBÖK, T., "Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel, G.R.U.R. Int., 2020, em especial pp.1-3.

<sup>34</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., pp. 1-3.

<sup>35</sup> Como já decorria das Diretivas *supra* referidas em matéria de programas de computador, bases de dados e fotografias.



jeto de proteção pelo Direito de Autor deve ser expresso de forma a que o mesmo seja identificável com suficiente precisão e objetividade – C-310/17, *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, em especial parágrafo 40.

## 5 Efeito estético marcante e funcionalidade não significam obra original

A mensagem do TJUE é ambígua muito por culpa da forma como o STJ colocou a questão ao TJUE. O STJ queria apenas saber se a referência no art. 2º, nº1, al. i) CDADC ao valor artístico significaria, para haver cumulação de proteção, uma originalidade mais elevada, ou se bastaria a originalidade comum a todo o tipo de obras, requisito geral de proteção decorrente da aplicação dos critérios do Ac. *Infopaq*, tal como foi o entendimento do TR de Lisboa. Todavia a primeira questão do STJ não tem esse conteúdo, o que criou um dilema para o TJUE, que, por um lado não se queria afastar dos critérios *Infopaq*, e jurisprudência subsequente, tal como o AG, mas por outro lado, não queria conceder proteção no caso concreto. Daí no Ac. *Cofemel* se decidir que a cumulação entre desenhos e modelos e direito de autor não pode ser excluída, embora esta não seja a regra geral, mas uma exceção que se aplica a certos casos, mas não a este<sup>36</sup>.

O TJUE conclui que o conceito unitário de obra afasta que a legislação nacional também confira proteção às obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design*, que além da função utilitária que servem criem a seu próprio e distintivo efeito do ponto de vista estético. Por duas razões. De acordo com a primeira, em que o AG coloca o acento na dicotomia ideia/expressão em que se baseia o Direito de Autor, o TJUE considera que de acordo com o sentido normal do termo qualquer “efeito estético” resulta de uma impressão subjetiva, de algum critério de beleza, ou mais, amplamente, diríamos, de uma percepção sensorial. Em consequência, este critério não identifica de forma clara e precisa o objeto de proteção pelo direito de autor tem de ser expresso de forma que possa ser identificado com suficiente precisão e objetividade, tal como já havia sido referido no Ac. C-310/17 *Levola Hengelo*.<sup>37</sup>, o que torna insuficiente qualquer consideração baseada em critérios necessariamente

<sup>36</sup> C.683/17 *Cofemel*, parágrafo 52; Conclusões do AG Szpumar parágrafos 50 e seguintes.

<sup>37</sup> C-683/17 *Cofemel*, parágrafos 33 e 34 e C-310/17 *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, parágrafo 40, para os quais se remete.

te subjetivos como é o da aparência estética do objeto. A presença de efeito visual estético significativo nas peças de vestuário, em si, não justifica que os mesmos possam ser protegidos como obras de arte. Um efeito estético não é, em si, identificativo da existência de uma criação intelectual, i.e., de originalidade<sup>38</sup>. Há um vasto número de fenómenos naturais com efeito estético que não foram criados pelo autor, pelo que não podem ser originais. O conceito geral de originalidade está centrado no autor, vira-se mais para dentro, menos preocupado com o resultado do que com o processo de criação. Neste contexto conceptual, requisitos que se relacionam com as características do objeto que não refletem necessariamente as características do processo de criação não podem constituir alternativa ao critério de originalidade<sup>39/40</sup>.

Segundo o AG, no caso estamos perante ideias que comportam diversas formas de expressão, ou são mesmo características funcionais, que não são protegidas pelo Direito de Autor.<sup>41</sup> Mas será que o AG não confunde a descrição da G-STAR, que, na verdade, pode transmitir uma ideia com várias formas de expressão, com o vestuário em si, que é o que está em causa e manifesta uma específica manifestação dessas ideias? E quanto à funcionalidade, será que o AG pretende transmitir a ideia de que quanto mais um item corresponde na sua aparência ao género (calças, *sweatshirts*, *t-shirts*) menos escolhas criativas poderão existir? Se forem essas as ideias, são totalmente inaceitáveis, porque estaríamos a reintroduzir a diferença entre obras de arte aplicada e os outros tipos de obra, o que o próprio AG até ao parágrafo 50 das suas conclusões afasta e o TJUE afasta ao insistir que se devem seguir os critérios da jurisprudência *Infopaq* e seguintes: a originalidade requerida deve ser igual para todos os tipos de obras<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> C-687/17 *Cofemel*, parágrafo 54.

<sup>39</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 3.

<sup>40</sup> Como a referência à estética faz parte da expressão “efeito visual esteticamente significante”, há aqui uma relação com a referência ao requisito da singularidade em matéria de desenhos ou modelos C-683/17 *Cofemel*, parágrafo 50. Neste sentido KUR, A., ob. cit., p. 6. LEISTNER, M., tem uma opinião diversa. In “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auc im Bereich der angewandten Kunst- Warum sich für die deusche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte”, G.R.U.R., 2019, pp.1114-1120, em especial p. 1117, entende que o TJUE estava visivelmente preocupado, ao considerar a aparência estética relevante, por tal equivaler a considerar qualquer desenho ou modelo merecedor de proteção pelo direito de autor.

<sup>41</sup> C-683/17 *Cofemel*, Conclusões do AG Szpunar, parágrafo 60.

<sup>42</sup> Desenvolvidamente, no mesmo sentido, demonstrando esta incongruência KUR, A., ob. cit, pp. 7-9, dando como exemplo o Ac. C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk*

## 6 Ausência de quaisquer orientações no Ac. *Cofemel* para apurar o critério de originalidade em matéria de desenhos ou modelos.

Não encontramos no Ac. *Cofemel* critérios indiciários para responder à questão de descobrir se uma obra de arte aplicada é ou não original, isto quando é certo que no passado o TJUE deu uma série de indicações específicas para a apreciação em concreto da originalidade em outros tipos de obras. Por exemplo, no caso C- 145/10, *Painer*, em matéria de fotografias. A falta de qualquer especificação pelo TJUE no que toca ao critério de originalidade das obras de arte aplicada parece-nos um passo atrás perante a tão discutida potencial falta de harmonização desta área, deixando um sabor amargo<sup>43</sup>. O único critério válido que se pode inferir do Ac. é que o Direito de Autor é neutro do ponto de vista estético. Esta avaliação, que depende do gosto pessoal, é totalmente indiferente para efeitos de proteção pelo Direito de Autor (como decorre, aliás, do corpo do art. 2.º CDADC). Mas isto é um dado assente e nada traz de novo. Quanto ao aspeto funcional, também é um dado assente que a função não é protegida pelo Direito de Autor e que se não houver espaço de jogo (*Spielraum*) se a forma for imposta pela função, o bem em causa também não pode ser protegido pelo Direito de Autor. A obra tem de ser fruto das escolhas criativas. Mas também aqui nada surge de novo. Os dois argumentos centrados no Direito de Autor invocados não acrescentaram nada ao que é um dado adquirido no Direito de Autor desde há muito.

Mas na falta de orientações específicas, as observações do TJUE sobre a relação entre direito de autor e *design*, ou desenhos ou modelos, po-

---

*Renckhoff*. Na fotografia mostrava-se a ponte romana, a Mesquita Catedral e o Alcazar do outro lado do rio Guadalquivir. Trata-se do cartão de visitas normal das atrações da cidade, simbolizando diversos aspetos históricos da cidade. Esta vista é registada inúmeras vezes por máquinas fotográficas e telemóveis de turistas de todo o mundo. Mas isto não impediu que aquela fotografia em particular fosse o resultado das escolhas criativas do seu autor. O motivo é um “protótipo” que em nada afeta as escolhas. As escolhas encontram-se nos detalhes que tornaram aquela fotografia única entre um inúmero número de outras. Porque é que o mesmo raciocínio não se aplicou às calças de ganga e as sweatshirts e t-shirts da G-Star que também foram o resultado das escolhas criativas efetuadas pelos designers de moda, mesmo que em pequenos detalhes?

<sup>43</sup> Neste sentido LEISTNER, ob. cit., pp. 1117-1118; ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 3.

dem traduzir-se num guia potencial para a aplicação do critério de originalidade<sup>44</sup>?

As proteções em causa servem diferentes objetivos e estão sujeitas a diferentes regimes. Uma proteção cumulativa é possível, mas só em certos casos. Decorre dos parágrafos 50 a 52 do Ac. que, como a proteção autoral é muito mais longa do que a proteção como desenhos ou modelos, é mais ampla e deve ser limitada a certos desenhos ou modelos particularmente merecedores de proteção<sup>45</sup>. O TJUE e o AG, de um ponto de vista estrutural, enfatizam a necessidade de não haver uma cumulação total entre os desenhos e modelos e o direito de autor, atendendo aos diferentes objetivos de uns e outros<sup>46</sup>. Os desenhos ou modelos visam promover a capacidade industrial do *design*, funcionam como meios de *marketing*, enquanto o direito de autor se centra na relação entre o autor e a sua obra<sup>47</sup>.

## 6.1 A cumulação parcial é meramente descritiva

A cumulação parcial é o conceito adotado *de lege lata*. Mas que orientações é que podemos retirar do Ac. *Cofemel* desta noção de cumulação parcial? Como é que o objetivo da cumulação parcial pode influenciar

<sup>44</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 3.

<sup>45</sup> LEISTNER, ob. cit., pp. 1116-1117, acentua que garantir uma proteção demasiado ampla nas hipóteses de cumulação minaria as opções legislativas matizadas no específico sector dos desenhos ou modelos, com o seu objetivo de proteção mais estreito em termos de duração, necessidade de registo e limitações e exceções mais estritas. Daqui poderia decorrer a ratio regra-exceção visa limitar as hipóteses de cumulação de proteções.

<sup>46</sup> C-683/17 *Cofemel*, Conclusões do AG Szpunar, parágrafos 51 a 58 e TJUE parágrafos 50 a 52

<sup>47</sup> De acordo com uma linha imaginária relacionando o criador (autor/*designer*), a criação (obra/*design*) e o público, o acento no âmbito do Direito de Autor é colocado no primeiro sector da linha, na relação pessoal autor e obra. Em matéria de desenhos ou modelos o foco é colocado no segundo sector, na relação comunicacional entre o desenho ou modelo e o público, é esta perspetiva de mercado que interessa. Nada de novo se retira destas considerações, que são puramente descritivas Cf. Comissão das Comunidades Europeias Bruxelas, 19.07.1995, Com ( 95) 370 final, Livro Verde, **A proteção dos modelos industriais no mercado interno**, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51995DC0370&from=LT>, último acesso em 22 mar. 2020. Pela nossa parte este afastamento do Direito de Autor do mercado deixa-nos muitas dúvidas na atual Sociedade da Informação, e não nos parece que possa ser critério para a não cumulação de proteções.

a interpretação? A resposta que podemos retirar do Ac. é, de forma nenhuma. Falta no Ac. uma relação entre os requisitos de proteção e conseqüente o âmbito da proteção de ambos os regimes<sup>48</sup>. O AG explica a diferença entre a proteção dos desenhos ou modelos e a proteção das obras com base no facto de nos primeiros se exigir novidade objetiva, ao contrário do que acontece no segundo caso, em que cabe antes falar em novidade subjetiva no que concerne ao requisito da originalidade centrado no autor. O Direito de Autor não pressupõe novidade objetiva, ao contrário da tutela própria dos desenhos ou modelos. Trata-se de diferenças conceptuais, não de grau. Por este facto a cumulação total está afastada. Em resultado, a cumulação parcial existe independentemente do nível de originalidade requerido em matéria de desenhos ou modelos. Mais uma vez, daqui não se retira nada de novo<sup>49</sup>.

É objetivo do sector específico dos desenhos ou modelos assegurar uma proteção adequada que garanta que o equilíbrio entre as necessidades da concorrência e o incentivo à inovação não sejam distorcidos. Tal pode ser afetado por uma proteção autoral excessiva. Todavia, há que ter em conta que a cumulação *per se* está prevista na lei. O facto de apenas uma parte dos desenhos ou modelos, os que não são suscetíveis de proteção autoral, serem sujeitos a certas exceções e limitações decorre do próprio sistema de proteção dos desenhos ou modelos. Daqui resulta que há sempre um âmbito teórico que exige que seja de aplicar a legislação específica dos desenhos ou modelos. Esta legislação cumpre as suas finalidades e é efetiva porque nunca se pretendeu regular todo o âmbito dos desenhos ou modelos.

Não colhe o argumento, segundo o qual, ser mais generoso em matéria de proteção via direito de autor esvazia a proteção via desenhos ou modelos. Não é por haver proteção cumulativa que o recurso à proteção via registo como desenho ou modelo vai ser afetada. O registo, além de garantir a novidade, acarreta a vantagem de um direito mais facilmente demonstrável, passando o ónus da prova para quem o contesta. A novidade protege as indústrias *start-up*, que garantem que o seu desenho ou modelo não será

---

<sup>48</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 4.

<sup>49</sup> KUR, A., ob. cit., p. 10.

imitado e parece-nos uma enorme mais valia para lançar e dar a conhecer o produto no mercado. A inversão do ónus da prova como estratégia empresarial tem muito mais interesse para as empresas em causa, já para não mencionar as vantagens processuais e, naturalmente, as especificidades do exclusivo da proteção via desenhos ou modelos<sup>50</sup>.

## **6.2 Preocupações de política legislativa em matéria de cúmulo de proteções**

Mais um resultado das considerações puramente descritivas do TJUE no Ac. *Cofemel* é a de que qualquer incoerência injustificada resultante do cúmulo de proteções não pode ser mitigada por aplicação do Direito de Autor. Para quem procure coerência entre os regimes à luz de uma interpretação sistemática da relação entre a proteção autoral e a proteção via desenhos ou modelos, o TJUE não oferece qualquer base normativa. Para combater os efeitos negativos da cumulação de proteções e criação de um sistema coe-rente da proteção do *design* por ambos os regimes, nomeadamente tendo em conta as exceções e limitações próprias dos desenhos ou modelos, em especial tendo em conta os seus aspetos funcionais e técnicos, bem como as peças sobressalentes e um eventual prazo de proteção mais curto, tal terá de ser efetuado *de lege ferenda*<sup>51</sup>.

## **III CONCLUSÃO**

O Ac. *Cofemel* dá orientações para os Estados-membros no sentido de clarificar que o conceito unitário de obra se aplica a todos os tipos de obras, incluídas as obras de arte aplicada. Quanto às dificuldades do critério levantadas pelo conceito de originalidade a nível da aplicação aos casos concretos, embora seja o decorrente do Ac. *Infopaq* e seguintes, porque tal se deduz do conceito de obra unitário adotado, o TJUE não dá quaisquer orientações, deixando aos tribunais nacionais as dificuldades resultantes deste sector específico. Todas as observações acerca da relação entre a proteção

<sup>50</sup> Em sentido coincidente relativamente às vantagens do registo, KUR, A., ob. cit., p. 12; desenvolvidamente ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 5; ROSATI, E., ob. cit., p. 932.

<sup>51</sup> Cf. ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 6; desenvolvidamente KUR, A., pp.14-19

autoral e a proteção por desenhos ou modelos que encontramos ao longo do processo são puramente descritivas. Por isso, não é possível, a partir do Ac. *Cofemel* conseguir criar um sistema de proteção cumulativa do *design* via autoral e via desenhos ou modelos coerente por via interpretativa. Tal terá de ser tarefa do legislador.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BENTLY, L., “The return of Industrial Copyright” E.I.P.R., 2012, pp. 654-672.

GONÇALVES, L. M. COUTO, **Manual de Direito Industrial Propriedade Industrial a Concorrência Desleal**, 8ª ed atualizada, Almedina, Coimbra.

ENDRICH-HAIMBÖK, T., “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*”, G.R.U.R. Int., 2020, pp. 1-6.

KUR, Annette, “Unité de l’art is there to stay- *Cofemel* and its consequences” **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, nº 19-16, pp. 1-22.

LEHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL v., KÜHNE, M., **Designgesetz**, 5.ª ed. atualizada, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 45, BECK’S, Munique, 2015

LEISTNER, M., “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst- Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte, G.R.U.R., 2019, pp. 1114-1120

LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, **Direito de Autor**, Almedina, Coimbra, 2011.

OTERO LASTRES, “Rasgos conceptuales del diseño industrial”, FERNÁNDEZ-NÓVOA/OTERO LASTRES/ BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2013.

RIBEIRO, B. QUINTELA, “A Tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, ASCENSÃO, J. OLIVEIRA (Coord.), **Direito Industrial**, Vol V, 2008, Almedina, Vol. V. pp. 477-528.

ROSATI, Eleanora, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 14, n.º12, p 2019, pp. 931-932.

MARQUES, R., **Bioteecnologias(s) e Propriedade Intelectual**, 2 Vols., Coimbra, Almedina, 2007.

POULLIET, E., **Traité théorique et pratique des dessins et modèles**, Marchal et Billard, Paris, 1911.

RENDAS, T., **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 13, n.º 6, 2018, pp. 439-441, em especial p. 439.

SILVA, P. SOUSA E, **Direito Industrial, Noções Fundamentais**, 2ª ed., Almedina, Coimbra.

SILVA, P. SOUSA E, “Desenhos e Modelos no novo CPI. O que muda, o que não muda e o que muda com o Ac. Cofemel, (APDI Org.), **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2019, pp. 189-204.

RENDAS, T., **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 13, n.º 6, 2018, pp. 439-441, em especial p. 439.



# »» AS INVENÇÕES IMPLEMENTADAS POR PROGRAMA DE COMPUTADOR NO BRASIL: ANÁLISE SOBRE ATUALIZAÇÃO DAS DIRETRIZES DE EXAME DO INPI OBJETO DA CONSULTA PÚBLICA Nº 3 DE 14 DE AGOSTO DE 2020

Heloísa Gomes Medeiros<sup>1</sup>

Letícia Canut<sup>2</sup>

**RESUMO:** Em decorrência da sua natureza híbrida, a proteção do software se coloca como um dilema, visto que há um bem intelectual que apresenta aspectos literários em seu código e também uma função utilitária na execução desse código para a resolução de uma tarefa ou de um problema técnico. O programa de computador em si é protegido pelo direito de autor, que, no entanto, apresenta lacunas em diversos campos da atuação técnica deste bem. Nesse contexto, discute-se sobre a possibilidade de proteção, por meio de patente, as invenções implementadas por programa de computador. O objetivo geral do presente trabalho é analisar o tema na perspectiva da legislação brasileira tendo em vista a proposta de Diretrizes de Exame de Invenções Implementadas por Programa de Computador do INPI na Consulta Pública nº3 de 14 de agosto de 2020. Para tal análise, emprega-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Programa de computador. Patente. Invenções implementadas por programa de computador.

---

<sup>1</sup> Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Professora Universitária. Advogada. E-mail: medeiros hg@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com auxílio do CNPq. Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Professora do curso de direito do Centro Universitário Estácio de Santa Catarina. Advogada. E-mail: leticiacanut@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O conceito de software ou programa de computador perpassa por três aspectos fundamentais: (i) conjunto de instruções, (ii) linguagem e (iii) execução de uma função ou alcance de um resultado. O software consiste, assim, num conjunto de instruções orientadas em linguagem específica para um computador de forma que ele execute uma determinada função ou alcance de um resultado esperado.

O software constituiu por muito tempo um desafio à proteção pelos direitos de propriedade intelectual e, apesar de respostas legislativas avançadas sobre a problemática -, ainda perduram muitos questionamentos sobre sua adequação. A propriedade intelectual, a princípio aplicável a toda espécie de tecnologia que preencha os requisitos de proteção, encontra no software o dilema da natureza dual dos híbridos: como tutelar um bem intelectual que apresenta aspectos literários no código e, ao mesmo tempo, uma função utilitária na execução desse código ao realizar uma tarefa ou resolução de um problema técnico.

A discussão sobre a proteção do software pela propriedade intelectual diz respeito, primeiramente, à natureza do código fonte, aquele passível de ser lido por um especialista nessa linguagem de programação e que precisa ser traduzido para que o comando seja executado pelo computador. Há um consenso geral de conceber tal código como obra literária e suscetível, assim, de proteção por direitos de autor.

No entanto, o código objeto, que consiste na linguagem compreensível pela máquina, a parte responsável pela função utilitária do software - e o elemento mais copiado ou reproduzido do bem intelectual - não é protegido por direitos de propriedade intelectual. Isso porque, não é tido como patenteável em decorrência de ser um algoritmo, um mero cálculo matemático e, como tal, um processo ou etapa mental, que se expressa muitas vezes na noção de utilidade industrial; e também não seria passível de proteção por direito de autor por não atender a condição de ser legível por humanos, o que o relaciona ainda ao conceito de cópia.

Depara-se, nesse ponto, com a dicotomia do software como uma obra que reflete uma forma de expressão pessoal de seu autor e, simultaneamente, uma obra funcional. Esse debate espelha a clássica divisão de ideia e ex-

pressão ou conteúdo e forma na concepção das espécies tradicionais da propriedade intelectual (patente e direito de autor), que na análise do software ganha maior complexidade por ser portador de ambos elementos.

As deficiências da proteção do software por direito de autor vêm sendo preenchidas pela proteção por meio de soluções relacionadas a patentes. Em todo o mundo, incluindo o Brasil, observa-se a ascensão das chamadas invenções implementadas por programa de computador, e, em alguns as patentes de software.

No Brasil, os programas de computador são protegidos pelo direito autoral, e, apesar de não existir lei específica sobre patentes envolvendo software, o INPI, com base na legislação geral de propriedade industrial, e demais instruções normativas do órgão, concede patentes para invenções implementadas por programa de computador.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a proteção do programa de computador na perspectiva da legislação brasileira, especialmente tendo em vista a proposta de Diretrizes de Exame de Invenções Implementadas por Programa de Computador do INPI na Consulta Pública nº 3 de 14 de agosto de 2020, que visa a atualização de tais diretrizes que auxiliam o exame técnico de pedidos de patente envolvendo essas invenções. Para tal análise, emprega-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

## **1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR**

No Brasil, os programas de computador são protegidos pelo direito autoral, em regime geral, nos termos da lei nº 9.610/98 – lei de direito autoral –, e em regime especial, pela lei nº 9.609/98 – que dispõe sobre proteção da propriedade intelectual de programa de computador, não configurando tal proteção como direito de autor tradicional. Desta forma, a compreensão sobre a proteção jurídica do software na legislação brasileira exige uma leitura conjunta dos dois instrumentos normativos.

Entende-se de ambas as leis que a proteção recai sobre a expressão literária e artística do bem criado, e não da ideia ou conteúdo. Ao concei-

tuar o programa de computador, o artigo 1º, da lei do software, dispõe que este “é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada [...]”. No mesmo sentido, o artigo 8º, da lei de direito autoral, estabelece que não são objeto de proteção como direitos autorais as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais. Tem-se, assim, que o software se remete à noção de que aquilo que é resultado de sua aplicação - imagens, sons ou mesmo um produto ou outro resultado técnico - não é coberto pela proteção autoral. Dessa forma, abriga a possibilidade de um programa de computador alcançar o mesmo resultado que outro, desde que a expressão seja diferente.

Quanto a questão da autoria, existem diferenças substanciais entre as duas leis. A lei do software é pouco elucidativa, mas bem distinta, resguardando apenas questões que envolvem a titularidade no contrato de trabalho e ignorando algumas características próprias do desenvolvimento da nova tecnologia, como a obra coletiva e a obra em colaboração. Já para a lei de direito autoral, autor é a pessoa física - ser humano - criadora de obra literária, artística ou científica, podendo a proteção concedida a ele aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos na lei.

A lei do software, no entanto, estabelece “um regime especial de titularidade originária”, em que o autor é também pessoa física, mas a lei, automaticamente, concede “titularidade originária a terceiros, sempre que não for criado em isolamento clínico; sempre que a sua elaboração se dê de forma subordinada, sob contrato, vínculo estatutário, ou ainda em relação de bolsistas, estagiários e assemelhados”. (BARBOSA, 2010, p. 1919)

De acordo com o artigo 4º, da lei de software, caso não haja contrato específico em contrário, a titularidade sobre o software produzido por empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho será de titularidade do empregador, desde que: (i) originado na vigência de contrato ou de vínculo estatutário; (ii) tal contrato seja expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento ou tal atividade seja prevista ou decorra da natureza do trabalho. Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-ão à remuneração ou ao salário convencional. A titularidade somente pertencerá exclusivamente ao empregado caso não haja utilização de recursos do empregador.

A lei de direito autoral outorga ao autor direitos patrimoniais e morais sobre a obra que criou. Na definição dos direitos patrimoniais cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Esse direito dispõe ainda que a utilização da obra, por quaisquer modalidades, depende de autorização prévia e expressa do autor, como, por exemplo, a reprodução parcial ou integral; a edição; a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; a tradução para qualquer idioma; e a inclusão em fonograma ou produção audiovisual. No software isso significa que os direitos patrimoniais se referem “à comercialização dos programas de computador; ao licenciamento de uso do programa; e aos direitos de transferência de tecnologia” (WACHOWICZ, 2010, p. 141).

Por outro lado, destaca-se a inaplicabilidade das disposições relativas aos direitos morais, com exceção do direito à paternidade ou autoria e direito à integridade, podendo o autor opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas causem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

A duração dos direitos patrimoniais é definida pela lei de software em cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. Essa disposição reduz o prazo estabelecido para as demais obras autorais que é de setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória da lei civil; e para obras audiovisuais e fotográficas, contato de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador, sendo assim de uso livre e permitido legalmente: (i) a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; (ii) a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; (iii) a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; (iv) a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou ope-

racional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

Tal rol não é taxativo, podendo ser aplicada outras limitações extrínsecas existentes como, por exemplo, no âmbito internacional, a regra dos três passos, e, principalmente, as limitações constitucionais do artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal. Nessa lista exemplificava, Denis Borges Barbosa (BARBOSA, 2010, p. 1958) insere dois outros importantes atos permissíveis:

[1] todos os atos necessários para permitir o uso do programa em exato acordo com sua destinação, inclusive a de corrigir seus erros, salvo a existência na respectiva licença ou cessão, de norma que se lhe contraponha.

[2] os atos destinados a estudar, aperfeiçoar e, enfim, fazer a engenharia reversa do programa, sem com isso facultar a cópia de elementos deste em programa próprio, salvo sob as limitações pertinentes.

No primeiro caso, está-se diante da necessidade de manutenção ou suporte técnico para preservar o funcionamento e utilidade do software e, no segundo caso, da possibilidade de realizar desenvolvimentos não comerciais a partir do software já existente, incluindo engenharia reversa.

Por fim, cabe comentar que, apesar de não se encontrar presente na lei 9.609/98 os requisitos para a proteção do software, com exceção da obrigatoriedade de fixação em alguma espécie de suporte físico, a doutrina (BARBOSA, 2010; WACHOWICZ, 2010; ASCENSÃO 1997) vem estabelecendo que é necessária a presença de algumas exigências para que tal direito seja concedido. Os requisitos são: novidade e originalidade.

A novidade é um critério geral da propriedade intelectual, em todas as suas espécies, cada uma a sua maneira e internamente de acordo com seu conjunto especial de normas. Os preceitos básicos de todas elas, todavia, consistem: (i) na preservação do domínio público, que não pode ser apropriada por um único titular; (ii) que não seja cópia idêntica/servil de outro bem já existente e, em muitos casos, pertencente a outrem. (BARBOSA, 2010)

A novidade pode ser subjetiva ou objetiva, na qual a primeira trata do caráter distintivo, muito próprio dos direitos industriais, em especial a paten-

te, e a segunda, da originalidade, que marca as obras protegidas pelo direito de autor. (ASCENSÃO, 1997, p. 62. BARBOSA, 2010, p. 1904) No programa de computador, a novidade tem o mesmo significado dos princípios do direito de autor, conectando-se, assim, ao sentido de originalidade<sup>3</sup>.

Entende-se que a lei 9.609/98 protege apenas o programa de computador em si, de forma que as outras partes que componham o software ou que dele sejam resultado - manuais, imagens, sons, suportes físicos, descrições e material de apoio, por exemplo -, quer sejam fixados ou não, serão protegidas por outros direitos de propriedade intelectual, em sua maioria pelo direito de autor. Efeitos técnicos oriundos do programa de computador também não são passíveis de proteção nos termos da lei 9.609/98, mas, cumprindo os requisitos legais, poderão ser objeto de patente.

## **2 A PATENTE DE INVENÇÃO IMPLEMENTA POR PROGRAMA DE COMPUTADOR**

Na legislação brasileira de propriedade industrial, Lei nº 9.279/96, apenas a invenção e o modelo de utilidade são passíveis de patente. Invenção é uma solução técnica, através de um trabalho dirigido a um problema técnico, envolvendo uma ação humana de intervenção no estado natural de um objeto. Modelo de utilidade é o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. Os pedidos de patente referentes a invenções implementadas por programa de computador são passíveis apenas em relação à invenção.

As patentes de invenção podem ser de produto ou de processo, desde que proporcionem uma solução para um problema técnico. A patente

---

<sup>3</sup> Mesmo que não exista na lei a previsão de originalidade, José de Oliveira Ascensão entende que: “[...] é impossível admitir a tutela de programas banais. Se fôssemos proteger programas que representam apenas a solução óbvia dum problema, teríamos que alguém ganharia, sem nenhuma contribuição, um exclusivo sobre o óbvio. O que limitaria gravemente o diálogo social. Todos os que deparassem futuramente com o mesmo problema estariam limitados no recurso à solução óbvia. Temos, assim, que só o programa que revele um mínimo de criatividade ou originalidade é afinal protegido.” (ASCENSÃO, 1997, p. 670-671)

de produto diz respeito a um objeto corpóreo determinado, como máquina fotográfica, telefone celular, um produto químico ou um medicamento. A patente de processo protege os meios que foram utilizados para alcançar determinado resultado técnico, a exemplo da necessidade de aquecer uma substância a determinado grau para produzir um medicamento.

De acordo com o artigo 10 da referida lei, não constitui invenção ou modelo de utilidade: descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; concepções puramente abstratas; esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; programas de computador em si; apresentação de informações; regras de jogo; técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Para que uma patente seja concedida é necessário ainda preencher os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigo 8). Sobre tais requisitos esclarece a lei que são novos quando não compreendidos no estado da técnica (artigo 11), entendendo-se por estado da técnica tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior (artigo 11, §1º). A atividade inventiva pressupõe que um técnico no assunto veja que a invenção não deve decorrer de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (artigo 13). E a aplicação industrial ocorre quando a invenção e o modelo de utilidade podem ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

Além disso, não são patenteáveis, de acordo com o artigo 18: o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública; as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e o todo ou parte dos seres vivos, exceto



os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Cumpridos estes requisitos, a invenção está apta a receber a proteção por meio da patente, que vigorará pelo prazo de vinte anos, no caso da invenção, e por quinze anos para o modelo de utilidade, contados da data de depósito no INPI. A lei brasileira conta com a ressalva de que o prazo de vigência não será inferior a dez anos para a patente de invenção e a sete anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior (artigo 40).

Têm-se, assim, como elementos importantes para a análise do inventos envolvendo software que: (i) a invenção é uma solução técnica para um problema técnico; (ii) envolve a capacidade do homem em transformar ou controlar forças da natureza; (iii) exteriorização desse exercício mental num produto ou processo; (iv) não são considerados invenção: métodos matemáticos, concepções puramente abstratas, esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio ou de fiscalização, apresentação de informações; (v) não é considerado invenção o programa de computador em si; (vi) são requisitos para concessão da patente: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

O software consiste num conjunto de instruções legíveis por uma máquina, ou seja, em uma série de etapas que essa máquina deve executar, e, por isso, trata-se de um processo. Para além disso, no entanto, a execução dessas instruções pela máquina pode dar origem a um produto ou processo, o que poderia, em decorrência de sua função técnica - solução técnica para um problema técnico e manipulação do homem sob as forças da natureza - ser protegido por uma patente. O efeito técnico proporcionado pelo software no invento tem que sobrepor à interação normal do comando dado à máquina.

Estão excluídos do caráter técnico exigido para a concessão de uma patente os métodos matemáticos, concepções puramente abstratas, esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais e apresentação de informa-

ções, como, métodos de fazer negócio, de publicidade, de compra e venda e métodos bancários. Assim, no Brasil, todo software que alcance qualquer desses resultados também está excluído da possibilidade de ser considerado um invento, visto que não há efeito técnico nos termos da lei.

O programa de computador em si também se encontra excluído da proteção por patente. Sobre ele, entende-se que a natureza literal do software seja um conjunto de instruções legíveis por máquina, isto é, o código fonte e código objeto, e, como tal, são tutelados pelo direito de autor, tendo regime específico por exigência dos tratados internacionais sobre a matéria. Não existe no programa de computador em si qualquer efeito técnico, solução técnica ou contributo técnico protegível.

Essa seria a translação possível do direito de patente na lei brasileira ao software que implemente uma invenção. Assim, vêm-se admitindo no Brasil que o software tenha proteção do programa de computador em si por meio do direito de autor e nas soluções técnicas de invenção por meio de patente, nas quais cada uma possui particularidade e são proteções diferentes: o primeiro seria a expressão da ideia e o segundo a sua função técnica. A patente protegeria a invenção que é implementada pelo programa de computador e não o programa em si.

Em decorrência desse entendimento, desde a década de 1990, o INPI concede patentes para invenções implementadas por software, sob a justificativa de que uma invenção que preenche os requisitos legais não pode ser excluída de proteção legal. Reflete, assim, os termos do artigo 27, do Acordo TRIPS, de que são matérias passíveis de patenteamento qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Estabelece ainda que as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

A doutrina (BARBOSA, 2010; SANTOS, 2008; WACHOWICZ, 2010; MEDEIROS, 2019) também é uníssona sobre a possibilidade de coexistência entre direito de autor e patente no software e que as duas exclusivas não são excludentes já que se trata de objetos diferentes, mesmo que se trate de um

mesmo produto. Essa afirmação dogmática traz a inevitável realidade sobre o software, mas, no entanto, remete a questionamentos sobre o âmbito de proteção de cada regime, explicitando que, no que concerne à patente, a proteção é muito mais poderosa do que a do direito de autor sobre o software. Como pondera Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2008, p. 437):

A questão que se coloca, portanto, é como estabelecer uma harmonia entre esses dois sistemas já que ambos têm por objeto a mesma criação. Uma primeira dificuldade decorrerá da determinação dos limites de cada regime: será necessário definir claramente o âmbito de proteção patentearia e da autoral. Embora o escopo da patente decorra das reivindicações, o objeto dos direitos autorais é determinado apenas pelo conceito de “forma”. A aplicação desse conceito a programas de computador é, como vimos, complexo, justamente porque há uma imprecisão da forma protegível, não sob o aspecto codificação, mas sim da forma interna.

Nesse sentido, João Paulo Remédio Marques (2016) assevera sobre a importância de delimitar o âmbito de proteção do direito de autor e da patente diante da necessidade de segurança jurídica e da previsibilidade das condutas para concorrentes e público em geral, que não conseguem definir as utilizações livres encontradas nas limitações intrínsecas em ambos regimes. A coexistência de tutelas provoca indagações não somente em relação a possibilidade técnico-legal dos regimes e seus limites quanto ao âmbito de proteção e de como o software estaria efetivamente protegido.

### **3 A PROPOSTA DE DIRETRIZES DE EXAME DE INVENÇÕES IMPLEMENTADAS POR PROGRAMA DE COMPUTADOR DO INPI NA CONSULTA PÚBLICA Nº 3 DE 14 DE AGOSTO DE 2020**

Atualmente, a análise das invenções implementadas por programa de computador é regida pela Resolução nº 158, de 28 de novembro de 2016, do INPI, que institui as Diretrizes de Exame do órgão para auxiliar o exame técnico de pedidos de patentes referentes a invenções implementadas por programa de computador (INPI, 2016). Este documento conta com uma in-

trodução, explicações sobre o que se considerada invenção, as classes de processos em invenções implementadas por programa de computador, a diferenciação entre algoritmo, software embarcado e processadores de texto, critérios de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial), estrutura de um pedido de patente de uma invenção implementada por programa de computador e definições.

Explica o documento que tais invenções são processos e, como tais, passíveis de proteção por meio de patente de invenção, excluindo absolutamente a possibilidade de patente de modelo de utilidade para o caso. Ressaltando ainda a necessidade de obedecer aos critérios da lei de propriedade industrial quanto à novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Quanto ao que não considera invenção faz referência ao artigo 10, da lei de propriedade industrial, acentua a necessidade de resolução de um problema e efeito técnico da criação, e, pontualmente percorre os incisos do artigo sobre o que não considera invenção nem modelo de utilidade, já citadas no tópico anterior. E, com isso, conclui que existem três classes de processos relacionadas a invenções implementadas por programa de computador: processo que utiliza grandezas físicas para gerar um produto ou efeito físico, processo que utiliza grandezas físicas para gerar um produto virtual e processo que utiliza grandezas abstratas para gerar um produto virtual. (INPI, 2016)

A referência à Resolução nº 158/2016, do INPI, é importante pois a Consulta Pública nº 3 de 14 de agosto de 2020, propõe a atualização dessa regra. Além de uma introdução, o documento conta com explicações sobre o artigo 10, da lei de propriedade industrial, critérios de patenteabilidade (aplicação industrial, novidade e atividade inventiva), e a estrutura do pedido de patente.

A introdução da Resolução nº 158/2016 é repetida na introdução da Consulta Pública, que, além disso, antecipa a diferença entre algoritmo e software embarcado, e adiciona:

Para efeitos de análise de um processo implementado em computador é irrelevante se tal processo é executado em um computador de uso geral (computador pessoal) ou de uso específico (Controlador de Interface Programável – PIC, Arranjo de Portas Programáveis em Campo – FPGA, etc.), esteja o computador em rede local, rede remota ou em nuvem.

[005] Para efeitos de análise de um processo implementado em computador é irrelevante se tal processo é executado em um ambiente de Internet das Coisas (IdC), em inglês conhecido como Internet of Things (IoT). (INPI, 2020, p. 3)

Após, quanto aos comentários ao artigo 10, inova ao realizar a análise na ordem dos incisos na sequência estabelecida pela lei, o que demonstra maior organização e facilidade em leitura conjunta com a legislação. Ademais, a redação é bastante concisa e repetitiva, outrossim mais clara, em comparação a sua antecessora, incluindo o melhor destaque aos exemplos e inclusão de exemplos novo. Por exemplo, adiciona na explicação do inciso I (métodos matemáticos) que técnica envolvendo inteligência artificial, podendo compreender ferramentas, por exemplo, de *machine learning* e *deep learning*, pode ser considerada invenção, caso seja aplicada a um problema técnico e que haja efeitos técnicos resultantes. Reforçando que a técnica deve ser considerada um método matemático, sendo assim, recaindo sobre a situação no inciso I, do artigo em comento. (INPI, 2020)

Quanto aos critérios de patenteabilidade e estrutura do pedido de patente, não traz novas contribuições relevantes em relação à Resolução nº 158/2016. Nesse sentido, é preocupante que o INPI siga concedendo esse tipo de patente sem que sejam considerados debates sobre o acúmulo de proteções que o programa pode estar sendo ocasionado no caso (MEDEIROS, 2019).

O acúmulo de proteções no software, apesar da possibilidade teórica aqui apresentada, deve ser questionado mais precisamente no que diz respeito à fronteira entre os dois regimes que juridicamente são diferentes. Ainda que se proteja por direito de autor a forma ou a escrita do software e por direito de patente a sua funcionalidade, existem algumas implicações práticas que devem ser esclarecidas, pois o que é consentido realizar sob os mandamentos de um regime pode ter consequências sob as permissões e proibições do outro regime. (MOFFAT, 2004)

Nessa análise, é necessário distinguir o campo de atuação dos dois direitos e como eles interagem, visto que o software não é um elemento isolado dentro de uma máquina, nem essa - quando se trata de uma inven-

ção implementada por programa de computador - atua sem o software. Independente de uma divisão racional que se possa fazer de seus elementos, um componente dessa estrutura irá ter grande influência sobre o outro, visto que o software é uma forma ou expressão totalmente atrelado à função. (HILTY; GEIGER, 2011)

A noção de que no software o direito de autor tutela sua expressão ou literalidade e a patente a implementação da ideia - aplicável a funcionalidade não-literal do objeto - demonstra que, em ambos, a matéria que é objeto de proteção por cada regime é diferente, o que, por si só, não constitui sobreposição alguma e reforça um caráter complementar entre as duas proteções. (MACREZ, 2011) Facilmente, nessa presunção teórica, distinguem-se os elementos literais e não-literais, e aplicam-se aspectos diferentes de cada regime que são mutuamente exclusivos.

É, no entanto, somente no que tange aos objetos que os diferentes campos de proteção são encontrados de forma a demonstrar a existência ou não de sobreposição. A mera definição do que cada instituto visa proteger num mesmo objeto, definindo funções diferentes de tutela, “não permite identificar nem prevenir possíveis causas de sobreposição”, como expõe Antoon Quaadvlieg (2009, p. 485):

De um ângulo teórico diferente, dois regimes criam dois objetos distintamente separados de proteção, mas na prática um direito pode constituir uma barreira para o livre uso do objeto, embora o outro direito intencionalmente reserve esse uso para o domínio livre. O resultado é sobreposição.

A dificuldade em aceitar a aplicação da regra geral da sobreposição no software dá-se em razão da natureza do programa de computador: uma expressão funcional (MACREZ, 2011), isto é, a expressão é parte integrante da própria ideia e, assim, a expressão e a ideias são inseparáveis. (BALLARDINI, 2010) Como afirma Shamnad Basheer (2012-2013), a noção de que o software é uma expressão literária de algum tipo e, portanto, que merece proteção de direitos autorais é nada menos que um mito legal; a maioria dos programadores escrevem um programa de computador para executar uma função e não para ostentar talento literário. (AZAR, 2008) É difícil, dian-

te dessa característica, determinar o que é a forma/expressão no software e identificar as fronteiras entre a atuação do direito de autor e da patente. Sendo, portanto, a forma imprecisa não é possível saber se é separável de sua função<sup>(MACREZ, 2011)</sup> para que, conseqüentemente, possa escapar de outra regra geral sobre a proibição de tutela conteúdos técnicos por meio de direito de autor (DERCLAYE; LEISTNER, 2011).

Se a dicotomia expressão/ideia é facilmente compreensível do ponto de vista teórico, a aplicação dela, na prática, vem se mostrando impossível de ser realizada no software. É nesse aspecto que se encontra a dificuldade em proteger tecnologias híbridas pelas espécies tradicionais de direito da propriedade intelectual, pois não existe um tipo que proteja tecnologias que apresentam de forma indissociável as duas características. (REICHMAN, 1992b)

Nem o direito de autor protege os programas de computador na sua totalidade, pois não abriga o aspecto funcional, e nem sempre o software é uma invenção patenteável. Nesse sentido, Gustavo Ghidini e Emanuela Arezzo destacam quanto a expressão que “os programas consistem de fato em um conjunto escrito de instruções, mas é aí que termina a analogia”, mesmo que consistam em expressões, feitas por meio da escrita, não são lidos com facilidade por qualquer pessoa. Quanto à forma, os autores ressaltam a indissociabilidade da expressão, a tecnologia do software consiste em “ideias técnicas embutidas em um código binário”, cuja finalidade é produzir “efeitos tecnicamente exploráveis e não a fruição puramente intelectual” (GHIDINI; AREZZO, 2005, p. 374).

A dificuldade em separar expressão e funcionalidade - tornando mais vaga a dicotomia ideia/expressão - aprofunda-se com a possibilidade de o direito de autor proteger também os elementos internos do software, nomeadamente a expressão não literal, figurada na estrutura, sequência e organização do programa. Esses elementos não literais são “a essência da expressão do autor, mas sem usar as reais palavras do autor”, não é propriamente a linguagem que é protegida e sim a ideia por trás da sequência de comandos (BALLARDINI, 2010, p. 35). Protege-se, assim, alguns aspectos funcionais do software sob os auspícios do direito de autor como se patente fosse. O que não apenas viola o princípio tradicional de que se não protege aspectos técnicos/funcionais por meio de direito de autor (QUAEDVLIEG, 2009), como também é danoso para a inovação de software

devido ao amplo escopo de proteção do direito de autor e seu longo prazo de proteção (BALLARDINI, 2010).

Por sua vez, o escopo desses direitos irá definir qual será o conteúdo do direito de cada exclusiva, qual a extensão das proteções e quais as restrições à concorrência. Estabelecer o escopo do direito é importante para atribuição ou concessão de licenças para o direito, mas principalmente, para aferir casos de infração, que também envolvem questões relacionadas à validade do direito e, no caso da patente, é investigado também por meio das reivindicações. (TORREMANS, 2009)

O direito de autor diz respeito a um direito “anti-cópia”, que engloba o direito de excluir terceiros de copiarem a forma em que foi expresso um software, sendo possível que um novo programa, desde que escrito de outra maneira, execute a mesma função sem que isso constitua infração. A infração, a princípio, é constatada quando há cópia servil.<sup>4</sup> O direito de autor protege, assim, contra a reprodução de cópias total ou parcial, mas também, contra a utilização da obra, por quaisquer modalidades, sem autorização prévia e expressa do autor, tais como, a edição, a adaptação, quaisquer transformações e a tradução para qualquer idioma. Ao fim, esses direitos consistem numa proibição geral à realização de obras derivadas sem autorização.

A patente é considerada o monopólio mais forte no sistema de propriedade intelectual, conferindo ao seu titular, nos termos do artigo artigo 42, da Lei 9.279/96, o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto de patente e processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado (BRASIL, 1996). Além disso, de acordo com o artigo 41, da lei 9.279/96, a extensão da proteção conferida pela patente será

---

<sup>4</sup> Como visto, existe a possibilidade de proteção de elementos não-literais. João Paulo Remédio Marques acentua sobre o assunto: “Mesmo no domínio da forma de expressão do programa, o objecto (processual) da inquirição pelo tribunal fixa-se, as mais das vezes, na análise das linhas de programação (do código fonte) ou dos demais elementos de expressão do programa, isto é, a sua estrutura, sequência e organização, sem que, para afirmar a ilicitude, seja necessário alegar e provar a reprodução, linha a linha, *ipsis verbis*, das instruções, mas, numa visão mais proteccionista do titular, demonstrar apenas uma “similitude na estrutura” (vale dizer, por exemplo, nas listagens do código fonte), ou uma utilização de partes substanciais das linhas de programação do titular, do fluxograma, mesmo que seja utilizada uma diferente linguagem de programação”. MARQUES, 2016, p. 43.



determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos (BRASIL, 1996). A infração da patente, dessa forma, é determinada pelos atos cobertos pelas reivindicações, e somente o que está fora das reivindicações é permitido ser realizado por terceiro sem autorização.

Enquanto a tutela por patente é julgada extremamente robusta, a por direito de autor é considerada relativamente frágil. (MACREZ, 2011) Assim, se duas obras não são substancialmente semelhantes não há violação, fato que torna extremamente atrativo para o software - uma expressão dependente de sua função - o complemento por outro direito e a possibilidade de sobreposição. (TOMKOWICZ, 2012)

Na patente, o artigo 184, da Lei 9.279/96, estabelece que tudo que se encontra abrangido nas reivindicações encontra-se protegido, inclusive a violação que não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente (BRASIL, 1996). Quanto a este artigo da lei, leciona Denis Borges Barbosa (2010b) que a exclusividade concedida pela patente deve ser interpretada estritamente, mas não literalmente. O que significa dizer que a patente protege estritamente aquilo que foi concedido do pedido de patente de acordo com as reivindicações, porém, em decorrência da doutrina da equivalência, as reivindicações devem ser lidas de acordo com a função, “o que se patenteia é a função”. (BARBOSA, 2006)

Dessa maneira, diferentemente do direito de autor sobre a patente que permite que vários programas exerçam a mesma função a partir de diversas expressões, quando um inventor obtém uma patente sobre o software, terceiros inventores não podem realizar invenções idênticas ou equivalentes, mesmo criadas independentemente, como estabelece o artigo 7º, da Lei 9.279/1996 (BRASIL, 1996), pois a função encontra-se protegida. (TOMKOWICZ, 2012) Nesse caso, a sobreposição quanto ao escopo do direito de autor e da patente ocorre da forma descrita por Estelle Derclaye e Matthias Leistner (2011, p. 93, tradução nossa):

No entanto, já pode ser mencionado que, como acontece com outras sobreposições entre um ‘direito de monopólio’ e um direito de ‘anti-cópia’, se houver uma violação dos direitos de autor (isto é, copiando),

isso irá infringir automaticamente a patente. Mas isso é assim, desde que o que foi copiado também reproduza o que é reivindicado na patente. Isso terá que ser verificado a cada vez, mas desde copiar expressões protegidos por direitos autorais inclui copiar as ideias subjacentes, a patente será tipicamente infringida. Por outro lado, se alguém independentemente vem com a mesma invenção ou similar, apenas a patente será violada não os direitos autorais do programa de computador.

Se a violação dos direitos de autor infringe automaticamente a patente, desde que o que foi copiado também reproduza o que é reivindicado na patente, isso impede que o código do software que implementa aquela invenção possa ser reescrito por terceiros de outra forma, como garante a lei de direito de autor, já que o concedido nas reivindicações e equivalentes são protegidos, como pressuposto da tutela patentária. (MOFFAT, 2004) Os escopos de proteção, dessa forma, apresentam-se simetricamente convergidos, demonstram uma situação de choque de regimes e claramente em sobreposição, no qual a patente realmente absorve todas as prerrogativas do direito de autor praticamente anulando as peculiaridades desta proteção. (MACREZ, 2011) Nesse cenário, não é difícil imaginar as dificuldades que um terceiro, usuário ou concorrente, pode experimentar ao tentar compreender quais tipos de ações exatamente constituem ou não violação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O software consiste num conjunto de instruções orientadas em linguagem específica para um computador de forma que ele execute uma determinada função ou alcance um resultado esperado. No próprio conceito é possível perceber que o bem intelectual é caracterizado por apresentar aspectos literários no código e, ao mesmo tempo, uma função utilitária na execução desse código ao realizar uma tarefa ou resolução de um problema técnico. É ora caracterizado por seu elemento literário ora pelos desdobramentos industriais. Diz-se, assim, que o software é uma expressão adstrita a sua funcionalidade. Diversas formas legais de proteção são apontadas em todo o mundo, variando entre direito de autor, patente e sistemas sui

generis. Tais proteções, no entanto, vêm sofrendo severas críticas por refletirem parâmetros industriais e não abarcarem as necessidades e os elementos da sociedade informacional.

Assim, a tutela do software perpassa por debates no que diz respeito à clássica divisão entre ideia e expressão, ou melhor, funcionalidade versus expressão - visto que a ideia em si nunca é protegida - na concepção das espécies tradicionais da propriedade intelectual. A questão da funcionalidade versus expressão vem da concepção de que: 1) o direito de autor protege a forma expressa de uma obra e não o seu conteúdo, ou seja, o conteúdo é livre para circular e ser reproduzido por terceiros, desde que em formato diverso ao já expressado por outrem 2) enquanto a patente protege o conteúdo utilitário de uma tecnologia, permitindo que seu titular restrinja qualquer outro de chegar à mesma funcionalidade.

Adotou-se inicialmente, por questões pragmáticas, o direito de autor como regime de tutela do software: proteção mais extensa, automática, que permite sigilo do código fonte, um sistema internacional forte e operante já adotado pela maioria dos países. No entanto, o direito de autor engloba apenas o direito de excluir terceiros de copiarem a forma em que foi expressa um software em particular. Nada impede que um novo programa seja criado e realize a mesma função, já que a ideia é de uso comum e, portanto, é legal. Além disso, é a funcionalidade do software que parece merecer proteção legal, visto que é esta a finalidade última do software: permitir que o computador execute uma tarefa que lhe é comandada.

As deficiências da proteção por direito de autor, no entanto, vêm sendo preenchidas pela proteção por meio de soluções relacionadas à patente, mecanismo mais eficiente para bloquear ou dificultar a duplicação da funcionalidade do software. O uso de patentes como solução jurídica para proteção das invenções implementadas por software possibilita, contudo, que o software seja superprotegido. A proteção dessas invenções por patente quase nunca ocorre de forma isolada, pois é feita por uma série de proteções complementares, inclusive, por direito autoral em relação ao software em si. Os regimes individuais passam a coexistir, mas a forma como os escopos da proteção e outros elementos de cada direito interagem nesse bem não são investigados. No que concerne à patente, pondera-se que a proteção é

muito mais poderosa do que a do direito de autor sobre o software, e efetivamente a tutela do programa de computador em si e da invenção encontram-se mutuamente relacionadas.

Da análise do conjunto normativo brasileiro que rege o tema e das regras do INPI, em especial, a proposta de Diretrizes de Exame de Invenções Implementadas por Programa de Computador do INPI na Consulta Pública nº 3 de 14 de agosto de 2020, que visa a atualização das diretrizes que auxiliam o exame técnico de pedidos de patente envolvendo essas invenções, conclui-se que o problema da superproteção do software e a falta de clareza sobre os alcances de cada uma das proteções permanece sendo fonte de insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- AZAR, Deborah. A method to protect computer programs: the integration of copyright, trade secrets, and anticircumvention measures. **Utah Law Review**. n. 4. 2008. Disponível em: <http://www.epubs.utah.edu/index.php/ulr/article/view/135/117>. Acesso em: 28 jan. 2017.
- BALLARDINI, Maria Rosa. Scope of IP protection for the functional elements of software. In: IPR UNIVERSITY CENTER. **In search of new IP regimes**. Helsinki: Oy Nord Print Ab, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. Doutrina dos equivalentes em direito de patentes. In: Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Jabour. (Org.). **Criações Industriais**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.
- \_\_\_\_\_. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010c.
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm). Acesso em: 14 jul 2016.

BASHEER, Shamnad. *In*: WILKOF, Neil; BASHEER, Shamnad. **Overlapping intellectual property rights**. United Kingdom; India: Oxford University Press, 2012-2013.

DERCLAYE, Estelle; LEISTNER, Matthias. **Intellectual property overlaps: a european perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

GHIDINI, Gustavo; AREZZO, Emanuela. Patent and copyright paradigms vis-à-vis derivative innovation: the case of computer programs. *In*: GROSHEIDE, Frederik Willem; BRINKHOF, Jan J. (Org.). **Articles on crossing borders between traditional and actual**. Antuérpia: Intersentia, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Diretrizes de Exame de Pedidos de Patentes envolvendo Invenções Implementadas por Programas de Computador. 2016. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/legislacao-1>. Acesso em: 03 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Consulta Pública nº 03/2020, publicada no DOU de 17/08/2020. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/pagina\\_consultas-publicas/consultas-publicas](https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/pagina_consultas-publicas/consultas-publicas). Acesso em: 03 out. 2020.

MACREZ, Franck. Les cumuls de droits intellectuels sur les créations informatiques. *In*: CRUQUENAIRE, Alexandre; DUSOLLIER, Séverine. **Le cumul des droits intellectuels**. Bruxelles: Larcier, 2009.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. Patentes de programas de computador e de sistemas informáticos de jogos eletrônicos / patentes de métodos de exercício de atividades econômicas? *In*: **Revista de propriedade intelectual: direito contemporâneo e constituição (PIDCC)**. Aracaju, Ano V, v. 10, n. 1, p.001 a 046, Fev/2016. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/224-patentes-de-programas-de-computador-e-de-sistemas-informaticos-de-jogos-eletronicos-patentes-de-metodos-de-exercicio-de-atividades-economicas>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MOFFAT, Viva. Mutant copyrights and backdoor patents: the problem of overlapping intellectual property protection. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 9, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol19/iss4/7>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI/UFPR. 2019

QUAEDVLIEG, Antoon. Overlap/relationships between copyright and other intellectual property rights. *In*: DERCLAYE, Estelle. **Research handbook on the future of EU copyright**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2009.

REICHMAN, Jerome H. Overlapping proprietary rights in university-generated research products: the case of computer programs. **Columbia Journal of Law & the Arts**. v. 17. 1992.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. **A proteção autoral de programas de computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOMKOWICZ, Robert. **Intellectual property overlaps: theory, strategies and solutions**. Oxon: Routledge, 2012, edição Kindle.

TORREMANS, Paul. Choice of law in EU copyright directives. *In*: DERCLAYE, Estelle. **Research handbook on the future of EU copyright**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2009.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

# » CUMULAÇÃO OU COEXISTÊNCIA? A SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS SOBRE O DESENHO NO BRASIL

Lucas Ludgero de Geus<sup>1</sup>

**RESUMO:** A criação de desenhos originais é amplamente protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto obras intelectuais de caráter artístico são abarcadas pelos direitos autorais, desenhos aplicados a produtos fabricados em grande escala na indústria são protegidos por registro de desenho industrial. Contudo, a legislação brasileira é omissa quanto à hipótese de um desenho cumprir os requisitos para obter a tutela de ambos os regimes supracitados. Assim, este trabalho faz uso de revisão documental e bibliográfica para analisar se o ordenamento brasileiro permite que um titular reivindique proteção simultânea dos Direitos Autorais e do registro de Desenho Industrial à sua obra, e em caso positivo, quais seriam os limites sobre a aplicação de tais direitos. Conclui-se que tanto o Direito Autoral quanto o regime de Desenho Industrial podem ser aplicáveis a uma criação mediante o cumprimento de determinados requisitos, contudo a extensão de tal aplicação não será ampla, no sentido que um regime não poderá extrapolar o alcance do outro.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais ; Desenho Industrial ; Cumulação de direitos

## 1 INTRODUÇÃO

O Desenho Industrial tem ganho mais relevância à medida que se reconhece a importância do aspecto estético/ornamental (ou “*design*”) dos produtos para induzir a inovação. No contexto empresarial, o Desenho Industrial pode ser fator diferencial no comércio de um produto. Tal importância justifica a existência de um regime de proteção específico ao *Design* de produto original como uma modalidade de propriedade intelectual.

Apesar de que a forma mais intuitiva para se obter titularidade sobre desenhos em geral seja pelos Direitos Autorais, é importante considerar que

---

<sup>1</sup> Mestrando pela Universidade Federal do Paraná - UFPR.

ditos direitos protegem obras artísticas, decorrentes da expressão pessoal do autor. Por sua vez, o Desenho Industrial não depende deste fator pessoal e artístico: ele pode ser resultante de pesquisas de mercado, planejado e projetado para ser agradável à percepção do consumidor, e sinérgico com o produto em si, ou mesmo com uma possível tecnologia por si compreendida.

No entanto, isso não significa que um Desenho Industrial não possa decorrer de expressão artística. Inclusive, existe previsão legal para que um *design* seja categorizado como obra de arte aplicada, uma das modalidades reconhecidas pelos Direitos Autorais. Neste caso hipotético, interpreta-se que este *design* poderia ser abarcado por dois regimes distintos de proteção: o de Direitos Autorais e o de Desenho Industrial.

A existência de ambas as possibilidades levanta a questão de legalidade para um titular sobre um desenho industrial reivindicar a tutela legal de ambas as modalidades de propriedade intelectual para proteção de seus interesses sobre o desenho, ou seja, de forma cumulada.

A ausência de uma harmonização entre regimes jurídicos de proteção ao Desenho Industrial dificulta a aplicação do Direito Comparado. Observa-se que alguns ordenamentos jurídicos admitem a cumulação de direitos, estando o titular autorizado a reivindicar tanto o direito autoral quando o regime local de proteção ao desenho industrial a uma mesma criação. No entanto, em outros regimes não há clareza, ou sequer previsão, sobre a questão, que fica a cargo de teorias doutrinárias e decisões dos tribunais.

Exposto este cenário, cabe agora perguntar o que é permitido no ordenamento jurídico brasileiro. Um regime poderá se sobrepor a outro? Neste caso, o Brasil admite a cumulação de direitos? Ou deverá o titular escolher um dos regimes, abrindo mão do outro? Há entendimentos doutrinários diversos sobre a questão, contudo não consolidados por meio de previsão legal específica no Brasil.

Este trabalho objetiva analisar o tema, por meio de revisão bibliográfica e documental, bem como por estudo e comparação de leis nacionais e estrangeiras, de modo a determinar se o ordenamento brasileiro permite a aplicação dos regimes de proteção dos direitos autorais e do desenho industrial sobre uma mesma criação, e de que forma esta aplicação poderia ocorrer.



## 2 REGIMES DE PROTEÇÃO AO DESENHO

Presente desde os primórdios na história da humanidade, a arte plástica é uma poderosa ferramenta de comunicação e expressão, que possibilitou a criação de legados cultural e artístico apreciados até hoje. Por tal motivo, é natural pensar que obras gráficas e plásticas em geral devem ser objetos de proteção dos Direitos Autorais.

Contudo, quando se começou a perceber o valor do senso estético de um desenho aplicado a um objeto funcional, surgiu a necessidade de criação de um regime sui generis de proteção dedicado a esta forma de desenho, não vinculado ao patrimônio artístico da sociedade, mas sim voltado a interesses industriais.

Nesse sentido, cabe uma análise pormenorizada sobre cada um dos regimes.

### 2.1 Direito Autoral sobre Desenho

Conforme se acordou pela Convenção de Berna, o primeiro tratado internacional a uniformizar regras de direito autoral na grande maioria dos países, obras gráficas ou plásticas podem ser consideradas artísticas, e, para tanto, protegidas pelo direito autoral desde que materializada de alguma forma<sup>2</sup>.

Ascensão destaca que a obra intelectual é uma criação do espírito. Isso significa que não se trata de uma forma natural, preexistente, ou de alguma forma descoberta. É uma criação humana, única (por carregar marcas pessoais de seu autor), e que enriquece o patrimônio cultural (ASCENSÃO, 1997, p. 28). São essas criações que são protegidas pelos Direitos Autorais, desde que originais em relação a obras preexistentes<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Artigo 2(2), de acordo com a redação do Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975 que promulgou a convenção de Berna no Brasil: “Os Países da União reservam-se, entretanto, a faculdade de determinar (...) que as obras literárias e artísticas (...) não são protegidos enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material”.

<sup>3</sup> Como bem descreve o Art. 10 da atual Lei Brasileira de Direito Autoral (Lei nº 9.610/1998): “A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor”.

Ademais, dita criação deve ser exteriorizada de alguma forma que possa ser captável pelos sentidos (ASCENSÃO, op. cit. p. 30). Desse modo, ao se falar em arte, presume-se a existência de um suporte que conterà a obra para que esta seja percebida, uma vez que não é a ideia o objeto de proteção, mas sim a sua forma de expressão, sendo, portanto, materializada como obra intelectual por meio da exteriorização (COSTA NETTO, 2008, p. 82).

## 2.2 A obra de arte aplicada

A obra de arte aplicada está compreendida no rol de “obras literárias e artísticas” da Convenção de Berna<sup>4</sup>, sendo, portanto, admitida a proteção de tal modalidade pelo direito autoral.

Como já se estabeleceu, obras passíveis de proteção autoral devem ser exteriorizadas por uma forma material. Uma pintura, por exemplo, pode se materializar em um quadro. A escultura será talhada em pedra, madeira ou outra matéria prima. Em seguimento desta lógica, a obra de arte aplicada terá como forma o objeto em que tal obra de arte se aplica.

Mediante tal fundamentação, é plausível que uma obra de arte aplicada a um objeto funcional, tal como um produto industrializado, esteja apta para receber a tutela dos Direitos Autorais. Resta saber quando que um padrão gráfico ou forma plástica de um produto industrial pode ser considerado arte.

É importante observar, contudo, que a obra de arte aplicada só passou a integrar o rol da Convenção de Berna a partir de sua revisão de Berlim em 1908, momento em que as formas *sui generis* de proteção aos desenhos dos países signatários já eram tão diversas que a Convenção deixou a proteção a cargo da legislação nacional de cada um. Este fator pode ser categorizado como um acidente histórico (LADAS apud SRIKANTH, 2017, p. 34), uma vez que a existência de uma pluralidade de regimes contribuiu para uma desarmonia global sobre o tema.

## 2.3 Desenho como Propriedade Industrial

Em linhas gerais, os direitos de autor estariam associados a obras intelectuais intimamente vinculadas à cultura. Mesmo que obras culturais pos-

<sup>4</sup> Expressamente listada no rol do Artigo 2(1).

sam ser economicamente exploradas, elas não deixariam de contribuir com o patrimônio cultural da humanidade. Para muitos juristas, esta característica é essencial para que o Direito de Autor prospere<sup>5</sup>.

Entretanto, esse não é o caso das criações protegidas pela Propriedade Industrial. Estas devem ser novas em relação ao estado da técnica, sim, contudo não precisam decorrer de uma manifestação artística ou expressão pessoal. Na verdade, o que dá valor a estas criações são critérios de relevância à indústria. A título de exemplo, uma patente poderá se destacar pelo seu grau inventivo em relação às técnicas preexistentes. Uma boa marca será capaz de atribuir distintividade à atividade empresarial de sua titular em relação a seus concorrentes.

E por fim, há o Desenho Industrial, que por sua vez protege aspectos ornamentais de um produto. Assim como ocorre com os Direitos Autorais, o Desenho Industrial só terá direito à tutela se for considerado original. Contudo isto por si não basta: tal como outros regimes de propriedade industrial, deve também ser suscetível à industrialização, ou seja, passível de ser repetidamente fabricado por técnicas industriais disponíveis, sem necessidade de intervenção pelo inventor no processo (BARBOSA, 2015, p. 52).

## 2.4 Estrutura Legal Internacional

A ausência de uma definição clara para desenho industrial contribuiu para que a formulação de uma modalidade de proteção não fosse harmoniosamente abarcada na estrutura legal preexistente de propriedade intelectual.

A primeira menção a “desenho industrial” é feita na Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, adotada em 1886, em que se convencionou que cada país signatário tem a faculdade de definir “o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais”<sup>6</sup>. É importante notar que o desenho industrial

<sup>5</sup> Segundo ASCENSÃO: “(...) todo o Direito de Autor é necessariamente Direito da Cultura, A componente cultural tem de ser aqui muito forte, não se deixando absorver por preocupações comercialistas ou egocêntricas, por exemplo” (op. cit. p. 29).

<sup>6</sup> Artigo 2(7), de acordo com a redação do Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975 que promulgou a convenção de Berna no Brasil.

é tratado da mesma forma que a “obra de arte aplicada” pela redação da Convenção, pelo que se entende que, em um primeiro momento, o desenho industrial seria exclusivamente protegido pelo regime dos direitos autorais.

A necessidade de proteção específica a desenhos industriais no cenário internacional é feita pela Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade industrial, de 1883, (sendo o Brasil um dos signatários originais), determinando sua proteção por todos os países signatários<sup>7</sup>. Dita determinação é reforçada pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs) em que se estabelece ainda que a proteção não se estende a aspectos técnicos e funcionais do desenho aplicado a um objeto.

No Brasil, desenho industrial é definido pela Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial<sup>8</sup>.

Existe uma evidente divergência entre os regimes de proteção de desenho industrial de diversos países, consequência da falta de harmonização de pontos chave sobre o tema nos tratados internacionais. Não havendo sequer uma definição em comum nos referidos tratados, o “desenho industrial” é percebido de modo diferente e com características particulares em cada país, significando que uma obra protegida por registro de desenho industrial pode não ter a proteção estendida a outro país por este não o reconhecer como tal. Isso representa um desafio adicional para uma adesão, pois dependerá de uma adaptação da legislação nacional ao sistema internacional.

A coexistência de múltiplos regimes de proteção do *design* que muitas vezes se contradizem torna confusa a aplicação das leis. O célebre jurista Denis Borges Barbosa aponta que não existe uma fonte de “conhecimento tácito” para desenhos industriais, o que dificulta a criação de um consenso ou uma tradição sobre o tema:

---

<sup>7</sup> Art. 5 *quinquies*. “Os desenhos e modelos industriais serão protegidos em todos os países da União”.

<sup>8</sup> 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.

Diversamente do que ocorre no regime de patentes e marcas, não há nem sombra de tratamento uniforme na esfera internacional no tocante a desenhos industriais. As fontes dos tratados são divergentes, não há harmonização do regime, e efetivamente coexistem, na esfera nacional e regional, múltiplos sistemas de proteção (BARBOSA, op. cit, p. 8).

Nesse sentido, evidencia-se a dificuldade de aplicar a técnica do Direito Comparado a questões relacionadas a Desenho Industrial, uma vez que sequer sua definição é internacionalmente harmonizada.

### 3 DUPLA PROTEÇÃO DE DESENHOS INDUSTRIAIS

Há um nítido consenso entre juristas brasileiros de que não há risco de confusão entre ambos os regimes estudados. Está sedimentado que os desenhos protegidos pelos Direitos Autorais são aqueles dotados de algum veio artístico, sem o qual não poderiam fazer jus à tutela<sup>9</sup>. Por sua vez, a proteção do registro de Desenho Industrial incide sobre produtos de interesse da indústria, produzidos sob a expectativa de atender a “exigências objetivas, possuindo um fim preestabelecido e quase sempre utilitário” (CERQUEIRA, 2010, p. 207.).

No entanto, a caracterização da obra de arte aplicada como objeto de proteção do direito autoral pode representar um ponto de intersecção entre os dois regimes, visto que pode ser potencialmente aplicada em um produto industrializado. Nesta hipótese, o *design* do produto seria considerado elegível para obter ambos os modos de proteção.

Esta consideração levanta pontos de discussão quanto às possibilidades do titular de direitos: estaria ele autorizado a escolher o regime de proteção que melhor convier seus interesses? Ademais, poderia dito titular reivindicar a proteção simultânea de ambos os regimes?

---

<sup>9</sup> Conforme Pouillet apud SILVEIRA, 1982, p. 65: “ (...) tais criações quando não despertam nenhum sentimento estético, satisfazendo apenas ao gosto da moda, somente podem ser protegidas pela lei de desenhos e modelos, caso contrário entram no domínio da propriedade artística”.

### 3.1 Potenciais Vantagens

Para que os questionamentos há pouco feitos possam ser propriamente abordados, é preciso preliminarmente compreender que vantagens teria o titular da criação intelectual em ter dois possíveis regimes de proteção à sua disposição. Também é relevante compreender qual seria o potencial efeito de se obter uma dupla proteção sobre a mesma obra.

Por força de tratados internacionais, uma obra literária ou artística independe de registro para que Direitos Autorais a ela sejam associados<sup>10</sup>. Enquanto isso, na propriedade industrial, a formalidade do registro é fundamental para constituir o direito, pois a autoria não é presumida. Por consequência, o processamento do registro deve ser efetuado antes que a criação seja publicada, sob pena de não ter a novidade reconhecida, circunstância em que o direito é perdido (COSTA NETTO, op. cit., p. 30).

Ademais, há uma diferença substancial entre os períodos de vigência do Desenho Industrial e do Direito Autoral, sendo que na maioria dos países o primeiro tende a durar poucos anos, e o último perdura até o fim da vida do seu autor, e mais algumas décadas após sua morte<sup>11</sup>.

Em contrapartida, o registro do desenho industrial é tido como um direito absoluto, no sentido que sua violação será caracterizada independentemente da motivação de reproduzir a criação preexistente: eventuais cópias serão coibidas mesmo se o infrator não tiver conhecimento do registro. Enquanto isso, nos Direitos Autorais há contrafação quando se caracteriza a reprodução não autorizada de uma obra preexistente e protegida (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2004, p. 118), ou seja, houve animus de se copiar.

Nesse sentido, ao reivindicar os direitos autorais, o titular gozará de proteção automática de sua obra em uma multiplicidade de países, economizando tempo e custos elevados para executar as formalidades necessá-

---

<sup>10</sup> Artigo 5(2), de acordo com a redação do Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975 que promulgou a convenção de Berna no Brasil: "O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independentes da existência da proteção no país de origem das obras".

<sup>11</sup> O artigo 12 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs) estabelece uma duração mínima de 50 anos.

rias de registro em todos os países de interesse. Além disso, a vigência de tal proteção será consideravelmente elevada em comparação ao regime de proteção industrial. Em contrapartida, ao obter a patente ou o registro de Desenho Industrial, o Requerente terá em mãos um título bastante eficaz em garantir seu direito de exclusividade sobre a obra.

Contudo, no caso de se provar possível a hipótese de obter uma proteção cumulada de ambos os regimes sobre a mesma obra, o titular terá a opção de usufruir de todas os benefícios proporcionados por cada modalidade de proteção.

### **3.2 Teoria da Unidade de arte**

A possibilidade da caracterização de direito autoral em desenhos aplicados na indústria recebe bastante influência da teoria francesa da “unidade da arte”, de acordo com a qual toda e qualquer criação de arte (seja puramente artística, seja aplicada à indústria), deve receber proteção de direito autoral na mesma extensão (Id., 1986, p. 204).

A influência de tal teoria certamente se manifestou nas provisões legais da Convenção de Berna a respeito das obras de arte aplicada. Contudo, a teoria da unidade da arte não era amplamente aceita entre todos os países membros, sendo este o motivo pelo qual se estipulou que a legislação de cada estado determinará a extensão da proteção em relação a obras de arte aplicada e desenhos industriais (Ibid).

A unidade de arte tem sido fortemente criticada quanto ao seu princípio de que o mérito e o propósito da obra não precisam ser avaliados para que a proteção seja amplamente aplicada. Argumenta-se que, além de ser necessária a apuração de originalidade da obra, é fundamental que se determine se a obra compreende o domínio artístico para que o princípio em comento seja aplicado (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 1987, p. 363).

De qualquer forma, mesmo uma aplicação mais amena do princípio possibilita que a obra seja tutelada pelos Direitos Autorais concomitantemente com um regime de proteção de desenho industrial. Tanto que a França, país de origem da teoria da Unidade da Arte, admite a dupla proteção.

### 3.3 Cumulação versus coexistência

Estando estabelecido que um ordenamento jurídico pode admitir a dupla proteção de uma obra, o próximo necessário será compreender de que modo os direitos podem se sobrepor (uma vez que os limites de aplicação dos direitos são definidos pela legislação local de cada país), e quais efeitos jurídicos são gerados em cada um desses modos.

Se nenhuma restrição for aplicada à dupla proteção, fala-se em cumulação de direitos, em que ambos os regimes vigoram concomitantemente. Portanto, o titular poderia usufruir dos benefícios de cada regime simultaneamente. O exercício de um dos direitos não prejudica o exercício do outro.

Entretanto, a cumulação não pode ser confundida com “coexistência”. Nos países que elegem esta forma de aplicação, o titular continua tendo direito a reivindicar ambos os regimes. Portanto, uma vez que um dos regimes tenha sido escolhido, o outro não poderá mais ser reivindicado (Id., 2004, p. 118). Os direitos coexistem, porém, a proteção não é cumulada.

Enquanto o sistema da cumulação exerce uma proteção mais branda e protetiva, o sistema da coexistência evita a aplicação de uma proteção que possa ser considerada excessiva. A adoção de um ou outro sistema dependerá da legislação nacional de cada Estado membro, contudo nem sempre tal sistema é explícito em lei.

Por exemplo, Portugal explicita claramente em seu Código da Propriedade Industrial que qualquer desenho industrial registrado gozará de todos os benefícios de direito do autor, quando for cabível<sup>12</sup>. A França, por influência da difundida teoria da unidade da arte, permite a cumulação de direitos mesmo sem menção explícita na lei, sendo acompanhada pela Holanda (SUTHERSANEN apud SCHICKL, 2013, p. 178).

De qualquer forma, mesmo que não haja previsão explícita em legislação, ainda assim há fontes que justifiquem a sobreposição de direitos nos países que admitem tal prática, seja por teorias doutrinárias, seja por conso-

---

<sup>12</sup> INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2019: Artigo 194.º “Relação com os direitos de autor - Qualquer desenho ou modelo registado beneficia, igualmente, da proteção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado, ou definido, sob qualquer forma”.



lidações jurisprudenciais. Para estes países, observa-se que existe uma verdadeira preocupação com a legitimação dessa prática (PORTO, 2010, p. 8).

Também não há vedação para que os países limitem a cumulação de direitos. No caso da Polônia, os direitos patrimoniais oriundos dos Direitos Autorais não poderão ser exercidos após a extinção da proteção de Desenho Industrial: apenas os direitos morais poderão ser reivindicados nesta hipótese (Ibid, p. 93).

Percebe-se que há uma tendência atual pela adoção do sistema de cumulação de proteções. Na década de 2000, considerava-se que a maioria dos países do mundo adotam o sistema de coexistência, sendo que na Europa os dois principais representantes do sistema de cumulação eram somente a França e a Alemanha (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, loc. cit.). Entretanto, no âmbito da União Européia, muitos países membros estão sendo compelidos a aceitar a cumulação de direitos por recomendação de uma diretiva embasada em jurisprudência (*Flos v Semeraro*) (EUROPEAN COMMISSION, 2016. p. 94).

Por fim, é importante frisar que, independentemente de qual sistema (cumulação ou coexistência) for adotado, só se falará em sobreposição de direitos quando um desenho industrial cumprir todos os requisitos de proteção de ambos os regimes, o que não é algo comum ou fácil em desenhos industriais modernos (SCHICKL, op. cit. p. 30).

## **4 A SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS NO BRASIL**

Como já fora abordado, não há harmonização no tratamento do regime especial de Desenho Industrial. Portanto, para que se compreenda quais são o alcance e os efeitos da sobreposição de direitos de desenho no Brasil, é fundamental que as peculiaridades do ordenamento e jurisprudência nacionais sejam cuidadosamente analisadas.

### **4.1 Legislação Nacional**

A possibilidade de incidência de Direitos Autorais sobre arte aplicada tem sido pouquíssimo abordada pelas leis brasileiras. Na realidade, tal inci-

dência dependia totalmente de analogia com a Convenção de Berna uma vez que sequer havia menção desta hipótese em lei nacional até 1973.

A legislação brasileira passou a incluir manifestamente obras de arte aplicada no rol de objetos de proteção de Direitos Autorais somente a partir da Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973 (revogada), em que admitia a extensão da proteção do direito autoral às obras de arte aplicada. Contudo, isto só poderia ocorrer sob a condição de que a proteção não recaia sobre o caráter industrial do desenho, ou seja, se limitando à eventual aspecto artístico da obra<sup>13</sup>. Vale lembrar que, na data de promulgação da lei, já havia um regime vigente para a proteção específica de desenhos e modelos industriais no Brasil (à época regido pelo Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945).

A Lei de Direitos Autorais atualmente em vigor (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) acabou não seguindo sua antecessora, deixando de citar a obra de arte aplicada como objeto de proteção.

Naturalmente, a pouca abordagem da obra de arte aplicada não é fator impeditivo para a atribuição de proteção pelos Direitos Autorais, por força da Convenção de Berna promulgada no Brasil desde 1922 (inicialmente pelo Decreto nº 4.541, de 6 de fevereiro de 1922). Contudo, isto também sinaliza que não há previsão específica sobre o tema na legislação nacional, aumentando a dificuldade para se definir se o ordenamento brasileiro admite a sobreposição dos regimes de proteção.

## 4.2 Desenho Industrial e Arte

No cenário internacional, verificou-se que mesmo os sistemas mais permissivos e que admitem a cumulação de regimes são muito cautelosos, exigindo que a criação atenda a todos os requisitos legais, inclusive apresentando um relevante grau artístico, para que possa receber a tutela dos Direitos Autorais.

Apesar do vácuo legislativo, a possibilidade de sobreposição de regimes no Brasil tem sido bastante abordada por célebres juristas preocupados com o tema. O que parece consensual é de que tal hipótese é bastante atípi-

---

<sup>13</sup> “Art. 6º (...) XI - as obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas”.

ca, e não deve ser meramente aplicada de forma automática ou presumida. Sendo assim, a especificidade do regime *sui generis* de proteção deve ser respeitada na medida do possível.

Para Ascensão, a aplicação do Direito Autoral não poderia ser subsidiária, ou seja, não incidirá sobre uma obra de arte aplicada simplesmente no caso desta não ter as formalidades de proteção de desenho industrial cumpridas (ASCENSÃO, *op. cit.* p. 414). Não pode restar dúvida quanto à incidência da proteção do direito autoral sobre a obra de arte aplicada para que esta seja exercida.

Sobre se há possibilidade de cumulação de direitos, Ascensão inclina-se para uma resposta negativa, no sentido que a inclusão de um sistema de proteção de tamanha latitude como o de Direitos Autorais, cumuladamente com um outro regime ativo de proteção, parece ser desproporcional (*Ibid.*, p. 415). A consequência visualizada por tal desproporcionalidade é um “desequilíbrio no mercado”, tendo em vista a proteção em excesso (PORTO, *op. cit.* p. 13).

Contudo, observa-se que a preocupação do jurista está na cumulação de regimes com o intuito deliberado de estender os direitos de exclusividade sobre uma criação, justificado meramente pela sua natureza de desenho. Ora, um desenho aplicado a produto industrial que não fizesse jus à proteção do direito autoral certamente receberia uma extensão desproporcional de direitos se a cumulação ocorresse de qualquer forma. Isto é diferente de uma obra de arte aplicada que, mesmo inserida em um contexto industrial, não perde sua essência artística.

Há aqui, portanto, uma ponderação de valores. Um desenho industrial não será automaticamente abarcado pelos direitos autorais exclusivamente pelo fato de se tratar de um desenho. Contudo, o oposto também é verdadeiro: a mera aplicação industrial de um desenho aplicado a um produto não revoga automaticamente eventual direito de proteção pelos direitos autorais. Seria arbitrário determinar que a sujeição de uma obra à exploração industrial retiraria seu aspecto artístico, em especial porque isto negaria o status de uma expressão pessoal e artística, tal qual pode ser percebida pelo autor quanto por um expectador (SRIKANTH, 2017, p. 43-44). Por este motivo, para que se determine a existência ou não de caráter artístico, o artigo industrial deve passar por um processo de valoração.

Gama Cerqueira se refere a uma zona intermediária entre as belas artes e a aplicação industrial no qual o objeto de proteção se caracteriza por um “acentuado cunho artístico”, enquanto ao mesmo tempo se reveste “das características de um artigo industrial” (CERQUEIRA, 2010, p. 227). Desse modo, se trataria da obra de arte [aplicada] cujo aspecto artístico não foi dissociado pelo caráter industrial do produto, prevista na lei anterior de direitos autorais no Brasil.

E com efeito, Ascensão opina em outra oportunidade que:

Para que a obra de arte aplicada tenha a tutela dos dois regimes cumulativamente, deve ter mérito artístico, ou seja, uma característica artística que prevaleça sobre o caráter utilitário nas obras de arte aplicadas (ASCENSÃO apud PORTO, op. cit., p. 7).

Sobre o “mérito artístico”, autores que defendem a mesma linha argumentam que a forma deve possuir um valor artístico suficiente para ser protegida pelos Direitos Autorais. No caso de Cataldo:

(...) Deve-se obedecer a um critério de valoração de mérito. Em um desenho industrial com características artísticas, se o bem está destinado ao mercado, um direito de exclusiva de tão longa duração como direito autoral não pode ser aplicado sem que seja feito um controle de mérito (CATALDO apud PORTO, loc. cit.).

Portanto, uma vez identificado o mérito artístico presente na forma de um produto industrial, não há como negar o reconhecimento de tal forma como a materialização de uma obra de arte, estando apta, portanto, para receber a tutela dos Direitos Autorais.

### **4.3 Aplicação da Tutela**

Superada a questão de que a forma de um produto industrial pode ser caracterizada como arte, sendo perfeitamente admissível no direito brasileiro a incidência dos Direitos Autorais sobre a obra, resta analisar de que modo tais direitos poderão ser aplicados.

Apesar da forma de um produto ser capaz de preencher todos os requisitos teóricos para a obtenção de tutela tanto pelos Direitos Autorais quanto pela Propriedade Industrial (desenho industrial), é preciso resgatar a preocupação de Ascensão quanto a amplitude dos direitos do primeiro em relação ao segundo.

A questão de sobreposição dos direitos de propriedade intelectual é bastante trabalhada por Patricia Porto. Ao adentrar a questão da obra de arte aplicada em produto industrial, ela lembra que, sendo a exclusividade sobre obra um direito constitucional<sup>14</sup>, neste diapasão também estão subordinados aos princípios constitucionais decorrentes, mais especificamente neste caso o princípio da interpretação restritiva dos direitos de propriedade intelectual (PORTO, op. cit., p. 12).

Segundo Patrícia, “a função de DI funcionaliza o objeto da exclusiva autoral” (Ibid.), e, portanto, o direito mais restrito fará a “contenção” do direito mais extenso, o que não permitiria uma aplicação desproporcional deste último.

Para que se discuta essa questão, é relevante também destacar o posicionamento de Denis Borges Barbosa sobre o assunto:

Ainda que um desenho possa, sim, ser objeto de proteção autônoma, pelas suas qualidades expressivas, a aplicação em função ornamental e acessória a um objeto suscetível de fabricação industrial suspende e neutraliza, nos limites do direito pertinente e de seu exercício, a aplicação do sistema autoral (BARBOSA, op. cit., p. 16).

Para Barbosa (op. cit., p. 16), a multiplicidade de proteções aplicáveis não significa que haverá a cumulação de proteções em cada função exercida. Nesse diapasão, não haveria concorrência entre os direitos, pois dentro do escopo da proteção fornecido pelo registro de Desenho Industrial, não haveria incidência dos direitos autorais.

Tal pensamento está alinhado com as conclusões de Porto (op. cit. p. 13), que não perde tempo em discutir se pode haver mais de uma proteção

---

<sup>14</sup> Art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

aplicável a um mesmo objeto. O que é relevante para ela é ressaltar que tal objeto pode compreender uma multiplicidade de funções que não necessariamente se interseccionam entre si, razão pela qual eventual cumulação de direitos seria muito ocasional e dependente de vários requisitos.

É importante recordar que a lei anterior de direitos autorais (Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973 - revogada) condicionou a proteção a obras de arte aplicada à sua capacidade de dissociar seu valor artístico do caráter industrial do produto suporte.

## 5 CONCLUSÃO

É seguro afirmar neste ponto que um desenho industrial poderá ser dotado de aspectos artísticos decorrentes de expressão autoral, sendo que em tal hipótese poderá ser considerado obra de arte independentemente de sua sujeição a um processo de industrialização. Nesse sentido, um desenho industrial estará apto para receber a tutela dos direitos autorais, sob a condição de que seja identificado na obra um valor artístico que não esteja vinculado com a natureza industrial do produto.

Contudo, a aplicação dos direitos autorais não poderá ser indiscriminada, visto que não pode concorrer com o regime *sui generis* específico à proteção do *design*, que concede uma proteção mais restrita.

Em outras palavras, os direitos autorais não poderão oferecer proteção ao mesmo campo compreendido pelo escopo do registro de Desenho Industrial, uma vez que a amplitude dos direitos de autor potencialmente acarretaria em uma grande desproporcionalidade, sobretudo em relação aos direitos patrimoniais.

Este entendimento é plausível perante a legislação atual e os princípios legais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a questão em debate parece estar longe de um consenso, visto que esta é uma área cinzenta do arcabouço legal sobre desenhos industriais, uma possível herança da desarmonia estrutural no cenário global acerca da definição e da regulação do desenho industrial.

Por fim, volta-se a atenção à questão posta no início do título do presente trabalho: Cumulação ou coexistência? A resposta parece ser nem um, nem outro, mas sim uma terceira via, pela qual se admite a incidência de

mais de um regime sob um mesmo objeto, contudo a proteção não seria cumulativa pois o regime mais amplo não poderá sobrepor as limitações do regime mais restrito.

## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**: Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CERQUEIRA, Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Vol. I. Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COSTA NETO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.
- EUROPEAN COMMISSION. **Legal review on industrial design protection in Europe**. Bruxelas, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Código da Propriedade Industrial**. Lisboa, 2019.
- PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. Limites à Sobreposição de Direitos de Propriedade Intelectual. In: **Revista da ABPI**. v. 109. p. 3-15. 2010.
- SCHICKL, Lena. Protection of industrial design in the US and in the EU: Different concepts or different labels? **The Journal of World Intellectual Property**. v. 16(1-2). New Jersey: Wiley, 2013.
- SILVEIRA, Newton. **Direito do Autor no Desenho Industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SRIKANTH, Sheetal. **The Copyright- Design Conundrum: An Inquiry into the Efficacy of Sui Generis Design Laws**. University of Toronto, 2017.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Industrial Designs and their Relation with Works of Applied Art and Three-dimensional Marks**. In: Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications. Ninth Session. 11-15.nov.2002. Genebra, 2002.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO Intellectual Property Handbook**. 2. ed. Genebra, 2004.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO International Forum on the Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights**. Ano 22. n. 6. Genebra: 1986.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO International Forum on the Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights**. Ano 23. n. 12. Genebra: 1987.

# »»» CONHECIMENTOS E EXPRESSÕES TRADICIONAIS: UMA CRÍTICA À DESPOSSessão DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Lucas Silveira Duarte<sup>1</sup>

Lucas Moser Goulart<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo surgiu da problemática envolvendo o Direito da Propriedade Intelectual como instrumento direcionado à apropriação de conhecimentos tradicionais, e as reivindicações provenientes de povos e comunidades que tem se autointitulado, historicamente, detentoras daqueles saberes e práticas. Neste sentido, partiu-se da seguinte problemática: tendo em vista a origem e a forma como são historicamente concebidos os conhecimentos e expressões culturais tradicionais, qual modelo de proteção apresenta-se mais adequado? A partir de uma necessária contextualização construída através da análise de preceitos legais relacionados aos direitos autorais e à propriedade industrial, fez-se necessário tratar das teorias filosóficas que justificam (ou não) os direitos de Propriedade Intelectual para fins de propor, de imediato, reflexões acerca da razão de ser e do grau de extensão das regras jurídicas vinculadas à produção intelectual. Na sequência, analisou-se o conceito de conhecimentos tradicionais e os diplomas legais que prevêm, direta ou indiretamente, dispositivos destinados à geri-los e/ou protegê-los. Ao final, realizou-se uma análise acerca das proposições de Karl Marx no que toca a propriedade, com o aprofundamento das interpretações realizadas à sua obra e que dialogam com a propriedade imaterial no sentido de identificar que, para ele, o trabalho criativo é também trabalho alienado, por passar a integrar, automaticamente, a lógica de mercado. A conclusão foi a de que, mesmo sendo necessária uma análise casuística sobre o que invade ou não a esfera conceitual das leis de Propriedade Intelectual e o que preenche concretamente o conceito de bem cultural ou comum, devem preponderar políticas protecionistas defensivas, incidindo aquelas de natureza positiva apenas nos casos

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS e Mestrando em Direito Privado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Músico, Pesquisador e Advogado nas áreas do Direito Empresarial e do Direito da Propriedade Intelectual.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela PUCRS, graduando em Ciências Sociais pela UFRGS, pós-graduado em Direito Internacional pela UFRGS e mestrando em Direito pela UFSC. Também músico, produtor, editor e advogado.



em que se identificar, concretamente, o preenchimento dos requisitos legais ao que tange o sujeito criador e à criação em si.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual. Conhecimentos Tradicionais. Bens Comuns. Direitos Coletivos.

## INTRODUÇÃO

A Propriedade Intelectual surgiu de um momento histórico no qual a preocupação era impedir a circulação de cópias não autorizadas (ou de obras de conteúdo desfavorável aos interesses políticos vigentes) e garantir o monopólio aos livreiros e demais intermediários da esfera literária. Este ramo do direito passou por uma evolução exponencial desde então, de forma a hoje proteger tanto as criações artísticas, tais como a própria literatura, a música e o teatro, por exemplo, como também a indústria e o mercado como um todo, através de patentes, programas de computador, marcas, desenhos industriais, entre outros ativos intelectuais, estabelecendo critérios intrínsecos a serem preenchidos para fins da exploração privada desses ditos bens imateriais.

Ocorre que essa evolução do sistema de concessão de monopólios legais, em favor daqueles considerados, pelo Direito, como inventores, autores, editores ou enfim, titulares de direitos de propriedade intelectual, sempre seguiu uma linha tênue em consonância com a subjetiva ideia e conceitualização do que vem a ser um criador, além de, hodiernamente, ter expandindo seu alcance no que toca ao objeto de tutela jurídica por esse ramo especialíssimo do Direito.

Tal desenrolar histórico nos coloca, hoje, na posição de discutir, inclusive, como devem ser tratados aqueles conhecimentos e criações ligados a povos tradicionais que, em sua grande maioria, propagam sua cultura e modo de vida de forma coletiva e muitas vezes isolada de grandes centros urbanos. Ou seja, o que criam, o fazem para si e para o atendimento de suas necessidades, sem uma visão central vinculada à exploração econômica monopolística.

Mesmo com esse natural distanciamento, todo e qualquer costume adotado ou ferramenta utilizada que demonstre real possibilidade de virar

mercadoria e circular no mundo dito - por aqueles ainda infectados pelo vírus do Darwinismo social - “civilizado”, são apropriados por grandes corporações, tanto da indústria cultural quanto da indústria tecnológica, farmacêutica e etc.

É acerca desse status de produção da sociedade de consumo que o presente estudo tratará, a partir da interconexão entre monopólios privados, formas de apropriação, obras, expressões e conhecimentos tradicionais, objetivando a compreensão do olhar pelo qual a Propriedade Intelectual vem sendo planejada neste sentido e quais os seus limites (se é que eles existem na prática) quando o assunto é produção cultural coletiva historicamente estruturada.

Para isso, um olhar *a priori* acerca desse peculiar ramo do Direito far-se-á necessário para que seja possível abordar de forma mais acertada a sua estrutura e modo de funcionamento. Assim, tratar-se-á das pouco exploradas teorias justificadoras da Propriedade Intelectual, optando-se, após breve análise, uma abordagem única a fim de se buscar consistência teórica mínima para considerações acerca de possíveis alternativas à situações periclitantes, principalmente quando o assunto é o esvaziamento do que se considera como bem comum ou propriedade coletiva e, portanto, inviável de ser apropriada.

## **1 ABORDAGEM CONCEITUAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E BENS COMUNS**

A Lei de Direitos Autorais Brasileira<sup>3</sup> (BRASIL, 1998) foi concebida a partir da internalização de conceitos relevantes acerca de autoria e de obra, aspectos esses que merecerão destaque para o desenvolvimento do presente estudo. O artigo 11º, por exemplo, estipula que *autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica*. Na sequência, o seu parágrafo único complementa a abrangência do fenômeno autoral estipulando que, nos casos previstos em lei, as pessoas jurídicas também podem ser consideradas autoras.

---

<sup>3</sup> Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Ainda sobre autoria, a Lei prevê a figura dos co-autores, sem prever um conceito positivo, mas sim negativo, ao trazer na lei a ideia de que *não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio*. Com base nesta previsão, portanto, abre-se a discussão com relação a o que seria um “simples auxílio” na produção, revisão, atualização ou edição da obra, tópico este bastante relevante no que se refere ao tema dos conhecimentos tradicionais, por exemplo (CARBONI, 2010).

No que se refere à obra, a referida Lei de Direitos Autorais Brasileira preceitua, em seu artigo 7º, que *são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*. Por conseguinte, há um extenso rol exemplificativo do que vem a ser considerado obra passível de proteção (obras literárias, artísticas ou científicas, coreográficas, desenhos, pinturas, composições musicais, etc.), além de haver previsão, inclusive, acerca das criações não passíveis de resguardo legal, mais precisamente no artigo 8º. Por fim, salienta-se que tal comando normativo estipula com clareza que os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, como bens móveis - leitura cristalina do artigo 3º.

A Lei da Propriedade Industrial Brasileira (Lei nº 9279 de 1996), por sua vez, apesar de não cuidar conceitualmente da figura do criador, trata, por exemplo, da invenção como sendo aquela que *atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial*. Os modelos de utilidade como sendo um *objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação*.<sup>4</sup>

Portanto, as duas principais leis que tratam da Propriedade Intelectual no Brasil consolidam objetivamente a ideia vinculante entre criatividade e propriedade, demonstrando claramente que há como pressuposto nevrálgico

---

<sup>4</sup> Ressalta-se que a Lei de Propriedade Industrial trata também das marcas e desenhos industriais, sendo que os conceitos trazidos aqui servem apenas para exemplificar a forma como a propriedade imaterial é tratada legalmente com o fim de que, no momento oportuno do estudo, as críticas sirvam ou para cancelar o que está posto, ou para propor reflexões sobre formas alternativas de políticas nas relações público-privadas.

co o atendimento de necessidades específicas de diferentes nichos de mercado, existentes pelo fato de subsistirem-se através da exploração econômica dos monopólios legalmente reconhecidos. Não obstante, vale mencionar que a Propriedade Intelectual é um dos ramos do Direito que mais sofrem regulamentação a partir do Direito Internacional, havendo uma límpida sensação de homogeneidade ao redor do globo; ou seja, os tópicos tratados aqui não são especificamente nacionais, e sim, tangentes a maior parte dos ordenamentos jurídicos no mundo (BARBOSA, 2009).

Neste sentido, para além da simples constatação analítica da pré-concepção jurídica que filosoficamente vincula a criatividade e a inovação, nos é permitido concluir o quão bem estruturado encontra-se o regime de monopólios intelectuais instaurados e aprimorados mundialmente, cabendo, a partir disso, desenvolver-se considerações acerca dos reais reflexos quando se parte do pressuposto de que a existência de novas tecnologias, novos medicamentos e até de novas coleções de moda surgem da exploração de conhecimentos e expressões culturais tradicionais sem qualquer autorização ou regime diferenciado que atenda aos interesses e/ou necessidades daquelas (WIPO, 2001).

Fato é que, em diversas oportunidades, o que é considerado de domínio e de exploração coletiva passa a receber a tutela monopolística das leis de propriedade intelectual quando qualquer recurso, conhecimento ou cultura, é transformado em produto pela indústria.

Neste sentido, tratar-se-á de bem comum como sendo o ponto de interesse de uma determinada comunidade sobre alguma coisa, a qual não encontra guarida em tão somente um interesse individual, mas sim, em vários, interligados para além da personalidade coletiva, mas também por motivos econômicos, políticos e/ou antropológicos.

Segundo Carol Rose (1986), esses direitos sob propriedades comunais representam direitos gerais que existem além da memória, como, por exemplo, o direito costumeiro de uma comunidade de usar a terra em comum para pastagem, usar madeira de florestas locais, usar estradas, pescar em rios, reunir-se em áreas públicas para festivais, etc.

Segundo Rose:

Existe, além da propriedade puramente privada e da “propriedade pública” controlada pelo governo, uma classe distinta de “propriedade inerentemente pública”, que não está sujeita de maneira alguma nem ao controle do governo nem ao de agentes privados. É uma propriedade cuja “posse” e “gestão” são da sociedade coletivamente, com direitos independentes e de fato prevalentes ao direito de qualquer gestor governamental.

Estamos tão acostumados a pensar a propriedade como sendo um direito de exclusão dos outros no uso ou benefício de determinada coisa que perdemos de vista essa visão clássica, do direito costumeiro, a qual resta presente ainda nas comunidades tradicionais.

Assim, para fins de entendimento, faz-se necessária a conceitualização do que vem a ser conhecimento tradicional. Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2019):

Conhecimento tradicional é o saber, *know-how*, habilidade ou prática que é desenvolvida, sustentada e passada de geração para geração dentro de uma comunidade frequentemente fazendo parte de sua identidade cultural ou espiritual. (Tradução nossa).

Já as Expressões Culturais Tradicionais, de acordo com a mencionada organização (2020):

[...] são consideradas como essenciais para a identidade cultural e social das comunidades indígenas e locais, incluindo o *know-how* e as competências, e transmitindo valores e crenças fundamentais. A proteção do folclore pode contribuir para o desenvolvimento econômico, incentivar a diversidade cultural e ajudar a preservar o patrimônio cultural.

Nesta senda, surge o questionamento de qual seria a *raison d'être* da apropriação destes conhecimentos para fins de inserção na lógica de mercado criada pela propriedade intelectual.

## 2 ABORDAGEM FILOSÓFICA JUSTIFICADORA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A lei, de um modo geral, busca proteger a criatividade na relação criador/titular/obra/público, gerando para os primeiros um título que os coloca na situação de exploradores econômicos máximos daquilo que foi concebido. Mesmo assim, muitas pesquisas têm sido realizadas no sentido de questionar o *status quo* desse *establishment*, buscando relativizar algumas das estruturas consideradas prejudiciais aos interesses públicos, comuns e coletivos.

Poucas pesquisas, apesar disso, têm se dedicado a retroceder na análise filosófica para fins da busca da compreensão dos ideais basilares que possam fornecer caminhos alternativos às regras contemporaneamente postas. As quatro principais teorias que justificam ou não a Propriedade Intelectual são a utilitarista, a do trabalho, a personalista e a marxista, a partir, principalmente, das interpretações realizadas pelos pesquisadores Peter Drahos e William Fischer.

A teoria utilitarista, inaugurada por filósofos como Jeremy Bentham (1800) e Stuart Mill (1885), tem como pressuposto o locupletamento do melhor resultado em termos de bem-estar social ou de maior grau de felicidade. Assim, a estrutura da Propriedade Intelectual posta seria o melhor modelo possível quando o assunto é atingir o maior grau de justiça social através do equilíbrio “perfeito” entre a concessão de direitos exclusivos e a fruição pública da criatividade, tudo isso numa estrutura quase que autopoiética. O que se analisa, portanto, são os resultados alcançados e ditos úteis, pouco importando os meio empregados para tanto (FISCHER, 2001).

A teoria do trabalho, que possui como marco teórico inicial as ideias de John Locke (1689), por sua vez, vincula-se diretamente à ideia de merecimento. Toda a pessoa que emprega esforços sobre determinados recursos sem dono ou mantidos em comum, tem o direito natural à propriedade dos frutos de seus esforços, sendo que compete ao Estado garantir e fazer valer esse direito natural (FISCHER, 2001).

Em complemento, o pesquisador Justin Hughes (1988) interpreta a teoria do trabalho lockeana considerando-a consistente para fins de justificação dos direitos de Propriedade Intelectual e sintetiza que, em geral, a leitura de

Locke sobre propriedade imaterial se resume em três pontos principais: (i) toda produção de ideias requer o trabalho de uma pessoa; (ii) essas ideias partem da apropriação do patrimônio comum/coletivo que não é significativamente desvalorizado pela remoção dessa ideia por aqueles que criam; e (iii) as ideias podem ser apropriadas sem violar a condição de não-desperdício.

Assim, mesmo considerada por muitos como sendo uma teoria incompleta, a visão lockeana de propriedade é comumente inserida como subsídio estruturante da Propriedade Intelectual, uma vez que ventila o liame central que há entre o trabalho empregado na concepção dos bens imateriais e a necessária garantia de propriedade sobre os seus frutos, sob pena de se esvaziar a capacidade criativa humana na hipótese de sua não valorização.

Já a teoria personalíssima, extraída dos escritos de Immanuel Kant (1798), Johann Gottlieb Fichte (1847) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1820), tem como eixo central a necessidade de se conceder proteção às criações geradas pelos indivíduos tendo em vista que são elas a extensão de sua personalidade. Somando-se a isso, compreende-se que o fenômeno da propriedade, nessa relação consequencial, é a manifestação mais bem acabada e efetiva da liberdade (FISCHER, 2001).

Assim, a teoria personalíssima busca justificar os direitos de Propriedade Intelectual levando-se em conta a indispensabilidade de se proteger todo e qualquer materialização gerada pela personalidade de alguém, ao passo que, conceder a propriedade e, assim, o monopólio para o exercício dos direitos vinculados à sua criação, coloca o seu criador como partícipe pleno e livre da sociedade, bases estas bastante influentes na tradição jurídica romano-germânica voltada à justificação do Direito de Autor.

Desta mesma forma, assim como na teoria lockeana, a não observância da necessária garantia de propriedade e exploração econômica dos bens imateriais resulta, conseqüentemente, em um esvaziamento da capacidade criativa humana, neste caso pela ausência de salvaguarda do próprio espírito humano.

Por fim, a teoria marxista, que possui como referencial teórico basilar, obviamente, as ideias de Karl Marx, detém uma visão estritamente negativa no tocante ao fenômeno da propriedade privada, pois parte do pressuposto de que esta nada mais é do que um fator econômico da vida em sociedade,

na qual o produto do trabalho acaba sempre nas mãos das elites, sendo por elas constantemente explorado em detrimento das classes menos favorecidas (DRAHOS, 1996).

Assim, todo e qualquer trabalho externalizado deve-se considerar, automaticamente, trabalho alienado. Por isso, a visão de que os direitos de propriedade intelectual servem para motivar e recompensar o trabalho criativo nada mais seria do que um conto de fadas ideológico, projetado para ocultar a exploração sistemática do proletário criativo no modo de produção capitalista (DRAHOS, 1996).

Tal noção serve também como crítica à teoria personalíssima, tendo em vista exatamente a ideia de que uma vez externado qualquer tipo de criação ou inovação, torna-se a mesma passível de alienação/apropriação.

Interpretando a visão de Marx, portanto, conclui-se que um regime jurídico direcionado a garantir monopólios ligados à produção imaterial nada mais é do que uma forma de dominação de classe, onde a classe dominante (ou seja, aqueles que detém os meios de produção) utiliza de determinado sistema jurídico para proteger os seus próprios interesses econômicos (FISCHER, 2001).

Baseando-se nestas construções, é que se questiona até que ponto a formação de monopólios intelectuais baseados em conhecimentos tradicionais, pelos diferentes setores da indústria, é prejudicial inclusive para fins de sedimentar ponderações relevantes quanto aos limites da lei nesta seara e a importância da preservação dos bens comuns.

### **3 STATUS LEGAL E EXEMPLOS DE DESPOSSessão**

No Brasil, a Constituição Federal do Brasil cuida do tema dos conhecimentos tradicionais de forma direta e indireta, em diversos dispositivos, com destaque para os artigos 215 e 216, senão vejamos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.



§1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

§3º. A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - Defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

[...]

IV - Democratização do acesso aos bens de cultura;

V - Valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - As formas de expressão;

II - Os modos de criar, fazer e viver;

III - As criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei [...].

Além de tais previsões constitucionais, o Brasil é signatário da Convenção sobre Diversidade Biológica, considerado um dos principais tratados relacionados à preservação dos recursos regionais e à soberania de cada nação sobre o patrimônio existente em seu território. De forma complementar à convenção supracitada foi criado o Protocolo de Nagoia<sup>5</sup>, com o intuito de fixar uma política mais justa relacionada à partilha das rendas auferidas através da exploração de processos e produtos comerciais derivados de recursos genéticos (CHIARETTI, 2019).

No geral, estas e outras tentativas concebidas pelo mundo afora buscam gerir a exploração de recursos e/ou manifestações culturais vinculadas a povos ou regiões específicas. Trata-se, em realidade, de se estabelecer condições para que, principalmente as grandes corporações industriais, tenham algum ônus no momento de implementar suas buscas por novos recursos e artefatos culturais a serem lançados nos mais diversos nichos de mercado, o que, claramente, não se configura como uma política dedicada a preservação dos direitos de natureza coletiva.

Mesmo que as últimas décadas tenham sido marcadas por um aumento da importância do tema no debate internacional (WIPO, 2018), casos de apropriação prosseguem sendo objeto de notícia e protestos.

Um caso bastante relevante de se analisar diz respeito à comunidade maia de tecelãs situada na Guatemala, a qual reclama historicamente apropriação das características intelectuais de sua produção têxtil, efetuada por corporações estrangeiras ou estilistas que representam grandes marcas. Um dos exemplos mais comentados foi o da estilista e modelo Alida Boer, a qual, usando designs com remissão direta à arte maia, criou uma marca de bolsas e acessórios que chegam a custar US\$700 (setecentos dólares) cada (CRISA-FULLI, 2017).

Fatos como estes ensejaram a instauração de um movimento em prol dos direitos de propriedade intelectual daquela comunidade. A idealização de tal iniciativa partiu da AFEDES (Associação Feminina para o Desenvolvi-

---

<sup>5</sup> Cabe salientar que o Brasil ratificou o Protocolo de Nagoia muito recentemente, em agosto de 2020, através do Decreto Legislativo 136/2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/12/publicado-decreto-que-confirma-entrada-do-brasil-no-protocolo-de-nagoia>. Acesso em: 08 out. 2020.

mento de Sacatepequez), a qual pleiteia judicialmente a inconstitucionalidade da não aplicação dos direitos de Propriedade Intelectual às criações vinculadas à cultura e ao povo tradicional (CRISAFULLI, 2017).

Outros dois pleitos relevantes relacionados a apropriação cultural relacionada à moda são o da nota emitida pela tribo indígena mexicana *Tlahuitoltepec Mixe* contra a estilista Isabel Marant (BRANDOLI, 2015) e a mais recente carta enviada pela secretaria da cultura do México pedindo explicações sobre a nova coleção lançada pela *Carolina Herrera* (BEAUREGARD, 2019).

Tais casos geram discussões ferrenhas relacionadas com as seguintes e mais comuns linhas de argumentação: (i) a necessidade de se reconhecer, através de políticas específicas, direitos de propriedade intelectual às criações reivindicadas por povos e comunidades tradicionais; e (ii) a constatação de que tais reivindicações não merecem prosperar tendo em vista que os bens culturais são de uso livre por parte de todos de forma não exclusiva, inclusive pelo mercado.

Além desses casos de apropriação de expressões culturais que dialogam com a propriedade industrial (geralmente marca ou desenho industrial) e, em algumas oportunidades, com os direitos autorais, há casos relevantes de apropriação de conhecimentos tradicionais - ou suspeita de apropriação - vinculados especificamente às patentes, os quais, recorrentemente, envolvem medicamentos e fármacos.

Um exemplo relevante é o do químico Conrad Gorinsky, o qual realizou diversas pesquisas na região norte brasileira que resultaram no patenteamento, por exemplo, da *rupuninine*, substância obtida a partir de sementes da árvore Bibiri (*Octotea Rodioei*), encontrada na fronteira do Brasil com a Guiana e usada pelos índios Wapixana, de Roraima, como contraceptivo oral; além de possuir um potencial de inibição do desenvolvimento de tumores (BRAGA, 1997).

Além desta, obteve a patente do *Cumaniol*, o qual pode ser usado, por exemplo, para parar os batimentos do coração durante cirurgias em que tal procedimento se faz necessário (MELO, 2002).

Embora não seja de conhecimento popular, grande parte das tribos acaba reivindicando a titularidade dos compostos, ervas, medicamentos pa-

tenteados e utilizados por terceiros, o que reitera a urgência do tema e de seu avanço em termos de medidas legais e políticas, uma vez que após monopolizados, urge a restrição inclusive contra às próprias comunidades que originaram o conhecimento.

#### **4 CONTRIBUIÇÕES MARXISTAS PARA A DISCUSSÃO ENVOLVENDO APROPRIAÇÃO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS**

Marx sublinhou críticas vanguardistas, e que são aplicáveis ainda hoje, quando propôs debate (1842) sobre o furto da madeira e a distinção do público e privado - na edição da obra que ficou conhecida no Brasil como “Os Despossuídos”.

Segundo Marx, o costume alemão da região do Reno, até a Dieta Renana criminalizar os pobres camponeses coletores de madeira, baseava-se na liberdade costumeira de possibilidade de coleta de madeira em terras servis, desde que esta madeira tivesse caído por condições naturais, impossibilitando a privatização total e absoluta daquelas áreas, instituindo um uso comunitário desses bens, comuns entre o senhor feudal e a comunidade.

A supressão e criminalização desse tipo de formação híbrida e incerta de propriedade resultou no fim simultâneo das obrigações dúbias de propriedade individual e privilégio público. Nas palavras de Daniel Bensaïd, para Marx, o Direito pretendeu, dessa forma, abolir o direito subjetivo até então imprescritível dos pobres camponeses ao bem comum oferecido pela natureza e/ou conquistado, descoberto, em momentos que vão além da memória recente.

Consoante Marx, falar de “costume popular” é, objetivamente, contrapor-se a “costumes de privilégio”. Trazendo a discussão para o campo proposto no presente estudo, no sistema de patentes, por exemplo, a carta patente é, em si, uma concessão outorgada em favor de um titular de direito, o qual passa a exercer, de forma legal, atividade econômica monopolista, ou seja, privilegiada a partir da carta-patente. Em nada há de diferente em relação aos cercamento dos campos no declínio do feudalismo e o fato do mercado hodierno tentar, reiteradamente, privatizar conhecimentos que vão além da memória, que estão em amplo domínio comum, por exemplo (MARX, 1842).

Para o pensamento marxista, o fenômeno da propriedade privada evidência não tão somente o trabalho alienado em si, como ferramenta mantenedora do *status quo*, mas também a própria lógica da propriedade privada como propiciadora do trabalho alienado, um perfeito círculo vicioso. Depende-se da leitura dos “Manuscritos Econômico-filosóficos” (1844) que:

[...] a relação da propriedade privada contém em si, de modo evidente, a relação da propriedade privada como trabalho, a relação da propriedade privada como capital e a mútua influência das duas expressões. Por um sentido, há a produção da atividade humana como trabalho, ou seja, como atividade que é alheia a si, ao homem e à natureza, consequentemente, alheia à consciência e à realização da vida humana; a existência abstrata do homem como simples homem que trabalha, que por consequência todos os dias emerge a partir do seu nada realizado no nada absoluto, na sua não-existência social e, portanto, autêntico. Por outro sentido, há a produção do objeto da atividade humana como capital, no qual se dilui toda a característica natural e social do objeto, no qual a propriedade privada perdeu a sua qualidade natural e social (e, por decorrência, perdeu todas as camuflagens políticas e sociais e deixou de surgir mesclada com relações humanas) - no qual também o mesmo capital continua a ser idêntico nas mais diversas condições naturais e sociais, que já não tem importância alguma a respeito do conteúdo verdadeiro. No seu ponto culminante, semelhante contradição constitui necessariamente o apogeu e o declínio de toda a relação.

Não obstante, na apresentação de uma edição atual do livro “Os Despossuídos: debates sobre a lei referentes ao furto de madeira”, o já mencionado autor, Daniel Bensaïd, faz uma interessante problematização que recai aos auspícios do presente estudo, senão vejamos (2017):

A multiplicação espetacular de patentes dos mais diversos tipos faz com que se aventurar num campo de pesquisa seja se arriscar num campo minado de patentes solicitadas para esquadrihar e cercar não só às descobertas, mas também os campos de pesquisa e às descobertas que possam ser realizadas: *Private Property! No entrance!* [...] A propriedade pura torna possível a apropriação de um objeto, mas o direito de propriedade intelectual a restringe. [...] a patente veio fortalecer o sigilo in-

dustrial e frear a inovação. James Boyle estabelece uma analogia entre os “cercamentos” da época da acumulação primitiva e esses “novos cercamentos” dos bens intelectuais. O açambarcamento das terras foi defendido na época em nome da produtividade agrícola, cujo crescimento supostamente erradicaria a fome e a penúria - ainda que à custa de uma terrível miséria urbana. Hoje, estaríamos presenciando uma “nova onda de cercamentos”, que se justificam pela corrida à inovação ou pela urgência da alimentação mundial. [...] hoje, a justificação da apropriação privada é o estímulo à pesquisa, e não o uso do produto.

Assim, para Marx, e na interpretação atualizada, proposta por Bensaïd, essa acumulação propiciada pela despossessão nada mais é do que uma condição de sobrevivência do próprio capitalismo, nessa gigantesca roda chamada mercado, em que sua engrenagem motriz é a alienação do trabalho (ontem em bem móveis e imóveis, hoje também em imateriais). Tais críticas demonstram-se pertinentes pois, além da apropriação de matérias-primas, recursos energéticos, mão de obra barata e tudo o mais que pudermos remontar às épocas da exploração marítima, do mercantilismo, do feudalismo e etc., a apropriação está se estendendo comercialmente até à própria história, à cultura, à ciência, e em especial à pilhagem das expressões culturais e conhecimentos tradicionais (2017).

Nesta senda, tem-se que o mercado intenta, cada vez mais, apropriar-se de produtos culturais que vão além da memória e do privado, contidos num consueto quase que *jusnatural*, uma vez inscritos em tradições muitas vezes milenares. Conforme o saudoso sociólogo Zygmunt Bauman (2012):

A cultura é a única faceta da vida e da condição humana em que o conhecimento da realidade e o do interesse humano pelo autoaperfeiçoamento e pela realização se fundem em um só. O conhecimento cultural é o único que não tem vergonha de seu sectarismo e do viés dele resultante. É, na verdade, o único conhecimento audacioso o bastante para oferecer ao mundo seu significado, em vez de acreditar (ou fingir acreditar), com ingenuidade, que o significado está ali já pronto e completo, à espera de ser descoberto e aprendido. A cultura, portanto, é o inimigo natural da alienação. Ela questiona constantemente a sabedoria, a serenidade e a autoridade que o real atribui a si mesmo.

Sendo a cultura inimiga da alienação, porque cercá-la? Parece ficar cada vez mais indubitável que o mercado necessita inserir tudo o que puder em sua própria lógica para que continue a se autojustificar, privatizando. É como em um baile de “gala” em que um convidado não adota o *dress code* indicado, sendo alvo de chacota até se padronizar ou se retirar, pois sua existência presente causa desconforto à autojustificação existencial dos demais.

Os conhecimentos tradicionais são produtos intelectuais vivos, de gênese que se dá a partir da interação das várias vozes de determinada comunidade ou agrupamento social, além das condições materiais e históricas específicas de um determinado tempo espaço.

É de suma importância lembrar que há uma lógica que muitas vezes é esquecida (ou dolosamente evadida) por trás da possibilidade subjetiva de invocação do Direito: *todo sujeito de direito é uma pessoa, mas nem toda pessoa é um sujeito de direito* (CUNHA, 2018).

Ou seja, por que não simplesmente considerar o outro como um silvícola, um selvagem, e “despossuí-lo” de direitos subjetivos atinentes a produção do conhecimento, tratando como magia, crença ou superstição o que, por carecer de método rigoroso, não pode ser considerado inovação ou contribuição mínima à propriedade intelectual? E, obviamente, essa despossessão é chancelada no sentido de deixar campo livre para a indústria cercar expressões culturais ou conhecimentos tradicionais através da reivindicação legal de propriedade intelectual, a qual se encaixa na metodologia de mercado e propriedade privada, em sentido contrário aos bens comuns e às formas alternativas de percepção da ciência e da natureza.

É sabido da literatura de Amartya Sen (2010), criador do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da ONU e Nobel em Economia, que o progresso da sociedade está intrinsecamente conectado a participação das pessoas na construção do imaginário poético da coletividade. Sem isso, não há reconhecimento mútuo, não há chance de haver justiça social.

Na análise econômica contemporânea, a ênfase passou, em grande medida, de ver a acumulação de capital primordialmente em termos físicos a vê-la como um processo no qual a qualidade produtiva dos seres humanos têm uma participação integral.

Neste sentido, há de se convir que, uma vez estando a participação das pessoas na valoração histórica da sociedade como sendo ponto crucial para o desenvolvimento e promoção da dignidade da pessoa humana, a peça chave que assegurará uma justa narrativa social neste sentido tão somente será o Direito. É através do Direito que, dentro do contexto de embate entre conhecimentos tradicionais e indústria, conseguir-se-á fazer com que o triunfo não recaia reiteradamente ao belprazer do capital econômico privado e ao deterioramento dos bens comuns de caráter coletivo, os quais, conforme já explicitou-se, vão além da memória.

Os caminhos que conduzem o Direito à justiça, ao progresso e ao desenvolvimento perpassam por conexões complexas e multifatoriais que envolvem, em sua grande maioria, questões de direitos e garantias. E é de suma importância reiterar que desenvolvimento, conforme um ajuste de visão científica hodierna, não está relacionada à questões de riqueza material, mas sim à capacidade social de inclusão das pessoas em uma narrativa acolhedora e totalizante, sem a promoção da (in)diferença social e da exclusão de qualquer parcela da sociedade.

Neste sentido, pensar sobre o termo “apropriação” torna-se bastante relevante diante dos argumentos utilizados pelas comunidades tradicionais em prol de sua própria defesa, e pela indústria como um todo, na tentativa de convencer o senso comum de que suas práticas de busca pelo exclusivo não causam prejuízo coletivos. Assim, insta repisar que, bem como o mercado tenta se apropriar de conhecimento e cultura tradicionais, as próprias comunidades tradicionais, em resposta, cogitam e, em certas oportunidades o fazem, pleitear direitos monopolísticos de cunho econômico. Isso se dá pela imponderável força de imposição para que tudo e todos adentrem aguerridamente na lógica de mercado, deslocando a discussão para “quem é o titular do bem imaterial?” ao invés de mantê-la no plano de “como fortalecer o comum e os direitos culturais?”.

A abordagem filosófica, neste sentido, deve ter como norte o fato de não ser benéfico para a sociedade como um todo a privatização do conhecimento tradicional, uma vez que deturpa o sistema da Propriedade Intelectual. Esta, em sua axiologia inaugural, tem o desenvolvimento humano e social como regras fundantes, qualquer seja o modelo almejado de sociedade.



Portanto, ao invés de se intentar colocar uma lógica de não-mercado para dentro do mercado, o suporte teórico da Propriedade Intelectual indica que o mais acertado seria reforçar a inaptidão dos conhecimentos tradicionais de ingressarem no sistema de monopólios, uma vez que sua síntese originária vai muito além da memória, sendo incapaz de alocar-se em qualquer pressuposto fenomenológico de propriedade privada.

## CONCLUSÃO

Levando-se em conta o pensamento de Karl Marx sobre a fenomenologia mercadológica que insiste em recair sobre os conhecimentos tradicionais, concebe-se as seguintes proposições: (i) o trabalho criativo acaba sendo forçosamente integrado à vida produtiva do capital, mesmo quando não se destina originalmente a esta finalidade; (ii) da mesma forma que o trabalho físico, os trabalhos intelectuais são alienados em favor de quem controla os meios de produção; e (iii) as leis de Propriedade Intelectual, da mesma forma que em qualquer outra seara do direito, causam a falsa sensação de busca pelo equilíbrio entre as diferentes classes que compõe a sociedade.

Por tais razões, conclui-se que despossuir comunidades tradicionais do uso comum de suas expressões culturais e conhecimentos tradicionais é um grande entrave para o desenvolvimento social e econômico do globo, uma vez que estão sendo criados cercamentos imateriais em bens que merecem manutenção de tutela pública, e não privada; esta última tendo o condão de privilegiar a alienação laboral e canonizar a propriedade privada como o grande deus do divino mercado (DUFOR, 2008).

Os não raros atos de escritórios de patentes que concedem direitos monopolísticos baseados em tecnologias e aplicações oriundas de conhecimentos e expressões culturais tradicionais, de mesmo modo, devem ser absolutamente rechaçados, uma vez que geram uma causa-efeito direta, no sentido de que as comunidades tradicionais, na iminência de perderem sua própria cultura, pleiteiam o cercamento de sua própria história, gênese e desenvolvimento científico e cultural, transportando o que antes era de uso comum e amplamente desfrutável para a lógica individualista de *“private property, no trespassing - violators will be prosecuted”* (propriedade privada, não ultrapasse - infratores serão processados).

Objetivamente, e ratificando os caminhos propostos pela OMPI, deve-se estabelecer como regra geral a proteção de caráter defensivo, a qual pressupõe, de acordo com a própria entidade, a não concessão de direitos de propriedade Intelectual sobre os conhecimentos tradicionais, enfocando exclusivamente na construção de políticas que visem impedir que tais direitos sejam adquiridos por terceiros (OMPI, 2016).

Para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2016):

A proteção dos direitos de propriedade intelectual pode assumir duas formas - a de proteção positiva e a de proteção defensiva. A proteção positiva concede direitos de propriedade intelectual aos Conhecimentos Tradicionais e às Expressões Culturais Tradicionais. Isso pode ajudar as comunidades a impedir que terceiros obtenham acesso ilegítimo aos Conhecimentos Tradicionais e às Expressões Culturais Tradicionais, ou que obtenham ganho comercial sem repartição equitativa dos benefícios. Também pode permitir a exploração ativa de Conhecimentos Tradicionais e Expressões Culturais Tradicionais pela própria comunidade de origem, por exemplo, através da construção de suas próprias empresas de artesanato. A proteção defensiva, por outro lado, não concede direitos de propriedade intelectual sobre os Conhecimentos Tradicionais e Expressões Culturais Tradicionais, mas visa impedir que tais direitos sejam adquiridos por terceiros. As estratégias defensivas incluem o uso de Conhecimentos Tradicionais documentados para impedir ou se opor aos direitos de patente em invenções reivindicadas que fazem uso direto do Conhecimentos Tradicionais. (tradução nossa)

Neste sentido, mostra-se adequada a existência de forte coibição para casos de uso indevido de conhecimentos tradicionais e tentativas de monopolização destes, devendo-se buscar, inclusive em nível nacional, medidas coercitivas através dos órgãos competentes, aspirando a manutenção do substrato comum e de sua lógica de uso coletivo e adaptativo.

Nesta mesma toada, os sistemas de registro e proteção dos bens intelectuais poderiam prever métodos emergenciais de processamento de pedidos de nulidade e outras vias céleres e mais severas para a coibição de pleitos que visam o cercamento monopolístico de conhecimentos e expressões culturais tradicionais.

Assim, lançadas as premissas legais envolvendo a Propriedade Intelectual e trabalhadas as noções que permeiam os conhecimentos e expressões culturais tradicionais, tem-se que a crítica marxista - mais do que todas as outras teorias que poderiam justificar, ou não, a tutela jurídica que recai sobre bens imateriais - serve para reforçar a noção do bem comum, o que contribui sobremaneira para a discussão acerca das linhas limítrofes e beligerantes do fenômeno da apropriação e do cercamento.

Conceitos são elásticos, vontades são relativizadas e o instinto selvagem e competitivo do ser humano vence quando a retórica permite a apropriação privada de tudo o que existe. Como dizia Marx (1842):

O interesse não tem memória, pois pensa só em si. Ele não esquece aquela uma coisa que realmente importa: ele próprio. Ele não dá importância a contradições, pois jamais entra em contradição consigo mesmo. Ele é um constante improvisador, pois não tem sistema, mas artifícios.

Com exceção das manifestações de caráter exclusivamente protestante advindas das comunidades tradicionais no sentido de que seja possível a aplicação dos direitos de propriedade intelectual aos bens exurgidos de seus grupos é inimaginável que até estas passem a funcionar sob a lógica de mercado, mesmo quando a sua criação advém de um processo histórico de adaptações e usos coletivos.

Por isso, considera-se que a principal contribuição desta abordagem é remeter-nos a constante problematização do real conceito de bem comum e sua importância na existência de um regime democrático que inclua a defesa e promoção dos conhecimentos e expressões culturais tradicionais. Portanto, rechaça-se aqui a defesa da ideia de “se eles podem, nós também podemos” para que o que possa realmente triunfar seja a proteção do que é comum, cultural e, portanto, pertencente à coletividade, evadindo-se, assim, da tola ideia dualista e binária de “nós” e “eles”, uma vez que somos todos uma grande comunidade global, vivendo em um pálido ponto azul do universo.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **A propriedade intelectual no século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio Sobre o Conceito de Cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEAUREGARD, Luis Pablo. **México acusa carolina herrera de apropriação cultural por sua coleção mais recente**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/12/estilo/1560295742\\_232912.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/12/estilo/1560295742_232912.html). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRAGA, Pedro Henrique. **A patente que veio do índio**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/6/01/mais!/28.html>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 08 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 08 out. 2020.

CHIARETTI, Daniela. **Governo ainda analisa se Brasil vai ratificar protocolo de Nagoya**. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/03/25/governo-ainda-analisa-se-brasil-vai-ratificar-protocolo-de-nagoya.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2020.

CRISAFULLI, Ariana. **Após anos de apropriação cultural, tecelãs maias querem proteger o seu patrimônio**. Disponível em: <https://pt.globalvoices.org/2017/10/24/apos-anos-de-apropriacao-cultural-tecelas-maias-querem-protoger-o-seu-patrimonio/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

DRAHOS, Peter. **A Philosophy of Intellectual Property**. Dartmouth Publishing Company, 1996.

DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FISCHER, William. Theories of intellectual property. In: **New Essays in Legal and Political Theory of Property**. Cambridge Studies in Philosophy of Law, 2015.

HENKEL, Joachim; JELL, Florian. **Patent Pending: why faster isn't always better.** Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1738912](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1738912). Acesso em: 27 out. 2019.

HUGHES, Justin. The Philosophy of Intellectual Property. **77 Georgetown Law Journal**, 1988.

IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). **Conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.** Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/694>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-filosóficos.** São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira.** São Paulo, Boitempo, 2017.

MELO, Ezi. **Estrangeiros registram patentes sobre produtos da Amazônia.** Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=6549>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ROSE, Carol. The comedy of the commons. **University of Chicago Law Review**. 53, 1986. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1828/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1828/). Acesso em: 15 set. 2020

PAESANI, Lilian Minardi. **Manual de propriedade intelectual.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia das letras. 2010

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual.** 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Manole, 2011.

WIPO. **Developing a national strategy on intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions.** Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_3.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_3.pdf). Acesso em: 09 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders: WIPO report on fact-finding missions on intellectual property and traditional knowledge (1998-1999).** Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo\\_pub\\_768.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore.** Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_7.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Traditional cultural expressions.** Disponível em: <https://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. Acesso em: 10 set. 2020.

# »»» A FUNÇÃO SOCIAL DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: PERSPECTIVAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO ABACAXI TURIAÇU NO ESTADO DO MARANHÃO

Débora Gomes Bandeira<sup>1</sup>

Thamires Rodrigues Guimarães<sup>2</sup>

**RESUMO:** A indicação geográfica protege produtos e serviços cujo sinal distintivo em relação aos demais seja o meio geográfico em que se insere, seja porque o local tornou-se bastante conhecido por causa do produto/serviço (indicação de procedência) ou em razão de características locais que tornam único o que o território oferta. Sabe-se que a IG tem o escopo de agregar valor ao objeto e, assim, a capacidade de gerar desenvolvimento à região. Por sua vez, o abacaxi Turiaçu é uma cultivar produzida no município de Turiaçu/MA, celebrado por sabor e coloração desejáveis. Embora já pareça ter algumas potencialidades, o Maranhão ainda não tem nenhum registro de IG, motivo por que o presente trabalho se propõe a discutir as perspectivas de desenvolvimento local a partir do registro do Abacaxi de Turiaçu como indicação geográfica. Com essa finalidade, a pesquisa foi elaborada através do método de abordagem hipotético-dedutivo, é exploratória no tocante aos objetivos e de natureza bibliográfica. O trabalho permitiu concluir que a IG separadamente considerada, não gera desenvolvimento e, muitas vezes, a indicação geográfica torna-se desdobramento do desenvolvimento da região, não a sua razão de ser. Ainda assim, destaca-se o papel da notoriedade trazida à região pelas IGs e a importância da promoção de políticas públicas estatais para o desenvolvimento da região.

**Palavras-chave:** Indicação Geográfica; Desenvolvimento; Abacaxi Turiaçu.

## 1 INTRODUÇÃO

A Indicação Geográfica é um ramo da Propriedade Intelectual voltado à proteção de produtos e serviços cuja diferença no mercado reside na sua

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNDB. E-mail: [debora\\_gb@outlook.com](mailto:debora_gb@outlook.com)

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNDB. E-mail: [thamires.guimaraes@hotmail.com](mailto:thamires.guimaraes@hotmail.com)

relação com o meio geográfico em que se insere. Uma vez que as peculiaridades daquele produto/serviço contribuem para o prestígio do local, diz-se que esse instituto é capaz de incentivar o desenvolvimento nos níveis social e econômico, gerando benefícios para a localidade, através da criação de empregos e renda para a população que participa no processo de fornecimento desses produtos e serviços (BUAINAIN; SOUZA, 2018).

Nessa esteira, vê-se que diversas regiões do Brasil têm o reconhecimento de indicações nos mais variados setores, o que suscita o debate acerca do impacto dessas indicações nos fatores de desenvolvimento, fenômeno que se perfaz como função social da indicação geográfica, de acordo com a análise do art. 5º, XXIII, da CRFB/88.

Trazendo para o contexto local, tendo em vista que, embora o Maranhão não tenha o registro de indicações, o Abacaxi de Turiaçu encontra-se em processo de registro de denominação de origem, questiona-se: em que medida o registro do Abacaxi de Turiaçu como indicação geográfica implicaria em desenvolvimento local?

Embora a indicação geográfica tenha o escopo de agregar valor ao objeto, em virtude da localidade, é patente o reflexo inverso: a valorização da localidade, já que se presume que a produção a qual se remete a indicação diz respeito a atributos intangíveis fundamentais, tais como cultura, tradição e a história da localidade. Logo, a importância da indicação geográfica se perfaz nesse movimento de valorização de produtos orgânicos, artesanais, dos quais se conhece a procedência e o processo produtivo (BUAINAIN; SOUZA, 2018).

Nesse cenário, e analisando o desenvolvimento alcançado em virtude do registro de indicações geográficas no Brasil, o registro do Abacaxi de Turiaçu como IG, atrelado a políticas que incentivem a produção e manutenção dos serviços que a englobam implicariam, primeiramente, na visibilidade da produção local, e ao longo do tempo, na valorização dos elementos intangíveis que a compõem.

À luz do exposto, percebe-se que a IG tem a função de conferir reconhecimento ao produto ou serviço, no tocante à sua relação com o território. Entretanto, concomitantemente percebe-se que o desenvolvimento não está diretamente atrelado ao registro, de sorte que são necessárias ações integradas entre diversos atores para que a região obtenha incentivos

e consiga alcançar suas potencialidades. Aqui apresenta-se o porquê tratar de desenvolvimento como função social da IG, a fim de debater os eventuais benefícios que esse instituto proporciona, para os serviços e produtos.

Juridicamente essa escolha revela atenção a um importante instituto de Propriedade Industrial, pois busca-se discorrer acerca de um dos escopos da IG - e de todos os direitos decorrentes daqueles de propriedade, de modo geral -: a função social. Além disso, trata-se de um tema eminentemente social, posto que a preocupação relativa ao desenvolvimento trata exatamente da inquietação atinente aos impactos da IG nos diversos atores que participam e dependem dos produtos e serviços vinculados ao território. Notadamente, abordar esse assunto tendo como expoente o desenvolvimento das potencialidades do Maranhão, através de um produto bastante conhecido e apreciado pelos consumidores maranhenses tem o intuito de conferir ainda mais destaque às riquezas do estado.

Para isso, o presente artigo é construído a partir do método hipotético-dedutivo, ou seja, por meio da observação de um o delimitado campo se chegará a uma afirmação (MARCONI; LAKATOS, 2006), aplicado tal método na presente pesquisa a fim de a investigar os efeitos do possível registro do Abacaxi de Turiaçu no desenvolvimento local.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa exploratória, vez que se propõe a investigar teoricamente o desenvolvimento mencionado anteriormente (GIL, 2002), valendo-se da pesquisa bibliográfica, através da leitura de dissertações, artigos científicos e notícias veiculadas em jornais, para a análise e compreensão de como é identificado e caracterizado o desenvolvimento pela perspectiva da função social da indicação geográfica.

Nesse sentido, a pesquisa foi estruturada através dos seguintes objetivos, de modo que cada um tornou-se um capítulo: Compreender a função social da indicação geográfica; Averiguar o desenvolvimento proporcionado pelas IGs em algumas regiões brasileiras, e; Identificar as perspectivas de desenvolvimento acerca do registro do Abacaxi Turiaçu como IG.

## **2 A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a indicação geográfica (IG) é um sinal distintivo utilizado em pro-



duto originados de uma localidade específica, a fim de que seja atribuído a essas qualidades ou reputação respectivas à localidade. Ou seja, tem-se a partir desse sinal distintivo maior credibilidade conferida ao produto, bem como fomento ao comércio e turismo.

Pela leitura da Lei da Propriedade Industrial (9.279/96),

infere-se que indicação geográfica é um gênero composto por duas espécies: indicação de procedência e denominação de origem. Ambas dizem respeito ao “nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território”, mas é assim atribuído à indicação de procedência, de acordo com o art. 177 da referida Lei (BRASIL, 1996), por haver naquela região “centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço”, enquanto que a denominação de origem é conferida em virtude de qualidades ou características do produto vão ser diretamente ligadas ao meio geográfico, conforme o art. 178.

A legislação brasileira muito se aproxima do que dispõe o Acordo TRIPS (INPI, 1994) acerca dessa matéria, prevendo esse em seu artigo 22 que:

Indicações geográficas são, para os efeitos deste Acordo, indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

Assim sendo, Denis Borges Barbosa (2003), ao tratar do objeto de proteção desse sinal distintivo, preconiza que a proteção se perfaz tanto quanto à representação figurativa ou gráfica da indicação geográfica, como também à “representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica”.

A Resolução n° 75/2000 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial em seu art. 5° dispõe que o pedido de registro pode ser realizado tanto por um único sujeito (produtor ou prestador de serviço), como também por uma pessoa jurídica representante de uma coletividade, podendo ser associação, cooperativa ou sindicato. Ou seja, embora essa proteção seja um direito de exclusividade, a titularidade é coletiva, e esse é um dos principais

fatores que atrela essa proteção ao desenvolvimento socioeconômico da respectiva região.

O fator desenvolvimento está intrinsecamente ligado à função social da propriedade industrial, isso porque a Constituição Federal (1988) prevê expressamente essa relação de interdependência ao dispor acerca dessa proteção no art. 5º, XXIX:

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

Ou seja, em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro, a propriedade resultante dos direitos exclusivos conferidos à propriedade industriais não é absoluta, seu exercício é condicionado ao desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, bem como aos interesses sociais. (BARBOSA, 2003).

Nesse contexto, é fundamental compreender primeiro o que se entende por desenvolvimento para, a partir dessa compreensão, estabelecer como Indicações Geográficas influenciam no desenvolvimento, ou seja, como desempenham sua função social.

Muito embora a concepção de desenvolvimento esteja atrelada diretamente a ideia de avanços tecnológicos, aperfeiçoamento de técnicas, dentre outros elementos dessa natureza, o desenvolvimento deve ser analisado a partir do contexto fático, mesmo que isso signifique em melhorias de pequenas comunidades, ou aumento de renda local. No entanto, há um denominador comum dentro desses contextos fáticos: a promoção de acesso a novas tecnologias e à informação a partir da atuação humana, sempre pautada na melhoria das condições da vida em sociedade (RIBEIRO, 2008).

Amartya Sen (2000) na sua obra “Desenvolvimento como liberdade” afirma que

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e

de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele (p. 28).

O autor segue afirmando que para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento, requer-se uma análise minuciosa, de modo que apenas a maximização de renda não é o suficiente. O desenvolvimento deve estar atrelado com a melhora na qualidade de vida bem como das liberdades desfrutadas pelo indivíduo, de modo que a expansão dessas liberdades implique na completude do ser social.

É imprescindível elucidar que as liberdades a qual se refere Sen (2000) não se tratam daquelas que implicam no agir negativo estatal, o conceito de liberdades substantivas está intrinsecamente relacionado ao de dignidade da pessoa humana, principalmente por essa liberdade estar condicionada a fatores como participação no espaço político e no mercado de trabalho, bem como acesso à educação e à assistência médica.

Portanto, resta claro que a perspectiva de desenvolvimento não diz respeito ao mero crescimento econômico, mas sim ao modo de viver dos indivíduos, de modo que as liberdades substantivas equivalham aos direitos e oportunidades capazes de possibilitar aos indivíduos o estilo de vida pretendido (MEDEIROS, 2011).

Portanto, o melhor critério de análise é o pautado nas liberdades substantivas, sendo essas as liberdades políticas, as facilidades econômicas, a segurança protetora, as garantias de transparência e as oportunidades sociais (RIBEIRO, 2008).

A proteção por meio das indicações geográficas é “de pronto” compreendida como ferramenta de desenvolvimento quando se prospecta os desdobramentos do registro, principalmente em virtude da sua pluralidade de titulares, pois se pressupõe que uma gama de produtores locais serão beneficiados por um elemento que potencializa a credibilidade do produto ou serviço em questão.

No que se refere especificamente à produção, quando se analisa as diferenças entre um produtor individual e uma coletividade de produtores de um mesmo seguimento, vê-se que as dificuldades de acesso ao mercado

por fatores como o custo de transportes, alta demanda e falta do reconhecimento pelos consumidores. Isso porque o uso de um sinal distintivo por múltiplos titulares influencia desde o investimento compartilhado em marketing até a divisão de custos quanto à logística dos processos de produção, de modo a tornar suportável a demanda na medida em que essa aumenta (SOUZA; GOES; LOCATELLI, 2017).

Não se pode olvidar que a proteção conferida por meio das indicações geográficas é fundamental na tutela jurídica de práticas tradicionais ao passo que incide diretamente em atividades (ou especificamente no saber fazer) de produção agrícola ou artesanais, processos dos quais a mão de obra é um fator determinante (SOUZA; GOES; LOCATELLI, 2017).

Nesse contexto, Merkle e Areas (2017) retratam a relação entre indicação geográfica e desenvolvimento sustentável sob a perspectiva do patrimônio cultural, abordando a noção de desenvolvimento sob a semelhante perspectiva de liberdades e oportunidades sociais, definido agora como “um processo de crescimento econômico com equidade”. Logo, uma vez estabelecida a relação entre IG e patrimônio cultural, a preservação desses contribuiria significativamente com o desenvolvimento regional, sendo indispensável para isso a oportunidade de participação dos sujeitos da comunidade nesse processo.

Se adentra, portanto, num campo chave para todas as projeções até então feitas acerca do processo de desenvolvimento regional: a identificação em si da indicação geográfica não é o suficiente para caracterizá-la como instrumento de desenvolvimento regional. São muitas variantes que incidem no processo de desenvolvimento, dentre elas o gerenciamento de habilidades, investimento na capacitação, acessibilidade dos sujeitos e a atuação governamental (TEIXEIRA, 2017), compreendendo esse último elemento como promotor de todas as demais variantes.

Desse modo, Estado ocupa um espaço de atuação crucial no desenvolvimento socioeconômico possibilitado pelo estabelecimento de uma indicação geográfica na respectiva localidade, pois

O papel governamental é importante, não apenas no momento da concessão da Indicação Geográfica, mas principalmente no aporte das “liberdades estruturantes”, assim definidas por Sen (2010). Estabelecer

condições mínimas para que as capacidades individuais se expandam é um papel desempenhado pelo governo, que [...] colabora para que haja o estabelecimento das condições favoráveis ao desenvolvimento (TEIXEIRA, 2017, p.25).

E devemos ir além. Quando se põe em evidência às relações privadas que incidem sobre essas comercializações, marcadas pela desigualdade econômica, se faz necessária uma “organização e institucionalização de processos de elaboração e estratégias territoriais com a mais ampla representação das forças locais, onde os diálogos transcendam meras reivindicações ao Estado”. Ou seja, além das políticas públicas, deve haver a identificação dos atores locais para com o arranjo produtivo estabelecido (MERKLE; AREAS, 2017).

A valorização dos atores locais por meio dessa identificação, de modo a dar protagonismo a esses indivíduos, intensificando a produção local de modo inclusive a inverter o movimento de saída das zonas rurais pelo aumento de oportunidades e possibilidades nessa localidades é o que traduz a função social da Indicação Geográfica, pois todos os demais desdobramentos no que tange ao desenvolvimento econômico, por meio da alta nas movimentações no comércio e no turismo, só tem razão de ser quando esse processo é pautado na geração de oportunidades e de conhecimento técnico e científico para a população local.

### **3 O DESENVOLVIMENTO GERADO POR INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS NO BRASIL**

É difundido que as Indicações Geográficas carregam a possibilidade de gerar desenvolvimento regional, por conferir reconhecimento das singularidades e da notoriedade de determinado produto ou serviço em relação ao meio geográfico em que é produzido, extraído ou ofertado. Nesse sentido, o segundo capítulo é voltado a verificar os aspectos envolvidos no desenvolvimento potencialmente gerado por esse instituto, através do estudo de algumas das Indicações Geográficas já concedidas no Brasil e de eventuais avanços nesses locais.

As Indicações Geográficas são conhecidas como um registro de destaque de determinada região, porque aquele produto ou serviço protegido

carrega a identificação de sua origem geográfica, de modo que um é atrelado à ideia do outro no imaginário consumerista. É nesse sentido que a IG surge como expoente de estímulo e desenvolvimento da região à qual está ligada.

A perspectiva de desenvolvimento mais óbvia é a econômica. Se há indicação de que determinado produto ou serviço é dotado de peculiaridades em função de propriedades regionais específicas (Denominação de Origem) ou é proveniente de região que se tornou notável em função daquilo que oferta (Indicação Geográfica), geralmente é verificado o efeito econômico. Nessa dimensão, é agregado valor aos produtos; crescimento da produção; há perspectiva de expansão do mercado e fomento a atividades relacionadas àquele nicho produtivo (PELLIN, 2019). Considera-se que não apenas a região que realiza oferta do produto ou serviço seja beneficiada pela perspectiva de desenvolvimento, bem como as regiões próximas, em razão das demandas geradas por aquele mercado (BOECHAT; ALVES, 2011).

Notadamente quando se considera a lógica capitalista, a utilização de IGs se revela importante, em função da valorização concomitante agregada a produto e território, prestigiando as particularidades dos diferentes locais de origem (VELLOSO, 2008).

Pellin (2019) destaca o papel das IGs especialmente nos locais de baixa produção e escala, valorizando a tipicidade dos processos tradicionais que se torna parte da própria identidade do produto. Além disso, no tocante aos benefícios experimentados pelo patrimônio natural, é identificado o estímulo à preservação da tipicidade do processo e de espécies nativas, o que, por vezes, acaba sendo um desdobramento necessário, em função de que muitas IGs dependem da preservação desses recursos genéticos. Nesse sentido, Velloso (2008) lembra que se o produto carrega tal sinal distintivo por conta do território, os diversos fatores que concorrem para a sua qualidade devem ser preservados.

No que concerne aos benefícios de cunho social, a IG pode impulsionar a colaboração entre produtores e tal fortalecimento do vínculo fortalece o que se denomina capital social (PELLIN, 2019).

Nesse ponto, é pertinente a questão tratada por Carolina Velloso (2008), ao considerar a IG como um sinal distintivo em meio à concorrência

entre os produtos ofertados no mercado capitalista. Questiona-se: “[...] com esta convicção: de que a contradição está sempre presente – é possível não haver qualquer tipo de exclusão no sistema capitalista?” (VELLOSO, 2008, p. 54). O problema considera que o valor agregado ao produto pode gerar uma forma de exclusão tanto para os produtores que não conseguirem se adaptar à padronização de produção do objeto de IG, quanto para os consumidores que não tiverem condições de custear o produto reconhecido por sua qualidade. É nessa linha que devem ser pensados meios de agregar valor aos produtos, sem afastar os pequenos produtores da região do processo produtivo, sendo necessárias políticas e estratégias de fato que estimulem, através do desenvolvimento, liberdades e oportunidades para a sociedade.

Outrossim, uma perspectiva de desenvolvimento suscitada é “[...] a capacidade de as IGs promoverem preservação e valorização do patrimônio biológico e cultural. (PELLIN, 2019, p. 05)”. São citados como exemplo da experiência brasileira nesse aspecto o caso do vinho dos vales da uva Goethe e da carne do Pampa Gaúcho, ambos Indicação de Procedência, tendo sido notado que, no primeiro caso, a variedade de uva Goethe estava em escassez na região e, no segundo, a produção do uso da carne é regulamentada para fins de aproveitamento equilibrado dos campos utilizados na alimentação do gado.

A OMPI (2012, p. 2-3) sintetiza alguns dos benefícios geralmente atribuídos às IGs:

- aumento do valor agregado dos produtos ou serviços, diferenciando-os dos demais;
- preservação das particularidades dos produtos ou serviços, patrimônio das regiões específicas;
- estímulo aos investimentos na própria área de produção, com valorização das propriedades, aumento do turismo, do padrão tecnológico e da oferta de emprego;
- minimiza o êxodo rural em certas regiões;
- aumento da autoestima da população local e, em determinados casos, até do país;
- criação de vínculo de confiança com o consumidor, que, sob o sinal distintivo da indicação geográfica, sabe que vai encontrar um produto ou serviço com características típicas regionais;

- melhora na comercialização dos produtos ou serviços, facilitando o acesso aos mercados através da propriedade coletiva;
- alcance de maior competitividade no mercado nacional e, em determinados casos, no internacional, uma vez que as Indicações Geográficas vinculam uma imagem associada à qualidade, à tipificação do produto ou do serviço, promovem a garantia da origem, da reputação e da identidade do produto;
- propiciam interação entre os membros da cadeia produtiva e entidades de fomento, universidades e centros de pesquisas, seja na estruturação do pedido de registro, seja no controle da produção ou da prestação de serviços

Depois de tratar acerca de alguns fatores considerados no desenvolvimento gerado por Indicações Geográficas, é oportuno abordar a experiência de algumas regiões brasileiras que já gozam do registro de IGs.

### **3.1 Carne bovina e derivados do Pampa Gaúcho da Campanha Meridional**

Essa indicação de procedência foi uma das primeiras reconhecidas no território nacional, no ano de 2006. A produção da carne, abrangendo o processo e o produto, é monitorada pelo Conselho Regulador da Associação dos Produtores de Carne do Pampa Gaúcho da Campanha Meridional (APRO-PAMPA). Dados coletados do SEBRAE (2018a) apontam que o proveito mais notável advindo do registro da indicação de procedência foi a organização dos produtores a fim de agregar valor ao produto, bem como o aumento do preço da carne em 30% em relação às demais carnes no mercado.

Nesse caso, foi considerado que em razão do reconhecimento da Indicação de Procedência, houve diversos benefícios para a região, principalmente no tocante à preservação do meio ambiente, uma vez que a região recebeu o projeto da *Alianza del Pastizal*, iniciativa da *Birdlife* e da *SAVE Brasil*, cujo escopo é auxiliar na preservação de campos nativos e das aves migratórias daquela região (SEBRAE, 2018a).

Além disso, outras melhorias observadas envolvem a valorização do território que abrange a produção da carne bovina, bem como reconheci-



mento internacional do produto e adaptações das instituições de pesquisa da região para satisfazer as necessidades da produção local (BOECHAT; ALVES, 2011).

### **3.2 Vales da Uva Goethe e Pinto Bandeira**

Segundo o SEBRAE (2018b), a história da variedade de uva Goethe no Brasil remonta ao início do século XX, quando o regente do consulado italiano, Giuseppe Caruso, introduziu a variedade no território. O sucesso foi tamanho que, em 1942 foi instalada a Subestação de Enologia de Urussanga. Pouco tempo depois, em 1950, a cidade obteve o título de capital do vinho. Apesar de a atividade vitivinícola ter sofrido uma queda na década de 70, logo houve recuperação e, em 2004, a Assembleia Legislativa de Santa Catarina conferiu à região o título de Capital Catarinense do Bom vinho.

Para o SEBRAE (2018b), a Indicação de Procedência significa o esforço colaborativo entre diversos atores, dentre eles produtores e parceiros, responsáveis pelo resgate da variedade de uva Goethe e do vinho produzido, o que acarretou o fortalecimento da identidade local, laços culturais e da história. Ademais, o enoturismo estabelecido na região foi fortalecido pelo reconhecimento obtido pela produção, bem como o apoio técnico-financeiro, garantindo a qualidade das uvas e dos vinhos Goethe.

A indicação de procedência Pinto Bandeira, reconhecida pelo INPI em 2010, produz vinhos e espumantes nos municípios de Farroupilha e Bento Gonçalves. No que concerne ao desempenho obtido com a IG, “[...] pode-se citar o fortalecimento da entidade representativa dos produtores, a padronização da produção através das normas de produção e da qualificação dos diferentes elos da cadeia produtiva”; bem como o aumento do fator identitário ligado ao território e melhorias no setor turístico (SEBRAE, 2018c, p. [?]).

Em análise de entrevistas realizadas com integrantes das Associações atuantes na produção vinícola dos vales da uva Goethe e Pinto Bandeira, Maiorki e Dallabrida (2015) indicaram que as vinícolas tiveram que se adequar ao padrão de normas estabelecido e houve aumento no preço de venda. Por outro lado, os associados consideram que um grande problema reside no fato de que poucos consumidores têm conhecimento sobre IG e sua relevância.

### 3.3 Queijo Minas Artesanal do Serro

A Indicação Geográfica, reconhecida em 2012, contou com a iniciativa da Associação dos Produtores Artesanais do Queijo Serro (APAQS), cujo presidente à época, apontou que a IG seria um meio para combater as falsificações do queijo artesanal, bem como para preservar a cultura regional, uma vez que a produção artesanal passa a ser regulamentada. O consumidor também se beneficiaria da IG, ao passo que a certificação acarreta maior cuidado do produtor no fornecimento do queijo, em razão de sua notoriedade (COMISSÃO PERMANENTE DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2013).

Em entrevista realizada por Mirna Medeiros (2015), com alguns atores na produção do queijo artesanal, foi constatado que na região o selo de IG não gerou um pleno alcance das potencialidades locais, onde ainda há busca pela eficiência. Nessa esteira, apenas a EMATER (Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural) e a APAQS apontaram a percepção de mudanças atinentes ao registro de indicação de procedência. No que se refere ao desenvolvimento econômico, foi indicado que a valorização econômica do produto não ocorreu como esperado, pois, em que pese ter havido aumento no preço, não foi compatível com o trabalho realizado.

Por outro lado, foi notado o aumento de oportunidades de capacitação, ofertados pelo IMA (Instituto Mineiro de Agropecuária) e EMATER, bem como, através do Programa Queijo Minas Artesanal, houve incentivos para que as queijarias melhorassem os padrões de higiene. Além disso, quanto ao capital social, a pesquisa evidenciou contradições, posto que o representante da APAQS indicou a integração social e identificação do produtor com a coletividade e respectiva participação nas decisões coletivas como um ponto positivo, ao passo que “a falta de cultura cooperativa e o pensamento coletivo foi mencionado por outros como uma das dificuldades para a IG em questão [...]” (MEDEIROS, 2015, p. 183).

Outro problema suscitado foi o fator sustentabilidade, pois o registro do produto como IG demonstra a importância de recursos intangíveis que valorizem o meio geográfico. Contudo, menciona-se que há pouca fiscalização e sanções àqueles que utilizam o nome geográfico sem respeitar as normas quanto ao processo e delimitação da região, induzindo o consumo de falsificações. Por fim, é importante destacar as falas de alguns entrevistados,

em que houve o não atendimento das expectativas de produtores e outros participantes da produção. Isso porque, a IG não funciona de modo autônomo, não resolve os problemas por si.

#### **4 PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO ACERCA DO REGISTRO DO ABACAXI TURIAÇU COMO IG**

A partir do exposto, será realizada uma análise acerca das possibilidades de desenvolvimento regional por meio do produto maranhense em potencial para a proteção por indicação geográfica: o abacaxi Turiaçu. Para essa análise, faz-se necessária a contextualização do produto e do cultivo, por meio da abacaxicultura, bem como a atuação do Governo do Estado do Maranhão em conjunto com alguns órgãos no apoio a essa produção e à comunidade local.

Segundo dados da EMBRAPA (2018), em 2018 a área de colheita de abacaxi no Maranhão foi de 1.470 hectares, com produção de 33.855 frutos, com o rendimento de 23.031 frutos/ha.

O abacaxi de Turiaçu é uma cultivar nativa do município de Turiaçu, na microrregião do Gurupi, afetado pelo clima amazônico, de sorte que a região é conhecida como Amazônia Maranhense, principalmente no tocante ao período chuvoso (ARAUJO *et al*, 2012). A maior parte da produção ocorre no município, entretanto não há certeza sobre a origem da cultivar Turiaçu, “[...] havendo a hipótese de que seja uma seleção ou variação do ‘Pérola’ ou que seria uma seleção local domesticada pelos pequenos produtores da Comunidade de Serra dos Paz, no município de Turiaçu - MA, a partir de mudas oriundas de áreas indígenas.” (BONFIM NETO, 2010, p. 21).

Dentre alguns fatores que contribuem para o cultivo do abacaxi no Estado e mais especificamente em Turiaçu, Bonfim Neto (2010) destaca algumas características sobre o município: apresenta clima úmido; situado na bacia hidrográfica do Pindaré, tendo também o rio que leva o nome do município; a temperatura média anual está compreendida entre 26°C e 27°C, com precipitação pluviométrica dividida em duas áreas, uma com 2.000/2.400 mm, ao passo que outra área tem 2.400 a 2.800 mm.

Em pesquisa experimental realizada por Araujo *et al* (2012), foi realizado o plantio em covas de 85 mudas tipo filhote, com espaçamento definido

de 1,0 x 0,40 m em fileiras do tipo simples e adubações com fósforo, nitrogênio e potássio. O florescimento ocorreu cerca de 12 meses após o plantio e frutos puderam ser colhidos em 18 meses. As propriedades físico-químicas da cultivar são essenciais para o consumo *in natura*, com alto índice de sólidos solúveis totais, a baixa acidez.

“No abacaxi as características físico-químicas desempenham papel importante na aceitabilidade dos frutos no mercado, estas, por sua vez, podem ser alteradas de acordo com a época de cultivo e/ou estágio de desenvolvimento do fruto.” (AGUIAR JUNIOR, 2014, p. 16) Assim, a relação açúcar/acidez do fruto é importante para sua qualidade e consumo *in natura*, tendo em vista que esse é um dos principais fatores para aceitação do abacaxi no mercado. Outras características geralmente presentes no abacaxi Turiaçu que lhe garantem a preferência do mercado é a coloração intensamente amarelada e a doçura da fruta, em razão do teor de açúcar presente e processo de amadurecimento.

Além do Abacaxi Turiaçu, existe também a variedade Pérola, bastante comercializada no estado do Maranhão. A variedade Turiaçu concentra sua safra no período compreendido entre setembro e novembro, ao passo que a Pérola é distribuída geralmente nos meses de abril a julho (AGUIAR JUNIOR, 2014).

Inicialmente, o cultivo do abacaxi era difícil por conta da irregularidade dos frutos e da colheita, sendo o processo realizado por meio do sistema tradicional chamado “Tacuruba”, em que não há espaçamento nos plantios, de sorte não havia padronização na distribuição, nem no tamanho das plantas ou na aplicação de adubo (AGUIAR JUNIOR, 2014).

São dois os sistemas de plantio mais utilizados: em fila simples e dupla. A vantagem do primeiro é que facilita o manejo do abacaxi, notadamente se tratando de fruto com folhas com espinhos, ao passo que o segundo viabiliza o cultivo de mais plantas em uma área e, portanto, maior sustentação dos frutos (BONFIM NETO, 2010).

Segundo Araujo *et al* (2012 p. 02), a cultivar é bastante apreciada, mas

[...] ainda é cultivada com técnicas rústicas e tradicionais, em que predomina o plantio sem espaçamento definido, baixa densidade de plantas e colheita desorganizada, normalmente com frutos em elevado estágio de maturação. Somente a partir de 2006, tiveram início as

pesquisas de campo com o abacaxi Turiaçu, visando a caracterizar a variedade em seus aspectos botânicos, morfológicos e fitotécnicos, e desenvolver tecnologias visando a aumentar a produtividade da cultura e a definir um padrão de qualidade dos frutos.

Um problema notado por Aguiar Junior (2014) foi o período reduzido de comercialização, em razão da distância entre áreas de produção e consumo, bem como a colheita em maturação avançada. Além desse fato, o abacaxi Turiaçu amadurece mais rapidamente em comparação com outras variedades, de modo que a referida distância entre produtor e o mercado consumidor, somado a fatores como clima quente e transporte inadequado, favorecem a diminuição nos produtos a serem aproveitados (AGUIAR JUNIOR, 2014, p. 16).

É em virtude dessas técnicas e do evidente potencial que assola essa produção que muitas iniciativas de políticas públicas já têm sido instauradas na região para fomentar o crescimento dessas atividades e proporcionar o desenvolvimento socioeconômico da comunidade.

Nesse cenário atua não apenas o Governo do Estado do Maranhão, principalmente por meio da Secretaria de Estado da Agricultura Familiar (SAF) como também o Sebrae Maranhão, a Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), a Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Maranhão (AGED), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), dentre outras instituições.

A Secretaria de Estado da Agricultura Familiar (SAF) desempenha uma função essencial nessa produção por apoiar os produtores familiares não só por meio do fomento às técnicas de produção, como também através do Programa de Comercialização da Agricultura Familiar (PROCAF), das rodadas de negócios, dentre outros tipos de incentivo (LIMA, [2016?]).

Um fato importante a ser destacado é que a abacaxicultura é desempenhada, na maioria dos casos, por técnicas tradicionais familiares, desse modo os incentivos são voltados às famílias. Sendo assim, a SAF investe financeiramente nos agricultores familiares, sendo esse investimento voltado para o fomento das famílias, em técnicas de capacitação acerca da cadeia produtiva, na compra de tratores e caminhões, dentre outros (LIMA, [2016?]).

A Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Maranhão (AGED) atua em conjunto com o Sebrae e a UEMA no projeto do Polo de Empreendedorismo Rural da Baixada Maranhense. O objetivo do Polo é trabalhar com inovação bem como acesso aos mercados, incrementando, assim, produtos tradicionais da Baixada Maranhense, incluindo o abacaxi de Turiaçu, atuando também na busca pelo registro de indicações geográficas sobre esses produtos. O órgão em questão atuará nas ações de sanidade, ou seja, “com o cadastramento de agricultores familiares, pescadores e comunidades tradicionais que trabalham na região, além do registro de agroindústrias familiares de produtos de origem animal e ações de educação sanitária” (AGÊNCIA ESTADUAL DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MARANHÃO, [?]).

O Sebrae, por sua vez, contribuiu com a criação da organização dos produtores e da Cooperativa de Produtoras e Produtores de Abacaxi e Outras Frutas de Turiaçu (COOPFRUT), e por meio do Projeto Fortalecimento do Agronegócio atua na capacitação direcionada ao gerenciamento do negócio, a fim de que o produto tenha uma identidade diferenciada e de destaque no mercado (TRIBUNA DE BEQUIMÃO, 2016).

Além das questões atinentes à organização, o Sebrae desenvolve ações voltadas ao acesso ao mercado e de identificação do produto, como, por exemplo, através da criação de uma identidade visual dos produtos pertencentes à Cooperativa. Esse objetivo de identificação diferenciada fomentou a iniciativa de buscar “um Selo de Classificação Geográfica e de Denominação de Origem”, de modo que a identificação dos produtos seja capaz de agregar valor a esses e permitir a incidência de preços diferenciados. Tal competência foi atribuída ao Núcleo de Empreendedorismo Rural, fruto de um Acordo de Cooperação Técnica entre o Sebrae e a UEMA (TRIBUNA DE BEQUIMÃO, 2016).

O referido Núcleo trata não apenas das tratativas para o selo do Abacaxi de Turiaçu bem como sua respectiva certificação, abrange o chamado Polo de Empreendedorismo Rural da Baixada, que se propõe a

ser um espaço de disseminação de conhecimento, tecnologia, gestão de negócios e noções de mercado para os produtores rurais e pesquisadores na região. A estratégia é desenvolver os negócios rurais e alavancar a economia dos municípios envolvidos (AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS, 2017).

Cumprê ressaltar que o processo para o registro da Indicação Geográfica do Abacaxi de Turiaçu tem sido desenvolvido em trabalho conjunto do Núcleo de Empreendedorismo Rural com a Associação de Produtores de Abacaxi de Serra dos Paz e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA), bem como com outras instituições de fomento (AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS, 2017)

Vê-se que o registro do abacaxi de Turiaçu como denominação de origem potencializará o desenvolvimento que já tem ocorrido por meio do investimento estatal na produção, ou seja, tem-se aqui um cenário ideal para que a indicação geografia cumpra sua função social, principalmente porque as políticas públicas implementadas são voltadas não apenas para a capacitação técnica como também incentivo financeiro às famílias, de modo a protagonizar os produtores e familiares nesse processo de crescimento.

## 5 CONCLUSÃO

A partir dos elementos constitucionais e doutrinários, pode-se afirmar que a função social da indicação geográfica é o desenvolvimento local, desenvolvimento esse pautado nas liberdades substantivas do indivíduo, ou seja, dos integrantes da comunidade da região, em decorrência da própria valorização local trazida pelo valor agregado e pela possibilidade de maior visibilidade do produto.

Logo, o investimento do poder público nesse processo deve ocorrer de modo a propiciar o aumento de oportunidades, seja em capacitação técnica, seja na geração de empregos, dentre outros modos, torna o indivíduo protagonista nesse processo de expansão e crescimento econômico local, de modo que a esse seja proporcionado o bem-estar.

Ao analisar a experiência de algumas regiões destacadas por possuírem produtos sob a proteção da indicação geográfica, pode-se averiguar os impactos no que tange ao desenvolvimento. A carne do Pampa Gaúcho da Campanha Meridional, por exemplo, é uma produção da qual melhorias se pautaram na profissionalização dos produtores, além do aumento do preço do produto bem como políticas voltadas à preservação do meio ambiente.

Outra IG analisada foi a do Vales da Uva Goethe e Pinto Bandeira, a qual, através da ação conjunta de políticas públicas, fortaleceu da entidade que represa os produtores, bem como possibilitou uma padronização no processo de produção. Por outro lado, os integrantes da Associação dos produtores consideram que o objetivo de distinção e reconhecimento por parte dos consumidores ainda não foi alcançado.

Em relação ao Queijo Minas Artesanal Serro, o favorecimento aos indivíduos incidiu em forma de aumento de capacitação, embora muitos fatores levaram a um resultado não satisfatório, como por exemplo a diferença negativa de valor entre custo de produção e preços do produto.

Nesse contexto, trazendo agora um produto em processo de registro de IG, a partir da análise de um prognóstico acerca do desenvolvimento regional, por meio do possível registro do abacaxi de Turiaçu, observa-se que o atual crescimento da produção (em técnica e em quantidade) torna a indicação geográfica uma consequência e não causa desse processo de desenvolvimento, embora isso não diminua seu poder de agregar valor ao produto e potencializar o desenvolvimento. Ou seja, as políticas públicas realizadas na localidade atestam a tese de que a função social da indicação geográfica está intrinsecamente atrelada à ação estatal em promover melhores condições para a produção regional em questão.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADUAL DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MARANHÃO. AGED e Sebrae firmam parceria para o Polo de Empreendedorismo Rural. **Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Maranhão**. Disponível em: <https://www.aged.ma.gov.br/aged-e-sebrae-firmam-parceria-para-o-polo-de-empendedorismo-rural/>. Acesso em: 06 out. 2020.

AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS. SEBRAE e Uema trabalham na Indicação Geográfica do abacaxi de Turiaçu. **Agência Sebrae de Notícias**, 2017. Disponível em: <http://www.ma.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/MA/sebrae-e-uema-trabalham-na-indicacao-geografica-do-abacaxi-de-turiacu,8e8a2c969c9db510VgnVCM-1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 06 set. 2020.

AGUIAR JÚNIOR, Rozalino Antonio. **Desenvolvimento vegetativo, expansão da colheita e qualidade de frutos de abacaxi 'Turiaçu' em função da época de plantio e mulching**. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em



Agroecologia da Universidade Estadual do Maranhão, São Luís, 2014. Disponível em: <http://www.agroecologia.uema.br/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=291>. Acesso em: 06 out. 2020.

ARAUJO, José Ribamar Gusmão; *et al.* Abacaxi 'Turiaçu': cultivar tradicional nativa do Maranhão. **Revista Brasileira de Fruticultura**, Jaboticabal, v. 34, n. 4, p. 1270-1276, dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbf/v34n4/37.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

BOECHAT; Andréia Moreira da Fonseca; ALVES, Yony Brugnolo. O uso da indicação geográfica para o desenvolvimento regional: o caso da carne do pampa gaúcho. In: Eletrônico VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, 7., 2011, Maringá, **Anais eletrônicos...** Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2011. Disponível em: [https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2011/wp-content/uploads/sites/86/2016/07/andreia\\_moreira\\_da\\_fonseca\\_boechat.pdf](https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2011/wp-content/uploads/sites/86/2016/07/andreia_moreira_da_fonseca_boechat.pdf). Acesso em: 24 set. 2020.

BONFIM NETO, Antonio Lopes do. **Caracterização do sistema tradicional "Taurubá" de produção de abacaxi**: perfil dos agricultores e perspectivas de inovação. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Agroecologia, Universidade Estadual do Maranhão, São Luís, 2010. Disponível em: <http://repositorio.uema.br/bitstream/123456789/368/1/ANTONIO%20LOPES%20DO%20BONFIM%20NETO.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Brasília, DF, 14 maio 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm). Acesso em: 02 out. 2020.

BUAINAIN, Antônio Márcio; SOUZA, Roney Fraga. **Propriedade intelectual, inovação e desenvolvimento**: desafios para o Brasil. Rio de Janeiro: ABPI, 2018. 110 p. Disponível em: [http://www.forumdfuturo.org/wp-content/uploads/2018/12/PI\\_Inova%C3%A7%C3%A3o-e-Desenvolvimento\\_desafios-para-o-Brasil.pdf](http://www.forumdfuturo.org/wp-content/uploads/2018/12/PI_Inova%C3%A7%C3%A3o-e-Desenvolvimento_desafios-para-o-Brasil.pdf). Acesso em: 02 set. 2020.

COMISSÃO PERMANENTE DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Queijo Minas Artesanal do serro tem indicação geográfica reconhecida**. Comissão Permanente de Propriedade Intelectual, Viçosa, 14 set. 2013. Disponível em: <http://www.cpqi.ufv.br/pt-br/noticia/queijo-minas-artesanal-do-serro-tem-indicacao-geografica-reconhecida>. Acesso em: 02 out. 2020.

DULLIUS, Paulo Roberto. **Indicação geográfica e desenvolvimento territorial**: as experiências do Rio Grande do Sul. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009. 148 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Extensão Rural, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/8841/DULLIUS%2c%20PAULO%20ROBERTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2020.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. Produção brasileira de abacaxi em 2018. **Embrapa Mandioca e Fruticultura**: online, [2019?]. Disponível em: [http://www.cnpmf.embrapa.br/Base\\_de\\_Dados/index\\_pdf/dados/brasil/abacaxi/b1\\_abacaxi.pdf](http://www.cnpmf.embrapa.br/Base_de_Dados/index_pdf/dados/brasil/abacaxi/b1_abacaxi.pdf). Acesso em: 06 out. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

IG – PAMPA Gaúcho da Campanha Meridional. **Data Sebrae**: online, 17 abr. 2018a. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/ig-pampa-gaucho-da-campanha-meridional/>. Acesso em: 05 out. 2020.

IG– VALES da Uva Goethe. **Data Sebrae**: online, 17 abr. 2018b. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/ig-vales-da-uva-goethe/>. Acesso em: 05 out. 2020.

IG – PINTO Bandeira. **Data Sebrae**: online, 18 jul. 2018c. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/ig-pinto-bandeira/>. Acesso em: 05 out. 2020.

LIMA, Thaíse. Abacaxi de Turiaçu é tema de Encontro Tecnológico. **Secretaria e Agricultura Familiar – SAF**. [2016?]. Disponível em: <http://saf.ma.gov.br/abacaxi-de-turiacu-e-tema-de-encontro-tecnologico/>. Acesso em: 06 set. 2020.

MAIORKI, Giovane José; DALLABRIDA, Valdir Roque. **Interações**, Campo Grande, v. 16, n. 1, p. 13-25, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/inter/v16n1/1518-7012-inter-16-01-0013.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDEIROS, Mirna de Lima. **Indicações geográficas, turismo e desenvolvimento territorial**: uma análise sistêmica da indicação de procedência do queijo minas artesanal do Serro. 2015. 271 f. Tese (Doutorado em Administração de Organizações) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-04012016-135644/publico/MirnaLMedeiros\\_Corrigida.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-04012016-135644/publico/MirnaLMedeiros_Corrigida.pdf). Acesso em: 01 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Módulo 5 – Indicações Geográficas**. Curso Geral de Propriedade Intelectual, 2012. Disponível em: <https://nit.uncisal.edu.br/wp-content/uploads/2012/08/Indica%C3%A7%C3%B5es-Geogr%C3%A1ficas-IG.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

PELLIN, Valdinho. Indicações Geográficas e desenvolvimento regional no Brasil: a atuação dos principais atores e suas metodologias de trabalho. **Interações**, Campo Grande, v. 20, n. 1, p. 63-78, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/inter/v20n1/1518-7012-inter-20-01-0063.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

SEBRAE e parceiros fomentam produção de abacaxi de Turiacu. **A Tribuna de Bequimão**, 2016. Disponível em: <https://tribunadebequimao.com/2016/08/30/sebrae-e-parceiros-fomentam-producao-de-abacaxi-de-turiacu/>. Acesso em: 06 set. 2020.

VELLOSO, Carolina Quiumento. **Indicação geográfica e desenvolvimento territorial sustentável**: a atuação dos atores sociais nas dinâmicas de desenvolvimento territorial a partir da ligação do produto ao território (Um estudo de caso em Urusanga, SC). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. 166p. Dissertação (Mestrado em Agroecossistemas) – Centro de Ciências Agrárias, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91692/249759.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2020.

# PANORAMA DA PRODUÇÃO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL EM PATENTES RELACIONADAS À PANDEMIA DE COVID-19

Thiago Negrão Chuba<sup>1</sup>  
Gabriela Simões Pazelli<sup>2</sup>

**RESUMO:** A emergência da pandemia de SARS-CoV-2 é uma questão em ascensão e de extrema relevância e interesse global. A resposta dos países e de seus sistemas de ciência, tecnologia e inovação caracterizam um elemento chave do sucesso no combate à doença. Nesse contexto, a proteção da propriedade intelectual (PI) é uma condição crítica para o investimento em pesquisas, uma vez que se a patente do produto ou método está protegida, a

---

<sup>1</sup> Formado em Ciências Biomédicas - Ênfase em Biotecnologia para a Saúde pela FMRP/USP. Possui MBA Gestão em Inovação da Saúde pelo Instituto Butantan. Foi premiado com bolsa de mérito acadêmico pelo programa Cargill Global Scholars. Atualmente, é bolsista MEXT de Pesquisa na Kyoto University, onde desenvolve atividades no Institute for Cell-Material Sciences (iCeMS). É Técnico em Mecânica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná, com conclusão em 2013. Foi selecionado pela Embaixada dos Estados Unidos em Brasília Jovem Embaixador 2013, participando de um programa de intercâmbio e liderança organizado pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos em Washington, DC e Charlotte, NC. Também já foi agraciado com diversas medalhas e menções em Olimpíadas de Matemática, Física e Astronomia, além de ser um dos autores do livro Contos para Não Dormir. Foi estagiário na UTFPR, no Laboratório de Projetos CAD (LAPRO), trabalhando com projetos mecânicos em CAD 3D e manutenção de redes e computadores e no Núcleo de Prototipagem e Ferramental (NUFER), onde atuou com trabalhos com impressão 3D, escaneamento 3D, engenharia reversa e projetos de engenharia biomédica. Além disso, já participou do Movimento Empresa Júnior como Auditor na Ciclus Consultoria e Assessor de TI na FEJEPAR, além de ser o atual Presidente do Conselho da Sirius Biotecnologia.

<sup>2</sup> Graduada em Ciências Biomédicas pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP/USP) com Ênfase em Biotecnologia da Saúde, formada em nível técnico em Nutrição e Dietética. Foi aluna bolsista de Iniciação em Desenvolvimento Tecnológico e Inovação (PIBITI) no Laboratório de Doenças Metabólicas Hereditárias do Departamento de Genética da FMRP. Cofundadora e primeira diretora de marketing da Sirius Biotecnologia Jr.. Também foi aluna bolsista de iniciação científica da FAPESP no Centro de Excelência para Descobertas de Alvos Moleculares (CENTD) do Instituto Butantan. Atualmente é aluna de mestrado do programa de Pós-graduação em Biologia Molecular da Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo (EPM/UNIFESP), desenvolvendo seu projeto no CENTD.

concorrência reduz para produtos ou métodos com diferentes princípios, assim maximizando o retorno financeiro e viabilizando o desenvolvimento tecnológico. O sistema de PI ajuda a (1) acelerar a recuperação do investimento dado no setor de pesquisa e desenvolvimento das instituições, (2) gerar lucro e (3) financiar o desenvolvimento de novos produtos. Dessa forma, o presente trabalho é um estudo de prospecção tecnológica desenvolvido a partir do levantamento de patentes relacionadas ao SARS-CoV-2, no qual foi realizado o levantamento de patentes disponibilizadas no Espacenet, o banco de dados de patentes desenvolvido pelo Escritório Europeu de Patentes (EPO). A análise foi expandida de forma a identificar a principal área de aplicação de cada patente, o país de origem e suas datas de depósito e publicação, por meio da leitura qualificada dos títulos e resumos. A análise permitiu tecer observações sobre a necessidade de avanços tecnológicos para fortalecer o combate à pandemia de COVID-19, bem como a estratégia de desenvolvimento tecnológico de cada país e a verificação de tendências de temas de maior interesse no contexto da pandemia.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual, Patente, COVID-19.

## 1 INTRODUÇÃO

A Comissão Municipal da Saúde de Wuhan emitiu um boletim reportando casos de pneumonia viral de origem desconhecida no dia 31 de dezembro de 2019, sendo que no mesmo dia o escritório da Organização Mundial da Saúde (OMS) na China realizou uma notificação mundial em acordo ao Regulamento Sanitário Internacional (RSI) (OMS, 2020). Em 9 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas identificaram que a pneumonia é causada por um novo coronavírus, o Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2), e apenas no dia 11 de fevereiro a OMS anunciou o nome oficial da doença causada por esse vírus, a COVID-19, que no mês seguinte foi declarada como pandêmica (OMS, 2020 e AHN *et al.*, 2020).

A análise do genoma viral do SARS-CoV-2 indicou que o vírus é filogeneticamente similar ao Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV), vírus responsável pelo surto da Síndrome Respiratória Aguda Grave de 2002 (AHN, 2020). Enquanto a taxa de mortalidade do SARS-CoV-2 é menor que o SARS-CoV – 3,8% comparado a 10% - o número de casos de infecção já é pelo menos 10 vezes maior (AHN, 2020). A pandemia causada pela COVID-19 vem causando sofrimento e aumentando a miséria ao redor do mundo, podendo ser assintomática ou apresentar desde sintomas leves até graves, levando a morte do paciente (GURRY, 2020 e ESAKANDARI, 2020).

Apesar de já terem sido propostos muitos métodos de tratamento, até o presente momento não há tratamento específico para COVID-19 disponível, nem mesmo para prevenção da infecção (ESAKANDARI, 2020). As medidas tomadas pelos governos para combater a pandemia e suas consequências, apesar de essenciais, causam efeitos secundários como crise econômica generalizada, levando a grandes prejuízos às empresas e, conseqüentemente, a seus funcionários, assim aumentando o índice de desemprego (GURRY, 2020).

Os níveis de investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) das indústrias farmacêuticas estão relacionados diretamente, e de forma significativa, com o sistema de propriedade intelectual (PI) (SANTOS RUTSCHMAN, 2020). A proteção da PI atua como um incentivo ao desenvolvimento de projetos de P&D para as indústrias, principalmente aos projetos considerados de alto risco (SANTOS RUTSCHMAN, 2020).

A proteção da propriedade intelectual é uma condição crítica para o investimento privado em pesquisas, uma vez que se a patente do produto ou método está protegida, a concorrência reduz apenas para produtos ou métodos com diferentes princípios, assim maximizando o retorno financeiro (FINK e MASKUS, 2005). O sistema de PI ajuda a (1) acelerar a recuperação do investimento dado no setor de pesquisa e desenvolvimento da empresa, (2) gerar lucro e (3) financiar o desenvolvimento de novos produtos (UNITED KINGDOM COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, 2002).

Situações de emergências e catástrofes exigem alterações na estrutura de incentivos do sistema de PI, as quais são reconhecidas tanto em nível nacional quanto internacional - como o uso de licenças compulsórias. Entretanto, essas alterações são realizadas com prazos determinados (GURRY, 2020). Portanto, em relação aos projetos de P&D relacionados à COVID-19, as empresas, instituições e pesquisadores, ao invés de bloquear concorrentes, procuram por parcerias e colaborações para impulsionar e acelerar o processo de pesquisa e inovação (SZWERAS & DE LUCA, 2020).

Essa interação em diferentes estágios da construção de um projeto pode envolver formas de colaboração de plataforma aberta, e reúne colaboradores com conhecimentos diferentes necessários para o desenvolvimento de um produto (SZWERAS & DE LUCA, 2020). Uma pandemia exige ações em

grande escala em todos os setores dentro do sistema de inovação, tanto em nível nacional quanto internacional, para assim mobilizar recursos voltados para o desenvolvimento e fabricação de produtos essenciais no combate a pandemia, que podem incluir também as inovações digitais (TIETZE *et al.*, 2020).

Em um caso emblemático, poucos meses após a declaração de pandemia causada pela COVID-19, mais de 100 diferentes projetos relacionados ao desenvolvimento de vacina já estavam em andamento ao redor do mundo. Em julho, 23 desses projetos já haviam avançado para a etapa dos testes clínicos (SANTOS RUTSCHMAN, 2020). Em relação ao sistema de PI, há um intervalo de tempo entre o depósito do pedido de uma patente e sua publicação pelos escritórios nacionais de patentes. Em alguns países, como nos Estados Unidos, Japão e da Europa, esse intervalo é de cerca de 18 meses (SANTOS RUTSCHMAN, 2020). Entretanto, alguns governos tomaram medidas em relação ao sistema de PI para incentivar a pesquisa e inovação no combate a pandemia, como os Estados Unidos. O Escritório de Patentes e Marcas dos Estados Unidos (USPTO) implementou a priorização do exame de invenções relacionadas à COVID-19, além de lançar a plataforma "*Patents 4 partnership*" que facilita o licenciamento voluntário e a comercialização de inovações relacionadas à prevenção, diagnóstico e tratamento da COVID-19 (PEDEN & KONSKI, 2020).

## 1.1 Objetivo e justificativa

O presente trabalho propõe um estudo de prospecção tecnológica desenvolvido a partir do levantamento de patentes relacionadas ao SARS-CoV-2, visando analisar as necessidades de avanços tecnológicos para fortalecer o combate à pandemia de COVID-19, bem como a estratégia de desenvolvimento tecnológico estabelecida em cada país e a verificação de tendências de temas de maior interesse no contexto da pandemia.

## 2 METODOLOGIA

O presente estudo de prospecção tecnológica foi desenvolvido a partir do levantamento de patentes relacionadas ao SARS-CoV-2. Foi realizado o levantamento de patentes disponibilizadas no Espacenet (<https://worldwi>

de.espacenet.com/), o banco de dados de patentes desenvolvido pelo Escritório Europeu de Patentes (EPO), de acesso livre às informações. O Espacenet contém mais de 120 milhões de patentes documentadas ao redor do mundo desde 1782, e sua abrangência cobre o Worldwide Database, incluindo depósitos de patentes de mais de 100 países.

A pesquisa foi realizada utilizando apenas os descritores “SARS-CoV-2” e “COVID-19”, tendo em vista a obtenção de resultados mais específicos, de forma que apenas patentes que cite explicitamente a atual pandemia fossem retornados. Desta forma, resultados anteriores ou abrangentes demais, como “*coronavirus*”, “*SARS-CoV*”, “*pandemic*”, ou “*respiratory syndrome*” foram excluídos. A busca foi realizada em todos os campos da patente, seja o termo buscado constante no título, resumo ou corpo de texto. A plataforma Espacenet também disponibiliza tradução automática dos resultados, de forma que textos em outras línguas, também foram avaliados – o que se mostrou essencial para a posterior classificação das patentes.

Para a análise, foram contabilizadas as patentes disponíveis para consulta até a data de realização da pesquisa, 17 de setembro de 2020. As patentes duplicadas foram excluídas e os dados obtidos foram organizados utilizando o Microsoft Office Excel, e os gráficos elaborados utilizando o GraphPad Prism 8.

### 3 RESULTADOS E ANÁLISE

Um total de 1.017 patentes foram encontradas, sendo 358 excluídas por serem duplicadas. Em seguida, um processo de classificação das patentes foi realizado, primeiramente para identificar seu país de origem e suas datas de prioridade e publicação, de forma a possibilitar o cálculo do tempo médio de análise. Em seguida, a análise foi expandida de forma a identificar a principal área de aplicação da patente, por meio da leitura qualificada dos títulos e resumos de cada uma, e em casos em que a informação não era clara, do texto completo. Dessa forma, as 659 patentes foram classificadas em 7 diferentes grupos, conforme ilustrado na tabela 1. Em seguida, tais patentes foram subclassificadas de acordo com a técnica ou produto objeto da patente, de forma a permitir uma maior compreensão das tendências e do direcionamento dos esforços de inovação tecnológica no combate à pande-



mia. Por fim, as diferentes categorias foram pareadas com o país de origem e analisadas.

**TABELA 1 – CATEGORIAS E CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA CLASSIFICAÇÃO DAS PATENTES**

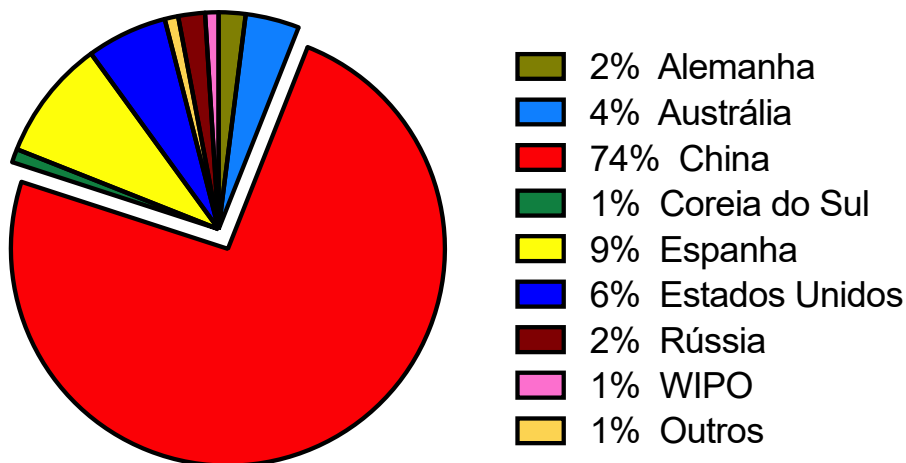
<b>Classificação</b>	<b>Descrição</b>
<b>Biotecnologia</b>	<i>Relacionadas a avanços tecnológicos na biotecnologia, como em biologia molecular, celular, bioquímica e afins, utilizados como ferramentas para desenvolvimento de novos métodos diagnósticos, tratamentos e métodos de prevenção.</i>
<b>Diagnóstico</b>	<i>Métodos diagnósticos da COVID-19 ou de detecção do SARS-CoV-2, seja em amostras de pacientes ou em outras superfícies.</i>
<b>Modelagem</b>	<i>Modelos matemáticos de progressão, transmissão ou controle da doença, modelos de gestão de profissionais de saúde, estratégias vacinais e afins.</i>
<b>Prevenção</b>	<i>Métodos de prevenção de infecção, seja por desinfecção, filtragem de ar, uso de máscaras ou barreiras físicas e outros métodos.</i>
<b>Tratamento</b>	<i>Tratamentos específicos à COVID-19, sejam eles de combate direto ao vírus ou mitigação dos sintomas específicos.</i>
<b>Vacina</b>	<i>Métodos de produção de vacinas específicas a SARS-CoV-2.</i>
<b>Outros</b>	<i>Patentes que apresentam relevância ao combate da pandemia, mas que não se encaixaram nas categorias anteriores, como equipamentos hospitalares.</i>

A tabela indica quais categorias e critérios foram utilizados para classificação das patentes neste estudo.

Primeiramente, a análise retornou 14 diferentes escritórios de patentes nos quais as patentes foram registradas (Figura 1), de forma: Alemanha (12), Austrália (26), China (490), Coreia do Sul (9), Espanha (56), Estados Unidos (39), Filipinas (2), Japão (2), Noruega (1), Reino Unido (1), República Checa (2), Rússia (13), Singapura (3) e o escritório internacional da Organização Mundial da Propriedade Internacional (WIPO) (4).

**FIGURA 1 - QUANTIDADE DE PATENTES ENCONTRADAS NOS DIFERENTES ESCRITÓRIOS**

## Número de Patentes por País



A figura indica, em forma de gráfico, a quantidade de patentes identificadas pela busca realizada, expressa em porcentagem, em cada escritório de patentes.

Ao observar este dado, é clara a dominação chinesa em relação às patentes disponíveis no Espacenet, atingindo 74% do total. É interessante correlacionar tal dado à origem da pandemia e à grande capacidade industrial e de inovação chinesa, de forma que há estímulo e clara vantagem econômica em desenvolver propriedade intelectual relacionada ao combate da pandemia. Mesmo que em distantes segundo e terceiro lugar, observa-se a Espanha e os Estados Unidos, países que foram em diferentes tempos centros globais da pandemia, e que possuem sistemas de inovação que responderam de maneira intensa aos desafios proporcionados por ela.

Outro fator importante de consideração é o fato de que a China enfrentou em 2002 e 2003 a epidemia anterior causada por um coronavírus, a SARS, causada pelo SARS-CoV. Tal fato foi indutor de pesquisas científicas e desenvolvimento tecnológico anteriores à pandemia atual do SARS-CoV-2 (OLIVEIRA, 2020), e permitiu uma resposta tecnológica mais acelerada, uma

vez que diversas inovações que tinham como alvo o primeiro vírus mostraram-se úteis para o segundo e permitiram uma produção tecnológica profusa em território chinês.

É interessante, porém, observar que outros países de relevância para a pandemia, que foram centros globais de disseminação do vírus ou que apresentaram grande número de infecções relativos à população e que possuem capacidade de inovação e desenvolvimento tecnológico como Rússia, Japão, Alemanha e Reino Unido apresentam, aparentemente, baixa produção tecnológica em resposta direta à pandemia. Outros países centrais sequer apresentaram quaisquer patentes na base de dados, como Índia, Brasil, Itália e Canadá. Este fato pode se dar por diferentes razões, como maior tempo de análise de patentes, uma vez que a respostas dos diferentes escritórios de propriedade intelectual é desigual, até a não atualização da base de dados no Espacenet pelos escritórios nacionais desses países.

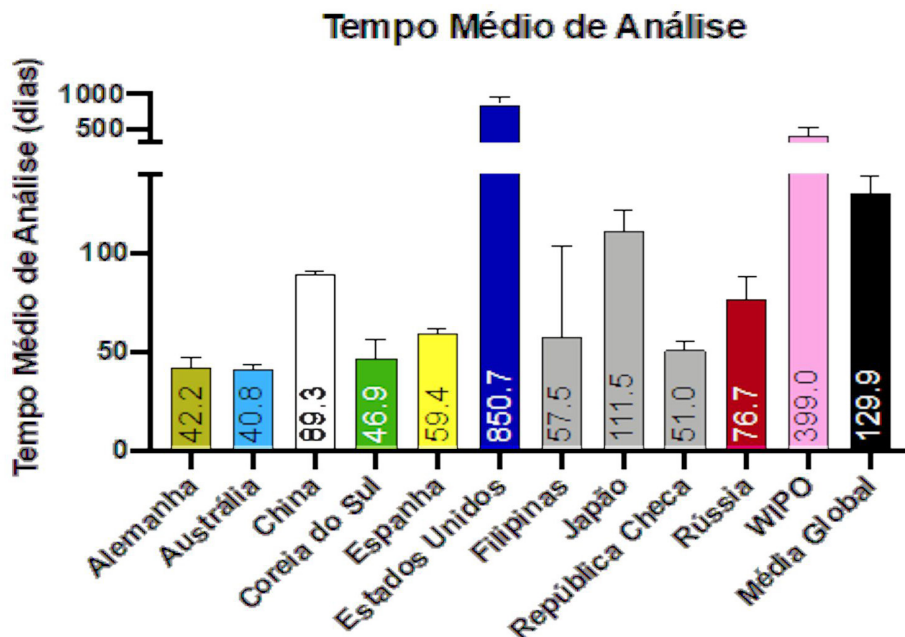
Por outro lado, patentes recentemente submetidas não necessariamente são publicadas. Apesar dos tempos de períodos de sigilo serem variáveis, estes ficam em torno de 18 meses, como no caso brasileiro. Assim sendo, a grande maioria das patentes já submetidas em relação à COVID-19 ainda devem gozar de um longo período de sigilo, e conseqüentemente não aparecerão em nenhum banco de dados até a data de sua publicação (QUINTELLA, 2020). Este fato é extremamente relevante para a presente análise, uma vez que apenas as patentes publicadas até a data da busca foram alvo de análise, o que pode causar um desbalanço entre diferentes países e diferentes estratégias de proteção intelectual.

Em seguida, a partir dos dados de data de prioridade (ou seja, a data de submissão da patente) e sua data de publicação (a data em que o documento se torna público, porém não necessariamente a patente é concedida), foi possível determinar o tempo médio de análise de cada patente (Figura 2). Esse dado é relevante uma vez que, para que uma patente seja publicada, ela deve passar por um primeiro exame formal pelo escritório nacional de patentes, para que então seu número de processo seja atribuído e então possa passar para o pedido de exame para concessão.

O tempo médio de análise, portanto, oferece uma visão da estratégia adotada por cada país por meio de seus escritórios de patentes para quanto

à disponibilidade da propriedade intelectual, bem como de seus inventores, que escolhem a publicação antecipada ou não de suas patentes.

**FIGURA 2 - TEMPO MÉDIO DE ANÁLISE DE PATENTE DE CADA ESCRITÓRIO**



A figura indica, em forma de gráfico, o tempo médio decorrido para análise das patentes submetidas nos diferentes escritórios e a média global.

A partir dos dados observados, é possível perceber que o tempo médio de análise de patentes é cerca de 130 dias. Tal dado, considerando a data de 17/09/2020, seria equivalente a 09/03/2020, 69 dias após a primeira notificação internacional da síndrome respiratória identificada em Wuhan.

Entretanto, tal média é aumentada devido a um *outlier*: os Estados Unidos, que apresentam uma média de 850 dias para publicação. Apesar de isso parecer impossível, há uma razão para tanto: ao se observar mais profundamente tais dados, verifica-se que tal fato se deve às patentes anteriores, já publicadas, mas que tiveram aplicações relacionadas à COVID-19 adi-

cionadas às reivindicações já realizadas. Dessa forma, no Espacenet, a data de publicação é atualizada para a mais recente, porém com uma data de prioridade anterior a 2020. Apesar de causar uma disfunção na média global, é importante de forma a identificar o mecanismo pelo qual as patentes estadunidenses vêm sendo publicadas. Adicionalmente, o mesmo fenômeno é observado nas patentes internacionais depositadas na WIPO.

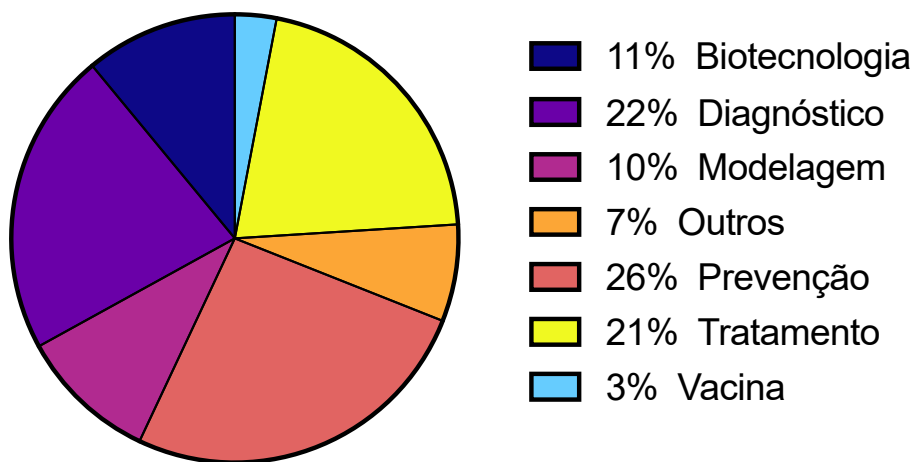
A média chinesa mais elevada que se comparada a outros países excluindo-se é importante de ser comentada. Isso muito possivelmente se deve à resposta antecipada da China à pandemia, uma vez que a mesma se iniciou em território chinês e demandou esforços de combate anteriores se comparado aos outros países. Assim, o tempo em que há propriedade intelectual sendo submetido à análise é maior, o que permite que patentes que foram submetidas no período inicial da pandemia já tenham sido publicadas.

Quanto aos outros países, verifica-se que suas médias são valores próximos, entre 40 e 60 dias. Uma explicação para tal similaridade são os prazos para análise inicial, comumente entre 30 e 60 dias, e tais patentes devem ser aquelas em que não houve requisição do período de sigilo, sendo publicadas logo após o exame.

A análise seguinte se refere à classificação das patentes em diferentes categorias de relevância à pandemia (Figura 3). Assim, como anteriormente descrito na tabela 1, as seguintes categorias foram elencadas: Biotecnologia (75 patentes), Diagnóstico (144), Modelagem (65), Prevenção (173), Tratamento (135) e Vacinas (17). Outras 49 não se encaixaram diretamente em nenhuma dessas categorias e foram classificadas como “Outros”.

**FIGURA 3 - CLASSIFICAÇÃO DAS PATENTES**

## Patentes por Categoria



A figura indica, em forma de gráfico, a quantidade de patentes identificadas, expressa em porcentagem, em cada categoria de classificação.

Em relação à classificação adotada, verifica-se considerável equilíbrio entre os diferentes temas, com especial destaque à tríade Diagnóstico, Prevenção e Tratamento, elementos centrais do combate à disseminação do vírus, ao tratamento e mitigação da doença e identificação dos doentes e portadores do vírus. Também são os temas com maior potencial comercial e, portanto, de interesse patentário.

Quanto aos temas secundários, como Biotecnologia e Modelagem, é possível atribuir menores números a esses temas pois são mais acadêmicos, uma vez que é entendido como biotecnologia o desenvolvimento de tecnologias que permitem novas formas de prevenção, diagnóstico e tratamento, bem como a modelagem, que em geral se refere a sistemas e modelos de gestão além de modelos matemáticos de compreensão de diferentes esferas da pandemia.

Por fim, as vacinas se mostram como o menor grupo em número de patentes, apesar de terem alta relevância econômica, bem como impacto

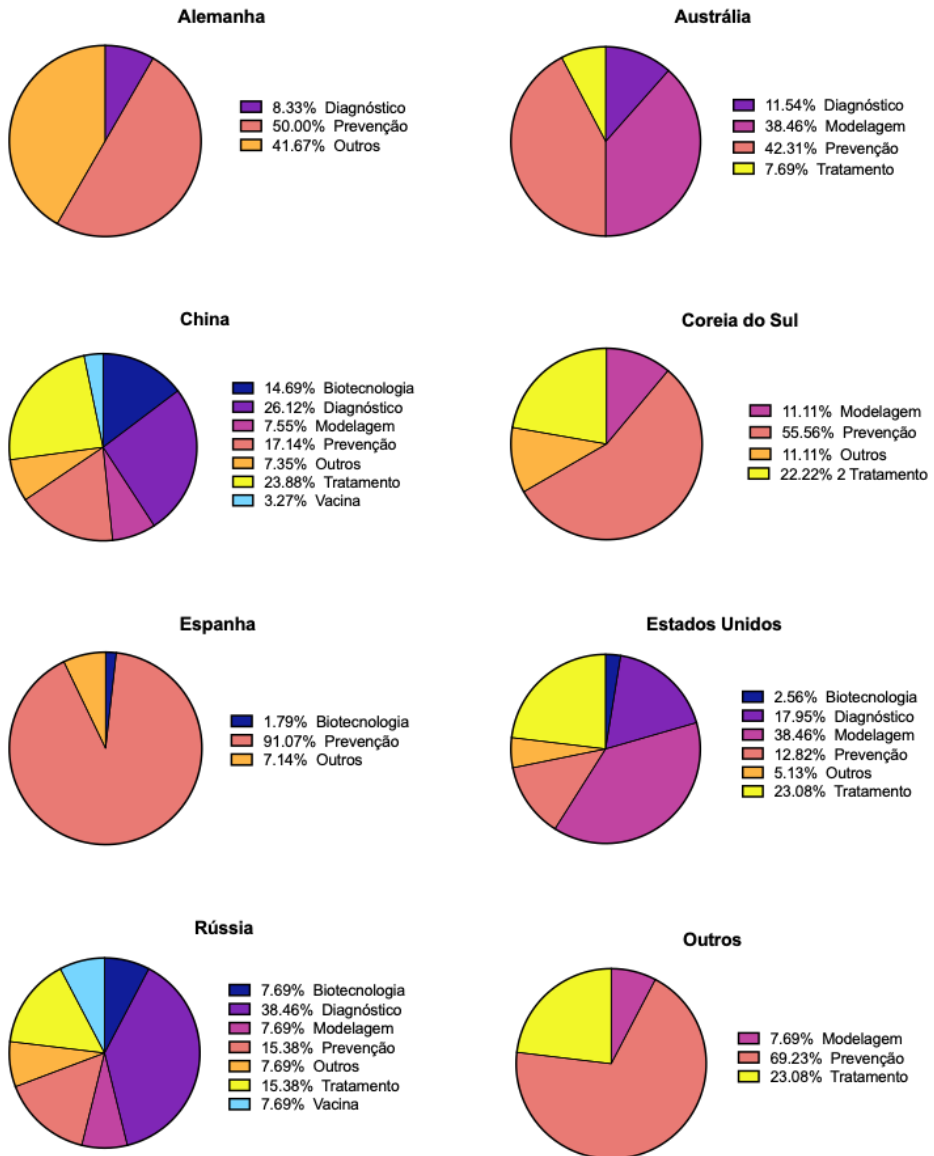
social, sendo vistas como a “solução” para a pandemia. O baixo número de patentes em referência a elas muito se deve exatamente a seu alto potencial econômico: não há vantagem alguma para as grandes competidoras de publicarem – consequentemente, tornando públicas - suas patentes antes do limite do período de sigilo, e certamente não antes de estarem disponíveis no mercado.

Também foi possível relacionar diretamente as áreas aos países de origem de cada patente (Figura 4), de forma a permitir uma maior compreensão do cenário da propriedade intelectual realizada por cada um deles em relação ao todo.

Em primeira análise, é possível comentar quanto à diversidade da produção patentária de cada país. Naturalmente, a China é líder nesse aspecto, devido à maior quantidade de patentes publicadas. Em seguida, diversidade semelhante é observada nos Estados Unidos e principalmente na Rússia, que mesmo com menor número de patentes publicadas apresenta grande diversidade de temas entre elas, apesar do maior número de patentes para Diagnósticos. Os Estados Unidos apresentam maior quantidade de patentes de modelagem, tema que é o de menor interesse econômico entre todos considerados, o que condiz com a expectativa de aguardar o tempo de sigilo por interesse econômico.

Todos os demais países apresentam maior quantidade de patentes relacionadas a medidas de prevenção. Tais patentes, em geral de nível tecnológico mais baixo, conforme observado mais adiante, são consequentemente mais simples e requerem menor esforço inventivo e tecnológico - quando comparadas a medicamentos e tecnologias biomédicas, em relação ao tempo e complexidade para validação - e, assim, são mais frequentemente encontradas. Nesse contexto, destaca-se a Espanha, com 91% de suas patentes classificadas como medidas de prevenção. Apesar de não ser objeto de estudo direto deste trabalho, 37 das 56 patentes (66%) eram de patentes de modelo de utilidade, percentual bastante elevado se comparado à média mundial de cerca de 11% (WIPO, 2019).

**FIGURA 4 - ÁREAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS PATENTES EM CADA PAÍS DE ORIGEM IDENTIFICADO**



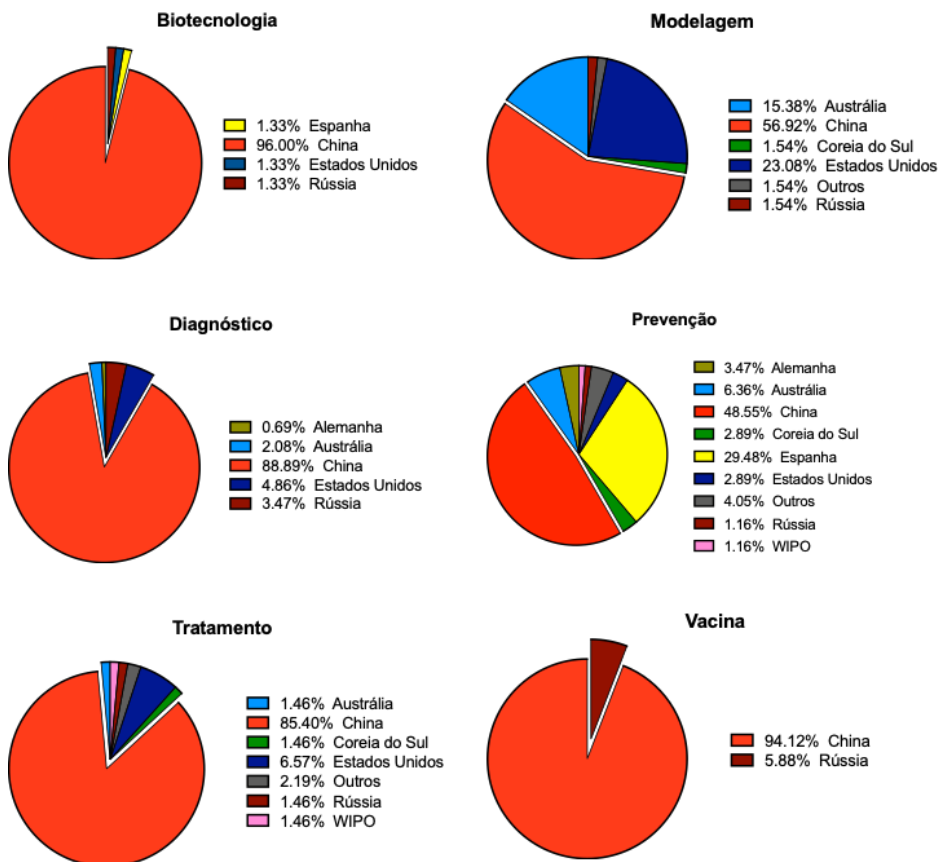
A figura indica a quantidade, expressa em porcentagem, de patentes nas determinadas áreas de classificação identificadas no estudo conforme seu país de origem.



Em análise semelhante, ao se relacionar de forma inversa à anterior, de forma a se expressar os países de origem em relação a cada categoria determinada de patentes (Figura 5), é possível fazer uma análise de escopo diferente. Nesta visualização, é possível confirmar de maneira mais clara a prevalência chinesa em todos as áreas consideradas, sendo maior que 85% das patentes analisadas nas áreas de Biotecnologia, Diagnóstico, Tratamento e Vacina. Uma distribuição mais igualitária foi observada para Modelagem e Prevenção, nas quais a China aparece com aproximadamente 50% dos totais. Na área de prevenção, como anteriormente comentado, a Espanha apresenta destaque com quase 30% das patentes encontradas na área. Também se destacam na área de Modelagem a Austrália (15%) e os Estados Unidos (23%).

Além disso, é interessante comentar a ausência de diversidade para biotecnologia e vacinas, áreas em que o número de patentes chinesas se aproxima de 95% dos totais, e com poucos países que também tenham alguma patente na área. Conforme anteriormente comentado, é possível atribuir tal evento ao fato de serem áreas de elevado valor agregado e que exigem tempo de desenvolvimento, sendo que a China apresenta vantagem tanto por desenvolvimentos anteriores devido à epidemia de SARS-CoV e por ter iniciado o combate à pandemia de SARS-CoV-2 anteriormente ao resto do mundo.

**FIGURA 5 - REPRESENTATIVIDADE DOS PAÍSES DE ACORDO COM A ÁREA DAS PATENTES ANALISADAS**



A figura indica as áreas em que as patentes foram classificadas e a quantidade, expressa na porcentagem do gráfico, de patentes encontradas em cada área de acordo com o escritório de origem.

## 4 CONCLUSÃO

Considerando o exposto, é possível fazer alguns comentários e tecer algumas observações. Primeiramente, é clara a necessidade de avanços tecnológicos de forma a fortalecer o combate à pandemia de SARS-CoV-2, que a cada dia atinge número recorde de infectados e vê o número de mortes a ela relacionados aumentar. O desafio imposto aos sistemas de ciência, tec-

nologia e inovação de todos os países foi muito elevado, e cada um deles respondeu de forma reflexiva à estratégia de desenvolvimento tecnológico de cada país.

É bastante evidente, por exemplo, a estratégia estadunidense de resposta com prioridade à proteção da propriedade intelectual, com poucas patentes recentes e grande quantidade de adições de reivindicações a patentes anteriores, de forma incomum a outros países, e compondo a grande parte das patentes disponíveis por autores dessa origem.

Em contrapartida, a resposta chinesa mostra-se mais aberta, com grande número de patentes publicadas rapidamente, mesmo anteriormente à sua concessão. Isso pode revelar tanto uma estratégia de revelar o conteúdo das patentes para maior possibilidade de comunicação científica e disseminação da tecnologia, mas de forma conjunta à proteção intelectual; estratégia de publicar o conteúdo patentário de forma a utilizar a patente como vitrine tecnológica, atraindo possíveis interessados em licenciamento, trazendo ganhos financeiros em estágios em que o interesse na pandemia é mais elevado, como parece ser o caso de patentes voltadas para o diagnóstico e detecção da doença; ou mesmo uma estratégia de inovação aberta, no qual a publicação antecipada das patentes é utilizada de forma a gerar possíveis parcerias para desenvolvimento de novas propriedades intelectuais e soluções para a pandemia.

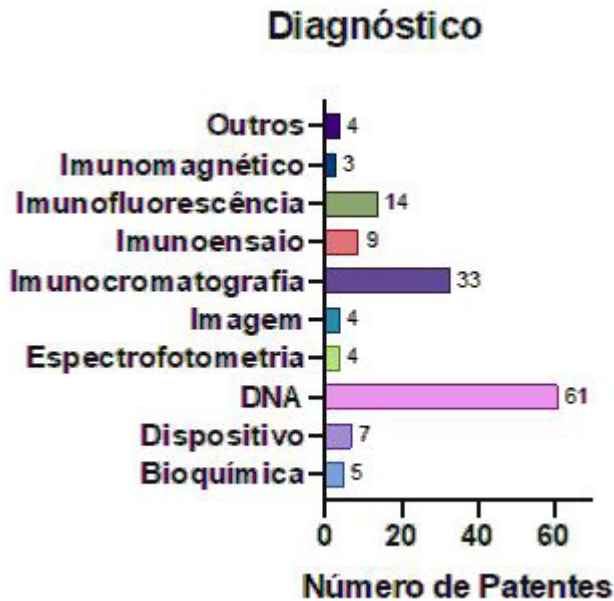
A estratégia dos demais países parece ser mais conservadora, com número baixo de patentes, e com foco em inovações relacionadas à prevenção da doença, buscando portanto soluções potencialmente mais baratas e de maior impacto direto, uma vez que soluções como possíveis tratamentos e vacinas são de maior valor agregado e complexidade, e com menores chances de publicação antecipada (OLIVEIRA, 2020). Além disso, foi possível observar de maneira qualitativa a grande quantidade de autores inventores, ou seja, patentes depositadas por pessoas físicas e sem ligação com alguma empresa. Esse fenômeno é observado em especial na Espanha, onde um grande número de patentes de Modelo de Utilidade, de menor complexidade em sua essência e próximas de meios de prevenção mais acessíveis, e ainda passíveis de proteção intelectual.

As análises aqui realizadas, mesmo que feitas de maneira preliminar, e considerando a limitação da quantidade de patentes relacionadas à CO-

VID-19 já publicadas, permitem observar a complexidade do sistema de inovação, bem como os diferentes participantes desse sistema, sejam eles governos ou de mercado, bem como diferentes políticas, estratégias e metodologias. Ainda que esta análise tenha levado em consideração apenas o número de patentes e uma classificação quanto ao escopo de proteção, a real avaliação da inovação para a pandemia depende de diversos fatores adicionais, sendo os resultados aqui apresentados uma pequena parte destes. Por exemplo, índices como o *Global Innovation Index* levam em consideração mais de 80 indicadores para avaliar o panorama de inovação tecnológica de uma nação (GURRY, 2020). A análise aqui realizada, por exemplo, não leva em conta a qualidade das patentes depositadas e nem se serão concedidas ou não. Esta análise será interessante para um trabalho futuro, após o devido exame para concessão da patente ou não; assim será possível correlacionar quantidade e real inventividade e inovação, e não apenas uma corrida por números que – mesmo que no momento sejam uma boa métrica – não significam muito sem seu contexto.

Outra análise interessante a ser realizada em trabalhos futuros seria o aprofundamento das categorias aqui identificadas. Por exemplo, identificar dentre os métodos diagnósticos quais aqueles que receberam mais destaque e por quais razões seria de grande valor científico e tecnológico, mas valoroso principalmente para o desenho de estratégias direcionadas para investimento em pesquisa. Uma amostra de tal análise foi realizada neste trabalho, e é exemplificada na (Figura 6). Nela, é possível identificar que técnicas relacionadas a DNA recombinante como PCR e Crispr receberam especial atenção no desenvolvimento de novos métodos e kits para diagnóstico, bem como diferentes formas de ensaios imunológicos, com destaque a testes imunocromatográficos, característicos em testagem rápida. Um futuro trabalho que também relacione esse nível de análise com os países de origem dessas propriedades intelectuais também seria interessante, de forma a poder observar a nível nacional tecnologias fortes e aquelas menos desenvolvidas, o que também pode permitir o estabelecimento de melhores estratégias de desenvolvimento tecnológico.

**FIGURA 6 – NÚMERO DE PATENTES DE DIAGNÓSTICO DE ACORDO COM A TECNOLOGIA EMPREGADA**



A figura indica as áreas em que as patentes de diagnóstico foram classificadas de acordo com a tecnologia empregada e reivindicada e a quantidade, expressa numericamente no gráfico, de patentes encontradas em cada área.

Finalmente, é importante frisar que os dados aqui contidos foram dependentes de patentes publicadas anteriormente ao prazo final do período de sigilo patentário, em geral de 18 meses. Tal fato certamente impacta diretamente na amplitude e no escopo na análise realizada, ao mesmo tempo que permite a observação de diferentes estratégias de proteção intelectual e de tendências de temas explorados para a inovação relacionada à pandemia. Um trabalho posterior é necessário, a ser realizado após a expiração do período de sigilo, com o objetivo de identificar o total de patentes depositadas durante o mesmo período analisado neste trabalho e comparar as tendências aqui observadas para verificar sua realização ou não – em especial o grande número de patentes chinesas e o baixo número de patentes de vacinas.

## REFERÊNCIAS

AHN, Dae-Gyun *et al.* Current status of epidemiology, diagnosis, therapeutics, and vaccines for novel coronavirus disease 2019 (COVID-19). **J. Microbiol. Biotechnol.**, 313-324, março de 2020.

FINK, C.; MASKUS, K. E. **Intellectual Property and Development**: Lessons from Recent Economic Research. Washington, DC: World Bank, 2005.

GURRY, Francis. Intellectual property, innovation, access and COVID-19. **WIPO Magazine**, 2020. Disponível em: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2020/02/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/02/article_0002.html). Acesso em: 17 set. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Informativo**: Trâmite Prioritário de Patentes. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/tecnologias-para-covid-19/Informativo>. Acesso em: 17 set. 2020.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Pereira de *et al.* Prospecção Científica e Tecnológica acerca da Covid-19: análise das abordagens terapêuticas farmacológicas inseridas no contexto pandêmico. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 559, 2020.

PEDEN, Aude S.; KONSKI, Antoinette F. Coronavirus Innovation Guideposts on the Eve of the COVID-19 Pandemic. **The National Law Review**, julho de 2020. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/article/coronavirus-innovation-guideposts-eve-covid-19-pandemic>. Acesso em: 17 set. 2020.

QUINTELLA, Cristina M. *et al.* Vacinas para Coronavírus (COVID-19; SARS-COV-2): mapeamento preliminar de artigos, patentes, testes clínicos e mercado. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 1, p. 3, 2020.

SANTOS RUTSCHMAN, Ana. The COVID-19 vaccine race: Intellectual property, collaboration (s), nationalism and misinformation. **Washington University Journal of Law and Policy**, v. 64, 2020.

SZWERAS, Melanie; DE LUCA, Carmela. Patents and Their Role in a COVID-19 **Cure**. Abril de 2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b757a56e-834f-433f-b548-80fa98b7574d>. Acesso em: 17 set. 2020.

TIETZE, Frank *et al.* Crisis-Critical Intellectual Property: Findings from the COVID-19 Pandemic. **Centre for Technology Management Working Paper Series**, No. 2, Abril de 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3569282](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569282). Acesso em: 17 set. 2020.

UNITED KINGDOM COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy**: Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres, 2002.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO IP Statistics Data Center**. Abril de 2020. Disponível em: <https://www3.wipo.int/ipstats/>. Acesso em: 17 set. 2020.

# »»» O VALE DO PINHÃO COMO CASE DE INTEGRAÇÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E AGENTES DA INOVAÇÃO PARA O INCENTIVO À INOVAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO EM CURITIBA

Eduardo Oliveira Agostinho<sup>1</sup>

Diogo Kastrup Richter<sup>2</sup>

**RESUMO:** A inovação tecnológica está ligada ao direito fundamental ao desenvolvimento, cabendo ao Estado, como agente normativo e regulador da economia, intervir no meio social e econômico para incentivar a pesquisa científica e a inovação tecnológica. A par disso, o Município de Curitiba instituiu, em 2017, a Política Municipal de fomento ao ecossistema de inovação de Curitiba – ao qual se deu a alcunha de “Vale do Pinhão”. Referida política pública visa fomentar a inovação e integrar agentes públicos e privados em prol do desenvolvimento do ecossistema de inovação municipal, a qual tem se revelado como um *case* de sucesso na consecução de seus objetivos. Isto posto, este trabalho objetiva descrever as medidas institucionais tomadas pelo Município Curitiba para promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico sob a rubrica do Vale do Pinhão, realizando-se uma análise dos impactos dessas medidas no posicionamento do Município nos *rankings* de inovação, empreendedorismo e tecnologia. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e o método jurídico exegético, com postulados da Nova Economia Institucional. O estudo conclui que o ecossistema de inovação curitibano aparenta estar usufruindo positivamente do ambiente institucional que se desenvolveu com as políticas adotadas sob a alcunha do Vale do Pinhão. Contudo, alerta-se que a carência de dados primários para se realizar diagnósticos e prognósticos pode prejudicar políticas públicas de longo prazo – comuns quando se trata de incentivo à inovação.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas; Inovação Tecnológica; Desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Empresarial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela PUCPR, com período de estudos na Universidad de Zaragoza (UNIZAR/Espanha). Advogado.

## INTRODUÇÃO

A inovação tecnológica é concebida como uma importante via de crescimento econômico e de aumento de bem-estar social, impulsionada, em iniciativas conjuntas ou separadamente, por gestores públicos, por corporações e pelo meio acadêmico. Observa-se, senão, que a tecnologia é propulsora de modelos de negócio, produtos e serviços inovadores, a exemplo da inteligência artificial, do processamento de dados em larga escala (*Big Data*), da computação em nuvem e dos serviços e aplicações *over-the-top* (e.g. *streaming*). Os efeitos econômicos causados pela inovação tecnológica são tão significativos que se considera que a sociedade contemporânea vive a Quarta Revolução Industrial, inserida na Economia Digital (serviços, produtos, técnicas e habilidades que se utilizam de tecnologias digitais).

Dada a relevância do tema, o Estado brasileiro, como agente normativo e regulador da economia (art. 174 da CF/88), possui, em seus diferentes níveis de administração, instrumentos institucionais para, direta e indiretamente, intervir no meio social e econômico para incentivar Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) (e.g. a Lei Federal nº 10.973/2004 – Lei de Inovação Tecnológica), sendo, inclusive, um dever constitucional promovê-los (art. 218 da CF/88). Trata-se de instrumentos essenciais ao desenvolvimento nacional: afinal, ecossistemas de inovação saudáveis, lastreados em instituições eficientes e sólidas, favorecem o desenvolvimento tecnológico e permitem a difusão de conhecimento entre os setores da economia, consequentemente atendendo ao interesse público em diversas facetas.

A par dessa situação, a Prefeitura Municipal de Curitiba, no início de 2017, por meio do Decreto Municipal nº 857/2017, instituiu a Política Municipal de fomento ao ecossistema de inovação de Curitiba, ao qual se deu a alcunha de “Vale do Pinhão” – uma clara alusão ao Vale do Silício, que apelida o famoso ecossistema de inovação situado na Baía de São Francisco, Califórnia/EUA. A referida política pública curitibana visa fomentar atividades de PD&I no Município e integralizar ações de universidades, investidores, centros de pesquisa e empresas voltadas ao desenvolvimento tecnológico e à constituição de negócios inovadores na capital paranaense, fazendo de Curitiba um polo de tecnologia nacional. Tem como norte, também, a geração de emprego e renda e a revitalização de espaços urbanos da capital.



O Vale do Pinhão, centralizando diversas medidas institucionais estatais e da sociedade organizada direcionadas ao fomento à inovação, vem rendendo frutos positivos ao Município de Curitiba, cujos impactos têm gerado benefícios socioeconômicos à cidade. Trata-se, aparentemente, de um *case* em que o ambiente institucional, tanto formal quanto informal, organizou-se de forma a criar oportunidades relacionadas a um ecossistema de inovação saudável e de estabelecer a sociedade inserida nesse meio em um rumo de efetivo desenvolvimento.

Isto posto, este trabalho tem como objetivo descrever as medidas institucionais tomadas pela Administração Pública do Município Curitiba para promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico no âmbito da cidade sob a rubrica do Vale do Pinhão, realizando-se uma análise dos impactos dessas medidas no posicionamento do Município nos *rankings* de inovação, empreendedorismo e tecnologia. Almeja-se, com isso, demonstrar a relevância da compreensão da inovação como objeto de política pública para cidades.

Para cumprir o referido objetivo, o trabalho divide-se da seguinte forma: na primeira seção, estabelece-se os fundamentos teóricos da importância das instituições formais e informais para o desenvolvimento de um ecossistema de inovação pujante. Na segunda seção, descreve-se o ambiente institucional Município de Curitiba voltado ao incentivo à inovação tecnológica antes da criação da política pública do Vale do Pinhão (pré-2017). Na terceira seção, retrata-se este ambiente institucional após as ações realizadas sob a rubrica do Vale do Pinhão (de 2017 a 2020). O estudo é guiado pelo método dedutivo e pelo método jurídico exegético, utilizando-se de postulados na Nova Economia Institucional.

## **1 A IMPORTÂNCIA INSTITUCIONAL DO ESTADO COMO AGENTE REGULADOR DA ECONOMIA PARA INCENTIVAR A PESQUISA, O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A INOVAÇÃO**

O incentivo à pesquisa e à inovação tecnológica é um dever estatal correlato à regulação econômica voltada ao desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Conforme pontua Fábio Comparato, o direito econômico contemporâneo se trata de um conjunto de técnicas jurídicas utilizadas pelo Estado para a consecução de sua política

Não seria demais, inclusive, relacionar o desenvolvimento científico com o direito fundamental ao desenvolvimento nacional<sup>4</sup>. Tem esteio no papel do Estado como agente normativo e como regulador da atividade econômica, conforme o art. 174 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), devendo incentivar e planejar a economia com vistas ao desenvolvimento nacional equilibrado (*caput* e § 1º). Encontra lastro, também, no Capítulo IV do Título VIII da CF/88, cujos artigos dispõem que ao Estado cabe incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (art. 218, *caput*), privilegiando atividades de PD&I que visem solucionar os problemas do Brasil, aperfeiçoar o capital humano do mercado de trabalho e criar tecnologias adequadas ao País (art. 218, §§ 2º e 4º). O tema é importante (e complexo) a ponto de a Constituição determinar que o ecossistema de inovação nacional seja integrado pelos entes envolvidos, públicos e privados, em regime de colaboração, inclusive possibilitando a criação de ambientes promotores da inovação (e.g. parques e polos tecnológicos) frutos dessa atuação conjunta (art. 219, parágrafo único, e art. 219-B).

Para que este papel institucional seja cumprido, o Estado costuma construir políticas públicas<sup>5</sup> destinadas a incentivar ações de PD&I que estejam alinhadas ao interesse nacional. A nível infraconstitucional, a Lei de Inovação Tecnológica, atualizada pela Lei nº 13.243/2016 (Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação), é a principal ferramenta institucional do Estado para promover tais políticas públicas, municiando a União, os Estados,

---

econômica. É a “*disciplina normativa de ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico*”, coordenadas no plano que exprime a política econômica. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 465.

<sup>4</sup> Segundo Denis Borges Barbosa, o “desenvolvimento científico e tecnológico, particulariza princípio básico, elementar, constitutivo da República, que diz que a República tem como objetivo garantir o desenvolvimento nacional. (art. 3º, III, da Carta de 1988)”. Cf. BARBOSA, Denis Borges. O Direito Constitucional ao desenvolvimento, inovação e apropriação de tecnologias. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direito de Inovação: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-12.

<sup>5</sup> Para Maria Paula Bucci, política pública pode ser definida como “*programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito*”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

o Distrito Federal e os Municípios com diversos instrumentos que podem ser utilizados para esse fim. Cite-se, por exemplo: (i) a possibilidade de se criar projetos de cooperação para inovação e pesquisa entre empresas, instituições de pesquisa e entidades privadas sem fins lucrativos; (ii) a implantação de parques tecnológicos e incubadoras de empresas; (iii) a participação no capital social de empresas com o intuito de desenvolver produtos e processos inovadores; e (iv) a concessão de recursos financeiros e de infraestrutura para atividades de PD&I exercidas por empresas e por entidades sem fins lucrativos (Lei de Inovação, arts. 3º, 3º-B, 5º, e 19).

Este arcabouço normativo aponta para a importância do Estado como incentivador da inovação e da pesquisa científica. A partir de uma perspectiva preconizada pela Nova Economia Institucional, são essas regras, formais, mas também as informais, que possibilitam mudanças sociais propiciadoras de um ambiente favorável ao desenvolvimento<sup>6</sup>. As instituições são responsáveis pelo caminho de sucesso ou fracasso de um país, uma vez que essas regulam a estrutura de incentivos para as ações dos indivíduos<sup>7</sup>, e podem oferecer um ambiente favorável, ou não, à cooperação. Trata-se do papel do direito como mecanismo de superação do “*dilema da confiança mútua*”<sup>8</sup>, representado por um conjunto de normas que estimulam o comportamento cooperativo em prol de novas oportunidades de interação diante da redução da assimetria de informação entre as pessoas que integram uma determinada comunidade.

Assim, o papel institucional exercido pelo Estado, a depender da forma como é conduzido (e, principalmente, dos interesses subjacentes dos agentes políticos envolvidos na construção das instituições), pode criar determinados tipos de *oportunidades* ao meio social e econômico por ele influenciado<sup>9</sup>. Trazendo esse viés ao objeto deste artigo, isso significa que o ambiente

---

<sup>6</sup> NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 6.

<sup>7</sup> ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. New York: Currency, 2012, p. 42

<sup>8</sup> COOTER, Robert Dandridge; SCHÄFER, Hans-Bernd; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (Org. e trad.); VERA, Flávia Santinioni (Col.). **O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2017, p. 16-17.

<sup>9</sup> Segundo North, o quadro institucional, somado aos conceitos de competitividade e de escassez da teoria econômica clássica, definem o conjunto de *oportunidades* proporcionados aos agentes econômicos, que se estruturam em organizações (econômicas, políti-

institucional (formal) proporcionado pelo Estado, que também influencia a construção das instituições informais, é determinante para o sucesso ou para o infortúnio de ecossistemas de inovação – seja a nível nacional, estatal ou municipal. Trata-se, com essa dinâmica entre instituições e organizações ao longo do tempo, de inserir o curso de desenvolvimento da sociedade em determinado rumo almejado (*path dependence*)<sup>10</sup> – esteja este caminho alinhado aos interesses sociais ou não.

Tendo isso em mente, a efetividade de determinado ecossistema de inovação pode ser analisada com base em na adoção de boas práticas por parte dos agentes nele inseridos (públicos e privados). Para o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, esta efetividade pode ser alcançada por meio políticas públicas orientadas por missões (*mission-oriented policies*), que definem objetivos e meios concretos para resolver determinado desafio social e que mobilizam um conjunto de setores para tal fim<sup>11</sup>. O mesmo estudo sugere que um ecossistema de inovação capaz de incentivar e de proporcionar o desenvolvimento de PD&I deve seguir os seguintes princípios-chave: (i) construção de políticas de inovação a partir das características do processo de inovação (incerteza, cumulatividade e coletividade)<sup>12</sup>; (ii) utilização de instrumentos financeiros e não-financeiros para o cumprimento das missões; (iii) abordagem ampla do ecossistema nos quatro subsistemas de inovação: políticas públicas e financiamento público; pesquisa e educação;

---

cas, sociais ou educacionais) para maximizá-las por meio da execução de atividades de propósito comum. Cf. NORTH, op. cit. *passim*.

<sup>10</sup> Ibid., p. 99.

<sup>11</sup> CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016, p. 5-8. Disponível em: [https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The\\_Brazilian\\_Innovation\\_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive\\_Summary.pdf](https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf). Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>12</sup> “*Incerteza significa que agentes comprometidos com inovação não podem calcular a probabilidade de sucesso ou fracasso de forma antecipada – ou seja, os resultados são desconhecidos – portanto, para obter sucesso terão de aceitar fracassos ocasionais e desvios do planejamento. Cumulativo significa que os agentes precisam ser pacientes e agir estrategicamente para acumular conhecimento e competências (aprendizagem), com uma visão de longo prazo. Coletivo significa que todos os agentes têm de trabalhar juntos e, portanto, suportar certo grau de risco; por conseguinte, todos também têm direito a compartilhar dos ganhos do processo de inovação bem-sucedido*”. Ibid., p. 06.

produção e inovação; e fundos privados e financiamento privado; (iv) incentivo institucional dos interesses dos atores da inovação e sua maior inter-relação, com a capacidade de formular políticas arrojadas; (v) consecução de metas específicas; (vi) orientação das missões com base em diagnósticos e prognósticos; (vii) financiamento de longo prazo em um conjunto diversificado de investimentos; (viii) aprendizado por tentativa e erro, requerendo avaliação e ajuste contínuos das políticas ao longo de seu processo<sup>13</sup>.

Finalmente, conforme Mariana Mazzucato, para que as externalidades positivas do desenvolvimento tecnológico sejam desfrutadas pela sociedade como um todo, o Estado também tem a incumbência de distribuir o desenvolvimento tecnológico na economia nacional, mobilizando recursos e permitindo que conhecimento e inovação sejam difundidos nos diversos setores da economia<sup>14</sup>.

Com base no arcabouço normativo e teórico deslindado nesta seção, descrever-se-á, na seção seguinte, o ambiente institucional do Município de Curitiba voltado ao incentivo à inovação tecnológica antes da criação da política pública do Vale do Pinhão. Isso permitirá que, na seção subsequente, se faça uma comparação com o ambiente institucional de Curitiba observado após a instituição das ações do Vale do Pinhão.

## 2 O ECOSISTEMA DE INOVAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CURITIBA ANTES DO VALE DO PINHÃO

Anteriormente à criação de instituições relacionadas à agenda do Vale do Pinhão, o Município de Curitiba já possuía políticas públicas e instrumentos institucionais voltados ao fomento de PD&I na cidade, especialmente incentivos fiscais para empresas dos setores ligados a produtos e serviços tecnológicos. No entanto, como se observará, a descontinuação de algumas dessas políticas por parte da Administração Pública municipal, somado a um ambiente institucional forma e informal aparentemente alheio à relevância da inovação, refletiu, direta ou indiretamente, em índices e resultados insa-

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 06-08.

<sup>14</sup> MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011, p. 69. Disponível em: [http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial\\_State\\_-\\_web.pdf](http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf). Acesso em: 3 out. 2020.

tisfatórios do ecossistema de inovação de Curitiba no período anterior ao Vale do Pinhão.

Em 1998, por meio da Lei Complementar nº 22/1998, o Município de Curitiba instituiu a primeira política municipal contemporânea diretamente relacionada ao incentivo de PD&I: o Parque de Software. Esta política pública concede certos benefícios fiscais às empresas dedicadas à produção de software e à realização de serviços de comunicação instaladas no referido parque, que está localizado no bairro Cidade Industrial de Curitiba. Notadamente, os benefícios referem-se à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sob alíquotas reduzidas (alíquota de 2%), à isenção do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) para a aquisição de imóveis no Parque de Software destinados à implantação de instalações de empresas no local e à desobrigação, pelo prazo de 10 anos, do pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), de taxas e de contribuições de melhoria (Lei Complementar nº 22/1998, arts. 2º e 3º).

Na sequência, em 2001, a Administração Pública curitibana alargou o escopo dos incentivos fiscais ligados a inovação e tecnologia e criou, por meio da Lei Complementar nº 39/2001, o Programa Curitiba Tecnológica. Com o intuito de incentivar PD&I das empresas prestadores de serviço em Curitiba, este programa permite que qualquer empresa localizada no Município de Curitiba goze de deduções sobre o valor do pagamento mensal do ISS, caso seja aprovado projeto relacionado a PD&I apresentado à comissão designada pelo Poder Executivo (20% de dedução se recolher menos de R\$ 360 mil a título de ISS no exercício fiscal anterior ao da apresentação do projeto; 50% de dedução se o recolhimento de ISS ultrapassar o mencionado valor). Em contrapartida, a empresa deve estar com o pagamento do ISS em dia e apresentar crescimento real na arrecadação de tal tributo (Lei Complementar nº 39/2001, arts. 3º e 4º).

Em seguida, no ano de 2007, o Município de Curitiba, por meio da Lei Complementar nº 64/2007, regulamentada pelo Decreto nº 310/2008, criou o Programa Curitiba Tecnoparque, que veio a aprimorar, alargar e, de certa forma, unificar os dois programas supracitados (formalmente, ambos continuam em vigor). O Curitiba Tecnoparque tem o intuito de fomentar o desenvolvimento de bases tecnológicas e instituições de ciência e tecnologia, bem como difundir a cultura de inovação em uma ampla gama de setores considerados

estratégicos ao Município de Curitiba, quais sejam: sistemas de informação; serviços de informática; PD&I; design; laboratórios; instrumentos de precisão e de automação industrial; biotecnologia; nanotecnologia; novos materiais; tecnologias em saúde; meio ambiente; outros setores produtivos de base tecnológica (Lei Complementar nº 64/2007, art. 1º, *caput* e parágrafo único).

Abrangendo todos os referidos setores estratégicos, o Curitiba Tecnoparque criou benefícios fiscais isonômicos àqueles do Parque de Software: redução na alíquota do ISS devido (alíquota de 2%), desobrigação do ITBI para adquirir imóveis destinados à implantação das atividades econômicas e isenção, pelo prazo de 10 anos, do pagamento de IPTU, taxas e contribuições de melhoria (Lei Complementar nº 64/2007, art. 4º). Os benefícios ligados ao ISS podem ser usufruídos por todas as empresas que se enquadram no Curitiba Tecnoparque, desde que localizadas nos limites territoriais do Município e que demonstrem desenvolver e comercializar produtos ou serviços de base tecnológica. Já os demais benefícios são destinados às empresas instaladas no Parque de Software, que passaram a integrar o Curitiba Tecnoparque, assim como às empresas localizadas no denominado “núcleo empresarial” do programa, localizado no bairro curitibano do Prado Velho (art. 5º e art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei Complementar nº 87/2012).

O Programa Curitiba Tecnoparque é gerido pela Agência Curitiba de Desenvolvimento S/A (Agência Curitiba)<sup>15</sup>, a quem compete propor, coordenar e executar políticas e diretrizes relacionadas ao programa, desenvolver ações ligadas ao fomento e ao apoio à inovação tecnológica, promover a intenção do Curitiba Tecnoparque com outras políticas públicas de incentivo a PD&I (em qualquer esfera de governo) e fomentar a participação mútua de universidades e do setor produtivo em pesquisas e grupos de trabalho com vistas a facilitar a PD&I (Decreto nº 310/2008, arts. 5º e 6º).

Para auxiliá-la na gestão do programa, a Agência Curitiba conta com o apoio do Conselho de Desenvolvimento do Curitiba Tecnoparque (CONTEC)

---

<sup>15</sup> A Agência Curitiba é uma entidade de economia mista que visa fomentar atividades econômicas e de PD&I em Curitiba, com ênfase nas parcerias público-privadas. Tem como sócias a Prefeitura Municipal de Curitiba, a Federação das Indústrias do Estado do Paraná, a Federação do Comércio do Estado do Paraná e a Federação das Associações Comerciais e Empresariais. Cf. AGÊNCIA CURITIBA DE DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO S/A. **Histórico**. Disponível em: <http://agenciacuritiba.com.br/historico>. Acesso em: 4 out. 2017.

e do Comitê de Fomento (COFOM). O CONTEC é o órgão consultivo superior do Curitiba Tecnoparque e é formado por representantes da Administração Pública municipal, das empresas integrantes do programa e das universidades instaladas nos limites territoriais do programa – a saber, a Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), a Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Ao CONTEC compete avaliar as propostas e diretrizes do programa provenientes da Agência Curitiba, opinando sobre os temas submetidos ao conselho (Decreto nº 310/2008, arts. 7º e 9º).

O COFOM, por seu turno, é o órgão responsável por aprovar o enquadramento e a inserção de empresas no Programa Curitiba Tecnoparque. É formado por representantes da Administração Pública municipal, das universidades supramencionadas e da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (FIEP). Ao COFOM compete analisar e emitir parecer sobre as solicitações de enquadramento submetidas por empresas interessadas em ingressar no programa, bem como emitir parecer acerca da exclusão ou da suspensão daquelas que deixarem de cumprir os requisitos dessa política (Decreto nº 310/2008, arts. 11 e 13).

Importa ressaltar que o Programa Curitiba Tecnoparque esteve suspenso para receber novas solicitações de adesões de empresas desde 2013 até 2017 (a ver na seção seguinte), tendo sido provisoriamente nomeados alguns membros do COFOM, em 2015, para proceder com análises de adesão que estavam paralisadas até então (cf. o Decreto nº 1.064/2015). O CONTEC, por seu turno, aparentemente não havia membros nomeados ou indicados neste mesmo período. É possível afirmar que o esvaziamento dos órgãos consultivos e deliberativos do Curitiba Tecnoparque no referido período (reforça-se, pré-Vale do Pinhão) impactou diretamente a capacidade executória deste programa, haja vista que a existência destes é imprescindível para a admissão de particulares interessados e para a elaboração de diretrizes.

Além disso, afora os programas de benefícios fiscais descritos acima, estritamente quanto período temporal abrangido nesta seção (pré-Vale do Pinhão), não se tem registro de outras medidas concretas da Administração Pública municipal voltadas ao fomento e ao desenvolvimento do ecossistema de inovação curitibano – seja com ações diretas por meio de instituições



formais (e.g. simplificação do ambiente regulatório e do sistema tributário, aproximação dos agentes da inovação, realização de parcerias público-privadas), seja pela gradual construção e fomento a instituições informais (e.g. promoção da cultura empreendedora e inovadora)<sup>16</sup>.

A falta de estímulo a PD&I no Município de Curitiba, em sua fase pré-Vale do Pinhão, tem reflexo nos baixos níveis de competitividade da capital paraense em *rankings* de avaliação. Conforme o Índice de Cidades Empreendedoras (ICE) 2016, elaborado pela Endeavor Brasil<sup>17</sup>, Curitiba ocupava a modesta 15ª colocação dentre os 32 Municípios analisados, contando com um *score* de 6,11 (de 0 a 10)<sup>18</sup>. No placar geral, amargava a penúltima colocação da Região Sul<sup>19</sup>.

Diante determinantes avaliados no ICE 2016<sup>20</sup>, Curitiba apresentou resultados bastante insatisfatórios nos pilares “ambiente regulatório” (i.e., ambiente institucional formal) e “cultura empreendedora” (i.e., ambiente institucional informal), alcançando a penúltima (31ª) colocação em ambos os fatores no *ranking* geral (*score* de 4,3 e 3,7, respectivamente, em qualifi-

---

<sup>16</sup> Como se verá adiante, em 2017 iniciou-se um processo de fortalecimento das instituições formais para a consolidação da inovação como uma política pública do Município de Curitiba. Cite-se, por exemplo, a criação do Conselho Municipal de Ciência Tecnologia e Inovação, composto por representantes do governo municipal, do mercado e da academia, com o objetivo de apoiar na construção de medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas ao desenvolvimento do ecossistema de empreendedorismo e inovação da capital paraense (cf. a Lei 15.324, de 09 de novembro de 2018).

<sup>17</sup> O ICE tem o fito de avaliar e ranquear o ambiente empreendedor de 32 Municípios brasileiros, cujas ferramentas de estudo estão em sintonia com aquelas utilizadas por organizações internacionais. Em que pese se tratar de trabalho que analisa o ambiente empreendedor, todos os pilares avaliados, de maneira direta ou indireta, são determinantes de um ecossistema de inovação, sendo, pois, de grande valia os dados compilados pelo ICE para a presente pesquisa. Cf. ENDEAVOR BRASIL. Índice de Cidades Empreendedoras **2016**. São Paulo, 2016, p. 15. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/indice-cidades-empreendedoras-2016/>>. Acesso em 3 out. 2020. Para a metodologia do estudo: ENDEAVOR BRASIL, op. cit., p. 131-143.

<sup>18</sup> Ibid., p. 19.

<sup>19</sup> Florianópolis: 2ª colocação; Joinville: 4ª colocação; Porto Alegre: 7ª colocação; Maringá: 9ª colocação; Caxias do Sul: 12ª colocação; Blumenau: 13ª colocação; Londrina: 19ª colocação. Ibid., p. 91.

<sup>20</sup> São os pilares: ambiente regulatório; infraestrutura; mercado; acesso a capital; inovação; capital humano e cultura empreendedora. Ibid., p. 15.

cação que alcança até o grau 10). Quanto ao pilar “ambiente regulatório”, a morosidade envolvendo a abertura e regularização de empresas e imóveis, assim como a complexidade para o cumprimento de obrigações acessórias municipais (e estaduais, também importa dizer) colocaram Curitiba na desvantajosa colocação no referido *ranking*<sup>21</sup>.

A respeito do determinante “cultura empreendedora”, conceituado pela Endeavor Brasil como “o conjunto de comportamentos e atitudes de uma sociedade específica em relação ao empreendedorismo”, o ICE destacou que Curitiba possuía o pior potencial para empreender com alto impacto dentre as 32 cidades analisadas, o que abrange índices de proatividade, visão e criatividade elaborados pela Endeavor Brasil com base em estudos de campo e em metodologias que levam em conta questões psicométricas<sup>22</sup>. Certamente é o pilar mais dotado de subjetividade e intangibilidade, posto que aferir o grau cultural de determinada sociedade não é tarefa que possa ser facilmente realizada com dados objetivos. No entanto, o fato de Curitiba ocupar a penúltima colocação nessa classificação demonstra que o imaginário do perfil empreendedor não era elemento de destaque.

Por outro lado, os determinantes mais bem avaliados de Curitiba no ICE 2016 foram o “mercado” e o “acesso a capital”, respectivamente obtendo a 7ª (*score* 7) e a 6ª colocação (*score* 6,5) no *ranking* nacional<sup>23</sup>. A respeito do “mercado”, destaca-se o índice de desenvolvimento econômico da cidade, o que abrange o total e o crescimento médio do Produto Interno Bruto (PIB) e a proporção de empresas exportadoras na cidade<sup>24</sup>. Já quanto ao “acesso ao capital”, destaca-se um índice elevado de capital disponível via dívida (i.e., bancos públicos ou privados) um índice acima da média de acesso a capital de risco (i.e., *venture capital* e *private equity*) – porém bem aquém dos primeiros colocados neste último quesito (como os Municípios de São Paulo, Florianópolis e Joinville)<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 27-32. Reconhece-se que o ambiente institucional estadual contribuiu para o resultado insatisfatório da capital paranaense, mas o Município de Curitiba não apresentava dados que se sobressaltavam aos obstáculos estaduais.

<sup>22</sup> Ibid. p. 71-73.

<sup>23</sup> Ibid., p. 40-45 e 48-52

<sup>24</sup> Ibid., p. 40-45.

<sup>25</sup> Ibid., p. 48-52.

Esse contraste sugere que, para que o ecossistema de inovação de Curitiba deslanchasse, seria necessário reduzir a complexidade regulatória e fomentar a cultura empreendedora na cidade para promover o acesso ao bom mercado e oportunidades de acesso ao crédito que o Município já possuía. Isso poderia contribuir com um desempenho ainda melhor da capital paranaense no quesito “inovação” no ICE 2016, que obteve a 12ª colocação neste *ranking* (score de 6,56)<sup>26</sup>. Quanto a este determinante, dado ser aquele que diz respeito às atividades de PD&I propriamente ditas, descrevem-se os resultados na tabela abaixo, fazendo-se destaque aos resultados dos *outputs* (resultados dos *inputs* de inovação, que são os recursos necessários para o desenvolvimento de PD&I):

**TABELA 1 – INOVAÇÃO EM CURITIBA EM 2016**

<b>INPUTS</b>	<b>SCORE: 6,39 (11ª colocação)</b>
Proporção de Mestres e Doutores em CT&I (para cada 100 empresas)	8,00 (média 8,62)
Proporção de funcionários em CT&I (para o total de funcionários)	9,50% (média: 9,60%)
Média de investimentos do BNDES e FINEP (por empresa)	R\$ 5.035,88 (média: R\$ 4.889,67)
Índice de Infraestrutura Tecnológica	7,09 (média: 6,0)
Contratos de concessões (para cada 1000 empresas)	1,5 (média: 1,1)
<b>OUTPUTS</b>	<b>SCORE: 6,39 (9ª colocação)</b>
Proporção de empresas com patentes (para cada 1000 empresas)	3,496 (média: 2,157)
Tamanho da economia criativa (em relação ao total de empresas)	2,22% (média: 2,09%)
Tamanho da indústria inovadora (em relação ao total de empresas)	1,02% (média: 0,98%)
Tamanho das empresas TIC (em relação ao total de empresas)	2,24% (média: 1,97%)
<b>INOVAÇÃO EM CURITIBA</b>	<b>SCORE: 6,56 (12ª colocação)</b>

Fonte: ENDEAVOR BRASIL, 2016, p. 55-59.

Cumpra ponderar que parte dos obstáculos criados pelas instituições curitibanas que inibem (ou inibiam) o desenvolvimento saudável do ecossistema de inovação da cidade são um reflexo de obstáculos enfren-

<sup>26</sup> Ibid., p. 55.

tados também a nível nacional: segundo um estudo realizado pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos acerca do ecossistema de inovação brasileiro, este é deveras fragmentado, com baixa propensão para inovar ante a desconexão entre os objetivos do subsistema de produção (indústria) e do de inovação (universidades e instituições de pesquisa), além de ser possuir um ambiente regulatório ineficiente, com tributações e burocracias complexas e excessivas<sup>27</sup>.

Ainda assim, foi possível que a Administração Pública municipal remediasse algumas fragilidades do ambiente institucional de inovação de Curitiba por meio de iniciativas relacionadas ao Vale do Pinhão – tanto com ações diretas, por meio de instituições formais (que culminaram na legislação cujo propósito é exatamente o desenvolvimento do ecossistema de empreendedorismo e inovação), quanto com a gradual construção e fomento de instituições informais. Tais resultados, com base nos dados e informações disponíveis à época da realização deste estudo (segunda metade de 2020), serão descritos na próxima seção.

### 3 O ECOSISTEMA DE INOVAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CURITIBA APÓS O VALE DO PINHÃO

As iniciativas da Administração Pública do Município de Curitiba realizadas sob a rubrica do Vale do Pinhão **têm como objetivo principal construir** um ambiente favorável à inovação tecnológica para o desenvolvimento econômico e social da cidade (cf. o Decreto nº 857/2017, art. 1º). Tal objetivo se reverte em alguns parâmetros de atuação do Vale do Pinhão: (i) fomentar ações de PD&I para promover o desenvolvimento social; (ii) apoiar a inovação nas empresas, incluindo o desenvolvimento de atividades para atrair a instalação de centros de pesquisa e parques tecnológicos em Curitiba; (iii) colaborar para a construção de um ambiente favorável à inovação e à transferência tecnologia; (iv) facilitar o acesso de empresas a serviços e políticas públicas necessárias para a consecução de atividades de inovação; (v) ampliar e fortalecer os laços de cooperação entre agentes públicos e privados no desenvolvimento de inovação (Decreto nº 857/2017, art. 3º).

<sup>27</sup> CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO; PENNA, op. cit., p. 09-10.

O mesmo instrumento normativo detalha a instrumentalização de tais finalidades, que se concretizam por meio: (i) da criação do Engenho da Inovação<sup>28</sup> como ambiente do desenvolvimento do Vale do Pinhão; (ii) da possibilidade de ceder, autorizar ou permitir o uso de bens municipais para a instalação de ambientes promotores da inovação, tanto a empresas quanto a entidades sem fins lucrativos; (iii) do compartilhamento de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e instalações com pessoas, empresas, organizações públicas ou privadas sem fins lucrativos voltadas à inovação tecnológica para a realização das atividades de incubação, uma vez compatível com as finalidades do Vale do Pinhão; (iv) da promoção de eventos e cursos voltados ao desenvolvimento de atividades de tecnologia e à capacitação de empreendedores; e (v) da realização de estudos acerca da cultura de inovação (art. 4º).

Quedou-se à Agência Curitiba, agora sediada no Engenho da Inovação, a incumbência de coordenar as atividades do Vale do Pinhão, a quem cabe estabelecer a rede de conhecimentos entre os agentes da inovação da cidade, formular propostas de políticas, analisar os desafios do ecossistema de inovação e propor possibilidades de ação (cf. Decreto nº 857/2017, art. 6º). Somada às funções que possui junto ao Programa Curitiba Tecnoparque (mencionadas na segunda seção deste trabalho), a Agência Curitiba se revela, assim, como a catalisadora das ações da Administração Pública municipal de fomento à inovação.

Com estas diretrizes, lastreado em novos e em já estabelecidos instrumentos normativos, o ecossistema de inovação curitibano – o Vale do Pinhão –, com suas instituições formais e informais e por meio de suas organizações, galgou resultados expressivos no que tange ao desenvolvimento de um ambiente inovador, empreendedor e afortunado. Descrevem-se, a seguir, algumas das principais iniciativas e indicadores ligados a este ecossistema.

---

<sup>28</sup> O Engenho da Inovação, criado pelo Decreto nº 885/2017 e localizado no bairro do Rebouças, é o equipamento urbano destinado a atividades sociais, artísticas, culturais e cívicas que funciona como sede da Fundação Cultural de Curitiba e da Agência Curitiba de Desenvolvimento S/A. Se destina, também, a ser um ambiente voltado ao desenvolvimento do ecossistema de inovação de Curitiba, promovendo eventos de inovação e de empreendedorismo, capacitando empreendedores e disponibilizando espaços para *coworkings* (Decreto nº 885/2017, arts. 2º e 3º).

Em 2018, a capital paranaense aprovou a Lei nº 15.324/2018 (Lei de Inovação de Curitiba), que dispõe sobre instrumentos de incentivo a PD&I no Município, bastante em linha com os dispositivos da Lei Federal nº 10.973/2004. Trata-se de uma instituição de extrema importância para o Município, pois fornece diversos instrumentos que podem ser utilizados para a Administração Pública municipal fomentar a inovação tecnológica em linha com a Estratégia Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação, incluindo (i) o desenvolvimento de projetos de PD&I com entes privados em regime de colaboração (art. 4º); (ii) a implantação de ambientes de inovação, como parques tecnológicos, inclusive permitindo-se cessão de imóveis para tanto (art. 5º); (iii) a participação minoritária no capital social de empresas (art. 8º); (iv) a concessão de recursos financeiros ou humanos e materiais para instituições de pesquisa (art. 10); e (v) o incentivo à utilização de invenções de inventores independentes por parte da Administração Pública municipal (art. 14). Além disso, vale reforçar, a Lei de Inovação de Curitiba criou o Conselho Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação, órgão consultivo composto por representantes do Estado, do empresariado e das universidades, a quem compete propor diretrizes e articular a estratégia municipal de PD&I (arts. 16 e 17).

Quanto aos incentivos financeiros propriamente ditos, uma das medidas tomadas pela Administração Pública do Município de Curitiba foi reativar o Programa Curitiba Tecnoparque. Ao fim de 2017, a Prefeitura Municipal nomeou membros para compor o COFOM (vide o Decreto nº 2.073/2017), que fornece a estrutura técnica para a admissão de interessados em ingressar no programa, e, no ano seguinte, passou a receber propostas de novas empresas candidatas<sup>29</sup>. Em 2019, noticiava-se haver 90 empresas participando do programa<sup>30</sup>. Ao lado disso, por meio da Lei nº 15.536/2019 a Administração Pública da capital paranaense criou um fundo de investimentos para permitir a participação direta em projetos alinhados às diretrizes de inovação do Município: o Fundo de Inovação do Vale do Pinhão (Inova VP). Este fundo formaliza

---

<sup>29</sup> Ver detalhes sobre a inscrição de projetos no programa em <https://www.curitiba.pr.gov.br/servicos/programa-curitiba-tecnoparque/639>.

<sup>30</sup> GAZETA DO POVO. **Tecnoparque chega a 90 empresas com incentivo para desenvolvimento de tecnologias**. Curitiba, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/parana-sa/tecnoparque-chega-a-90-empresas-com-incentivo-para-inovacao/>. Acesso em: 3 out. 2020.

o instrumento financeiro que permite à Administração Pública do Município conceder recursos aos fins de que trata a Lei de Inovação de Curitiba.

As ações do Vale do Pinhão não ficaram restritas às instituições formais. Dentre as medidas de estímulo ao empreendedorismo e de integração do ambiente de negócios com o Poder Público, destaca-se a rede de *coworkings* públicos criados pela Agência Curitiba (considerada a primeira desta espécie no Brasil), cujas unidades recebem a alcunha de Worktiba<sup>31</sup>. Inaugurado em 2017 com a unidade Worktiba Barigui, o local de trabalho hospeda empresas com projetos de cunho social e que sejam aplicáveis à capital paranaense, fornecendo aos empreendimentos selecionados estrutura de apoio, suporte e conexão com demais negócios. Atualmente, o projeto conta com três *coworkings* públicos (Worktibas Barigui, Cine Passeio e Boqueirão), podendo atender até 110 projetos com vistas a fomentar o empreendedorismo, a economia criativa e a inovação<sup>32</sup>.

Na seara da promoção da cultura empreendedora e inovadora, observa-se enérgica atuação da Agência Curitiba, com a promoção de mais de 200 *workshops*, palestras e mentorias voltadas à temática de inovação, tecnologia e empreendedorismo, assim como a facilitação de encontros entre profissionais e empreendedores para estimular o desenvolvimento de negócios e o compartilhamento de experiências. Nessa toada, o Engenho da Inovação, além de cumprir a função de sede da Agência Curitiba, possui importante papel simbólico para o ecossistema de inovação curitibano, haja vista que hospeda diversos desses eventos promovidos<sup>33</sup>.

Embora não se tenham verificados indicadores empíricos dos resultados do Vale do Pinhão que, em comparação com o cenário pré-2017, pudessem se apresentar neste estudo<sup>34</sup>, os diversos prêmios e reconhecimentos

---

<sup>31</sup> Ver mais em <http://worktiba.com.br/>.

<sup>32</sup> CURITIBA. Agência Curitiba de Desenvolvimento e Inovação S/A. **Edital de Chamamento Público nº 06 de 2019**. Disponível em: <http://www.agenciacuritiba.com.br/wp-content/uploads/2020/03/edital-worktibas-2020.pdf>. Acesso em: 3 out 2020.

<sup>33</sup> Justifica-se a ausência de menções à agenda de eventos em razão de o *website* da Agência Curitiba se encontrar indisponível, em razão do período eleitoral (Lei Federal nº 9.504/1997), ao tempo da realização deste estudo.

<sup>34</sup> Reconhece-se que a Endeavor Brasil publicou a edição de 2017 do Índice de Cidades Empreendedoras, citado na segunda seção deste trabalho. Porém, o referido estudo não possui serventia para ser utilizado como parâmetro do Vale do Pinhão, haja vista que esta

que o Município de Curitiba recebeu em razão do êxito do ecossistema de inovação da cidade são indicadores de que as medidas surtiram efeitos positivos. Em 2019, o Município recebeu, no *ranking Connected Smart Cities*, elaborado pela empresa Urban Systems, o prêmio de terceira cidade mais “inteligente” e conectada do Brasil<sup>35</sup>, concedido por conta do Vale do Pinhão, ora se destacando o 6º lugar no aspecto “tecnologia e inovação”<sup>36</sup> e o 7º lugar no quesito “empreendedorismo”<sup>37</sup>.

Também, em 2020, Curitiba ganhou destaque no *The Global Startup Ecosystem Report* como um dos 100 melhores ecossistemas municipais de inovação do mundo (posição de 91 a 100 no *ranking*), destacando-se a *performance* do ecossistema de inovação curitibano em relação às *startups* sediadas nesta cidade<sup>38</sup>. Além disso, no mesmo ano, o Município recebeu o prêmio de “economia urbana vibrante” no concurso *Wellbeing Cities Award*, recebendo destaque pelas políticas de incentivo à inovação implementadas no bojo do Vale do Pinhão<sup>39</sup>.

Sinais dos efeitos das medidas institucionais curitibanas voltadas ao incentivo à tecnologia e a negócios digitais também podem ser observados nos níveis de arrecadação tributária municipal. Conforme o Portal de Transparência da Prefeitura Municipal de Curitiba, o Município arrecadou cerca de R\$ 1,18 bilhão a título de ISS no ano de 2016, contra cerca de R\$ 1,27 bilhão, em 2019,

---

edição do ICE utiliza-se de alguns dados primários anteriores ao ano de 2017. Cf. ENDEAVOR BRASIL. Índice de Cidades Empreendedoras 2017. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://info.endeavor.org.br/ice2017/>. Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>35</sup> URBAN SYSTEMS. **Ranking Connected Smart Cities 2019**. São Paulo, 2019, p. 21. Disponível em: [http://sators.rds.land/csc19\\_resultado\\_ranking](http://sators.rds.land/csc19_resultado_ranking). Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>36</sup> Este determinante aborda fatores como força de trabalho com ocupações no setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC), infraestrutura de telecomunicação, proporção de registros de patentes por habitantes, a existência de parques tecnológicos e demais ambientes de inovação e a existência de incentivos à pesquisa.

(Ibid., p. 53-57)

<sup>37</sup> Este determinante aborda fatores como crescimento de empresas de tecnologia, de economia criativa e de microempresas individuais e número de parques tecnológicos e de incubadoras (Ibid., p. 77-79).

<sup>38</sup> STARTUP GENOME; GLOBAL ENTREPRENEURSHIP NETWORK. *Global Startup Ecosystem Report 2020*. São Francisco, 2020, p. 46 e 83. Disponível em: <https://startupgenome.com/report/gser2020>. Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>39</sup> Cf. NEWCITIES. **Wellbeing Cities 2020 Award**. Disponível em <https://newcities.org/wellbeingcity-award/>. Acesso em: 3 out. 2020.



a mesmo título<sup>40</sup>. Embora haja fatores diversos que tenham contribuído para o aumento da arrecadação (como o aumento da eficiência da arrecadação tributária em si), o Secretário Municipal de Finanças de Curitiba, Vitor Puppi, em entrevista ao jornal Gazeta do Povo, destacou que, em 2019, um dos fatores do aumento da arrecadação tributária foi a contribuição proveniente das empresas do setor de tecnologia da informação, destacando a existência de empresas na cidade que contribuem expressivamente para tanto<sup>41</sup>.

A importância das empresas do setor de tecnologia da informação para o Município de Curitiba também se reflete no mercado de trabalho, tendo sido um dos setores que mais tem gerado empregos na cidade. Segundo dados do Sistema Público de Emprego e Renda, entre os anos de 2016 e de 2019, houve um saldo positivo de mais de 1.200 vagas de emprego (diferença entre admissões e desligamentos) entre analistas de desenvolvimento de sistemas (657) programadores de sistema de informação (533), programadores de internet (34), engenheiros de aplicativos em computação (11), tecnólogos em gestão da tecnologia da informação (5) e gerentes de segurança de tecnologia da informação (2)<sup>42</sup>.

Isso tudo é possível, também, porque existem organizações (e.g. empresas e instituições sem fins lucrativos) que estão usufruindo das oportunidades que o ambiente institucional curitibano as oferece. Possuindo a terceira maior proporção de empresas de tecnologia por habitante<sup>43</sup>, Curitiba possui diversos atores privados de destaque em seu ecossistema

<sup>40</sup> Cf. CURITIBA. Prefeitura Municipal de Curitiba. **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://www.transparencia.curitiba.pr.gov.br>. Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>41</sup> GAZETA DO POVO. **Nas finanças, a “República de Curitiba” é cada vez mais realidade**. Curitiba, 25 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/nas-financas-a-republica-de-curitiba-e-cada-vez-mais-realidade/>. Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>42</sup> Os dados foram obtidos a partir da análise das admissões e desligamentos ocorridos no Município de Curitiba, entre janeiro de 2016 e dezembro de 2019, para o setor de serviços, conforme os dados oficiais disponibilizados no Sistema Público de Emprego e Renda, que tem como base o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados. Cf. BRASIL. Ministério da Economia. **Sistema Público de Emprego e Renda: Perfil do Município**. Disponível em: [http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged\\_isper/index.php](http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_isper/index.php). Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>43</sup> Cf. ACATE. **Tech Report 2020**. Florianópolis, 2020, p. 23. Disponível em: <https://www.techreportsc.com/>. Acesso em: 3 out. 2020. Curitiba possui 4,4 empresas de tecnologia por mil habitantes. Fica atrás somente de Florianópolis (proporção de 5,1) e São Paulo (proporção de 5,0).

de inovação que contribuem diretamente para o seu êxito. Um dos setores mais proeminentes na cidade, conforme o *The Global Startup Ecosystem Report 2020*, é o das *fintechs* (empresas de tecnologia que prestam serviços do mercado financeiro). Cite-se, por exemplo, o EBANX, de serviços de meios de pagamento – a empresa recebeu aportes do fundo de investimentos estadunidense FTV Capital e se tornou, em 2019, o primeiro “unicórnio” (*startup* avaliada em mais de US\$ 1 bilhão) da Região Sul do Brasil<sup>44</sup> – e a Contabilizei, de serviços de contabilidade para pequenas empresas, que recebeu aportes em diversas rodadas de investimento, sendo o último, em 2019, no valor de R\$ 20 milhões<sup>45</sup>.

Outras *startups* curitibanas também merecem destaque, como a Pipefy, de serviços de gestão, e a MadeiraMadeira, um *marketplaces* de produtos domésticos, as quais recentemente receberam aportes milionários de fundos de investimento<sup>46</sup>. Além disso, o índice *100 Startups to Watch 2020* destaca cinco *startups* curitibanas altamente inovadoras e escaláveis: a Beertools, de cursos de idiomas; a Laura, de serviços de saúde; a Hi Technologies, também de serviços de saúde; a Olist, um *marketplace*; e a Polen, de soluções para causas sociais<sup>47</sup>.

É bem verdade que, no último biênio, o mercado esteve favorável às empresas inovadoras brasileiras como um todo, tendo o Brasil ganhado cinco novas *startups* “unicórnio” somente em 2019 – o terceiro maior “produtor” dessas empresas no referido ano<sup>48</sup>. Nada obstante, o número

<sup>44</sup> O ESTADO DE S. PAULO. **Startup de pagamentos EBANX vira o primeiro unicórnio da Região Sul**. São Paulo, 16 out. 2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,startup-de-pagamentos-ebanx-vira-o-primeiro-unicornio-da-regiao-sul,70003051346>. Acesso em: 3 out. 2020.

<sup>45</sup> STARTUP GENOME; GLOBAL ENTREPRENEURSHIP NETWORK, op. cit., p. 83.

<sup>46</sup> Cf. STARTSE. **Pipefy, startup brasileira de gestão, recebe investimento de US\$ 45 milhões**. São Paulo, 11 jul. 2019. Disponível em <<https://www.startse.com/noticia/startups/pipefy-investimento-45-milhoes>>. Acesso em 3 out 2020.; STARTSE. **MadeiraMadeira recebe investimento de US\$ 110 milhões do SoftBank**. São Paulo, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/madeiramadeira-softbank>. Acesso em: 3 out 2020

<sup>47</sup> PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. **100 Startups to Watch 2020**. Globo: Porto Alegre, 2020.

<sup>48</sup> CRUNCHBASE. **The new unicorns of 2019**. 27 dez. 2019. Disponível em: <https://news.crunchbase.com/news/the-new-unicorns-of-2019/>. Acesso em: 3 out. 2020.

expressivo de *startups* curitibanas com bom desempenho recente no mercado, assim como os prêmios e recomendações recebidos pelo Município de Curitiba, são indicadores de que o Vale do Pinhão tem feito jus às suas diretrizes, colocando o ambiente de inovação e empreendedorismo da capital paraense em destaque no cenário regional, nacional e global. Especialmente, estes resultados ora descritos sugerem que o ambiente institucional curitibano está logrando superar os obstáculos observados no período anterior ao ano de 2017.

## 4 CONCLUSÃO

Sob a ótica institucionalista, o ecossistema de inovação de Curitiba aparenta estar usufruindo do ambiente institucional que se desenvolveu com as políticas adotadas sob a alcunha do Vale do Pinhão. É possível afirmar que as instituições envolvidas neste ambiente estão tomando medidas condizentes com outras experiências de ecossistemas de inovação efetivos, como a construção de ambientes que permitam a aproximação e a integração dos agentes da inovação, a utilização de instrumentos financeiros e não-financeiro para incentivar a inovação e a abordagem ampla das ações em todos os subsistemas de inovação.

Meritório, também, o fato de tais políticas estarem sendo construídas de forma integrada sob o mote do Vale do Pinhão (recorda-se da importância das *mission-oriented policies*, referidas alhures). Isso é positivo pois torna as ações dos agentes da inovação públicos e privados mais coesas, em linha com as características inerentes ao processo de inovação (incerteza, cumulatividade e coletividade). Divide-se o risco, mas também o sucesso: os prêmios e reconhecimentos do Vale do Pinhão são méritos de um esforço conjunto do setor público municipal, do empresariado e da academia. Eis o grande benefício do regime de colaboração do ecossistema de inovação – todos saem ganhando.

Nada obstante, como observado ao decorrer deste estudo, o ecossistema de inovação curitibano atualmente carece de dados primários unificados que permitam avaliar, pormenorizadamente, a efetividade das mudanças institucionais. Isso prejudica a capacidade do ecossistema continuar construindo políticas orientadas por missões com base em diagnósticos e

prognósticos, conseqüentemente tornando as missões de longo prazo vulneráveis a mudanças de rumo sem uma necessária análise de custo-benefício. Este é um ponto que merece atenção de governantes, pois políticas de incentivo à inovação tendem a causar impactos positivos à sociedade (e.g. maior difusão de produtos e serviços, maior e mais qualificado mercado de trabalho, mais inclusão e valorização da dignidade humana) a longo prazo.

## REFERÊNCIAS

ACATE. **Tech Report 2020**. Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://www.techreports.com/>. Acesso em: 3 out. 2020.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity, and poverty**. New York: Currency, 2012.

AGÊNCIA CURITIBA DE DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO S/A. **Histórico**. Disponível em: <http://agenciacuritiba.com.br/historico>. Acesso em: 4 out. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Brasília, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. **Sistema Público de Emprego e Renda: Perfil do Município**. Disponível em: [http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged\\_isper/index.php](http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_isper/index.php). Acesso em: 3 out. 2020.

BARBOSA, Denis Borges. O Direito Constitucional ao desenvolvimento, inovação e apropriação de tecnologias. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direito de Inovação: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9-28.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em: [https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The\\_Brazilian\\_Innovation\\_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive\\_Summary.pdf](https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf). Acesso em: 3 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.

COOTER, Robert Dandridge; SCHÄFER, Hans-Bernd; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (Org. e trad.); VERA, Flávia Santinioni (Col.). **O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2017.

CRUNCHBASE. **The new unicorns of 2019**. 27 dez. 2019. Disponível em: <https://news.crunchbase.com/news/the-new-unicorns-of-2019/>. Acesso em: 3 out. 2020.

CURITIBA. Agência Curitiba de Desenvolvimento e Inovação S/A. **Edital de Chamamento Público nº 06 de 2019**. Disponível em: <http://www.agenciacuritiba.com.br/wp-content/uploads/2020/03/edital-worktibas-2020.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

CURITIBA. Câmara Municipal. **Lei nº 15.524, de 9 de novembro de 2018**. Curitiba, 2018. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara Municipal. **Lei nº 15.536, de 4 de novembro de 2019**. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara Municipal. **Lei Complementar nº 22, de 3 de junho de 1998**. Curitiba, 1998. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara Municipal. **Lei Complementar nº 39, de 18 de dezembro de 2001**. Curitiba, 2001. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara Municipal. **Lei Complementar nº 64, de 18 de dezembro de 2007**. Curitiba, 2007. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 310, de 17 de abril de 2008**. Curitiba, 2008. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 857, de 25 de abril de 2017**. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

CURITIBA. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 885, de 2 de maio de 2017**. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 1.064, de 4 de dezembro de 2015**. Curitiba, 2015. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 2.073, de 23 de novembro de 2017**. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://legisladoexterno.curitiba.pr.gov.br/AtosConsultaExterna.aspx>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Prefeitura Municipal. **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://www.transparencia.curitiba.pr.gov.br>. Acesso em: 3 out. 2020.

ENDEAVOR BRASIL. **Índice de Cidades Empreendedoras 2016**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://endeavor.org.br/indice-cidades-empreendedoras-2016/>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Índice de Cidades Empreendedoras 2017**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://info.endeavor.org.br/ice2017/>. Acesso em: 3 out. 2020.

GAZETA DO POVO. **Nas finanças, a “República de Curitiba” é cada vez mais realidade**. Curitiba, 25 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/nas-financas-a-republica-de-curitiba-e-cada-vez-mais-realidade/>. Acesso em: 3 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Tecnoparque chega a 90 empresas com incentivo para desenvolvimento de tecnologias**. Curitiba, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/parana-sa/tecnoparque-chega-a-90-empresas-com-incentivo-para-inovacao/>. Acesso em: 3 out. 2020.

MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: [http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial\\_State\\_-\\_web.pdf](http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf). Acesso em: 3 out. 2020.

NEWCITIES. **Wellbeing Cities 2020 Award**. Disponível em: <https://newcities.org/wellbeingcity-award/>. Acesso em: 3 out. 2020.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

O ESTADO DE S. PAULO. **Startup de pagamentos EBANX vira o primeiro unicórnio da Região Sul**. São Paulo, 16 out. 2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,startup-de-pagamentos-ebanx-vira-o-primeiro-unicornio-da-regiao-sul,70003051346>. Acesso em: 3 out. 2020.

PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. **100 Startups to Watch 2020**. Globo: Porto Alegre, 2020.

STARTSE. **MadeiraMadeira recebe investimento de US\$ 110 milhões do SoftBank.** São Paulo, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/madeiramadeira-softbank>. Acesso em: 3 out 2020.

\_\_\_\_\_. **Pipefy, startup brasileira de gestão, recebe investimento de US\$ 45 milhões.** São Paulo, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/pipefy-investimento-45-milhoes>. Acesso em: 3 out 2020.

STARTUP GENOME; GLOBAL ENTREPRENEURSHIP NETWORK. **Global Startup Ecosystem Report 2020.** São Francisco, 2020. Disponível em: <https://startupgenome.com/report/gser2020>. Acesso em: 3 out. 2020.

URBAN SYSTEMS. **Ranking Connected Smart Cities 2019.** São Paulo, 2019. Disponível em: [http://sators.rds.land/csc19\\_resultado\\_ranking](http://sators.rds.land/csc19_resultado_ranking). Acesso em: 3 out. 2020.



## Capítulo VIII

# **PROPRIEDADE INTELECTUAL, CONCORRÊNCIA E MERCADO**



# »»» A CONCORRÊNCIA NO AMBIENTE PRIVADO À LUZ DO DIREITO: CONCEITOS E APLICAÇÕES

Beatriz Brito Beserra<sup>1</sup>

*Palavra, palavra, se me desafia,  
aceito o combate.*<sup>2</sup>

Carlos Drummond de Andrade

**RESUMO:** O cotidiano mercantil é regido pelas mais diversas atividades econômicas e para que suas práticas sejam harmônicas e bem-sucedidas, é necessária uma boa e contínua interlocução com os mais diversos campos do Direito. O fenômeno da concorrência desleal, da concorrência interdita e da concorrência ilícita é sempre objeto do Direito (e não puramente pertinente às ciências econômicas), visto impulsionar a atividade empresarial e, consequentemente, a ordem econômica e financeira de um país de regime capitalista. O nome empresarial, a localização do estabelecimento, a marca, os cheiros e a embalagem de produtos são alguns dos exemplos de elementos responsáveis pela atração e posicionamento do consumidor, que afetam diretamente a concorrência em um determinado mercado. Tão relevante é a importância do fenômeno da concorrência no cotidiano e a abordagem muitas vezes equivocada de princípios, regras e conceitos jurídicos relativos à prática dos três tipos de concorrência mencionados, que se faz necessário o estudo e aprofundamento do tema.

**Palavras-chave:** direito da propriedade; concorrência desleal; concorrência ilegal; concorrência interdita

---

<sup>1</sup> Acadêmica do sétimo período de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. [bia.beserra@globo.com](mailto:bia.beserra@globo.com)

<sup>2</sup> Trecho de *O lutador*, integrante de *José*, quarto livro de poemas do poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade (1902-1987), lançado em 1942, na coletânea *Poesias*.

## 1 SOBRE CONCEITOS

### Conceito

*O que se concebe sobre algo ou alguém no pensamento, na ideia, modo de pensar sobre algo; NOÇÃO, IDEIA, CONCEPÇÃO.<sup>3</sup>*

*(latim conceptus, -a, -um, particípio passado de concipio, -ere, tomar juntamente, reunir, conter, absorver, receber, recolher, conceber, perceber)*

*Concepção compreendida numa palavra que deigna características e qualidades de uma classe de objetos, abstratos ou concretos; opinião ou ideia, juízo que se faz de alguém ou de alguma coisa.<sup>4</sup>*

Os conceitos são ideias sobre seres e objetos, concretos ou abstratos, formulados a partir de processos de apreensão da verdade, por meio da reflexão, análise e experimentação. Os conceitos são divulgados e disseminados pelas linguagens e suas unidades, como as palavras e as imagens. A estas, os conceitos – que são construídos socialmente por um processo de acreditação coletiva conferem significados.

Os processos de construção das ideias estão sediados no campo da produção do conhecimento. Este, por sua vez, vem sendo definido e redefinido pela filosofia desde seus pilares na Grécia antiga, partindo da compreensão platoniana de crença e opinião e da primazia da observação, por Aristóteles.<sup>5</sup>

A produção de conhecimento e, conseqüentemente, a formulação de conceitos, se constata, antes de mais nada, no campo cultural. São elementos intrínsecos ao exercício cultural cotidiano das sociedades, o pensar, o significar e o representar o que importa, o que é necessário e o que define seus integrantes. As palavras se tornam, então, a expressão do conhecimento advindo das crenças e hábitos sociais. O conhecimento é aqui o senso comum.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> DICIONÁRIO CALDAS AULETE – versão digital

<sup>4</sup> DICIONÁRIO PRIMBERAM DA LINGUA PORTUGUESA (DPLP) – versão digital

<sup>5</sup> *O LIVRO DA FILOSOFIA*. Globo Livros, 2016.

<sup>6</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

A produção de conhecimento resulta, igualmente, do exercício científico, calcado na racionalidade, na objetividade, na análise e na verificação. Muitas das vezes, as unidades de linguagem que representam os conceitos, como as palavras, têm uso tanto no senso comum como no campo científico. Por outro lado, segmentos do campo científico conferem significados distintos às mesmas unidades de linguagem. O movimento de produção do conhecimento é constante e é mutável. Conceitos vão sendo formulados, consagrados, alterados, atualizados, apropriados, copiados, ressignificados. E, quando em vez, senso comum e ciência se interpenetram ou se confundem.

A produção de conhecimento no campo do Direito, sem aqui adentrar em questões de ordem epistemológica ou metodológica, gera um rol de conceitos, como aqueles de concorrência desleal, concorrência ilegal e concorrência interdita, objeto deste estudo. Como em outros exemplos, as unidades de linguagem representativas das ideias – as palavras – têm aqui seu uso também instalado no senso comum.

Os conceitos resultantes da produção intelectual e de uma aplicação específica também ganham novas leituras e usos por parte da comunidade leiga ou de setores relacionados à amplificação dos debates, como a imprensa.

No direito, assim como em outros campos do conhecimento, a precisão dos conceitos é de fundamental importância para a garantia da segurança e da excelência da aplicação de seus institutos. A confiabilidade dos conceitos e sua absoluta interação com a prática jurídica sustentam o embasamento da interpretação, a força da implementação e a amplitude da compreensão das leis e atos.

Pretende-se, a seguir, tratar da precisão dos conceitos de concorrência, no âmbito de sua formulação no Direito, bem como discutir os seus usos e desusos pelo público maior.

## **2 CONCORRÊNCIA DESLEAL, CONCORRÊNCIA INTERDITA E CONCORRÊNCIA ILÍCITA**

A Constituição Federal da República de 1988 veio a positivar diversos princípios basilares do sistema jurídico brasileiro, dentre eles os

princípios gerais da Ordem Econômica. Mais precisamente, o inciso IV do artigo 170<sup>7</sup> da Carta Magna, consagra o princípio da livre concorrência que, de acordo com Eros Roberto Grau<sup>8</sup>, decorre da livre iniciativa. Embora distintos, ambos têm como finalidade provocar um estímulo à economia em direção do desenvolvimento nacional.

Embora tal estímulo esteja garantido e positivado em lei, também há de se falar em limites, caso alguma linha seja cruzada. Nessa esteira, Paula Andrea Forgioni discorre:

Entretanto, ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade de seu objeto. O limite da liberdade de contratar é, assim, encontrado na ilicitude que as normas exógenas impõem a certos comportamentos.<sup>9</sup>

O jurista João da Gama Cerqueira aponta em seus ensinamentos que a simples caracterização do que seria concorrência desleal seria desafiadora, visto considerar que o critério de apreciação tende a variar de pessoa a pessoa, fazendo com que determinados atos sejam considerados reprováveis para alguns e lícitos para outros. Para ele, muitos autores fazem da denominação “concorrência desleal”, um termo genérico. A falta de especificidade seria, então, oriunda do costume de se reunir diversos atos contrários às boas normas da concorrência comercial, com o intuito de desviar a clientela de um ou mais concorrentes em proveito do agente, em apenas uma categoria.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> 1988. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA RÉPÚBLICA. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

<sup>9</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>10</sup> 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

Já Roger E. Schechter é categórico ao afirmar: “*The field of Unfair Trade Practices law is concerned with these methods of engaging in competition, which are other than ‘on the merits’*”<sup>11</sup>

Nessa linha, é interessante compreender que, ao se tratar da tutela da concorrência desleal não se faz referência à proteção da *universitas rerum* de determinada empresa, mas, sim, à proteção de uma expectativa razoável de um padrão esperado de competição.<sup>12</sup>

Denis Borges Barbosa esclarece, então:

O que venha a ser lealdade ou deslealdade na concorrência resulta da conformidade ou não do comportamento do competidor ao padrão esperado. Assim, não se apura só o dolo do competidor – especialmente no caso de um crime de concorrência desleal – mas a existência de deslealdade.<sup>13</sup>

E, quanto à configuração de deslealdade<sup>14</sup>, Denis ensina que esta conceituação será sempre fática, dependendo também da análise do segmento econômico, da época e do espaço geográfico em que a atividade econômica se situe. De forma mais específica, é necessário que determinados atos de concorrência sejam contrários aos “usos honestos”<sup>15</sup> ou a “práticas comerciais honestas”<sup>16</sup>, transfigurando em desonesta, a competição permitida. A

<sup>11</sup> SCHECHTER, Roger E. **Unfair trade practices & intellectual property**. 2nd Edition. Saint Paul: West Group, 2002.

<sup>12</sup> ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes immateriales**. Barcelona: Bosh, 1970.

<sup>13</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros\\_digitais.html](http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html)

<sup>14</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros\\_digitais.html](http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html)

<sup>15</sup> 1967. Convenção de Paris. Art. 10º - bis. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

<sup>16</sup> 1994. Acordo TRIPS. Art. 39. 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: (a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; (b) tenha valor comercial por ser secreta; e (c) tenha sido objeto de precau-

Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/1996 é o instituto repressor responsável pelos atos de concorrência desleal.

\*

A concorrência interdita, por sua vez, vai além dos atos de concorrência serem contrários aos usos honestos e práticas comerciais honestas, pois se caracteriza quando se é legítimo, temporal, contextual e delimitadamente interditar o próprio direito de disputa de clientela, independentemente do ato do terceiro ser leal.<sup>17</sup> Logo, para que este tipo de concorrência se configure é necessário que a atividade econômica em questão seja praticada sem que sejam observadas as exigências legais ou contratuais para o seu exercício, sendo inexistente o direito de concorrer.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, por sua vez, entende que quando inexistente restrição de tempo ou de espaço, as cláusulas de não concorrência são inválidas. Para o jurista, o critério de licitude destas restrições à prática de concorrência é a determinação da proporção de dano que elas poderiam causar.<sup>18</sup>

Sendo assim, são exemplos clássicos de concorrência interdita o sistema de patentes, os monopólios legais e os pactos de não concorrência – desde que restritos a um determinado tempo e espaço.

\*\*

Já a concorrência ilícita diz respeito à prática de concorrência que configure abuso de poder independentemente de culpa por parte do agente econômico, ou seja, que se oponha à Ordem Econômica do país ao ameaçar, com ou sem intenção, toda a estrutura da economia de mercado.<sup>19</sup> Nesses

---

ções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta. Para os fins da presente disposição, a expressão “de maneira contrária a práticas comerciais honestas” significará pelo menos práticas como violação ao contrato, abuso de confiança, indução à infração, e inclui a obtenção de informação confidencial por terceiros que tinham conhecimento, ou desconheciam por grave negligência, que a obtenção dessa informação envolvia tais práticas.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Vol 17, São Paulo: Bookseller, 2002.

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Vol 17, São Paulo: Bookseller, 2002.

<sup>19</sup> 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.

casos, os institutos repressores responsáveis pelas práticas ilícitas são a Lei de Defesa da Concorrência n. 12.529/2011 e o art. 195 da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/1996<sup>20</sup>. O mencionado artigo, embora nomeie os crimes nele elencados como crimes de concorrência desleal, na verdade, diz respeito a crimes de concorrência ilegal.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade possui um papel relevante quanto aos atos de concorrência ilícita. Cabe, exclusivamente, a este órgão de controle, a função de fiscalizar e aplicar sanções penais administrativas em face dos eventuais infratores.

<sup>20</sup> Lei de Propriedade Industrial n. 9.729/1996. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - pública, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

A fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes, venda casada, ajustes de preços e condições em licitações públicas, prática de preços predatórios e a discriminação de preços são exemplos de situações nas quais se configura a concorrência ilegal.

### 3 NOTAS CONCLUDENTES

Não há de se falar em confusões meramente justificáveis ou aceitáveis. As respectivas formas ilícitas de concorrência tratadas no presente artigo, se dão em situações diferentes, sob circunstâncias específicas, possuindo características distintas uma das outras.

A corriqueira atecnia no uso de conceitos e tipos pela Jurisprudência e pela Doutrina no ambiente do abuso da liberdade de concorrer é alarmante. Vistos os motivos pelos quais não se deve confundir ou usar como equivalentes os conceitos de concorrência desleal, concorrência interdita e concorrência ilícita, resta evidente a necessidade de se atentar à precisão dos conceitos e à sua adequação às boas práticas jurídicas.

### REFERÊNCIAS

#### LIVROS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Barcelona: Bosh, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. A Doutrina da Concorrência. Rio de Janeiro, 2002 In BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **E-stabelecimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos**. Rio de Janeiro, Editora Foco, In Direito Digital: direito privado e internet – 2ª Ed. Coordenada por Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, Vol. 15, Janeiro/Março de 2018.



BARBOSA, Rui. **As cessões de clientela**. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913.

BESANKO, David e outros. **A economia da estratégia**. Trad. Christiane Brito. 5ª Edição, Porto Alegre: Bookman, 2012.

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.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**, São Paulo: Bushatsky e Edusp – Ed. Da Universidade de São Paulo, 1975.

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. Rio de Janeiro: Edição Saraiva, 1976.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SCHECHTER, Roger E. **Unfair trade practices and intellectual property**. Minnesota (EUA): West Publishing Company, 1992, 2ª Ed.

## SITES

<http://www.aulete.com.br/>

<http://www.denisbarbosa.addr.com>

<https://dicionario.priberam.org/>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%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%20D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes](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%20D%20aos%20nacionais%20ou%20pessoas,de%20direitos%20iguais%20ou%20equivalentes)

# »»» O DESIGN E A PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO AUTORAL PARA A INDÚSTRIA

Claudia Lopes Tolentino<sup>1</sup>

**RESUMO:** Visando a compreensão do que vem a ser a proteção da criação autoral na indústria, este estudo busca esclarecer o que é desenho industrial. Primeiro, distinguindo-o de *design* tendo em vista a associação entre os conceitos provocar muita confusão em profissionais de distintos mercados. Para a obtenção do resultado proposto, o texto, bibliográfico documental, aborda o surgimento, a aplicação, e, acima de tudo, a compreensão legal do que vem a ser desenho industrial. Para cumprir tal objetivo, o artigo analisa os requisitos: ornamentalidade, novidade, originalidade e tipo para a fabricação industrial, característicos da proteção nomeada desenho industrial, salientando a importância dos mesmos para a proteção das criações de *design* voltadas para a indústria de massa. Concluindo que as criações de *design* também podem ser protegidas delas demais naturezas de proteção previstas em Lei.

**Palavras-chave:** *Design*. Desenho industrial. Autor.

## INTRODUÇÃO

Desenho Industrial é *Design*? Desenho industrial, segundo o art. 95 da Lei 9279/96, de 14 de maio de 1996, Lei de Propriedade Industrial, abrange todas as criações de *design*? Objetivando esclarecer essas dúvidas, frequentes entre os profissionais envolvidos em criações voltadas para a indústria.

A reflexão se torna interessante por oferecer subsídios para a compreensão da relação entre o *Design* e a proteção do Desenho Industrial, matéria pouco discutida e que tem causado muitas dúvidas dos profissionais envolvidos.

---

<sup>1</sup> Doutora em Propriedade Intelectual e Inovação pela Academia da Propriedade Industrial/ INPI (2020), Mestre em Artes Visuais / Imagem e Cultura, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro / UFRJ (2007), Pós-Graduação "Latu-Senso" em Marketing no Mercado Globalizado, pela Universidade Cândido Mendes / UCAM (2001), e Graduação em Desenho Industrial (2005) e Gravura / Artes Plásticas (1988), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro / UFRJ.

A metodologia é bibliográfica, documental, cruzando o conhecimento de diferentes autores, promovendo um diálogo para explicar os pontos propostos.

O texto se divide em quatro partes: a primeira trata da criação e proteção de criações úteis; a segunda elucida a relação *design*-desenho industrial; a terceira, a proteção nomeada desenho industrial no Brasil, a partir do exame dos requisitos legais, previstos no art. 95 da LPI, para a obtenção da mesma; a quarta apresenta criações que não podem ser registradas como desenho industrial, e a conclusão sobre a proposta de representatividade dos requisitos selecionados.

## 1 AS CRIAÇÕES ÚTEIS

Desde o princípio dos tempos, o homem busca melhorar sua maneira de interagir com o mundo, desenvolvendo soluções para facilitar sua relação com a natureza e suas atividades. Na pré-história, trabalhava pedras, ossos, chifres, galhos e troncos para facilitar suas tarefas. No entanto, não se satisfazia em obter elementos, objetos úteis, passando a inserir nos objetos elementos que os diferenciavam dos demais. Assim, associava função e ornamentalidade à forma dos objetos. Para Gusmão (2015), a faculdade estética e a capacidade de criar são características humanas e nos separam das demais criaturas.

Com exceção do céu e de algumas árvores, tudo o que consigo ver de onde estou sentado agora é artificial [...] Uma vez que muito de nossa percepção envolve coisas fabricadas, parece razoável perguntar como elas chegam à forma atual. Por que um produto da tecnologia adquire uma aparência e não outra? Por que processos os designs desses objetos, extraordinários ou nem tanto, chegam àquilo que são? Há um mecanismo único pelo qual as ferramentas de diferentes culturas evoluem para assumir feitiços distintos, apensar de ainda servirem à mesma função? (PETROSKY, 1992, p.7).

Com a crescente necessidade de desenvolver soluções para interagir com o mundo, o homem se dedicou a aperfeiçoar e criar novas respostas

para além da função prática. Esses especialistas são os *designers*. Eles são responsáveis por novas soluções processuais, logísticas, técnicas, funcionais e ornamentais para melhorar a qualidade de vida. Sua atuação é abrangente, não se restringe aos produtos que circulam no mercado. De acordo com o *International Council of Societies of Industrial Design/ICSID* (2015), o trabalho do *designer* é um processo estratégico para solução de problemas que impulsiona a inovação, gera sucesso nos negócios e melhorar a vida por meio de produtos, sistemas, serviços e experiências inovadoras. É uma atividade transdisciplinar que utiliza a criatividade para resolver problemas e co-criar soluções para melhorar a atuação do homem no mundo. Liga inovação, tecnologia, pesquisa, negócios e clientes, fornecendo novo valor e vantagem competitiva nas esferas econômica, social e ambiental.

Tudo começou no século XVIII quando a Revolução Industrial iniciou um novo ciclo econômico, utilizando máquinas para multiplicar utensílios para toda a população. Os produtos da indústria nascente não tinham a delicadeza dos utensílios artesanais da era pré-industrial e os artistas foram convocados para, associados às indústrias, melhorar a aparência dos objetos produzidos pelas indústrias, tornando-os visualmente mais de acordo com o costume da sociedade da época, mais ao gosto dos usuários.

Como o sucesso dos manufaturados é determinado pela sociedade, pelos consumidores, as indústrias precisaram incorporar ideias, interesses e gostos aos produtos, conjugando elementos visuais atrativos às funções e exigências técnicas (FORTY, 2007).

Imaginar como a forma de coisas aparentemente tão simples quanto os talheres pode ter evoluído, demonstra a impropriedade de lançar mão do argumento de que “a forma é determinada pela função” como princípio mestre para a compreensão de como os artefatos chegaram à sua aparência atual. Refletir sobre como o feitio da faca e do garfo evoluíram, sem falar em quão divergentes são as maneiras pelas quais as culturas ocidentais e orientais resolveram o mesmo problema de design para levar comida à boca, coloca por terra qualquer argumento excessivamente determinístico, já que claramente não há uma solução única para o problema elementar da alimentação (PETROSKY, 1992, p. 30).

O crescimento da população, a crescente concorrência e a pluralidade de objetos destinados a satisfazer necessidades idênticas ou similares exigiram das indústrias mais que simples adaptações. Formas práticas não bastavam, precisavam ter algo mais. Diferenciar os produtos foi à opção para motivar o interesse e a escolha do consumidor. Investir em novas aparências para os artigos consumidos foi crescendo de importância e objetos de mesma finalidade deixaram de ter a mesma aparência.

Para dar um exemplo desse processo, podemos examinar o desenho dos primeiros aparelhos de rádio. Quando as transmissões começaram, na década de 1920, os receptores eram uma montagem grosseira de resistores, fios e válvulas. Os fabricantes logo perceberam que se quisessem vender rádios para que as pessoas os pusessem na sala precisariam de uma abordagem mais sofisticada do desenho. No final dos anos 1920 e começo dos 1930, desenvolveram-se três tipos de solução, cada uma das quais apresentava a mesma mercadoria, o rádio, de uma maneira totalmente diferente. A primeira era alojar o aparelho em uma caixa que imitava uma mobília antiga, e assim referia-se ao passado. A segunda era esconder o rádio dentro de uma peça de mobília que servia para alguma finalidade bem diferente, como uma poltrona. A terceira, que se tornou mais comum à medida que as pessoas se familiarizavam com o rádio e o achavam menos perturbador, era coloca-lo dentro de um estojo desenhado para sugerir que pertencia a um mundo futuro e melhor. Cada um desses desenhos transformou o rádio original, "primitivo", de modo a torna-lo irreconhecível. (FORTY, 2007, Pp.20-21)

Os múltiplos produtores criavam, mas, também, copiavam, principalmente, os objetos que mais agradavam aos consumidores, os sucessos de venda. Para evitar as cópias de suas criações, as empresas exigiam medidas protetivas dos governos. As primeiras proteções relacionadas à aparência/ornamentalidade de produtos surgiram na França, no século XVIII, e destinavam-se às indústrias de seda de Lyon. Segundo Lastres (1977), um regulamento, uma ordenança que não protegia os criadores, mas os fabricantes e os desenhos a eles confiados para estampagem na seda. Protegia a indústria têxtil local.

*En ella, se hacían “prohibiciones muy expresas a todos loscomerciantes, maestros, oficiales de taller o a otros empleados en la manufactura de telas de seda, fuese cual fuese su edad y sexo, de dejar coger, robar, vender, prestar, entregar y de servirse directa o indirectamente de los dibujos que les habían sido confiados para fabricarlos. (OTERO LASTRES, 1977, p. 52)<sup>2</sup>*

O alcance desta ordenança era limitado territorialmente e outras foram sendo sucessivamente publicadas para alcançar a eficiência necessária à proteção de desenhos e telas das fábricas de seda.

Quanto aos objetos destinados à produção industrial, a proteção derivou-se das cópias dos produtos de metal fundido. O primeiro texto reconhecido é uma sentença, de 11 de julho de 1702, que proibia a fundição de reproduções a partir de um primeiro esvaziamento, ou seja, proibia as cópias dos moldes das fundições, assim como, proibia o repasse das criações disponibilizadas pelos escultores para produção em outra fundição. Aos escultores/autores, a sentença proibia a comunicação da criação realizada para um fundidor para os concorrentes, assim como, proibia a comunicação de modelo criado a partir da sugestão de uma fundição para outra. A sentença, desde a publicação, não se limitava a uma área do território Francês, era mais abrangente (OTERO LASTRES, 1977).

Após a Revolução Francesa (1789-1799), as ordenanças foram abolidas e os criadores de desenhos e objetos para as indústrias buscaram assistência na *Ley de 19-24 de julio de 1793*, que versava sobre a propriedade artística e literária. No entanto, ela não atendia diretamente às necessidades desses autores, que se socorriam das disposições gerais. As indústrias não se sentiam protegidas e pediam uma lei lhes conferisse uma proteção efetiva e específica (OTERO LASTRES, 1977) e , em 18 de março de 1806, uma nova lei foi publicada, garantindo proteção aos desenhos e modelos das indústrias francesas (SILVEIRA, 2012). A partir de então, distintas leis nacionais foram sendo publicadas para a proteção das criações industriais dos diversos países.

<sup>2</sup> Proibições muito expresas foram feitas a todos os comerciantes, professores, oficiais de oficina ou outros funcionários na fabricação de tecidos de seda, qualquer que seja sua idade e sexo, para permitirem tomar, roubar, vender, emprestar, entregar e de utilizar direta ou indiretamente os desenhos que lhes foram confiados para realizá-los. Tradução direta da autora.

## 2 DESENHO INDUSTRIAL OU DESIGN

Tradicionalmente, quando se fala de desenho industrial entende-se que se trata de um processo que envolve criação, desenvolvimento e produção de objetos. O termo é originário do início do século XX. Surgiu com Peter Behrens, arquiteto alemão considerado o primeiro desenhista industrial - categoria que cria para a indústria de massa (MONSEAU, 2012). *Design*, por outro lado, é uma atividade mais abrangente, envolvendo concepção, desenvolvimento e especificações, que aperfeiçoam função, valor, processos e sistemas, beneficiando usuários e fabricantes (KEEBAUGH, 2005), ou seja, a atividade do *designer* não se relaciona exclusivamente ao desenvolvimento de produtos, mas, também em processos, tecnologias, logísticas e necessidades emocionais.

*Industrial Designer work to make our lives more comfortable, pleasurable and efficient. By studying people at work, at home and in motion, they create products like office chairs that promote proper posture, kitchen tools that are comfortable even for elderly hands and toys that provide safe play and learning for all children. In particular, Industrial Designers deal with the parts of a product that humans interact with, striving to give universal access to products that are ecologically responsible and safe to use. Also, they give a product that distinctive elegance that makes us want it.* (KEEBAUGH, 2005, p.258-259)<sup>3</sup>.

Um relatório desenvolvido pelo Reino Unido, em 2005, descreveu o *design* como o processo que liga criatividade e inovação (MONSEAU, 2012). Os *designers* melhoram, refinam e qualificam objetos, processos, serviços e o que mais vier. Aprimoram produtos, criam soluções para uso eficiente de materiais, aperfeiçoam embalagens, interferem no transporte e estocagem

<sup>3</sup> O desenhista industrial trabalha para tornar nossa vida mais confortável, prazerosa e eficiente. Ao estudar as pessoas no trabalho, em casa e em movimento, eles criam produtos como cadeiras de escritório que promovem uma postura adequada, utensílios de cozinha que são confortáveis até para mãos de idosos e brinquedos que proporcionam brincadeira e aprendizagem seguras para todas as crianças. Em particular, os desenhistas industriais lidam com as partes de um produto com as quais os humanos interagem, lutando para dar acesso universal a produtos que são ecologicamente responsáveis e seguros de usar. Além disso, eles conferem a um produto uma elegância distinta que nos faz desejá-lo. Tradução livre do autor

de mercadorias, reduzindo custos de produção e, em consequência, alterando o valor dos produtos.

Portanto, conclui-se que desenho industrial, ato de criar para a indústria de massa, é uma das facetas do *design*.

### 3 A PROTEÇÃO POR DESENHO INDUSTRIAL NO BRASIL

Como explicado anteriormente, o *design*, conseqüentemente, o *designer* atua em diversos setores das empresas: engenharia, fábrica e marketing. Por esse motivo, sua atuação criativa é de difícil caracterização, possibilitando proteção por desenho industrial, patente, modelo de utilidade, marcas e direito do autor. Entretanto, o que a Lei nº 9.279, de 14/05/1996, de Propriedade Industrial, define a proteção por desenho industrial como:

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 (BRASIL, 1996).

Para Silveira (2007, p.274), segundo o art. 95 da LPI, “[o] desenho industrial consiste em ornamentação (bi ou tridimensional) de um produto industrial, ou seja, de um objeto de produção massificada ou em série. Se esse produto pode ou deve ser útil, é outra questão”. Portanto, segundo a Lei, a finalidade da proteção nomeada desenho industrial é proporcionar ao autor ou a quem ele conceda o direito, explorar comercialmente a criação por um tempo legalmente estabelecido.

#### 3.1 Ornamentalidade

Para a obtenção da proteção a criação precisa ter caráter ornamental, ser absolutamente nova, objetivamente, original e servir de protótipo para fabricação industrial, art. 95 da LPI.

O caráter ornamental ou ornamentalidade além de requisito para a obtenção da proteção é o elemento a ser protegido. Barbosa (2018) explica



que a proteção, no sistema legal brasileiro, nomeada desenho industrial se resume à tutela do aspecto ornamental, só ele, excluindo as demais características do objeto. Considerado uma característica de natureza secundária dos objetos, o caráter ornamental não cumpre outra função a não ser diferenciá-lo. Ornamentalidade irrelevante, inc. II do art. 100, ou pouco original, art. 97 da LPI, inviabiliza a proteção por desenho industrial.

Fruto de um ato criativo, ou seja, de uma atividade humana (OTERO LASTRES, 2003), a ornamentalidade tem como função de satisfazer o gosto dos consumidores, atraindo-os para a aquisição de determinado utilitário - facilitador das atividades humanas. Ela melhora a aparência dos objetos, mas, para a obtenção da proteção por desenho industrial, a aparência não deve ter funcionalidade<sup>4</sup>. A ornamentalidade transcende o caráter utilitário. A própria definição legal de desenho industrial, art. 95 da LPI, indica o caráter acessório da proteção que não destina ao produto, mas ao caráter ornamental limitado pela forma plástica e/ou pelo padrão de linhas e cores aplicado a um produto. (BARBOSA, 2018). Novas aparências de produtos são novidades comerciais que acrescentam certo poder de sedução (BARBOSA, 2013). São opções para os consumidores. A ornamentalidade não é imprescindível ao produto (CERQUEIRA, 2010), não interfere na natureza do objeto nem em sua destinação. Pode ser suprimida, sem prejudicá-lo em suas funções (BARBOSA apud CERQUEIRA, 2010). É uma criação acessória, subsidiária, supérflua, que não tem existência por si (BARBOSA, 2010) e, se retirada ou substituída, o produto não perderá a utilidade (PHILIPON apud BARBOSA, 2018).

A ornamentalidade é característica relevante na comercialização de calçados, roupas, embalagens, eletrodoméstico e mobiliário, determinando a escolha do consumidor. Segundo Barbosa (2018), a ornamentalidade estimula um consumo ostentatório que estimula os compradores a pagarem mais por determinados itens, incentivando os que têm boa situação econômica a gastarem com qualidades acessórias, acarretando distinções sociais. Teixeira Júnior (2012, p.340) explica que:

---

<sup>4</sup> Para maiores informações sobre funcionalidade ornamental, ver: Cunningham (1995, Pp. 572-588).

Muitas vezes, os produtos, para serem escolhidos pelos consumidores, antes de tudo devem ser atraentes e construir uma identidade, conectando-se com seu público-alvo. Há circunstâncias em que, para obter certas características imateriais, uma expressiva parte dos consumidores se mostra disposta a pagar um pouco mais e a se conformar com um nível de conforto mais baixo [...] A meta é desenhar um produto vencedor, ou seja, um produto que, disposto ao lado das alternativas disponíveis no mercado, seja escolhido pelo consumidor.

O aspecto visual exterior não tem como finalidade expressar, esta é a “função de criações que se destinam ao processo comunicativo da própria criação” (BARBOSA, 2018, p.33), destinadas à fruição, criações cujos originais são mais valiosos que as cópias. A ornamentalidade simplesmente diferencia, propicia um caráter singular ao objeto, tornando-o atraente, divergindo das criações autorais (OTERO LASTRES, 2003). Ornamentalidade é efeito visual em um produto suscetível de fabricação em série - fabricação industrial (BARBOSA, 2018).

No entanto, criações artísticas podem compor a aparência de produtos atuando na ornamentalidade dos mesmos. É o que a doutrina conceitua como “obra de arte aplicada à indústria”. Esta pode obter proteção por desenho industrial desde que cumpra os demais requisitos previstos no art. 95 da Lei. Quando a LPI define que padrões ornamentais de linhas e cores aplicados a produtos podem ser protegidos por desenho industrial, inclui os desenhos artísticos. É possível encontrá-los entre os depósitos de desenho industrial no banco de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). A empresa São Paulo Alpargatas S/A, por exemplo, depositou várias sandálias com desenhos artísticos cujo autor é Elke Munro Stewart, aplicados a parte interna dos solados: DI 6602333-5, DI 6602334-3 e DI 6602336-0, de 03/05/2006, na Figura 1.

**FIGURA 1- DESENHOS ARTÍSTICOS APLICADOS EM PRODUTOS**

Fonte: Fonte: INPI/Pesquisa em Propriedade Industrial/PePI (2019)

A diferença entre criações ornamentais e arte aplicada à indústria está no grau de criatividade exigido a cada uma delas. Na arte aplicada, o original é mais valioso porque carrega em si a manipulação, a habilidade, elemento subjetivo fruto da execução do autor. A arte aplicada tem grau de criatividade e de originalidade próprios de obras de arte, ou seja, muito superior a alterações de caráter visual na aparência de produtos. A criação artística é de caráter metafórico, místico, alegórico, simbólico, independentemente do suporte material (OTERO LASTRES, 2005). À criação ornamental basta que altere a aparência de um produto. O protótipo e suas cópias têm o mesmo valor comercial, não apresentam caráter subjetivo nem valor substancial proporcionado pela interferência do autor. Denis Barbosa (2018) alerta para criações artísticas que, mesmo suscetíveis de reprodução industrial, tais como: gravuras e esculturas, não são de natureza acessória, e, por isso, não são consideradas ornamentais. O art. 98 da LPI nega proteção por desenho industrial à obra de caráter puramente artístico.

Como pode ser entendido, não se concebe a existência de ornamentabilidade na aparência de todos os produtos. Além das criações artísticas, o art. 100 da LPI lista objetos que não podem ser protegidos por desenho industrial: forma necessária comum ou vulgar e as essencialmente técnicas e funcionais são algumas delas. Nestes casos, por pura ausência de ornamentabilidade. As formas necessárias comuns são entendidas como as determinadas pelo local, posição e função que desempenham em um sistema qualquer. Elas não podem ser consumidas pela atração sedutora de suas aparências,

mas porque são a única opção para ocupar uma função ou espaço no todo. Elas não são opções visuais ao gosto do consumidor e devem estar disponíveis à concorrência. As formas vulgares, como o próprio conceito indica, são populares, estão disponíveis à população de onde não podem ser retiradas para a apropriação de apenas um indivíduo. Formas “essencialmente técnicas e funcionais”, como a expressão acentua, são determinadas, principalmente, por exigências técnicas ou pela função que desempenham. Nestes casos, a ornamentalidade, se existe, não é significativa para justificar a proteção por desenho industrial. Alterações, no aspecto exterior de um objeto, resultantes de características do material empregado na fabricação não são consideradas ornamentais tendo em vista não resultarem de ato criativo, mas de questões de ordem econômica (custo de produção), técnica (capacidade dos equipamentos), durabilidade e etc. As qualidades dos materiais empregados na produção, de maneira geral, não são elementos secundários utilizados como atrativos ao consumo e a importância dessas características na ornamentalidade de um produto não é questão de fácil avaliação, considerando os demais aspectos envolvidos, portanto, se inserem no conceito de “essencialmente técnico ou funcional”.

Pelo exposto, conclui-se que a ornamentalidade é uma característica que pode ou não existir em um objeto e que funciona como fator de estímulo ao consumo. A LPI nacional reflete essa importância recepcionando-a como requisito primordial para a proteção por desenho industrial.

## 3.2 Novidade

Constatada a ornamentalidade no objeto, a novidade, art. 96 da LPI, é a primeira barreira a ser vencida para a obtenção da proteção por desenho industrial.

Art. 96 - O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica.

Parágrafo 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 Parágrafo 3º deste artigo e no art. 99.

Parágrafo 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.

Parágrafo 3º - Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos II a III do art. 12. (BRASIL, 1996).

Este requisito também é exigido de outras naturezas de proteção. “As criações no campo da Propriedade Industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem do requisito de novidade, objetivamente considerado” (SILVEIRA, 2007, p.285). Um objeto disponível ao conhecimento não é apto à proteção porque não se pode conceder um direito exclusivo e excludente a algo público. Seria retirar um direito coletivo. A novidade certifica a existência do ato criativo. O elemento depositado para a obtenção da proteção não deve ser conhecido por ninguém. O direito exclusivo concedido ao autor/titular não deve retirar direito dos demais.

O sistema legal de proteção das invenções industriais em todos os países repousa essencialmente na novidade dessas criações do espírito. A noção de novidade pode variar de uma lei para outra, sendo mais rigorosa ou mais branda; mas todas as leis, sem exceção, exigem esse requisito como condição *sine qua non* para a concessão do privilégio que asseguram ao inventor. (CERQUEIRA, 2010, p.58)

A Propriedade Industrial concede direito de exclusividade a autores de criações que promovem desenvolvimento. A exigência de novidade assegura que a criação não está disponível: “[...] nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato [...] em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia” (SILVEIRA, 2007, p.825). Contudo, não basta que o elemento depositado seja novo, não conhecido, é necessário que o ato criativo seja

relevante perante o que está disponível à sociedade. “Diferenças acidentais, de pouca monta, não devem ser consideradas para o fim de se ter como novo o desenho ou modelo, em confronto com os já conhecidos” (CERQUEIRA, 2010, p. 370).

[...] haverá novidade sempre que o invento não seja antecipado de forma integral por um único documento do estado a técnica. Tal entendimento, que encontra guarida, por exemplo, nos Parâmetros de Exame da EPO (C-IV, 7.1), tem certas exceções, a mais relevante das quais a que permite combinar documentos quando estejam literalmente referenciados uns nos outros, de tal forma que o homem do ofício combinaria naturalmente as informações. No dizer europeu, o estado da técnica não pode ser lido como um mosaico de anterioridades.

Tal princípio se estende também aos outros elementos do estado da técnica – um só uso público, ou uma só citação; em certos casos, mesmo a combinação de elementos reivindicados separadamente num só documento [...] não consistiria anterioridade (BARBOSA apud CERQUEIRA, 2010, Pp.78-79).

A novidade é definida, no art. 96 da LPI nacional, como o que não está no estado da técnica, ou seja, o que não se encontrava acessível ao público antes da data de depósito do pedido por qualquer meio ou uso. Portanto, a novidade exigida para a proteção por desenho industrial é “[...] em escala universal, sem limites de tempo e sem distinção se a revelação se dá por escrito, por uso, ou qualquer outro meio” (BARBOSA, 2018, p.59) e é averiguada pela comparação do elemento a ser protegido com o patrimônio social de formas plásticas ornamentais e os padrões ornamentais de linhas e cores disponíveis no ato do depósito do pedido no INPI. Se o elemento depositado não compuser esse patrimônio, será considerado novo. No entanto, se divulgado por qualquer meio antes do depósito, o elemento estará em domínio público, podendo ser explorado por qualquer pessoa, a qualquer tempo ou lugar (SILVEIRA, 2007). A proteção de desenho industrial, no Brasil, exige novidade absoluta.

Porém, o caráter absoluto da novidade no Brasil é questionado quando a Lei define que, para a comprovação do estado da técnica, o elemento

depositado deve estar representado em um único documento, reconhecendo que fontes conhecidas podem ser combinadas de maneira original. Assim como, há exceções quanto à comprovação do estado da técnica, parágrafo terceiro, do art. 96, da LPI. As divulgações ocorridas nos cento e oitenta dias que precedem o depósito do pedido e da prioridade unionista (período de graça) e as situações previstas nos incisos I, II e III do art. 12 da LPI: divulgação realizada em até doze meses antes do depósito ou da prioridade unionista pelo inventor, divulgação realizada pelo INPI sem o consentimento do autor e divulgações por terceiros de má-fé por informações obtidas do inventor ou resultante de atos praticados por ele, não retiram a novidade da criação.

Por fim, Denis Barbosa (2018) explica que, como desenho industrial protege a aparência e não o produto em si, não se deve exigir a novidade do produto, mas, exclusivamente, da configuração externa, se for ornamental. A ornamentalidade deve ser nova.

### 3.3 Originalidade

Segundo requisito a ser examinado tendo em vista não haver originalidade em uma criação que não é nova. A originalidade do desenho industrial é objetiva. No entanto, as Leis nacionais sempre expuseram ser “[...] suscetíveis de proteção legal os modelos e desenhos industriais que, embora não se apresentem totalmente novos, realizem combinações originais de elementos conhecidos” (BRASIL, 1945) e, no inc. V, do art. 16, do mesmo código, que “não seriam privilegiáveis os desenhos ou modelos vulgares” (BRASIL, 1945). Considerando a palavra “vulgar” sinônimo de “comum, banal, ordinário, trivial”, ou seja, o que não é original, individual, incomum, inconfundível, peculiar, característico, fica subentendido que a originalidade torna o elemento distintivo, inconfundível dos demais.

O Decreto-Lei nº. 254, de 28 de fevereiro de 1967, também, fez referência à originalidade:

Art. 11 São suscetíveis de proteção legal os desenhos e modelos que, embora não se apresentem inteiramente novos, realizem combinações originais de elementos conhecidos ou disposições diferentes de elementos já usados que deem aos respectivos objetos, novo aspecto geral característico. (BRASIL, 1967)

Ele manteve o entendimento do Decreto-Lei nº. 1.005, de 21 de outubro de 1969:

Art. 11. São ainda privilegiáveis como modelos ou desenhos industriais aqueles que, embora não se apresentem inteiramente como novos, realizem combinações originais de elementos conhecidos ou disposições diferentes de elementos conhecidos e dê aos respectivos objetos novo aspecto geral característico. (BRASIL, 1969).

Menção à proteção de combinações originais também esteve presente na Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971:

Art. 12 Para os efeitos deste Código considera-se ainda modelo ou desenho industrial aquele que, mesmo composto de elementos conhecidos, realize combinações originais, dando aos respectivos objetos aspecto geral com características próprias. (BRASIL, 1971).

Atualmente, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, mantém o entendimento expondo considerar original a “configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores” (BRASIL, 1996). Contudo, há sempre dúvidas sobre o quanto o elemento depositado deve se diferenciar para ser considerado original. Denis Barbosa (2010, p.2) entende que a originalidade “se constrói através da noção de um contributo mínimo constitucional” porque não se pode dar um direito exclusivo a uma criação insignificante ou à reprodução de traços e formas conhecidas ou muito semelhantes. Otero Lastres (1977) afirma que nem toda criação atinge um grau mínimo de contribuição ao interesse comum, ultrapassando a condição de um esforço pouco relevante, e que, para a obtenção do registro de desenho industrial, é preciso que a criação coopere minimamente para a evolução das criações ornamentais ao alcance da sociedade.

Não obstante a dúvida, para a apreciação da distintividade de natureza ornamental, o exame visual é suficiente. Desconsiderando as limitações técnicas, tecnológicas e funcionais, basta que a aparência do elemento depositado não se confunda com outras previamente existentes. O elemento deve ser portador de uma diferença peculiar, própria, íntima, fruto do trabalho



do autor. Um “caráter individual”, segundo a lei inglesa; um “caráter singular”, para o direito português; um “ornamento especial”, na concepção italiana (BARBOSA et al., 2009, p.16); um “aspecto geral com características próprias”, para Douglas Gabriel (BARBOSA et al., 2009, p.36), cuja finalidade é não se confundir com o que está disponível na sociedade. A aparência distintiva deve agregar valor ao patrimônio das formas aplicadas à indústria, tornando os produtos visualmente singulares (OTERO LASTRES, 1977). Ao empregar a palavra “original” - sinônimo de individual, inconfundível, peculiar, próprio -, o artigo 97 da LPI define que a criação precisa ter uma diferença ornamental qualificada (BARBOSA, 2009). Moro (2009, p.259), por sua vez, sustenta que a originalidade do desenho industrial está vinculada à novidade e esclarece que teria sido melhor se o legislador tivesse substituído à expressão “configuração visual distintiva” por “configuração visual nova”.

No entanto, há quem entenda que a aplicação de motivos conhecidos em produtos de uso comum, parágrafo único do art. 97 da LPI, acarreta um nível de criatividade inferior (SARTI apud BARBOSA et al., 2009) ao originar formas relativamente novas. Newton Silveira (2007, p. 286) afirma que, quando o texto do parágrafo único, do art. 97, da LPI, aceita a associação de elementos no estado da técnica, a novidade absoluta do desenho industrial fica “atenuada”. Denis Barbosa (2018) entende que a novidade brasileira pode ser considerada relacional, baseada na composição de um conjunto, aceitando a novidade do todo mesmo que as partes sejam conhecidas. Cerqueira (2010) também considera que a novidade passa a ter um caráter especial quando a Lei oferece proteção a elementos que não são inteiramente novos, mas que realizam combinações originais. Essas colocações estão embasadas no texto do parágrafo único do art. 97 da LPI, quando este evidencia que elementos conhecidos - no estado da técnica, não novos - podem ser associados, resultando em uma aparência original, suficientemente distintiva dos demais disponíveis, inclusive diferente dos elementos que lhe deram forma. Os conceitos distintividade e diferenciação serão detalhados quando este estudo tratar de originalidade.

Entretanto, como não há uma norma a ser seguida, entende-se que possa existir distintividade mesmo quando num conjunto formado pela união de motivos ou elementos conhecidos.

### 3.4 Tipo para fabricação industrial

a expressão se refere ao último dos requisitos legais necessários para que a obtenção da proteção. Requisito de fácil entendimento e apreciação. Se desenho industrial protege a formas plásticas ornamentais e padrões ornamentais de linhas e cores que alteram a aparência de objetos para fabricação em massa, nada mais justo que se exija a capacidade de as criações serem passíveis de reprodução industrial, ou seja, criações “que podem ser objeto de fabricação ou exploração industrial: os produtos” (CERQUEIRA, 2010, p.82). As criações voltadas para a produção industrial não podem necessitar de intervenção humana, característica de elementos artesanais e artísticos.

Para o cumprimento deste requisito “basta que tal criação seja suscetível de ser tipo, ainda que por decisão do criador, não o seja” (BARBOSA, 2018, p.53). Portanto, a Lei exige que a criação funcione como um protótipo.

## 4 NÃO É REGISTRADO POR DESENHO INDUSTRIAL

Considerando que o universo do *design* é amplo e que desenho industrial é uma das atividades do *designer*, nem todas as atividades são protegidas pelo conceito de desenho industrial previsto na LPI e os arts. 100 e 98 da LPI apresentam o que não pode obter a referida proteção.

O art. 98 da LPI nega proteção por desenho industrial às criações de caráter *puramente* artístico visando separar as criações protegidas por Direito do Autor das tuteladas por Direito Industrial. Considerando a criação artística a exteriorização de uma ideia que, para ser comunicada, se encarna, se materializa, o modo como a vontade humana se manifesta, ela se situa no domínio da expressão (ASCENÇÃO, 1997). É raro que dois indivíduos obtenham a mesma solução criativa porque materializam experiências particulares. Por esse motivo, a originalidade das criações puramente artísticas é de natureza subjetiva: relacionada ao sujeito da ação.

Outro motivo que impede a proteção das obras de arte é a função das mesmas, a arte é destinada à fruição. De modo geral, não se destinam a multiplicação. Não são concebidas como protótipos para a indústria. Nos casos de obras artísticas que geram múltiplos: gravura, escultura, por exemplo, a

origem, a matriz gravada ou a escultura original, tem valor superior ao das cópias tendo em vista o manuseio do artista.

O art. 100 da LPI expõe questões sociais e morais, inc. I, e qualidades formais, inc. II, cuja presença na criação impede a proteção. O inciso I afasta criações que apresentam questões não comerciais. A proteção da imagem e da honra de pessoas obedece a preceitos constitucionais (BARBOSA, 2018, p.139). Os conceitos previstos no inciso I carecem de aprofundamento quanto à aplicação na aparência de objetos porque são conceitos que podem variar no segmento mercadológico, no tempo e no espaço, precisando de frequentes alterações. O inciso II exclui da proteção forma plástica necessária comum ou vulgar. Formas necessárias comuns são as que se relacionam à função do objeto, são formas que devem ser utilizadas livremente. Elas completam um sistema complexo. São resultantes de compatibilidades estruturais e/ou funcionais, conhecidas como *must-fit* (LENCE REIJA, 1997). O qualificativo comum indica que essas formas devem ser utilizadas por diversas empresas. Formas vulgares são às utilizadas pelo vulgo, pela população, por esse motivo, estão disponíveis no domínio comum, não sendo originais (BARBOSA *apud* CERQUEIRA, 2010). Se não são originais, as formas vulgares não são novas, pois para ser examinada a originalidade de uma criação, ela primeiro precisa ser nova, absolutamente nova. O mesmo inciso prevê a apreciação do grau de influências técnicas e funcionais na aparência da criação. Caso a aparência seja essencialmente, principalmente, afetada por essas características, não será possível registrá-la por DI. Criações envoltas em rígidas exigências técnicas não apresentam grandes possibilidades ornamentais e, por isso, não atingem um grau relevante de diferenciação ornamental. As limitações provenientes da tecnologia empregada, da usabilidade e do processo de produção devem ser consideradas para a avaliação do grau de ornamentalidade realizável.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, se entende que há uma grande diferença entre *design*, desenho industrial e a proteção nomeada desenho industrial. Não são sinônimos. O desenho industrial é uma das atividades do *design*, relacionada a criações para a indústria de massa.

Foi possível esclarecer que nem toda criação voltada para a indústria de massa é protegida por desenho industrial. O art. 95 da LPI, que conceitua a proteção apresentando os requisitos legais para a obtenção da mesma, esclarece que a proteção é exclusivamente para a ornamentalidade, para a aparência das criações, para a forma plástica de natureza ornamental do objeto e o conjunto ornamental de linhas e cores aplicado em um produto. Nem todas as criações voltadas para a indústria possuem ornamentalidade e, mesmo possuindo ornamentalidade, nem todas são protegidas. A aparência do produto precisa ser essencialmente ornamental e, exclusivamente, as criações ornamentais que contribuem minimamente para evolução das formas aplicadas à indústria, ou seja, para o desenvolvimento cultural, obtêm a proteção.

Compreendem-se, pelo exposto, que, pela abrangência das atividades do *designer*, elas podem obter outras naturezas de proteção, tais como: direito do autor, marcas, patentes e modelo de utilidades, determinado pelo ato criativo/inventivo e pela estratégia de apropriação de retorno financeiro com o mesmo.

## REFERÊNCIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. Do Requisito de Originalidade nos Desenhos Industriais. **Revista da ABPI**, v. 106, p. 3-28, 2010. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do\\_requisito\\_originalidade.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do_requisito_originalidade.pdf). Acesso em: 15 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Da ornamentalidade e acessoriedade como característica do desenho industrial**, 2013. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/da\\_ornamentalidade\\_acessoriedade\\_di.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/da_ornamentalidade_acessoriedade_di.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Propriedade Intelectual**: Tomo IV. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARBOSA, Denis; PORTO, Patrícia.C.R. **Do requisito de originalidade nos desenhos industriais**: a perspectiva brasileira. 2009. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do\\_requisito\\_originalidade.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do_requisito_originalidade.pdf). Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967.** Código da Propriedade Industrial. Legislação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decrelei/1960-1969/decreto-lei-254-28-fevereiro-1967-374675-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.005, de 21 de outubro de 1969.** Código da Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1005.htm). Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.903 DE 27 DE AGOSTO DE 1945.** Código da Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm). Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971.** Código da Propriedade Industrial. Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm). Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direito e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm). Acesso em: 02 out. 2017.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial:** dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. Volume II. Tomo I. Parte II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNNINGHAM, M. A. Utilitarian design features and antitrust parallels: an economic approach to understanding the functionality defense in trademark litigation. In: **Hastings Communications and Entertainment Law Journey**. Vol. 18. San Francisco, 1996, p.272- 588.

FORTY, Adrian. **Objetos de desejo:** design e sociedade desde 1750. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

GAIARSA, Lucas Martins. Registro de desenhos industriais, esse desconhecido. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial**, Rio de Janeiro, nº 154, p. 83-87, maio/junho 2018.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. Desenhos Industriais. In: **Tratado de Direito Comercial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 281-303

INTERNATIONAL COUNCIL OF SOCIETIES OF INDUSTRIAL DESIGN (ICDIS), 2015: renewed definition of industrial design. **World Design Organization**. Disponível em: <https://wdo.org>. Acesso em: 25 jan. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. BRASIL. **Consulta a base de dados de marcas.** Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: [http://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/marcas/Pesquisa\\_classe\\_basica.jsp](http://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/marcas/Pesquisa_classe_basica.jsp). Acesso em: 01 dez. 2019.

KEEBAUGH, Regan E. Intellectual Property and the Protection of Industrial Design: Are Sui Generis Protection Measures the Answer to Vocal Opponents and a Reluctant Congress? Vol.13. Art. 8. University of Georgia Law: **Journal of Intellectual Property Law** 255, 2005. p 256-277.

LASTRES, Jose Manoel Otero. **El diseño industrial según la ley de 7 de julio de 2003**. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2003.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. **El modelo industrial**. Madrid: Montecorvo. 1977.

LENCE REIJA, Carmen. La Propuesta de Directiva sobre protección del diseño el freno de la cláusula de reparación. In: **Actas de derecho industrial y derecho de autor**. Tomo 18, 1997, págs. 1013-1022.

MONSEAU, Susanna. The Challenge of Protecting Industrial Design. In: A Global Economy. **Texas Intellectual Property Law Journal** 495, 2012. p. 496-543.

MORO, Maitê Cecilia Fabbri. **Marcas tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade industrial**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PETROSKI, Henry. **A evolução das coisas úteis: cliques, garfos, latas, zíperes e outros objetos do nosso cotidiano**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1992.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial**. São Paulo: Manole, 2012.

\_\_\_\_\_. Os requisitos de novidade e originalidade para a proteção do desenho industrial. In: **Criações industriais, segredo de negócio e concorrência desleal**. Wilson Pinheiro Jabur, Manoel J. Pereira dos Santos, coord. São Paulo: Saraiva, 2007, p.270-295.

TEIXEIRA JUNIOR, J. R.; Montano, P. F.; Faleiros, J. P. M.; Bastos, H.B. **Design estratégico: inovação, diferenciação, agregação de valor e competitividade**. Março 2012. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>. Acesso em: 01 dez. 2017.

# »» INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A INOVAÇÃO: DO FINANCIAMENTO À INSOLVÊNCIA

Kharen Kelm Herbst<sup>1</sup>  
Giovani Lofrano Alves<sup>2</sup>

**RESUMO:** Há desafios na geração de inovação, desde os recursos necessários para o seu desenvolvimento, a decisão pelas formas de comercialização ou monetização, e o risco de insucesso, inerente às atividades empresariais. Há benefícios econômicos e sociais, públicos e privados, decorrentes da inovação. Por isso, o Direito estabelece mecanismos para incentivar essas produções e resguardar os direitos de todos os envolvidos, em todas as etapas produtivas. O desenvolvimento depende de um sistema jurídico eficiente. Para os casos de insucesso, é o sistema de insolvência que prevê os mecanismos jurídicos para amenizar as perdas e consequências, bem como para garantir uma nova chance para o empreendedor. Utilizando-se o método hipotético-dedutivo, conclui-se que o Direito não apenas acompanha a evolução das atividades econômicas e da sociedade tecnológica, como também é imprescindível para seu bom funcionamento, possibilitando a exteriorização e convergência de interesses, resultando na realização de negócios e viabilização das inovações com a minimização dos riscos.

**Palavras-Chave:** Desenvolvimento; Inovação; Instrumentos jurídicos.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a chegada da economia 4.0, não há qualquer ousadia em se afirmar que inovação nunca foi tão necessária como agora para o setor empresarial. O acelerado ritmo de desenvolvimento tecnológico atual, principalmente no campo da internet e softwares, aliado a facilidade cada vez maior

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Advogado.

de se iniciar um negócio próprio e a velocidade com que a informação se dissemina ao redor do mundo parecem incentivar o empreendedorismo inovador, materializado em empresas embrionárias com ideias em potencial para o mudar o *status quo* econômico.

Neste contexto, as etapas que o empreendedor vivencia na geração de inovação, desde o campo das ideias, passando ao financiamento para sua execução, até a consolidação da empresa, ou até mesmo o seu insucesso, requer, mais do que nunca, instrumentos jurídicos bem delineados e essenciais em cada etapa desse ciclo.

A relevância da inovação, deve considerar que *startups* e empresas de pequeno porte necessitam de incentivo para o desenvolvimento e atingimento de seus objetivos. As relações destas, com incubadoras e aceleradoras são constantes e numerosas relações jurídicas são formadas entre esses agentes econômicos, justificando uma análise mais aprofundada dos institutos jurídicos que permeiam o desenvolvimento ou a derrocada de uma empresa em um mundo com mercados tão competitivos.

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um dos princípios gerais da atividade econômica, de acordo com, respectivamente, os artigos 1º e 170 da Constituição Federal. Cabe ao Direito garantir os meios para o pleno exercício desta liberdade.

Diante disso, o objetivo do presente artigo é estudar as formas pelas quais podem ser (i) auferidos recursos para o desenvolvimento de inovações; (ii) realizados negócios jurídicos para gerar proveitos econômicos; ou, (iii) em caso de insucesso, minimizadas as perdas para as partes envolvidas neste processo. Para isso, adota-se o método hipotético-dedutivo, com procedimento de pesquisa monográfico, técnica bibliográfica e documental.

## **2 FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO**

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, 1996), o conhecimento, em todas as suas formas, desempenha um papel crucial em processos econômicos, sendo que as nações que desenvolvem e gerenciam efetivamente seus ativos de conhecimento têm melhor desempenho que as outras.



O conhecimento, enquanto inovação, é a base de um novo paradigma econômico, onde sua aplicação representa uma condição essencial para o progresso econômico e é um elemento crítico na luta concorrencial das empresas e nações.

De fato, a inovação fomenta um aumento da riqueza das nações, modificando a qualidade de vida dos indivíduos. A inovação é uma preocupação daqueles que desejam mudar a direção do avanço econômico em busca de melhor qualidade de vida e da sociedade ao qual está inserido.

Neste sentido, as melhores práticas em políticas públicas para a inovação, recomendadas pela OCDE (1996, p.05), incluem o aprimoramento e aumento da eficiência dos mecanismos institucionais, como resultado de avaliações sistemáticas e periódicas dos programas de apoio à inovação e difusão de tecnologia, estabelecendo critérios e prioridades para a alocação de recursos.

As criações intelectuais passam por alguns estágios de desenvolvimento – cada um com seus próprios desafios – até que possam ser monetizadas. A partir de uma ideia inicial, diferentes alternativas ou modelos podem ser analisados ou testados antes da definição de uma versão viável que possa, então, ser patenteada e submetida ao mercado. Desde esta primeira fase existe a necessidade de investimento, mesmo que ainda não haja previsão de lucro – ou sequer de retorno do investimento.

Cooter e Schafer (2017, p.19) afirmam que “[...] as ideias e o capital devem se unir para o desenvolvimento das inovações e conseqüentemente para o crescimento da economia como um todo.” Ocorre que o detentor das ideias, comumente, não é o detentor do capital. Diante disso, os referidos autores esclarecem:

[...] o crescimento sustentável em países em desenvolvimento ocorre através das inovações nos mercados e nas organizações; a inovação traz consigo o problema da confiança entre inovadores com ideia e financiadores com capital e as melhores soluções encontram-se no Direito. (COOTER e SCHAFFER, 2017, p.22)

Portanto, permeando soluções de mercado, soluções da firma e soluções de Estado e governo, cabe ao sistema jurídico e legal ser o alicerce da confiança necessária ao financiamento das inovações.

A inovação é um dos pilares para um desenvolvimento econômico sustentável. Assim, para que haja um crescimento sustentado de longo prazo em uma economia, é necessário que se invista maciçamente em inovação. A diminuição do ciclo de vida das tecnologias existentes torna a atividade de inovação um processo dinâmico dentro das firmas intensificando a necessidade da inovação na economia. Ademais, a crescente competição mundial por mercados acirra ainda mais a corrida pela diferenciação dos produtos. No entanto, inovação é um processo de longo prazo que demanda altas somas de investimento e cujos resultados não são garantidos. Assim, para que haja inovação, tanto a disponibilidade de recursos quanto a eficiência em sua utilização são fatores preponderantes. As peculiaridades do investimento em inovação o tornam a disponibilidade de recursos escassos quando comparadas a outros tipos de investimentos. A grande soma de investimentos em mão de obra especializada e capacitada para criar inovações e a possibilidade de ser reproduzido por outra empresa faz com que este tipo de investimento não tenha ativos tangíveis no curto prazo, o que acaba por dispersar investidores. (LIMA, 2013, p. 05)

O Direito traz soluções jurídicas diversas para agentes econômicos de todos os portes. De fato, “o Direito, principalmente em seu aspecto determinante como disciplina social, não pode omitir-se diante das evoluções socioeconômicas, conseqüentemente, deve estar apto a adaptar seus instrumentos aos anseios dessa sociedade tecnológica” (TAKADA, 2016, p. 152).

Indivíduos ou agentes econômicos de pequeno porte podem buscar recursos no mercado de crédito. Entretanto, a exigência de garantias e o *spread* de crédito podem inviabilizar esta opção, mesmo por meio de bancos públicos, de forma que “a ineficiência do mercado de crédito no Brasil eleva os juros e o custo dos investimentos em capital e inovação, implicando menor produtividade” (NEGRI, *et al.*, 2018, p. 07).

Um desses atores são as entidades hoje denominadas de startups, que poderiam ser conceituadas como empresas ou apenas execução

de projetos sem personalidade jurídica, com baixos custos de implementação, preponderantemente envolvidas nos setores de tecnologia advindas da internet. Uma de suas principais características é seu desenvolvimento, o qual, na maior parte das vezes, envolve mão de obra especializada de jovens empreendedores autônomos. Essa combinação de fatores é um ingrediente ideal para investidores, que não possuem a capacidade técnica dos empreendedores, muito menos as ideias adequadas a setores específicos do mercado, contudo possuem a percepção de um projeto que possa ter um potencial lucro e, mais do que tudo, possuem a capacidade financeira para suportar um projeto antes do start no mercado de consumo. (TAKADA, 2016, p. 152)

Essa combinação de fatores é um ingrediente ideal para investidores, que não possuem a capacidade técnica dos empreendedores, muito menos as ideias adequadas a setores específicos do mercado, contudo possuem a percepção de um projeto que possa ter um potencial lucro e, mais do que tudo, possuem a capacidade financeira para suportar um projeto antes do *start* no mercado de consumo.

Diante disso, projetos inovadores em estágio ainda embrionário, bem como as empresas de pequeno e médio porte, com pouco tempo de atividade e faturamento baixo, podem contar com o apoio de aceleradoras, investimento-anjo e *venture capital*.

As aceleradoras oferecem suporte e mentoria por tempo limitado, mas podem ser um meio facilitador para alcançar investidores e consolidar a empresa, porque o acompanhamento desde a fase inicial reduz a assimetria informacional sobre o produto que está sendo desenvolvido.

Aceleradoras são organizações que ajudam startups a definir e construir seus produtos iniciais, identificar clientes promissores para elas, e segurar recursos, tais como funcionários e capital. As aceleradoras geralmente fornecem uma pequena quantidade de capital semente e um espaço de trabalho em troca de uma participação acionária na startup. (TRAVERS e TEIXEIRA, 2017 p.03)

O Direito concilia as tendências de mercado com a busca por segurança jurídica, ou seja, a confiança, tão necessária no ecossistema da inovação, conforme exposto por Cooter e Schafer (2017).

Entre os institutos e instrumentos jurídicos mais utilizados nesta etapa, estão os contratos e sua executabilidade, os tipos societários com autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade - para citar apenas alguns.

Para os detentores da ideia, nesta fase inicial, os contratos de confidencialidade são mecanismos para aumentar a confiança e a segurança na exposição das informações aos potenciais investidores e, com isso, viabilizar o negócio. Para os detentores do capital, por sua vez, a autonomia privada garante ampla liberdade na formulação de contratos que melhor se adaptem ao caso concreto, sendo muito utilizados os contratos de mútuo conversível - lembrando que, quando o investimento é convertido em participação societária, a limitação da responsabilidade, pela autonomia patrimonial da pessoa jurídica, mantém o risco de perdas atrelado ao valor efetivamente investido.

Dada a importância do conhecimento para a inovação, muitas aceleradoras são afiliadas à universidades, que também se beneficiam desta organização capaz de aliar a teoria à prática. E não são apenas os pequenos empreendedores que buscam esta parceria. As empresas de médio e grande porte também buscam esta relação de ganha-ganha, atraídos pelo capital humano altamente especializado das universidades.

Nos países desenvolvidos a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico ocorrem principalmente nas empresas privadas e institutos de pesquisa governamentais.

Nesse sistema, as universidades de pesquisa têm como função formar e qualificar pesquisadores para trabalhar com pesquisa científica. A relação entre universidade e empresa é essencial para o desenvolvimento da inovação no País, ou seja, possibilitar que as pesquisas desenvolvidas nas universidades possam efetivamente chegar à sociedade. (ROCZANSKI, 2016, p. 04).

Diante dos desafios enfrentados no caminho para a inovação, e da sua notória relevância para o desenvolvimento econômico e social, há também incentivos por parte do Estado, por exemplo, os incentivos fiscais previstos na Lei nº 11.196/2005.

As empresas de grande porte podem investir mais em inovação por meio da abertura de seu capital, diluindo o risco entre os acionistas. O retorno dos investimentos, entretanto, torna-se mais evidente após o registro da propriedade intelectual.

Gerar inovação, portanto, é um processo complexo que depende de elementos relacionados ao conhecimento, e envolve ciência, tecnologia, aprendizagem, recursos financeiros, políticas públicas, além dos mecanismos próprios do mercado, ou seja, oferta e demanda.

### **3 RETORNO DOS INVESTIMENTOS EM PRODUÇÃO INTELECTUAL**

Quando a inovação é bem-sucedida, há forte contribuição para o desenvolvimento econômico. “Uma das formas de se transformar o conhecimento em bem econômico é o desenvolvimento de inovação tecnológica, ou seja, é a transformação do conhecimento em produto ou processo com valor econômico apto a ser, então, comercializado” (RIBEIRO e BARROS, 2014, p.45).

Há uma grande variedade de modelos de negócios aplicáveis à propriedade intelectual, o que significa que há diversas formas de geração de riqueza a partir de um único produto. Com isso, “a inovação surge como o elemento que pode contribuir decisivamente para transformar o tão propagado ‘Brasil, país do futuro’ em ‘Brasil, país do presente’” (CARVALHO, *et al.*, 2011, p.12). No mesmo sentido, Forjioni (2013, p. 317) afirma que, no século XXI, o principal objeto do comércio é informação, tecnologia e conhecimento.

Portanto, uma vez verificada a viabilidade de um projeto inovador, passa-se ao registro da propriedade intelectual, para que seja possível auferir o proveito econômico dele decorrente.

Países que protegem e respeitam a propriedade intelectual costumam atrair mais investimentos estrangeiros, uma vez que garantem

segurança aos investidores no sentido de que suas inovações estarão devidamente protegidas. Disso resulta que o ambiente institucional seguro favorece a realização de negócios jurídicos, tais como a celebração de contratos de transferência de tecnologia, o que pode levar ao incremento de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e ao progresso tecnológico nacional. (RIBEIRO e BARROS, 2014, p. 46)

As mudanças tanto são desencadeadas como podem desencadear inovações. O cenário de pandemia de Covid-19, que desafiou todo o mundo no ano de 2020, é exemplo disso. Diante das medidas restritivas, sanitárias e de prevenção para evitar a proliferação do contágio, muitas atividades econômicas precisaram se reinventar ou inovar. Com isso, o desafio foi transformado em oportunidade de criar diferenciais competitivos. Dessa forma, pode-se concluir que a própria sustentabilidade empresarial depende da capacidade de inovação. Drucker (1985) já afirmava que empreender envolve perceber as mudanças na realidade global.

Portanto, há benefícios econômicos e sociais, públicos e privados, decorrentes da inovação. Por isso, desde a primeira exteriorização da ideia, passando pela fase de execução, verificação das alternativas viáveis, financiamento, até a comercialização ou monetização, e mesmo nos casos de insucesso, o Direito estabelece mecanismos para incentivar essas produções e resguardar os direitos de todos os envolvidos, em todas as etapas produtivas. O desenvolvimento depende de um sistema jurídico eficiente.

Quando a inovação é bem-sucedida, pode haver o registro da propriedade intelectual, e cabe ao Direito propiciar instrumentos seguros de monetização, para que a propriedade seja produtiva.

Além da comercialização do produto ou serviço diretamente ao consumidor final, os instrumentos jurídicos podem incluir o licenciamento, autorizações, cessões, exploração, transferência ou fornecimento de tecnologia, cooperação, entre outros. Ademais, pode haver ganhos indiretos por meio de contratos anexos, como os contratos de treinamento de equipes, de assistência técnica, entre outros nos modelos de negócios *Business to Business*.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, por meio do Ato Normativo nº 135, de 1997, tratando sobre averbação e o registro de con-

tratos de transferência de tecnologia e franquia, define como contratos de transferência de tecnologia “assim entendidos os de licença de direitos (exploração de patentes ou de uso de marcas) e os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica), e os contratos de franquia.”

Essa transferência de tecnologia é um processo que compreende a permissão dada pelo titular do direito da inovação para vender ou ceder a terceiros o produto de sua criação, e que favorece a disseminação de novas tecnologias e o conhecimento.

Esse conhecimento pode ser passível ou não de proteção por um título de propriedade intelectual, e essa transferência pode ser um título de propriedade industrial por exemplo, como uma patente, marca, modelos de utilidade, etc.

Há, também, produtos que não são registrados ou patenteados, mas sobre os quais é possível auferir lucro, a exemplo de *know-how* e segredos de negócio que podem ser objeto de contratos - muitas vezes como parte integrante de contratos de franquia.

Especificamente quanto aos direitos autorais, uma grande variedade de modelos de negócios pode ser criada, principalmente por meio de *blockchain*, cabendo ao autor decidir pelo formato que considerar mais apropriado ou mais lucrativo. Um vídeo ou uma música, por exemplo, pode estar restrito para ser visto por apenas um usuário por vez; ou, talvez, a primeira reprodução de um vídeo ou música para um usuário seja gratuita, mas as reproduções seguintes sejam pagas. O autor, portanto, pode escolher de que forma - e a que preço - se dará a utilização por terceiros, (RIBEIRO e HERBST, 2020, p.224).

[...] um novo dispositivo tecnológico traz alguma vantagem para o inovador. No caso de processo que eleve a produtividade, a empresa obtém uma vantagem de custo sobre seus concorrentes, vantagem esta que lhe permite obter uma maior margem aos preços vigentes de mercado ou, dependendo da elasticidade da demanda, usar uma combinação de preço mais baixo e margem mais elevada do que seus concorrentes para conquistar participação de mercado e obter ainda mais lucros. No caso de inovação de produto, a empresa obtém uma

posição monopolista devido, ou a uma patente (monopólio legal), ou ao tempo que levam os concorrentes para imitá-la. Esta posição monopolista permite que a empresa estabeleça um preço mais elevado do que seria possível em um mercado competitivo, obtendo lucro, portanto. (OECD, 1997, p.33)

O Direito impacta diretamente no valor que será percebido, agregado e auferido pela inovação, mesmo porque os instrumentos jurídicos disponíveis - conforme os custos e benefícios da implantação de cada um - são determinantes para a escolha da forma como o produto, serviço ou tecnologia será disponibilizado para o mercado ou negociado com terceiros. “Sem difusão, uma inovação não tem qualquer impacto econômico” (OECD, 1997, p. 22).

Em tempos de economia da inovação, o conhecimento adquire importância central enquanto elemento de uma concorrência *non price* entre as empresas. A geração, proteção e aquisição de conhecimentos – protegidos ou não por títulos de propriedade industrial – ganha destaque na agenda de preocupações não apenas dos grandes conglomerados industriais, mas também dos pequenos empresários, sobretudo daquelas pequenas empresas de base tecnológica. Não se pode esquecer que a geração e circulação de conhecimentos ocorre também sem a presença do Estado. Por meio de contratos de transferência de tecnologia, em especial os de licenciamento, o empresário impulsiona, por meio de arranjos contratuais atípicos, a circulação desse conhecimento e movimenta a economia da inovação. (OLIVEIRA e MEDEIROS, 2015, p. 287)

A busca pela inovação é constante. Quando são produzidos ativos tangíveis, há custos de conservação, manutenção e depósito, sob pena de deterioração ou subutilização. Quando são produzidos ativos intangíveis, há custos de atualização, sob pena de recair à obsolescência. Por isso, toda empresa ou organização, independentemente de seu porte, do setor de atuação, da região do país, deve se preparar para inovar de forma sistemática e contínua (CARVALHO, *et al.*, 2011, p.14).



## 4 INSUCESSO DA INOVAÇÃO, INSOLVÊNCIA E RECOMEÇO

Conforme visto, na atividade empresarial, a busca por inovação abrange uma série de etapas anteriores ao registro da propriedade intelectual (que ensejaria efetivamente o proveito econômico), em que, devido aos riscos inerentes, pode haver o insucesso.

A inovação, como o próprio nome diz, consiste em criar algo novo, que jamais foi feito antes, no todo ou em parte. Portanto, trata-se de um cenário de incertezas, em que é preciso contar com a falibilidade humana e tecnológica. Não é razoável crer que o resultado será sempre exitoso, ainda que o empreendedor tenha agido com a boa-fé e honestidade que lhe são impostas.

A liberdade, decorrente da livre-iniciativa, compreende a liberdade para errar ou acertar, e não a obrigação de vencer e lucrar. Mesmo porque o principal teste a ser enfrentado pelo produto inovador é o próprio mercado, ou seja, a aceitação dos consumidores. E jamais há garantias de que os lucros superarão os investimentos.

O Estado e o mercado buscam, de todas as formas, minimizar os riscos por meio da diversificação das fontes de recursos e investimentos, de incentivos legais e fiscais, de parcerias para compartilhamento de *know-how* e experiências, de formação de recursos humanos, entre outros. Apesar disso, como Cooter e Schafer esclarecem:

As tentativas de novos empreendimentos em países ricos assim como nos países em desenvolvimento, na sua grande maioria falham, fazendo com que os investidores percam seu dinheiro, enquanto alguns poucos sucedem de forma espetacular e trazem o conseqüente crescimento consigo. (COOTER e SCHAFER, 2017, p. 21)

No mesmo sentido, Marcos de Barros Lisboa *et al.* afirmam:

As empresas e seus gestores tomam suas decisões de investimentos e produção em função de sua expectativa de lucros futuros. Como as estratégias são traçadas em um ambiente de incerteza, não há possibilidade de se proteger de todo o risco - pois os contratos são incompletos e há assimetria de informação. (LISBOA *et al.*, 2005, p. 31)

O Direito aceita esta realidade e estabelece mecanismos para lidar com o insucesso, para todos os envolvidos nas diversas etapas dos empreendimentos inovadores.

Para além da execução individualizada dos contratos que foram firmados - seja pela autonomia privada, pelo Poder Judiciário ou por procedimentos arbitrais -, há casos em que o projeto malsucedido ocasiona uma crise ou até mesmo a insolvência da empresa ou do empreendedor.

Para os casos de crises reversíveis, a recuperação extrajudicial ou judicial são os regimes que se apresentam mais adequados. Previstos pela Lei nº 11.101/2005, estes regimes comportam a preservação da empresa por meio de uma reorganização das obrigações (incluindo a negociação de deságio e prazos de pagamento), alterações no modelo de negócios ou outras medidas consubstanciadas no plano de recuperação para a superação da crise.

Os credores que, cientes de que a empresa se encontra em recuperação judicial, aceitam continuar na posição de fornecedores, ou mesmo de financiadores das atividades da empresa recuperanda, poderão receber tratamento diferenciado e favorecido no plano de recuperação, quanto ao recebimento de seus créditos, mesmo se a recuperação vier a ser convalidada em falência.

Para as crises irreversíveis (insolvência presumida ou confessada), há mecanismos para amenizar as consequências da quebra da empresa, e a Lei nº 11.101/2005, especialmente com as alterações previstas pelo Projeto de Lei nº 10.220/2018, apensado ao Projeto de Lei nº 6.229/2005, privilegia o *fresh start*, ou seja, o recomeço para o empreendedor que faliu.

O sistema de insolvência brasileiro também atribui grande relevância aos ativos intangíveis da empresa falida, que se equiparam ou mesmo são superiores aos ativos patrimoniais. Segundo Lisboa *et. al.* (2005, p.41) importantes empresas, como as que desenvolvem software ou prestam serviços por meio de internet - e poderia-se, agora, acrescentar a tecnologia *blockchain* -, possuem poucos ou são desprovidas de qualquer ativo patrimonial, e seu valor no mercado, muitas vezes, é baseado única e exclusivamente na sua marca, no modo de gestão ou perspectiva de geração de fluxo de caixa futuro; fatores que, antes da Lei nº 11.101/2005, ou seja, na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, se estavam presentes, possuíam baixa representa-

tividade nas análises econômico-financeiras. Portanto, no atual sistema de insolvência, os ativos intangíveis são considerados na avaliação e realização dos ativos, como importantes integrantes da organização da atividade empresarial, maximizando o valor a ser recebido pelos credores.

Os valores referentes às quotas de participações societárias ou ações, em caso de falência, são recebidos por seus titulares somente após o pagamento de todos os créditos, de todos os demais credores - se ainda houver recursos. Entende-se que os sócios e acionistas assumiram o risco do negócio e poderão suportar essas perdas. Por sua vez, é garantida a limitação da responsabilidade pela autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Além disso, o risco do negócio foi diluído entre todos os acionistas ou quotistas, conforme sua participação acionária ou societária.

A reforma legislativa da Lei nº 11.101/2005 reduziu o período de inabilitação do falido (período em que o falido é impedido de exercer atividades empresariais). Este período agora consiste no transcurso do prazo de três anos, contados desde a sentença que decreta a falência, desde que o empreendedor não tenha incorrido em ilícitos tipificados pela Lei como crimes falimentares. Anteriormente à reforma legislativa, a extinção das obrigações do falido e do período de inabilitação, ocorria após o decurso do prazo de 5 anos, contado do encerramento do processo de falência. Assim sendo, segundo Branco e Piva (2015, p.214),

[...] o tempo médio de duração dos processos falimentares no Brasil, que é estimado como tendo 09 anos em média, chegaremos à conclusão de que o empresário somente poderá voltar ao mercado livre das suas obrigações pré-falimentares após, em média, quatorze anos após a decretação da quebra. Ainda que o processo falimentar seja realizado em tempo inferior ao prazo médio, pode-se dizer de modo claro que é tempo demasiado para manter alguém fora do mercado.

Isso se traduz no princípio do fomento ao empreendedorismo, que orienta a interpretação e aplicação da Lei nº 11.101/2005, e consiste também em um incentivo à inovação, pois o risco de insucesso deixa de representar uma ameaça de banimento das atividades empresariais por tempo demasiadamente longo. Agora, existe a chance de tentar novamente, com

o aprendizado adquirido na tentativa que falhou. E, com a devida mudança cultural, sem o labéu de fracassado, visto que o insucesso é um risco, ou, uma possibilidade à qual se submetem todos os empreendedores, mormente os mais inovadores, pois são aqueles que mais se arriscam.

Conforme os ensinamentos de Douglass North (1994), os agentes econômicos tomam decisões baseadas em informações que podem ser insuficientes, equivocadas ou subjetivas. As melhorias dependem da aprendizagem sobre o que funciona ou não funciona, por meio de eficiência adaptativa. Portanto, aquele que erra, tendo agido de boa-fé, não deve ser punido ou visto de forma depreciativa. Deve ser garantida uma nova chance de tentar, com maior eficiência.

## 5 CONCLUSÃO

Gerar inovação, conforme visto, é um processo complexo que depende de elementos relacionados ao conhecimento, e envolve ciência, tecnologia, aprendizagem, recursos financeiros, políticas públicas, além dos mecanismos próprios do mercado, ou seja, oferta e demanda. A partir da exteriorização de uma ideia, busca-se recursos para investir na inovação, sabendo que há potencial de ganhos, mas também há risco de insucesso.

São diversos os instrumentos jurídicos criados para minimizar os riscos que se impõem para todos os envolvidos na geração de inovação, desde contratos de confidencialidade, contratos de investimento, tipos societários com limitação de responsabilidade, contratos de cooperação, parcerias e incentivos fiscais.

Quando o produto intelectual demonstra-se viável e comercializável, além do registro da propriedade, aquele que o detém pode optar pelo modelo de negócios que lhe parecer mais adequado, vantajoso ou lucrativo. O Direito prevê as opções de contratos de licenciamento, autorizações, cessões, exploração, transferência ou fornecimento de tecnologia, cooperação, franqueamento, entre outros.

Por outro lado, para os casos de insucesso, é o sistema de insolvência que prevê os mecanismos jurídicos para amenizar as perdas e consequências para os envolvidos na atividade empresarial, bem como para garantir uma nova chance para o empreendedor.

Visto que a busca por inovação deve ser constante, uma mesma empresa ou empreendedor pode ter sucesso e insucesso, a depender do momento ou do produto do investimento. Em todos os casos, o aprendizado é essencial, e as falhas não devem estigmatizar aquele que tenta inovar.

O presente artigo não pretendeu esgotar o tema dos instrumentos jurídicos aplicáveis à inovação no Brasil, pois trata-se de tema de grande amplitude. Buscou-se apresentar um trabalho de caráter mais reflexivo sobre a grande relevância e variedade dos instrumentos jurídicos aplicáveis às diversas etapas da inovação, com o objetivo de alicerçar a confiança necessária para o seu desenvolvimento.

Conclui-se que o Direito não apenas acompanha a evolução das atividades econômicas e da sociedade tecnológica, como também é imprescindível para seu bom funcionamento, possibilitando a exteriorização e convergência de interesses, resultando na realização de negócios e viabilização das inovações com a minimização dos riscos.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. PIVA, Luciano Zordan. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do Direito norte-americano. In: Ricardo Lupion Garcia (Org.) **10 anos da Lei de Falências e Recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas**. FAPERGS. Editora Fi, 2015.

CARVALHO, Hélio Gomes de; REIS, Dálcio Roberto dos; CAVALCANTE, Márcia Beatriz. **Gestão da Inovação**. Série UFinova. Curitiba : Aymar, 2011.

COOTER, Robert; SCHAFER, Hans-Bernd. **O nó de Salomão**: Como o Direito pode erradicar a pobreza das nações. Tradução e adaptação de Magnum Eltz. 1ª Edição. Curitiba: Editora CRV, 2017.

DRUCKER, Peter. **Inovação e Espírito Empreendedor**. São Paulo: Pioneira Thomson, 1985.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Flávia Queiroz. **Crowdfunding**: Renovando o financiamento à inovação. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – FACE. Departamento de Economia. Universidade de Brasília - UNB. Dezembro, 2013.

LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio; CARAZZA, Bruno; e COSTA, Ana Carla A. A racionalidade econômica na nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: **Direito Falimentar e nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. Org: Luiz Fernando Valente da Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Orgs.). **Financiamento do Desenvolvimento no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2018.

OECD - Organisation for Economic Cooperation and Development. **Technology, Productivity and Job Creation: Best policy practices**. The OECD Jobs Strategy. Highlights. Paris, 1996.

OECD - Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento. **Manual de Oslo**: Proposta de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. Tradução da FINEP - Financiadora de Estudos e Projetos, 1997.

OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: **Estudos de Direito de Propriedade Intelectual**. Org: Marcos Wachowicz. GEDAI/UFPR 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. **Contratos de transferência de tecnologia**: custos de transação versus desenvolvimento. Revista de Informação Legislativa. Ano 51, Número 204, out./dez. 2014, p. 43-66.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HERBST, Kharen Kelm. Copyright on the blockchain: Scarcity as incentive for production or as concentration of wealth. **International Journal of Digital and Data Law**. Vol. 6. Les Editions IMODEV. 2020, p. 217-229.

ROCZANSKI, Carla Regina Magagnin. O PAPEL DAS UNIVERSIDADES PARA O DESENVOLVIMENTO DA INOVAÇÃO NO BRASIL. **Anais do XVI Colóquio Internacional de Gestão Universitária** - CIGU. Arequipa, Perú. Novembro de 2016.

TAKADA, Alexandre Thalles. *Startups*: Contrato de Mútuo Conversível em Quotas Sociais. **Revista de Direito Empresarial**. Vol. 19. Outubro de 2016, p. 151-159.

TRAVERS, Patrick Kahlil; TEIXEIRA, Clarissa Stefani. **As características definidoras das aceleradoras e suas diferenças para outras organizações filantrópicas**. 2º Congresso Nacional de Inovação e Tecnologia. 19 a 21 de setembro de 2017. São Bento do Sul, Santa Catarina. INOVA, 2017.

# **PAY FOR DELAY: CONDUTAS COLUSIVAS DE DETENTORES DE PATENTES DE FÁRMACOS VS MEDICAMENTOS GENERICOS.**

Neide Bueno<sup>1</sup>

**RESUMO:** Patentes de fármacos têm sido frequentemente utilizadas como ferramentas de estratégia anticompetitiva na área da saúde. Desafiam o limiar entre os direitos de detentores de propriedade industrial e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, em benefício ao acesso de medicamentos mais baratos pela população. Esse artigo analisa como os agentes econômicos têm feito valer seus direitos sobre patentes de fármacos, através de acordos colusivos com potenciais fabricantes de medicamentos genéricos, através de pagamentos para retardar a entrada de genéricos no mercado - os chamados *Pay for Delay* ou *Reverse Payment Settlement* - e como a submissão dessas condutas têm sido analisadas pelo escrutínio das autoridades antitruste e pelo judiciário, em especial nos Estados Unidos e Europa, onde se concentram o maior número de fabricantes de produtos farmacêuticos na economia mundial. A análise conclui que apesar das autoridades antitruste monitorarem seus mercados, visando coibir essas condutas que envolvem direito de patentes e direito da concorrência, ainda se verifica uma constância na realização desses acordos com o intuito de retardar a entrada de genéricos no mercado em detrimento da livre escolha e bem-estar dos consumidores.

**Palavras-chave:** Patentes farmacêuticas. Acordos Colusivos. *Pay for Delay*.

## **1 INTRODUÇÃO**

A produção de bens de consumo é determinada e subordinada pelo sistema econômico, na busca de lucros extraordinários por parte dos agen-

---

<sup>1</sup> 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 (GEDAI/UFPR). Diretora Cultural da Associação Paulista da Propriedade Intelectual (ASPI).

tes econômicos. A vontade do consumidor é induzida e a produção tecnológica é desenvolvida para produtos que possibilitem uma ilimitada fonte de receita. Nesse cenário, temos a lógica econômica prevalecendo sobre a tecnologia (SCHUMPETER, 1997, p. 32/33).

Nesse contexto, insere-se a vulnerabilidade econômica do consumidor perante a massificação da produção e a concentração de determinados mercados, que implica na falta de poder e de discernimento sobre suas escolhas em relação aos produtos ofertados. Na cadeia global da economia contemporânea, o consumidor não possui ingerência sobre as ofertas dos bens ou serviços como, também, não tem o poder que os agentes econômicos isoladamente têm, de intervir na relação da oferta e da procura. (GLORIA, 2003, p.103).

Dessa forma, a liberdade do consumidor fica comprometida, com a redução de ofertas concentradas por grandes grupos econômicos em determinados mercados altamente relevantes para a população, como o setor farmacêutico, dominado por grandes laboratórios que concentram as ofertas de produtos, impõem barreiras à entrada ou eliminam a concorrência através de seu poderio econômico.

Nesse ambiente concorrencial, a busca permanente de diferenciação no mercado leva os agentes econômicos a se utilizarem de estratégias deliberadas, na obtenção de vantagens competitivas, onde as patentes podem ser utilizadas como fonte de barganha em acordos colusivos que podem cercear ou suprimir concorrentes, limitando a pluralidade de ofertas no mercado.

Patentes de fármacos têm sido utilizadas como ferramentas anti-competitivas, consubstanciadas em condutas lesivas que podem bloquear ou retardar a entrada de medicamentos genéricos no mercado e, também, inibir a inovação de novos produtos. O setor farmacêutico é um segmento que requer uma maior atenção das autoridades de defesa da concorrência devido ao interesse social e benéficos que trazem aos consumidores, através de uma pluralidade de ofertas de medicamentos mais acessíveis, principalmente à população mais carente.

Ao mesmo tempo, o setor é um grande desafio para as autoridades antitruste, pois envolve direitos de propriedade industrial de detentores de pa-



tentes e suas estratégias anticompetitivas para perpetuação desses direitos, impondo barreiras à entrada de concorrentes. Dessa forma, ao reprimir os abusos e promover a liberdade econômica dentro dos mercados e assegurar o equilíbrio entre os concorrentes em condições desiguais, a autoridade antitruste assegura, de forma reflexa, a soberania do consumidor, “permitindo que a decisão final seja tomada por ele, consumidor, diante das opções que lhe são oferecidas”. (BAGNOLI, 2017, p. 288)

Através de uma abordagem indutiva, esse artigo analisa como os agentes econômicos têm feito valer seus direitos sobre patentes de fármacos, através de acordos de pagamentos com potenciais fabricantes de medicamentos genéricos que visam retardar a entrada de genéricos no mercado - os chamados *Pay for Delay*, *Reverse Payment Settlement* ou *Patent Settlements* - e como esses acordos têm sido analisados pelas autoridades antitruste e pelo judiciário, em especial nos Estados Unidos e Europa, onde se concentram o maior número de fabricantes de produtos farmacêuticos na economia mundial.

## 2 A FUNÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DAS PATENTES FARMACÊUTICAS

O direito de patentes está diretamente relacionado com a necessidade de incentivar e remunerar o esforço criativo - individual ou empresarial - e fomentar o estímulo ao investimento em pesquisa científica e desenvolvimento de novos ou aperfeiçoados produtos. Trata-se de uma exceção a liberdade de concorrência, mas que promove a rivalidade entre os agentes econômicos na oferta de produtos e serviços diferenciados no mercado.

A medida em que a proteção de propriedade intelectual impõe o direito de excluir outros, pode inibir formas de concorrência - como a entrada de medicamentos genéricos no mercado - e dificultar a inovação adicional. A política de propriedade intelectual visa equilibrar e acomodar uma série de interesses legítimos, de forma positiva, que promova o bem-estar público em geral.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Análise conjunta da Organização Mundial do Comércio (OMC), Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e Organização Mundial da Saúde (OMS): Promoting Access to Medical Technologies and Innovation - Intersections between public health, intellec-

De um lado, o valor econômico das patentes permite que seus titulares recuperem os altos custos de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de produtos novos ou aperfeiçoados. Por outro, a função social da propriedade industrial que deve proporcionar aos consumidores o acesso a produtos inovadores e diferenciados, com preços competitivos, em prol do interesse coletivo.

A difusão de medicamentos genéricos ou similares é decorrente do livre uso de princípios ativos e outras formulações médico-farmacêuticas, quando expiram os prazos legais de suas proteções pelo sistema de patentes, tornando-os de domínio público. Os genéricos desempenham um papel fundamental na ampliação de ofertas e acesso a medicamentos que atinge, em especial, a população de baixa renda, com preços menores em relação ao medicamento original, trazendo um profundo impacto social e bem-estar aos consumidores.

O setor farmacêutico é um exemplo de mercado onde a função social e econômica das patentes deve ser fortemente observada pelas autoridades de defesa da concorrência, a fim de evitar abuso de direito e de poder econômico. O que se verifica, em relação a medicamentos inovadores ou genéricos, é que o valor econômico das patentes farmacêuticas originárias tem imperado em relação a sua função social, gerando atos e condutas potencialmente anticompetitivas de seus titulares, em especial atinentes aos fabricantes de genéricos.

No decorrer dos anos tem ocorrido uma intensificação das estratégias anticompetitivas das indústrias farmacêuticas em relação à entrada de genéricos no mercado, que envolvem abuso de direito de patentes, pelos seguintes fatores: *a)* aumento das vendas de genéricos, *b)* expansão do potencial competitivo dos fabricantes de medicamentos genéricos; *c)* perda de mercado das grandes empresas farmacêuticas; *d)* escassez no desenvolvimento de medicamentos inovadores e, principalmente, *e)* pelo término da vigência de patentes de medicamentos de alta relevância (PARANAGUÁ et al, 2013).

Essas estratégias anticompetitivas englobam acordos colusivos que visam bloquear ou atrasar a entrada de medicamentos genéricos no mer-

---

tual property and trade. p. 54. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/who-wipo-wto\\_2013\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/who-wipo-wto_2013_e.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

cado mundial, os chamados *Pay for Delay* ou *Reverse Payment Settlement*, ou simplesmente acordos de patentes. Essas condutas têm exigido intervenção das autoridades de defesa da concorrência, além de casos submetidos ao judiciário, principalmente na Comunidade Europeia e Estados Unidos - onde se concentram os maiores fabricantes de medicamentos para a população mundial, conforme analisaremos a seguir.

### **3 EUROPEAN COMMISSION – COMPETITION DG: MONITORAMENTO DE ACORDOS COLUSIVOS**

Em Janeiro de 2008, a Comissão Europeia de Defesa da Concorrência (CE) elaborou um estudo setorial nos mercados farmacêuticos da Comunidade Europeia, com base nas regras da concorrência (artigos 81.º e 82.º do Tratado da Comissão Europeia), uma vez que haviam evidências de que no segmento de medicamentos inovadores e genéricos a concorrência estaria sendo restringida pelas farmacêuticas de produtos originadores, protegidos por patentes.<sup>3</sup>

A CE identificou que, com a entrada de produtos genéricos no mercado europeu, houve mudanças na dinâmica do segmento farmacêutico, com movimentos reativos das grandes fabricantes de medicamentos (empresas originadoras). Esses movimentos intencionavam bloquear ou inibir a entrada de medicamentos genéricos no mercado europeu, o maior tempo possível, com a adoção de várias estratégias visando prolongar a vida comercial de seus produtos e respectivas patentes.

O estudo apontou que as ações foram feitas de forma articulada, sistemática e simultânea, envolvendo ações nas esferas administrativas, judiciais, regulatórias e econômicas. As principais estratégias identificadas foram *a*) a adoção de patentes defensivas; *b*) litígios contra potenciais concorrentes genéricos (prática de *sham litigation*); *c*) acordos de patentes com empresas de genéricos; e *d*) várias intervenções nos órgãos reguladores de lançamento de novos medicamentos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> European Commission – Competition DG. Pharmaceutical Sector Inquiry: preliminar report. Novembro, 2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf). Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>4</sup> Ibidem.

Com a iminente perda de uma patente, pela expiração do prazo de validade, as empresas farmacêuticas adotaram, entre outras, a estratégia de patenteamento defensivo (*defensive patent strategies*), a fim de bloquear o desenvolvimento de um novo medicamento concorrente.<sup>5</sup> O patenteamento defensivo, também chamado de *clusters* de patentes ou *patents thickets*, é considerado uma estratégia anticompetitiva, pois visa estender indefinidamente a validade de uma patente através de novos pedidos com reivindicações sobrepostas da patente originária. Essa estratégia cria obstáculos à inovação, gera atraso e bloqueia o desenvolvimento e aprimoramento de novos produtos pelos concorrentes.

A CE identificou que, na adoção de estratégia de patentes defensivas, as farmacêuticas (empresas originadoras) não pretendiam recorrer àquelas patentes para trazer um medicamento novo / melhorado para o mercado. Mas, sim, servir para dois propósitos: 1) estender um direito de patente que pode impedir os concorrentes de desenvolverem o objeto dessa patente; 2) introduzir a patente no estado da técnica com a publicação do pedido. Assim, a invenção tornada pública pode deixar de ser de interesse comercial para os concorrentes, uma vez que não poderiam obter proteção de novas patentes, relacionadas às invenções anteriormente protegida, sem que aquelas fossem dessas dependentes.<sup>6</sup>

No questionário da CE, respondido pelas farmacêuticas, algumas dessas empresas sustentaram que se envolvem em atividades estratégicas de patenteamento defensivo para obter oportunidades e vantagens do licenciamento dessas tecnologias. O principal efeito negativo dessa estratégia é sob a forma de custos mais elevados para as empresas farmacêuticas concorrentes inovadoras, compelidas ao pagamento de *royalties* pelo uso dessas patentes, além de bloquear a entrada de genéricos.<sup>7</sup>

Foi identificada, também, uma série de acordos firmados entre as fabricantes das patentes originárias e as empresas inovadoras ou fabricantes de medicamento genéricos. Os chamados “acordos de patentes” ou “acordos

---

<sup>5</sup> European Commission – Competition DG. Pharmaceutical Sector Inquiry: preliminar report. Novembro, 2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf). Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p.13.

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p. 06/13.

de resolução” (*patent settlements*), definidos pela CE como acordos comerciais para resolver disputas reais ou potenciais relacionadas a patentes.<sup>8</sup>

Esses acordos são específicos, dependendo da disputa em questão, e por serem comerciais também refletem as posições negociadas pelas partes, variando seus conteúdos específicos e os termos acordados. No entanto, a CE identificou que certos elementos e características básicas são encontrados em todos esses acordos firmados entre empresas originárias de medicamentos e as de genéricos na Comunidade Europeia.<sup>9</sup>

- (a) O objeto de um acordo é resolver o conflito real ou potencial, em um procedimento de oposição ou de litígio relativo à fabricação e / ou comercialização de uma versão genérica de um produto que seja reivindicado como protegido por uma patente;
- (b) O alcance geográfico de um acordo de resolução abrange tipicamente os Estados-Membros da Comunidade Europeia em que a disputa, a oposição ou o litígio ocorreram e nos territórios em que possa existir uma grande probabilidade de ocorrência.
- (c) O ponto de partida para que as empresas concluam um acordo de resolução é que elas discordem no início da disputa (através de litígio ou oposição), sobre a validade da patente da empresa originadora e/ou se a fabricação e comercialização do produto (genérico ou não) infringe a patente da empresa originadora.
- (d) As partes interessadas podem ter interesse em encerrar a disputa, por ser dispendiosa e demorada, além de seu resultado ser imprevisível. Os acordos são, portanto, uma maneira geralmente aceita para finalizar essas disputas, chegando a uma solução com um termo de compromisso (*patent settlements*), que se destina a resolver de forma completa e final as reivindicações específicas das partes.

Desde os estudos iniciados em 2008, a CE tem monitorado periodicamente os acordos de patentes entre empresas originárias e genéricas, solicitando a várias farmacêuticas que apresentem cópias de seus acordos, a fim

---

<sup>8</sup> European Commission – Competition DG. Pharmaceutical Sector Inquiry: preliminar report. Novembro, 2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf). Acesso em: 02 fev. 2020. p. 213.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 213.

de entender melhor o uso desses tipos de transação no espaço econômico Europeu e identificar aqueles que atrasam a entrada do mercado genérico em detrimento do consumidor.<sup>10</sup>

O conhecimento adquirido pela autoridade antitruste europeia durante o primeiro estudo setorial (2008) permitiu criar um *modus operandis* onde suas ações, baseadas no direito da concorrência, poderiam ser adequadas e eficazes. Dessa forma, a CE tem analisado, em particular, os acordos de patentes considerados mais problemáticos no âmbito do direito da concorrência. Aqueles que limitam a entrada de medicamentos genéricos através de vantagens comerciais e, principalmente, mediante uma transferência de valores de uma empresa originadora para um concorrente de genérico, em troca da entrada tardia de seu produto no mercado.

Foi observado que a redução dos acordos de patentes potencialmente problemáticos indicava uma maior conscientização nas indústrias farmacêuticas de que esses tipos de acordos podem atrair a atenção das autoridades de defesa da concorrência europeia. Entretanto, o número total de acordos de patentes demonstrou que as ações do CE não impediram a prática reiterada desses acordos para solução extrajudicial dessas disputas sobre patentes (HALL, 2011).

No âmbito da defesa da concorrência, a CE tem focado a aplicação das regras anticoncorrenciais no setor farmacêutico, coibindo as tentativas das empresas de atrasar ou dificultar a introdução de medicamentos genéricos ou novos e inovadores que possam competir com seus produtos já existentes no mercado, pois esse segmento é visto como um motor principal do crescimento econômico futuro do mercado europeu (HALL, 2011).

## **5 ESTADOS UNIDOS: ACORDOS DE PAGAMENTO POR ATRASO: PAY FOR DELAY**

Na economia global, os Estados Unidos é o país que reúne a maior quantidade de fabricantes de medicamentos protegidos por patentes de

---

<sup>10</sup> European Commission – Competition DG. Pharmaceutical Sector Inquiry: preliminar report. Novembro, 2008. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf)>. Acesso em 02/02/2020. p.213.

tecnologia médica e farmacêutica.<sup>11</sup> Naquele país, os acordos de patentes na área farmacêutica têm ocorrido de forma muito mais intensa que na Comunidade Europeia, chamando à atenção das autoridades americanas de defesa da concorrência e do judiciário.

Esses acordos específicos sobre patentes, que envolvem pagamentos para retardar a entrada de genéricos nos mercados, são denominados pelas autoridades judiciais e de defesa da concorrência americana (FTC – *Federal Trade Commission*) como *Reverse Payment Settlement* ou *Pay For Delay*. Ou seja, expressões utilizadas para um “acordo de pagamento reverso” ou “pagar por atraso”, entre um fabricante de fármaco protegido por patente e um “suposto” infrator de medicamento genérico.

O que caracteriza esses acordos é uma direção inversa e atípica desses pagamentos, pois quem paga é o titular da patente ao *suposto* infrator e não o *suposto* infrator ao titular da patente, o que decorre o uso da palavra “reverso” para descrevê-los, ou pagar para “atrasar” a entrada de genéricos no mercado. Os acordos ocorrem sob o quadro peculiar estruturado pela Lei *Hatch-Waxman* (Lei de Restauração de Termos de Patentes), que tem por objetivo incentivar a produção de medicamentos genéricos e aumentar a concorrência de preços ao consumidor.

Ao mesmo tempo em que preserva o lucro suficiente para as empresas farmacêuticas que detêm patentes - que continuariam a investir em P&D – a Lei *Hatch-Waxman* modificou significativamente o direito das patentes na tentativa de lidar com as forças especiais de mercado e de regulação de produtos farmacêuticos (HELLAND e SEABURY, 2015).

A Lei *Hatch-Waxman* visa equilibrar a relação entre medicamentos originários e genéricos, aumentando a extensão de patentes farmacêuticas e reduzindo os custos associados à entrada de genéricos, através de um processo para aprovação de um medicamento genérico e de incentivos para que patentes consideradas fracas sejam desafiadas pelos fabricantes de genéricos.

Dessa forma, aquela Lei regula a entrada de um fabricante de medicamentos genéricos (“G”) no mercado de um fabricante de medicamento pa-

---

<sup>11</sup> Promoting Access to Medical Technologies and Innovation - Intersections between public health, intellectual property and trade. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/who-wipo-wto\\_2013\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/who-wipo-wto_2013_e.htm). p. 64 . Acesso em: 15 ago. 2019.

tenteado (“P”), em consonância com os procedimentos exigidos pela Agência Federal Americana de Saúde - FDA (*Food and Drug Administration*), em especial os desafios do parágrafo IV. (MUNGAN, 2013, p.05)

O primeiro requerente de uma certificação do parágrafo IV da Lei *Hatch-Waxman* recebe um período de 180 dias de exclusividade no mercado de genéricos, nos termos dos procedimentos exigidos pela FDA:

- a) o requerente informa que a patente, protegida pelo medicamento de marca, é inválida ou não será violada pela versão genérica da droga;
- b) o requerente deve notificar a empresa farmacêutica de seu desafio sobre seu medicamento de marca;
- c) a empresa farmacêutica contestada tem 45 dias para responder, mediante a apresentação de uma ação por infração de patente contra o requerente;
- d) se o detentor da patente não processar o requerente, a FDA prossegue com a aprovação do medicamento genérico;
- e) Se a ação for apresentada no prazo, a FDA atrasa a aprovação por 30 meses para permitir a resolução entre as partes, através de litígio ou acordo.

Esse procedimento permite que “G” utilize os estudos clínicos de “P” (para liberação de seu medicamento de marca), para demonstrar que seu medicamento genérico é seguro e eficaz, visando obter uma certificação de que seu produto tem os mesmos ingredientes ativos e é bioequivalente ao medicamento de marca já aprovado (MUNGAN, 2013, p.05).

A permissão concedida pela Lei *“Hatch-Waxman”* para os fabricantes de genéricos utilizarem os estudos científicos prévios de um medicamento de marca, acelera a entrada de medicamentos genéricos de baixo custo no mercado, promovendo a competição e consequentemente trazendo benefícios aos consumidores.

Se “G” deseja entrar no mercado antes da expiração da patente do medicamento de marca, então “G” deve informar que aquela patente é inválida, ou que não será infringida pela entrada de seu medicamento genérico. Este ato constitui violação de patente, o que permite que “P” processe “G” por in-



fração. Só após esse procedimento for instaurado perante o FDA é que as partes podem estabelecer um “acordo” (MUNGAN, 2013, p.05).

Entretanto, o desafio do parágrafo IV da Lei *Hatch-Waxman* trouxe conseqüências imprevisíveis, que têm chamado atenção das autoridades antitruste americana. Muitos fabricantes de genéricos têm renunciado a esses desafios, através de acordos com os fabricantes do medicamento original, em troca de recebimento de valores para retardar a entrada do correspondente produto genérico no mercado.

Ademais, considerando que esses desafios podem ocorrer anos antes da expiração da última patente que abrange o medicamento original, observa-se uma preocupação de que esse fato tenha levado os concorrentes a uma “prospecção”. Ou seja, de que os futuros requerentes - do processo de desafio do parágrafo IV da Lei *Hatch-Waxman* - poderão buscar medicamentos de marcas rentáveis para desafiar ao invés de buscar patentes fracas, que poderiam ser contestadas perante o USPTO (*United States Patent and Trademark Office*) considerando, ainda, a complexidade técnica de se analisar a validade de patentes nesse segmento. (HELLAND e SEABURY, 2015. p. 02)

Nesses acordos típicos de patentes, “G” concorda em atrasar a entrada de seu medicamento genérico no mercado em troca de receber uma grande soma de dinheiro de “P”. Os incentivos das partes para alcançar um acordo podem ser entendidos focalizando o excedente gerado por tais acordos. Com o atraso da entrada do medicamento de “G” no mercado, “P” preserva seu monopólio - ou seja, sua capacidade de cobrar preços supra-competitivos pelo seu medicamento de marca. (MUNGAN, 2013, p.05).

O lucro obtido pela “P” sozinho é maior do que o lucro combinado que “P” e “G” fariam se eles competissem no mercado. Além disso, as partes podem evitar os custos de litígios e, portanto, o acordo gera um excedente igual à diferença entre lucros monopolistas e lucros de duopólio mais custos de litígios. (MUNGAN, 2013, p.05).

Nos últimos anos, a polêmica envolvendo esses acordos tem sido analisada e discutida pela FTC, tribunais americanos e doutrina. O cerne da questão é se esses acordos são pró-competitivos, promovendo o bem-estar social, ou se são anticoncorrenciais, pois permitem que “P” e “G” restrinjam a concorrência entre si e a preservação do monopólio de “P”, em detrimento dos consumidores.

Esses acordos podem ter efeitos negativos em longo prazo para os consumidores, enquanto as patentes estiverem vigentes e até que tenham seu prazo de validade expirado. Haverá mais consequências anticoncorrenciais no caso dos titulares das patentes adotarem a estratégia de patentes defensivas criando, de forma sistemática e constante, uma série de patentes secundárias, cuja duração pode perdurar indefinidamente.

Análises econômicas apontam que acordos que atrasam a entrada de genéricos no mercado, além do prazo legal da validade da patente, reduzem o bem-estar do consumidor se o valor do pagamento reverso exceder os custos de litígio do titular da patente. Essas análises foram utilizadas para apoiar regras antitruste que proibiriam tais pagamentos que excedessem o custo do litígio (KOBAYASHI et al, 2015, p.89).

Uma análise feita pela FTC indica que esses acordos de patentes - visando eliminar a concorrência potencial e compartilhar os lucros resultantes - estão no cerne das questões concorrenciais e, por essa razão, eles devem ser proibidos pelas leis antitruste. Nesse sentido, a FTC tem criticado as decisões judiciais a favor desses acordos, alegando que desde 2005 os tribunais americanos têm adotado uma abordagem indulgente com relação a tais acordos - que se tornaram uma estratégia comum das indústrias - dificultando a submissão desses casos ao escrutínio antitruste.<sup>12</sup>

Na visão da FTC<sup>13</sup>, ao eliminar o potencial de competição, se esses casos não forem analisados sob o escrutínio das regras de defesa da concorrência, as partes podem compartilhar as economias do consumidor que resultariam se eles competissem. Ou seja, a FTC concluiu que esses acordos são prejudiciais porque as partes estão resolvendo sua disputa sobre lucros do mercado, em detrimento dos consumidores<sup>14</sup>.

Nessas disputas sobre patentes as partes têm um forte incentivo para celebrar acordos que visem o sucesso de seus negócios, dissimulando o interesse

---

<sup>12</sup> Conf. Anticompetitive pay-for-delay settlements in the pharmaceutical industry: Why consumers and the Federal government are paying too much for prescription drugs. 2009. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-anticompetitive-pay-delay-settlements-pharmaceutical/p859910payfordelay.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-anticompetitive-pay-delay-settlements-pharmaceutical/p859910payfordelay.pdf). Acesso em: 28 ago. 2019.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

público, uma vez que maximizam seus próprios lucros em vez de beneficiar o consumidor. Os acordos podem privar os consumidores, tanto pela ausência da concorrência entre as partes que se acordam como pelo retardo tecnológico, se uma patente inválida não for realmente desafiada (SHAPIRO, 2001, p.07).

Os benefícios oriundos dos desafios do Parágrafo IV da Lei *Hatch-Waxman* - visando o aumento da entrada de genéricos e a redução de preços dos medicamentos - podem ter um efeito revertido por esses acordos de patentes (HELLAND Eric, SEABURY , 2015). Situações nesse sentido foram identificadas pela FTC e tribunais americanos, que analisaram *vários tipos* de acordos, aplicando diferentes parâmetros para avaliar suas legalidades o que levou a resultados conflitantes.

Três tribunais que aplicaram regras permissivas para avaliar acordos *Pay For Delay* (2º e 11º Circuito e o Circuito Federal), se basearam no pressuposto de que esses acordos, além de promoverem a inovação, devem considerar os objetivos das leis de patentes em relação às regras antitruste, considerando que:

- a) As regras que restringem severamente os acordos de patentes também podem ser contrárias aos objetivos das leis de patentes, porque o aumento do número de ações judiciais aumentariam as incertezas em torno das patentes e podem atrasar a inovação. (2º Circuito)<sup>15</sup>;
- b) O ambiente cáustico dos litígios de patentes e as restrições desses acordos podem diminuir a inovação do produto, ampliando o período de incerteza em torno da capacidade do fabricante de medicamentos de pesquisar, desenvolver e comercializar o produto patenteado ou o produto alegadamente infrator. (11º Circuito)<sup>16</sup>;
- c) Com base na “tensão” entre as leis “*antitrust*” e as leis de patentes, apenas os efeitos anticoncorrenciais fora da zona de exclusão da patente deveriam ser levados em consideração ao se aplicar a regra da razão (Federal Circuit)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Caso: Tamoxifen Citrate Antitrust Litigation., 466 F.3d 187, 203 (2º Circuit. 2006).

<sup>16</sup> Caso: Schering-Plough Corp. v. FTC, 402 F.3d 1056, 1075 (11ª Circuit. 2005).

<sup>17</sup> Caso: Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig., 544 F.3d 1323, 1333 (Federal Circuit. 2008).

Ademais, um tribunal distrital americano, por sua vez, afirmou que uma regra que torna ilegal os acordos em processos judiciais com base da Lei *Hatch-Waxman*, limita as opções disponíveis para os fabricantes de medicamentos genéricos e de marca. Se os fabricantes de marcas não conseguirem controlar ou limitar seus riscos ao resolver litígios com base nos acordos, tanto eles como os fabricantes genéricos podem estar menos inclinados a investir em P&D, associados à introdução de novos medicamentos no mercado. O tribunal considerou, ainda, que a indústria farmacêutica depende muito de P&D e dos retornos econômicos da propriedade intelectual que é gerada quando uma nova droga bem sucedida é introduzida no mercado.<sup>18</sup>

Contrariamente as posições favoráveis em relação aos acordos, a regra adotada pelo 3º Circuito pode ser caracterizada como uma que restringe o uso desses acordos típicos. Em suma, no caso concreto analisado pelo 3º Circuito<sup>19</sup> - com base em suporte empírico de que todas as patentes emitidas pelo USPTO são posteriormente consideradas inválidas ou não infringidas - o tribunal centrou-se nos perigos e custos associados às patentes fracas e concluiu sobre amplo interesse público em libertar a economia competitiva das restrições comerciais que poderiam ser impostas por acordos de fixação de preços com base em patentes limitadas ou inválidas.

O fato do 3º Circuito manifestar posição contrária aos acordos, em relação às regras favoráveis dos demais tribunais acima citados que culminou com resultados conflitantes, levou a Suprema Corte americana analisar e decidir sobre esse impasse.

No caso *FTC v. Actavis*<sup>20</sup>, a Suprema Corte americana reverteu o julgamento do 11º Circuito, alegando que não se deveria conceder uma quase automática imunidade antitruste a esses acordos, justificando que:

Em suma, um pagamento reverso, quando grande e injustificado, pode trazer consigo o risco de efeitos anticompetitivos significativos;

---

<sup>18</sup> California Court of Appeals, Fourth District Case No. D056361 (CA Dist. 4 Ct. App., Div. 1, Oct. 31, 2011). *Bayer vs Barr Laboratories et all.* Disponível em: <https://judicialview.com/State-Cases/california/Torts/In-re-Cipro-Cases-I-amp%3b-II/44/43106>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>19</sup> Caso: *K-Dur Antitrust Litigation*, 686 F.3d 197, 202 (3d Cir. 2012).

<sup>20</sup> Caso: *FTC v. Actavis, Inc.*, No. 12-416 (U.S. June 17, 2013). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416\\_m5n0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf). Acesso em: 20 ago. 2019.

Aquele que faz esse pagamento pode não ser capaz de explicar e justificá-lo; tal empresa ou indivíduo pode possuir poder de mercado derivado da patente; um tribunal, examinando o tamanho do pagamento, poderá avaliar os possíveis efeitos anticoncorrenciais, juntamente com suas justificativas potenciais sem litigar a validade da patente; e as partes podem bem encontrar maneiras de resolver as disputas de patentes sem o uso de pagamentos reversos. Em nossa opinião, essas considerações, em conjunto, superam a única e forte consideração - a conveniência dos acordos - que levou o 11º Circuito a fornecer imunidade antitruste quase automática aos acordos de pagamentos reversos.<sup>21</sup> (*tradução livre*).

A Suprema Corte americana também refutou o argumento da FTC para que os acordos sejam considerados presumidamente ilegais e que os tribunais que examinam tais acordos devem prosseguir através de uma abordagem de “visão rápida” em vez de aplicar uma “regra de razão”. A Suprema Corte alegou que os acordos, no contexto discutido, não atendem os critérios sugerido pelo FTC, justificando situações complexas:

[...] a probabilidade de um pagamento reverso que provoca efeitos anticoncorrenciais depende do tamanho, da sua escala em relação aos futuros custos de litígio e o pagamento antecipado, sua independência de outros serviços para os quais pode representar o pagamento e a falta de qualquer outra justificativa convincente. A existência e o grau de qualquer consequência anticoncorrencial também podem variar entre as indústrias.<sup>22</sup> (*tradução livre*).

Essas complexidades levaram a Suprema Corte americana a concluir que o FTC deve provar seu caso, como em outros casos em que aplica a regra de razão. Dessa forma, o FTC precisaria litigar a validade da patente, demonstrar empiricamente as virtudes ou vícios do sistema de patentes e apresentar todos os possíveis fatos de apoio ou refutar todas as possíveis pró-teorias da defesa.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Caso: *FTC v. Actavis, Inc.*, No. 12-416 (U.S. June 17, 2013). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416\\_m5n0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf). Acesso em: 20 ago. 2018., p.19/20.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.20.

A análise da regra da razão evita um inquérito sobre a validade da patente. Foi destacado pela Suprema Corte americana que, normalmente, não é necessário litigar sobre a validade da patente para responder uma questão antitruste, na medida em que o litígio seria mais demorado, complexo e dispendioso.<sup>24</sup> Essa decisão gerou análise dos críticos sobre o tema, principalmente, em relação aos desafios dos tribunais inferiores para estabelecer um procedimento relativamente preciso sob a regra da razão e outros parâmetros para análise de casos envolvendo esses acordos.

A decisão do caso *FTC vs Actavis* pela Suprema Corte<sup>25</sup> implica, também, que os juízes devem desenvolver uma visão mais sofisticada da conduta unilateral e concertada dos titulares de patentes, cujos direitos são definidos pelas políticas de patentes e da concorrência. Assim, o escopo de uma patente, definido por suas reivindicações, o monopólio de 20 anos sobre a invenção e os benefícios da eficiência dinâmica da exclusão, devem ser considerados em conjunto com o impacto que as atividades do titular da patente têm na concorrência no mercado e no bem-estar do consumidor. (LIM, 2013).

Dessa forma, as patentes não conferem um direito automático de exclusão, mas precisam ser consideradas no contexto de preocupações mais amplas das ações das partes em relação às regras da concorrência, conforme precedente da Suprema Corte americana.<sup>26</sup> Segundo PERITZ (2013, p.04), o resultado é um impasse analítico entre os direitos de exclusão das patentes e o livre acesso à concorrência, porque ambos contribuem para o crescimento econômico, mas em graus dificilmente determináveis.

Ademais, as autoridades antitruste americana, a exemplo da Comissão Europeia, têm demonstrado preocupação com os aumentos desses acordos de patentes, que atrasam a entrada e a concorrência de fabricantes de genéricos, bem como seus efeitos negativos para o consumidor e para o sistema de saúde como um todo.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Caso: *FTC v. Actavis, Inc.*, No. 12-416 (U.S. June 17, 2013). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416\\_m5n0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf). Acesso em: 20 ago. 2019., p.20.

<sup>25</sup> *FTC v. Actavis, Inc.*, No. 12-416 (U.S. June 17, 2013).

<sup>26</sup> Caso: *eBay Inc. et al vs MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006).

<sup>27</sup> Conf. <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-competition/pay-delay>.

É fato que, além dos acordos *Pay For Delay*, os fabricantes de medicamentos originiais continuam a utilizar, reiteradamente, o sistema de patentes para práticas anticompetitivas, que visem retardar a entrada de genéricos no mercado, como o caso analisado pela Suprema Corte americana, envolvendo medicamento contra a doença de *Alzheimer*.<sup>28</sup> Também, o caso recente analisado pelo FTC em 2019 envolvendo o pagamento reverso para bloquear o acesso dos consumidores a uma versão genérica de baixo custo do analgésico opioide de liberação prolongada.<sup>29</sup>

Dessa forma, os Estados Unidos - como o maior produtor mundial de medicamentos, e de suas respectivas patentes - através das autoridades ju-

---

Conf: Anticompetitive pay-for-delay settlements in the pharmaceutical industry: Why consumers and the Federal government are paying too much for prescription drugs. 2009. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-anticompetitive-pay-delay-settlements-pharmaceutical/p859910payfordelay.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-anticompetitive-pay-delay-settlements-pharmaceutical/p859910payfordelay.pdf). e **Pay-for-delay**: How drug company pay-offs cost consumers billions. 2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/pay-delay-how-drug-company-pay-offs-cost-consumers-billions-federal-trade-commission-staff-study/100112payfordelayrpt.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>28</sup> Caso: Estado de Nova York vs Actavis PLC, Forest Laboratories, LLC. Nº. 14-4624-cv. (May, 2015). Envolvendo a substituição do medicamento para tratamento da doença de Alzheimer, chamado “Namenda IR”, cuja patente expiraria em Julho/2015, pelo medicamento “Namenda XR”, cuja validade da patente secundária proibiria a versão genérica da droga entrar no mercado até 2029. A Suprema Corte americana, com base no *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 2, confirmou a decisão do tribunal distrital que concedeu uma “*preliminary injunction*”, barrando os fabricantes de restringir o acesso ao medicamento “Namenda IR” antes da entrada da versão genérica no mercado.

<sup>29</sup> Caso: genéricos Impax Laboratories LLC vs Endo Pharmaceuticals Inc. (March, 2019). A FTC anunciou seu parecer e pedido final contra a empresa farmacêutica de genéricos Impax Laboratories LLC, que se envolveu em um “pagamento reverso” para bloquear o acesso dos consumidores a uma versão genérica de baixo custo do analgésico opioide de liberação prolongada Opana ER da Endo Pharmaceuticals Inc. A FTC apontou a decisão Actavis da Suprema Corte dos Estados Unidos que considerou que eliminar o risco de concorrência por meio de um acordo de pagamento reverso em si constitui um dano anticompetitivo. A FTC constatou que havia ampla evidência de um risco de que a Impax pudesse ter lançado um produto genérico antes da data acordada, caso não tivesse celebrado o pagamento reverso com a Endo. A FTC determinou ainda que a Impax não apresentou uma justificativa pró-competitiva reconhecível para o seu pagamento reverso. Que a Impax suportou o ônus de provar que quaisquer alegados benefícios estavam adequadamente associados à restrição contestada. Como a Impax não argumentou que os benefícios pró-competitivos que identificou estavam relacionados à restrição em questão, e não ao acordo como um todo, ela falhou em satisfazer esse ônus. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/03/ftc-concludes-impax-entered-illegal-pay-delay-agreement>. Acesso em: 20 set. 2020.

diciais e de defesa da concorrência, têm estado atento e coibindo condutas de detentores de patentes de fármacos que possam utilizar seus direitos de propriedade industrial para criar barreiras à entrada de concorrentes e ao acesso a medicamentos com preços mais acessíveis para o consumidor.

## 6 CONCLUSÃO

Esse artigo teve o objetivo de analisar as condutas anticompetitivas de detentores de patentes de fármacos que utilizam seus direitos de propriedade industrial como ferramenta estratégica para desafiar as normas de defesa da concorrência, através de acordos colusivos para inibir ou retardar a entrada de medicamentos genéricos no mercado - os chamados *Pay for Delay* ou *Reverse Payment Settlement* ou acordos de patentes - e como a submissão dessas condutas têm sido analisadas pelo escrutínio das autoridades antitruste e pelo judiciário, em especial nos Estados Unidos e Europa, onde se concentram o maior número de fabricantes de produtos farmacêuticos na economia mundial.

Em um mercado dinâmico e competitivo, o abuso de direito sobre patentes reduz os incentivos dos rivais a inovar e diminui a concorrência. Como consequência, esses acordos impactam sobremaneira nas economias subdesenvolvidas e nas emergentes, em um contexto de mercado econômico global para acesso a medicamentos mais baratos visando o bem-estar do consumidor.

A análise conclui que, apesar das autoridades antitruste monitorarem seus mercados, visando coibir essas condutas que envolve o limiar entre o direito de patentes e o direito da concorrência, ainda se verifica uma constância desses acordos visando retardar a entrada de genéricos no mercado em detrimento da livre escolha dos consumidores.

Sendo assim, o papel que tem sido desempenhado pelas autoridades de defesa da concorrência e pelo judiciário, tanto nos Estados Unidos, na Comunidade Europeia, tem se mostrado fundamental para coibir abusos dessa natureza, onde os direitos de propriedade intelectual são observados tanto pelo valor econômico desses ativos intangíveis como, também, pela a função social que exercem no mercado.



## REFERÊNCIAS

ADAMSON, Steven W. **Pharmaceutical patent wars, reverse-payment settlements, and their anticompetitive effects for consumers**. March 2, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926629>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura do sistema de patentes e marcas. Passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GLORIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

HALL, Matthew. **EU Competition Law in the Pharmaceutical Sector: What Has Happened Since 2009?**. International Committee – American Bar Association, Section of Antitrust Law. Vol. 1, 2011. Disponível em: <https://www.mcguirewoods.com/news-resources/publications/international/EU-Competition-Law-Pharmaceutical-Sector.pdf>. Acesso em 14 ago. 2020.

HELLAND, Eric; SEABURY, Seth A. **Are Settlements in Patent Litigation Collusive? Evidence from Paragraph IV Challenges**. RAND Justice, Infrastructure, and Environment. 2015. Disponível em: [https://www.rand.org/pubs/working\\_papers/WR1099.html](https://www.rand.org/pubs/working_papers/WR1099.html). Acesso em: 15 ago. 2020.

KOBAYASHI, Bruce H; WRIGHT, Joshua D; GINSBURG, Douglas H; TSAI, Joanna. Actavis and multiple and entrants: beyond the temporary duopoly. **Antitrust Magazine**, Vol. 29, No. 2, pp. 89-97, 2015; Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2508094>. Acesso em: 14 ago. 2020.

LIM, Daryl. **Reverse payments: life after actavis**. Maio/2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2360795>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MUNGAN, Murat C. Reverse payments, perverse incentives. **Harvard Journal of Law & Technology**. Volume 27, nº01, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2214170>. Acesso em: 13 ago. 2020.

PARANAGUÁ, Pedro, et al. **A Revisão da Lei de Patentes – Inovação em prol da competitividade nacional**. Câmara dos Deputados, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

PERITZ, Rudolph J.R. **An Essay, taking antitrust to patent school: The instance of pay-for-delay settlements**. New York Law School Legal Studies. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2202323>. Acesso em: 14 ago. 2020. p. 04

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Coleção: Os Economistas. Tradução: Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SHAPIRO, Carl. **Antitrust limits to patent settlements**. 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=273552>. Acesso em: 20 jul. 2020.

# »»» CONDIÇÕES PARA A CUMULAÇÃO DE PROTEÇÃO ENTRE DESENHO INDUSTRIAL E DIREITO AUTORAL: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA CUMULAÇÃO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O BRASIL A PARTIR DO PARADIGMA EUROPEU

Laura Delgado Duro<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar as condições para cumulação de proteção entre desenho industrial e direito autoral. Para isso, objetiva avaliar o grau de originalidade exigido para que desenhos industriais e obras de arte aplicada constituam criações artísticas que extravasam o fim utilitário que seguem, e, portanto, possam se beneficiar da proteção conferida a obras de direito autoral. Devido à divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema no Brasil, o presente artigo visa à análise comparada da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no que tange às implicações jurídicas decorrentes da cumulação de proteção, visto que essa Corte, desde a sua criação, exerce papel fundamental na proteção e delimitação da propriedade intelectual no âmbito europeu, sendo reconhecida internacionalmente como uma fonte de referência pela profundidade de seus julgados.

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual. Desenho Industrial. Direito Autoral. Cumulação de proteção. Criações artísticas. Originalidade. Caráter utilitário.

## 1 INTRODUÇÃO

Traçar uma linha entre objetos protegidos por direitos autorais pressupõe um grande desafio, visto que é preciso determinar se tal objeto constitui

---

<sup>1</sup> Mestre em Intellectual Property and Knowledge Management pela Maastricht University (Holanda). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: lauradelgadoduro@gmail.com

uma criação intelectual que reflete a liberdade de escolha e a personalidade do autor, preenchendo a existência de originalidade. A questão do que constitui uma “obra” que pode ser protegida por direitos autorais difere consideravelmente entre jurisdições, dependendo da aplicação de leis específicas e de entendimentos jurisprudenciais. A interpretação do conceito de originalidade, à luz da dicotomia entre ideia e expressão, permeia a apreciação de obras de atividade intelectual, determinando quais obras são capazes de constituir criações intelectuais e podem se beneficiar da proteção conferida pelo direito de autor.

Na prática, algumas criações são passíveis de dupla proteção por se encaixarem em mais de uma categoria de direitos de propriedade intelectual. Esse é o caso de uma grande variedade de produtos, que abrange desde *designs* de moda, jóias e estampas têxteis, até móveis, como cadeiras, por exemplo. Haja vista que esses objetos podem ser, a princípio, protegidos tanto por desenhos industriais quanto por direitos autorais, isso pode gerar problemas pela sobreposição de dois regimes de proteção<sup>2</sup>.

Por um lado, o desenho industrial destina-se a proteger a aparência visual de um produto resultante de características, como contornos, cores, forma, textura, etc., seja essa aparência criada pela escolha de uma forma particular, ou por ornamentação da superfície, ou por uma combinação de forma e ornamentação<sup>3</sup>. De acordo com o artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), 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. Esse tipo de propriedade intelectual é uma ferramenta de *marketing* muito útil, visto que a aparência de um produto costuma ser decisiva para a escolha do consumidor, garantindo-se, com o desenho industrial, um monopólio temporário sobre o uso dessa aparência.

---

<sup>2</sup> KILMAR, Sofia Gavião. **A dupla proteção em propriedade intelectual face ao abuso de direito**. Concurso Cultural ASPI, Revista Eletrônica do IBPI Especial, p. 9. Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media\\_dl=394](https://ibpieuropa.org/?media_dl=394). Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>3</sup> DAVID, Richard; ST. QUINTIN, Thomas; TRITTON, Guy. **Tritton on Intellectual Property in Europe**. Fifth ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018, p. 677.

Por outro lado, o direito autoral visa à proteção de obras intelectuais, que podem ser literárias, artísticas ou científicas. À luz do artigo 7º da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), as obras a serem protegidas são as “*criações do espírito*”, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro<sup>4</sup>. Assim, depreende-se que uma obra é aquela capaz de transmitir dados pessoais do autor, a forma como vê o mundo, sente e percebe a realidade. Para ser protegida por direito autoral, a criação deve ser original, no sentido de ter a origem no seu criador, na capacidade de criação individual manifestada em cada obra<sup>5</sup>.

Entretanto, cumpre ressaltar que a aferição da originalidade no direito autoral difere da originalidade requerida no desenho industrial. Isso porque, no desenho industrial, a originalidade requer que o desenho resulte de uma configuração visual distintiva em relação a outros objetos anteriores<sup>6</sup>, enquanto no direito autoral, tudo aquilo que seja criado pelo espírito humano, ainda que existam outros semelhantes no mundo, é passível de proteção<sup>7</sup>.

No âmbito internacional, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, da qual o Brasil é signatário desde o ano de 1922<sup>8</sup>, trata do tema da cumulação de proteção. As obras de desenho e as obras de arte aplicada estão expressamente incluídas no âmbito da prote-

<sup>4</sup> BRASIL, **Lei 9.610/98, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>5</sup> CARRETONI, Cristina Zamaron. **Estratégias de Proteção do Design**. Disponível em: <https://www.portalintelectual.com.br/estrategia-de-protecao-do-design/>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>6</sup> Art. 97. O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279). Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>7</sup> SOARES, Danielly Dianne Meireles. **A relação existente entre direito autoral, propriedade intelectual e a moda**. Disponível em: <https://jus.com.br/noticias/68649/a-relacao-existente-entre-direito-autoral-propriedade-intelectual-e-a-moda>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>8</sup> WIPO, World Intellectual Property Office. WIPO-Administered Treaties. **Contracting Parties Berne Convention**. Disponível em: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=15](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15). Acesso em: 13 set. 2020.

ção por direito autoral pelo artigo 2(1) da Convenção de Berna<sup>9</sup>, mas essa obrigação só é relevante na medida em que tais obras sejam consideradas artísticas. Adiante, no seu art. 2(7)<sup>10</sup>, também prevê que o âmbito de aplicação das leis referentes aos desenhos industriais e às obras de arte aplicada, assim como as condições de proteção, (ou seja, a determinação se a forma ou aparência de um determinado produto deve ser considerada uma “obra” para fins de direitos autorais), é deixada para a legislação nacional e interpretação pelos tribunais<sup>11</sup>.

No Brasil, observa-se que há um vácuo normativo sobre o tema, visto que a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) não dispõe sobre a possi-

<sup>9</sup> 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#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971). Acesso em: 10 set. 2020.

Artigo 2(1) *Os temas “obras literárias e artísticas”, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.*

<sup>10</sup> 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#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971). Acesso em: 10 set. 2020.

Artigo 2(7) *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.*

<sup>11</sup> WIPO, World Intellectual Property Office. Standing Committee on The Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002. **Industrial designs and their relation with works of applied art and three dimensional marks**, p. 11. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_6.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc). Acesso em: 03 set. 2020.

bilidade de aplicação da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), cumulativamente, aos desenhos industriais. Ademais, devido às divergentes posições doutrinárias acerca do tema, muitas vezes é delegada à jurisprudência a análise de casos concretos, sem, contudo, haver consenso a respeito disso.

Por essa razão, este artigo se propõe a analisar determinados argumentos utilizados na análise de casos concretos, avaliando os problemas na interpretação jurisprudencial brasileira acerca do tema. Para isso, o trabalho também se remeterá à análise comparada da jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no que tange às implicações jurídicas decorrentes da cumulação de proteção, considerando que esta Corte é uma fonte de referência internacional no assunto pela profundidade de seus julgados.

## 2 SISTEMAS POSSÍVEIS NA CUMULAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DESENHOS INDUSTRIAIS E DIREITOS AUTORAIS

Na prática, a dupla natureza dos desenhos industriais como criações duplamente funcionais e estéticas permite ao menos dois modos de proteção, pelo regime de desenho industrial, e também por direito de autor<sup>12</sup>. Dependendo se um ou ambos os sistemas são aplicáveis, alternativamente ou simultaneamente, podem ser concebidos diferentes regimes de proteção: (i) cumulação total, (ii) cumulação parcial, ou (iii) abordagem não cumulativa, também chamada de “dualidade da arte”<sup>13</sup>.

No Brasil, como se discorrerá adiante, ainda há controvérsia em relação à adoção do regime de cumulação de direitos, devido ao vácuo normativo sobre o tema. Todavia, em âmbito internacional, a cumulação de proteção de desenhos industriais e direitos autorais é expressamente permitida

<sup>12</sup> COOK, Trevor. **The cumulative protection of designs in the European Union and the role in such protection of copyright**. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 18, Jan 2013, pp 83-87, p. 83. Disponível em: [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018\(1\)%2083-87.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018(1)%2083-87.pdf). Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>13</sup> WIPO, World Intellectual Property Office. Standing Committee on The Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002. **Industrial designs and their relation with works of applied art and three dimensional marks**, p. 11. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_6.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc). Acesso em: 03 set. 2020.

em outras jurisdições, em consonância com as disposições da Convenção de Berna. Na União Europeia, por exemplo, conforme o art. 17 da Diretiva 98/71/CE, relativa à proteção legal de desenhos e modelos, os Estados-Membros possuem liberdade para fixar o alcance da proteção ao abrigo dos direitos de autor, assim como as condições em que é conferida essa proteção, incluindo o grau de originalidade exigido<sup>14</sup>.

Na cumulação total, os regimes de desenho industrial e direito autoral operam-se simultânea e independentemente uns dos outros, sobrepondo-se de forma automática. O regime de cumulação total é adotado por diversos países, dentre eles a França, notória por sua *"teoria da unidade da arte"* (*"Unité de l'art"*). De acordo com essa teoria, a arte é considerada um conceito unitário, e por isso as criações artísticas não devem ser distinguidas ou discriminadas com base no mérito estético ou modo de expressão<sup>15</sup>. Não há distinção entre arte pura e arte industrial, porque a arte é considerada subjetiva, sendo muitas vezes difícil distinguir *"arte maior"* de *"arte menor"*.

Por outro lado, o regime de cumulação parcial segue um caminho intermediário: concede proteção aos desenhos que, devido ao seu alto nível de criatividade, podem ser comparados às belas-artes, mas exclui o *design* cotidiano ou utilitário da proteção de direitos autorais. Esse sistema é tradicionalmente adotado por países como Portugal (*"Teoria do efeito estético"*) e Alemanha (*"Stufentheorie"*)<sup>16</sup>, que exigem um alto nível de valor artístico ou julgamento estético para que subsistam direitos autorais em desenhos industriais ou objetos tridimensionais. Na prática, esses países costumam dificultar a proteção de desenhos por meio de direitos autorais, exigindo um

<sup>14</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998**, relativa à proteção legal de desenhos e modelos. Artigo 17 e Considerando 8. Disponível em português em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC_1&format=PDF). Acesso em: 07 ago. 2020.

<sup>15</sup> WIPO, World Intellectual Property Office. Standing Committee on The Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002. **Industrial designs and their relation with works of applied art and three dimensional marks**, p. 10. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_6.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc). Acesso em: 03 set 2020.

<sup>16</sup> GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright, Principles, Law and Practice* (1 edn, Oxford University PressInc 2001) 181.

padrão mais alto de originalidade para “artes aplicadas” em oposição a “belas-artes” para que os direitos autorais subsistam<sup>17</sup>.

Por fim, sob a abordagem não cumulativa, um desenho industrial só deve ser protegido como tal, e não pode, em princípio, ser assimilado a obras de arte protegidas por direitos autorais<sup>18</sup>. Nesse caso, a proteção de direitos autorais é reservada exclusivamente para obras de arte, e um determinado produto pode ser protegido *ou* por desenho autoral, *ou* por desenho industrial, não por ambos. A justificativa para essa separação estrita é evitar que criações funcionais circundem as condições mais rígidas para proteção. Assim, a forma geral ou configuração de produtos utilitários ou industriais não deve receber proteção de direitos autorais, independentemente de quão esteticamente agradável ou valiosa ela seja. Essa teoria era adotada previamente na Itália (“*scindibilità*”), antes de se tornar incompatível com a implementação da Diretiva 98/71/CE, que impôs o princípio de cumulação de proteção na União Europeia. Segundo a prévia teoria italiana, a possibilidade de dividir a parte estética ou artística do caráter funcional ou industrial de um objeto, restringia severamente, senão quase sempre impedia qualquer tentativa de proteger o desenho industrial sob os direitos autorais<sup>19</sup>.

### 3 INTERPRETAÇÃO DA CUMULAÇÃO DE DIREITOS PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, observa-se a ausência de normas legais sobre a cumulação dos regimes de proteção de desenho industrial e direito autoral, o que, por consequência, também provoca controvérsias na interpretação da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Na legislação brasileira, ao passo que a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988/73), em seu art. 6º, reconhecia “as obras de arte aplicada,

<sup>17</sup> COOK, Trevor. **The cumulative protection of designs in the European Union and the role in such protection of copyright.** Journal of Intellectual Property Rights, v. 18, Jan 2013, pp 83-87, p. 84. Disponível em: [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018\(1\)%2083-87.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018(1)%2083-87.pdf). Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>18</sup> WIPO, World Intellectual Property Office. *op. cit.*, p. 11.

<sup>19</sup> GRAY, Brian W; GAO, Rita. **Industrial Design Rights: An International Perspective**, 2016. Second ed. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, p. 177.



desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas<sup>20</sup>, a atual Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) sequer menciona as obras de arte aplicadas, deixando um vácuo normativo sobre o tema. De tal modo, a proteção conferida às obras de arte aplicadas e desenhos industriais não fica clara à luz da vigente legislação de direito autoral.

Além disso, enquanto a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), em seu art. 98, exclui expressamente a proteção por desenho industrial para as obras de caráter puramente artístico<sup>21</sup>, a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) não afasta de seu escopo a proteção das obras de arte aplicada<sup>22</sup>. Nesse caso, portanto, é possível interpretar que não há óbice para que os direitos autorais sejam cumulados com desenhos industriais.

Na doutrina brasileira, existem diferentes posicionamentos sobre essa matéria, devido à dificuldade em distinguir desenhos industriais de obras puramente artísticas. No entanto, a discussão doutrinária não será aprofundada detalhadamente neste artigo, devido à limitação de laudas e considerando o escopo do presente trabalho, que se destina, sobretudo, a avaliar a cumulação de proteção sob a ótica da interpretação jurisprudencial.

Na jurisprudência brasileira, nota-se que o assunto é controvertido, e muitas decisões inclusive confundem a finalidade de cada um dos institutos de propriedade intelectual, aplicando-os de forma errônea. Devido à relevância desse tema, e da urgência na sua discussão, mostra-se imprescindível analisar os fundamentos utilizados pelos eminentes magistrados na análise de casos concretos, bem como os problemas decorrentes das referidas interpretações jurisprudenciais.

---

<sup>20</sup> BRASIL, **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, revogada pela Lei nº 9.610, de 1998**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5988.htm). Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279). Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>22</sup> CARRETONI, Cristina Zamarion. **Estratégias de Proteção do Design**. Disponível em: <https://www.portalintelectual.com.br/estrategia-de-protecao-do-design/>. Acesso em: 14 set. 2020.

Abaixo, colaciona-se recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) que apreciou a possibilidade de cumulação de direitos no que se refere ao *design* de móveis<sup>23</sup>:

APELAÇÕES CÍVEIS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE VIOLAÇÃO DE DESENHOS INDUSTRIAIS E DIREITOS AUTORAIS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DA DUPLA PROTEÇÃO AO DESIGN DE MÓVEIS, CUMULANDO OS INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITOS AUTORAIS. CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS RELATIVOS À MESA “DOLOMITA” E DA CADEIRA “ANDROS”. NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE REGISTROS DOS DESENHOS INDUSTRIAIS JUNTO AO INPI. ÔNUS SUMBENCIAL SOBRE O VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO. [...] 2) Pretensão da autora, empresa do Grupo Saccaro, de reconhecimento da existência da proteção dos direitos autorais sobre o design de móveis dos quais alega ser cessionária de direitos autorais. 3) **O design inserido no processo industrial, com a produção e comercialização, perde a originalidade própria das obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências; O design que tem utilidade e é aplicado à indústria não é protegido pela Lei dos Direitos Autorais, pois a obra de arte pura (p.ex. a escultura) não tem uma utilidade, ela é simplesmente uma criação do artista, traduzindo sua personalidade e sensibilidade de como visualiza o mundo; O design de móveis não se trata de uma obra de arte na concepção clássica da palavra; Arte e design não são sinônimos.** 4) Independentemente da questão envolvendo a proteção pela Lei dos Direitos Autorais, a apelante também não fez prova de que a mesa “Dolomita” e da cadeira “Andros” foram desenhadas pelos designers contratados (fls. 110/117 e 123/128) e, que estes designers cederam seus direitos à autora, especificamente, aliada a falta de registro dos respectivos desenhos junto ao INPI (proteção da Lei de Propriedade Industrial) aqui reside o ponto principal, que impede por completo a pretensão da parte autora. [...]. NÃO CONHECERAM DO RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA. (Apelação Cível, Nº 70081459174, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliziana da Silveira Perez, Julgado em: 19-12-2019). (grifou-se)

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, nº 70081459174, Sexta Câmara Cível, Relatora: Eliziana da Silveira Perez, julgado em 19 dezembro 2019.

Cumpra mencionar que essa decisão foi baseada nos fundamentos adotados o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que, por sua vez, teve como objeto a análise de cumulação de direitos relativos ao *design* de joias<sup>24</sup>:

DESIGN DE JOIA. ALIANÇA. Alegação de ofensa a direito autoral por suposta contrafação de aliança. Não aplicação da Lei n. 9610/98. Aplicação do artigo 95 da Lei de Propriedade industrial. Desenho industrial. Não comprovação do certificado de registro junto ao INPI. Certificado da Escola Belas Artes que não atinge essa finalidade. DESENHO INDUSTRIAL. A sua característica de fundo que, inclusive, o diferencia dos bens industriais patenteáveis é a futilidade. Quer dizer, a alteração que o desenho industrial introduz nos objetos não amplia a sua utilidade, apenas o reveste de um aspecto diferente. FABRICAÇÃO INDUSTRIAL. **Direito autoral não protege objetos de fabricação industrial, como é o caso das alianças, mas sim a Lei 9.279/96.** É registro no INPI, do desenho industrial, que confere proteção à nova forma e original de uma joia passível de fabricação industrial. **Caso o design de joias seja voltado a uma produção de peça única ou sem aptidão para industrialização em larga escala, tal não poderá ser garantida pelo registro do desenho industrial, porque um dos requisitos legais para a concessão da proteção é que o desenho possa servir de tipo de fabricação industrial.** DANOS MATERIAIS E MORAIS. Ausência. Busca e apreensão efetivada pela polícia durante Feira de Joias, com o fim de apurar suposto delito. Exercício regular exercício de direito. HONORÁRIOS. Mantido o disposto na sentença. Recursos não providos. (Apelação Cível, Nº 0179939-87.2007.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Ênio Zuliani, Julgado em: 13/07/2016). (grifou-se)

Da leitura dos referidos acórdãos, verificam-se diferentes problemas na interpretação jurisprudencial brasileira, que merecem ser elencados e analisados de forma pormenorizada.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível, nº 0179939-87.2007.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Ênio Zuliani, Julgado em: 13 julho 2016.

Primeiro, os referidos julgados afirmam que o direito autoral não protege objetos de fabricação industrial, sendo este o objetivo da Lei de Propriedade Industrial. Especificamente, o julgado do TJRS dispõe que “[o] *design inserido no processo industrial, com a produção e comercialização, perde a originalidade própria das obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências*”. No entanto, este posicionamento é infundado, e, portanto, não merece prosperar. Ainda que os *designs* de móveis ou de jóias, por exemplo, sejam formas ornamentais apostas a produtos, e portanto tuteláveis via desenho industrial, nada impede que também possam ser, em alguns casos, verdadeiras obra de arte, compreendendo “*criações do espírito*”, na letra do art. 7º da Lei de Direitos Autorais<sup>25</sup>.

Cumpra esclarecer que não é porque um objeto pode ser produzido em mais de uma unidade que ele “perderá a sua originalidade”, e que, por isso, deveria ter a proteção por direito autoral negada. Esse argumento é demasiado simplista, e sequer faz sentido na prática, considerando que diversas criações duplamente funcionais e estéticas podem ser fabricadas em larga escala. Ademais, impende mencionar que a possibilidade de cumulação de proteção para objetos como peças de roupas<sup>26</sup>, bicicletas<sup>27</sup> e cadeiras<sup>28</sup>, já foi analisada em casos análogos pela União Europeia, mas jamais foi baseada neste fundamento.

Portanto, a princípio, não é porque a obra consiste em um objeto que integra um processo industrial que deixará de ser considerada passível de proteção por direito autoral. Diversas obras tuteladas por direitos autorais, inclusive livros, por exemplo, são inseridas em processo industrial, com produção e comercialização, mas nem por isso perdem a originalidade própria das obras intelectuais. Aliás, se isso já era verdade na época da edição da Lei de Direitos Autorais, no final dos anos 90, é ainda mais atualmente, devido à aplicação de

<sup>25</sup> KILMAR, Sofia Gavião. **A dupla proteção em propriedade intelectual face ao abuso de direito**. Concurso Cultural ASPI, Revista Eletrônica do IBPI Especial, p. 9. Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media\\_dl=394](https://ibpieuropa.org/?media_dl=394). Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>26</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. **Cofemel v G-Star Raw (Cofemel)**, C-683/17, de 12 setembro 2019.

<sup>27</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. **Brompton Bicycle Ltd v Chedech Get2Get (Brompton Bicycle)**, C-833/18, de 11 junho 2020.

<sup>28</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão da Suprema Corte da Noruega. **Tripp Trapp vs. Trumf**, HR-2012-01325-A, (case no. 2011/2020), de 27 julho 2012.

tecnologias que tornam praticamente todos os objetos passíveis de técnicas de industrialização. Por todas essas razões, portanto, o primeiro argumento utilizado pela jurisprudência brasileira se mostra impertinente.

Segundo, percebe-se que a interpretação brasileira sobre o tema da cumulação de direitos confunde a aplicação dos institutos de “arte maior” e “arte menor” com o caráter utilitário dos objetos. No caso, a jurisprudência do TJRS afirma que “[o] *design* que tem utilidade e é aplicado à indústria não é protegido pela Lei dos Direitos Autorais, pois a obra de arte pura (p.ex. a escultura) não tem uma utilidade, ela é simplesmente uma criação do artista, traduzindo sua personalidade e sensibilidade de como visualiza o mundo; O *design* de móveis não se trata de uma obra de arte na concepção clássica da palavra; Arte e *design* não são sinônimos”.

Observa-se que a jurisprudência pressupõe que somente “obras de arte puras”, como uma escultura, que não possuem utilidade, podem ser consideradas criações do artista. No entanto, há manifesto problema na interpretação de “obra de arte pura”, já que ela é subjetiva e equívoca. Conforme mencionado previamente, apesar da Lei de Propriedade Industrial, excluir expressamente a proteção por desenho industrial para as obras de caráter puramente artístico, o oposto não ocorre, uma vez que a Lei de Direitos Autorais não afasta de seu escopo a proteção das obras de arte aplicada ou desenhos industriais.

Os direitos de autor e os desenhos industriais são criações do espírito humano. Contudo, as proteções outorgadas por cada um desses institutos são, como se viu, diferentes: cada direito de propriedade intelectual possui seus próprios requisitos de subsistência, e a análise necessária para determinar a elegibilidade para um determinado tipo de direito é diferente da relativa a outros. Por isso mesmo, aplicar o critério de “utilidade”, referente a desenhos industriais, para obras artísticas, tuteladas por direito autoral, mostra-se desarrazoado.

Na prática, percebe-se que a interpretação brasileira consegue ser ainda mais restrita do que a própria aplicação clássica da teoria de separabilidade ou do “*scindibilità*” italiano. Isso porque nem mesmo no “*scindibilità*” a proteção de direito autoral aos *designs* era negada simplesmente porque eles tinham utilidade, pois este argumento é reducionista, já que *designs*

costumam ser projetados para possuírem características funcionais e/ou utilitárias, além de serem visualmente estéticos. Em realidade, a teoria da separabilidade italiana consistia na possibilidade de dividir a parte estética/artística do caráter funcional/industrial de um objeto, sem, contudo, negar a proteção pela mera existência da utilidade por si só. Infelizmente, no Brasil, a possibilidade de “distinção conceitual” entre valor estético e função útil de um objeto sequer foi aventada pela jurisprudência brasileira, o que se demonstra uma análise muito rudimentar da questão proposta.

De qualquer modo, salienta-se que mesmo a teoria da separabilidade já foi superada pela União Europeia, uma vez que os Estados-Membros são obrigados a adotar o princípio da cumulação de direitos, de acordo com as disposições da Diretiva 98/71/CE, relativa à proteção legal de desenhos e modelos. Recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) determinou que não é permitido privar qualquer proteção de direitos autorais a uma obra com base no fato de que ela é adicionalmente protegida como um desenho industrial. Este julgamento inclusive levou a uma mudança na legislação italiana, que anteriormente impedia o titular dos direitos autorais de tal proteção no caso de um desenho ser registrado<sup>29</sup>.

Além disso, no que tange à interpretação dos requisitos para aferir a cumulação de direitos na prática, é importante ressaltar que a recente interpretação jurisprudencial europeia rejeita qualquer tipo de subjetividade ou julgamento estético na avaliação da originalidade de uma obra, visto que é essa análise é arbitrária e depende de quem a faz, seja o público, os especialistas ou o juiz, como se explicará detalhadamente no próximo capítulo deste artigo.

Terceiro, também verifica-se a aplicação errônea, pela jurisprudência brasileira, do art. 8º, inciso VII, da Lei de Direitos Autorais, aos casos de cumulação de proteção, sobretudo devido ao desconhecimento da dicotomia ideia/expressão, que é um dos princípios basilares do direito autoral. Veja-se o referido dispositivo legal, *in verbis*<sup>30</sup>:

---

<sup>29</sup> DAVID, Richard; ST. QUINTIN, Thomas; TRITTON, Guy. **Tritton on Intellectual Property in Europe**. Fifth ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018, p. 737.

<sup>30</sup> BRASIL, **Lei 9.610/98, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

*Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...]*

*VII - o aproveitamento industrial ou comercial **das idéias contidas nas obras.***

É importante ressaltar que o objetivo desse dispositivo não é negar direitos autorais aos desenhos industriais, uma vez que o aproveitamento industrial ou comercial das *ideias* abstratas contidas em uma obra jamais se confunde com o aproveitamento da própria *obra* em si<sup>31</sup>. De acordo com o princípio da dicotomia ideia/expressão, ninguém possui exclusividade sobre uma ideia geral e abstrata, por exemplo, em relação a escrever um livro sobre determinado assunto. Na prática, somente o livro específico que deu forma literária ou artística à ideia que o inspirou é passível de proteção por direito autoral, e não poderia ser explorado por outrem, sem o consentimento do titular, nos termos do art. 28 da Lei de Direitos Autorais<sup>32</sup>.

Como se vê, portanto, o Brasil está numa discussão muito atrasada no que se refere à cumulação de proteção entre desenho industrial e direito autoral. Considerando a ausência de normas legais sobre o tema no país, defende-se neste trabalho que, em vez de analisar a cumulação sob uma perspectiva limitada e equivocada, a jurisprudência brasileira deveria analisar como essa questão é tratada comparativamente por outras jurisdições, tal como na União Europeia, onde os fundamentos para a aferição da cumulação direitos já foram discutidos de forma detalhada pela jurisprudência.

## **4 INTERPRETAÇÃO DA CUMULAÇÃO DE DIREITOS PELA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA**

À vista da insuficiência dos julgados brasileiros sobre o tema da cumulação de direitos, busca-se uma melhor perspectiva de análise do caso em questão a partir da ótica do direito comparado, por meio da jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),

<sup>31</sup> SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Desenho industrial**. Tomo Direito Comercial, Edição 1, julho 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/226/edicao-1/desenho-industrial>. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>32</sup> *Ibid.*

uma vez que essa Corte, desde a sua criação, exerce papel fundamental na proteção e delimitação da propriedade intelectual no âmbito europeu, sendo reconhecida internacionalmente como uma fonte de referência pela profundidade de seus julgados.

Conforme já mencionado, os Estados-Membros da União Europeia não podem mais adotar a abordagem não cumulativa, visto que a atual legislação europeia autoriza expressamente a cumulação de proteção entre desenho industrial e direito autoral. Todavia, para conferir a cumulação, certos países tradicionalmente exigem um nível mais alto de originalidade na forma de valor artístico, mérito ou caráter, tais como Portugal (“*Efeito estético*”) e Alemanha (“*Stufentheorie*”)<sup>33</sup>.

A título de contextualização do tema, o conceito de “originalidade”, no âmbito do direito autoral, já havia sido anteriormente interpretado pelo TJUE em diferentes jurisprudências, como *Infopaq*<sup>34</sup>, *BSA*<sup>35</sup>, *FAPL*<sup>36</sup>, *Painer*<sup>37</sup> e *Flos*<sup>38</sup>, mas os Estados-Membros permaneciam livres para estabelecer outros requisitos para determinar a existência ou não de originalidade e, conseqüentemente, considerar ou não aplicar os direitos autorais a casos concretos<sup>39</sup>. Apesar disso, ainda restavam dúvidas se a jurisprudência

<sup>33</sup> DERCLAYE, Estelle. **Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?**. B. Pasa (ed.), *Il design, l'innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections*, ESI Press, Naples, 2020, p. 7 e 8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507802>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>34</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ***Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (Infopaq)***, C-5/08, de 16 julho 2009.

<sup>35</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ***Bezpečnostní softwarová asociace v. Svaz softwarové ochrany (BSA)***, C-393/09, de 22 dezembro 2010.

<sup>36</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ***FA Premier League v QC Leisure and C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Limited (FAPL)***, C-403/08, de 4 de outubro de 2011.

<sup>37</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ***Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH (Painer)***, C-145/10, de 01 dezembro 2011.

<sup>38</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, ***Flos SpA v. Semeraro Casa e Famiglia SpA (Flos)***, C-168/09, de 27 janeiro 2011.

<sup>39</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão n. 268/13.2YHLSB.L1-7, Relator: Luís Espírito Santo, Julgado em: 21 fevereiro 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.NSF/33182fc732316039802565fa00497eec/8f5eadbce5a030b3802580ec003e04db?OpenDocument>. Acesso em: 10 ago. 2020.



do TJUE relativa à originalidade também incluía desenhos ou obras de arte aplicadas<sup>40</sup>.

Recentemente, a jurisprudência do TJUE esclareceu a questão de cumulação de direitos - desenho industrial e direito autoral - no caso *Cofemel*<sup>41</sup>, julgado em 2019. Essa importante decisão possui consequências de longo alcance, tanto para desenhos industriais quanto para outros objetos protegidos por direitos autorais. Por essa razão, impõe-se a análise de seus fundamentos e implicações jurídicas, que podem ser aplicadas comparativamente para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as suas respectivas necessidades.

#### 4.1 Julgamento do caso *Cofemel*, relativo à cumulação de direitos, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

No caso *Cofemel v G-Star Raw*, as empresas disputaram para determinar se a produção de versões semelhantes de peças de roupa - uma calça jeans, um moletom e uma camiseta - seria supostamente considerada uma violação de direitos autorais. Além disso, as partes discordavam quanto ao grau de originalidade exigido pela lei portuguesa de direitos autorais, particularmente na interpretação da expressão “criação artística qualificada”, de acordo com o Artigo 2(1)(i) do Código Português de Direitos Autorais e Direitos Conexos (CDADC) - teoria portuguesa do (“*Efeito estético*”).

Na apreciação deste caso, tanto o Tribunal de Primeira Instância quanto o Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal), julgaram a ré *Cofemel* culpada de violação por direitos autorais, pois os itens de vestuário da autora seriam

<sup>40</sup> DERCLAYE, Estelle. **Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?**. B. Pasa (ed.), *Il design, l’innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections*, ESI Press, Naples, 2020, p. 7 e 8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507802>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>41</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. ***Cofemel v G-Star Raw (Cofemel)*, C-683/17**, de 12 setembro 2019. Disponível em português em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217668&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3714698>. Acesso em: 07 ago. 2020.

protegidos pela lei de direitos autorais portuguesa. A demandada, então, recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que por sua vez submeteu perguntas ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Em resumo, o TJUE foi questionado se os Estados-Membros da União Europeia teriam liberdade para determinar o grau de originalidade para obras de arte aplicada e desenhos industriais, ou se o padrão de originalidade desenvolvido em jurisprudências anteriores<sup>42</sup>, que consiste na “criação intelectual do autor”, seria aplicável ao caso concreto.

No julgamento do caso *Cofemel*, o Tribunal de Justiça da União Europeia reafirmou sua jurisprudência anterior, e determinou que a noção de obra pressupõe o cumprimento de dois elementos. Primeiro, para que um objeto seja considerado original, é simultaneamente “necessário e suficiente que reflita a personalidade do seu autor, manifestando as escolhas livres e criativas deste último”<sup>43</sup>. Isso significa que o critério de originalidade não é satisfeito “quando a realização de um objeto tiver sido determinada por considerações técnicas, por regras ou por outras limitações, que não deixaram margem para o exercício de liberdade criativa”<sup>44</sup>. Segundo, a noção de obra está reservada aos elementos que são a expressão dessa criação. Conforme o TJUE já havia afirmado em jurisprudência anterior, isso “implica necessariamente a existência de um objeto identificável com suficiente precisão e objetividade”<sup>45</sup>. E também resta “a necessidade de afastar qualquer elemento de subjetividade, prejudicial à segurança jurídica, no processo de identificação do referido objeto” protegido<sup>46</sup>.

Portanto, o TJUE confirmou que o critério “criação intelectual do autor” seria suficiente para estabelecer a originalidade de obras de arte aplicada, e que a obra deve ter uma forma de expressão precisa e objetiva. Assim, caso a

<sup>42</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (Infopaq)*, C-5/08, de 16 julho 2009.

<sup>43</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Cofemel v G-Star Raw (Cofemel)*, C-683/17, de 12 setembro 2019. Disponível em português em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217668&pageIndex=0&do-clang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3714698>. Acesso em: 07 ago. 2020, parágrafo 30.

<sup>44</sup> Ibid. parágrafo 31.

<sup>45</sup> Ibid. parágrafo 32.

<sup>46</sup> Ibid. parágrafo 33.

calça jeans, o moletom e a camiseta em questão atendessem a essas condições, estariam, a princípio, protegidos por direitos autorais.

## **4.2 Análise crítica das implicações jurídicas do caso *Cofemel* quanto à cumulação de direitos**

Antes de avaliar a possibilidade de transpor os fundamentos utilizados pelo TJUE quanto à cumulação de direitos ao ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível analisar criticamente as implicações jurídicas do caso *Cofemel*, tanto os aspectos positivos quanto os negativos. Dessa forma, será possível evitar consequências indesejadas na aplicação do regime de cumulação, tendo em vista as necessidades brasileiras.

### **4.2.1 Aspectos positivos do caso *Cofemel* quanto à cumulação de proteção**

Da análise dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na decisão *Cofemel*, observa-se que o primeiro - e principal aspecto positivo - é a rejeição de qualquer aspecto subjetivo na avaliação da originalidade. Este é um bom resultado porque o valor artístico, ou um julgamento estético (como avaliar se uma obra é bonita ou não, por exemplo), é arbitrário e depende de quem faz essa análise, seja o público, os especialistas ou o juiz.

O segundo aspecto positivo é o efeito harmonizador da decisão *Cofemel*. Considerando que o requisito agora é o mesmo para todas as obras de direitos autorais, incluindo desenhos e obras de arte aplicada, essas poderão circular livremente na União Europeia, sem receio de violar as leis de direitos autorais.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> DERCLAYE, Estelle. **Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?**. B. Pasa (ed.), *Il design, l'innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections*, ESI Press, Naples, 2020, p. 7 e 8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507802>. Acesso em: 19 ago. 2020.

### 4.2.2 Aspectos negativos do caso *Cofemel* quanto à cumulação de proteção

Em que pese os benefícios acima elencados da decisão *Cofemel*, também é possível destacar alguns aspectos negativos, que devem ser explanados de forma pormenorizada. Em primeiro lugar, porque se o teste “criação intelectual do autor” for aplicado categoricamente para todos os objetos, sem requisitos subjetivos, tal como determinado em *Cofemel*, isso pode levar ao monopólio de certos artigos utilitários funcionais. Adotando-se essa rota, a princípio um objeto utilitário poderá facilmente preencher os requisitos do teste “criação intelectual do autor”, e conseqüentemente obter proteção de direitos autorais, atuando como uma alternativa para criações que não são mais elegíveis para proteção como um desenho registrado.<sup>48</sup>

Isso posto, há um risco real de que os tribunais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia sejam “muito generosos” ao conceder proteção de direitos autorais a objetos funcionais de baixa originalidade, e que esses possam ser facilmente considerados violados. Mesmo que os tribunais sejam cuidadosos e apliquem os critérios da dicotomia ideia/expressão e originalidade com bom senso, evidentemente certos desenhos industriais ou obras de arte aplicada podem acabar recebendo proteção por direitos autorais. E, dessa forma, haveria uma desvalorização dos direitos autorais ao proteger objetos banais.

Em segundo lugar, deve-se atentar que o direito autoral confere um grau de proteção muito maior ao titular, de 70 anos após a morte do autor, em oposição ao prazo de proteção concedido para desenhos industriais registrados (até 25 anos), e desenhos industriais não registrados (até 3 anos), na União Europeia. Assim, aplicar o prazo de proteção de direitos autorais a todos os desenhos industriais, independentemente de serem registrados ou não, poderia reduzir o incentivo para o registro de desenhos industriais, visto que os direitos autorais são gratuitos e automáticos - e, portanto, apresentam mais vantagens aos seus titulares em comparação com o regime de proteção de desenhos industriais.

<sup>48</sup> EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY. **Opinion on CJEU in *Cofemel v G-Star*, C-683/17**. Disponível em: [https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel\\_final\\_signed.pdf](https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel_final_signed.pdf). Acesso em: 09 ago. 2020.

Conforme salientado pelo Advogado-Geral em suas conclusões no caso *Cofemel*, a proteção dos desenhos industriais objetiva a proteção de objetos que, embora sejam novos e individualizados, apresentem caráter utilitário e possam ser produzidos em massa. Além disso, esta proteção destina-se a ser aplicada durante um período limitado, mas suficiente, para permitir rentabilizar os investimentos necessários à criação e à produção desses objetos, sem, contudo, entravar excessivamente a concorrência. Por outro lado, a proteção associada ao direito de autor, cuja duração é muito significativamente superior, deveria ser reservada aos objetos que merecem ser qualificados de obras<sup>49</sup>. Portanto, a concessão de proteção pelo direito de autor a um objeto protegido como desenho não pode pôr em causa as finalidades e a efetividade respetivas destas duas proteções<sup>50</sup>.

Entretanto, ao apreciar os fundamentos utilizados em *Cofemel*, percebe-se que, infelizmente, o TJUE sequer se manifestou quanto aos efeitos negativos da cumulação de direitos sob a perspectiva de restrição à concorrência devido à longa duração dos direitos autorais. Também não apreciou problemas causados pela incerteza jurídica da cumulação, uma vez que os concorrentes não podem saber se um desenho cujos direitos estão expirados ainda poderiam estar protegidos por direitos autorais - já que a proteção por direitos autorais é automática e dispensa a necessidade de registro.<sup>51</sup>

## 5 POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O BRASIL A PARTIR DA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EUROPEIA

A análise da jurisprudência estrangeira se mostra oportuna no presente caso, haja vista que, diferentemente da União Europeia, o Brasil não

<sup>49</sup> EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY. **Opinion on CJEU in *Cofemel v G-Star*, C-683/17**. Disponível em: [https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel\\_final\\_signed.pdf](https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel_final_signed.pdf). Acesso em: 09 ago. 2020.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> DERCLAYE, Estelle. **Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?**. B. Pasa (ed.), *Il design, l'innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections*, ESI Press, Naples, 2020, p. 9. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507802>. Acesso em: 19 ago. 2020.

possui cortes especializadas para tratar de casos envolvendo propriedade intelectual, de modo que muitas vezes esse tipo julgamento recai para órgãos fracionários que não possuem conhecimento aprofundado sobre essa complexa matéria.

Atualmente, há insegurança jurídica quanto ao regime de cumulação de direitos adotado no Brasil, havendo interpretações potencialmente conflitantes no mesmo país sobre a apreciação de casos análogos. Além do mais, em relação à harmonização do entendimento sobre esse tema, é provável que esse papel não caberá ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), devido ao óbice de analisar questões de fatos por conta da Súmula 7, que deve incluir a análise dos critérios para aferição de originalidade.

Conclui-se que o Brasil deveria rever seu posicionamento sobre a cumulação de direitos, por diferentes razões. Primeiramente, o vácuo normativo sobre o tema deveria ser solucionado, de modo a incluir expressamente a possibilidade de cumulação de direitos na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98). Ademais, as obras de arte aplicadas deveriam ser previstas na atual Lei de Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/96), tal como ocorria na legislação anterior (Lei nº 5.988/73).

Segundo, a jurisprudência brasileira deveria analisar os casos concretos que envolvem cumulação de direitos de forma mais embasada, possivelmente utilizando alguns fundamentos elaborados por outras cortes, tal como pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), visto que verificam-se diversos problemas na interpretação adotada no Brasil, os quais foram pormenorizados neste trabalho.

Com base nos fundamentos apontados, resta evidente que negar completamente a cumulação de direitos, sem embasamento jurídico pertinente, demonstra manifesta falta de conhecimento na área pelos eméritos julgadores brasileiros. A jurisprudência analisada demonstra que há confusão entre os institutos de propriedade intelectual - no caso, direito autoral e desenho industrial - sobretudo pela utilização do critério de “utilidade” para o reconhecimento de direito autoral a objetos, quando, em realidade, cada direito de propriedade intelectual possui seus próprios requisitos de subsistência. Devido à ausência de normas sobre o tema, também observa-se a equivocada aplicação do art. 8, inciso VII, da Lei de Direitos Autorais, pela jurisprudência, para negar a cumulação de direitos.

Por um lado, ao passo que na cumulação total o limite para proteção de direitos autorais com base apenas na originalidade, sem considerar requisitos estéticos, parece reduzir a barreira para se qualificar um objeto para proteção de direito autoral, sendo uma mudança provavelmente bem-vinda por *designers*, também pode ensejar consequências negativas. Uma vez que a proteção por direito autoral possui características mais atrativas, especialmente a sua duração e facilidade de aquisição, existe o risco de indivíduos buscarem menos a proteção por registro de desenho industrial, o que poderia representar um risco para a própria existência desse sistema. A aplicação de um baixo grau de originalidade aos desenhos industriais poderia resultar em uma proteção excessiva para objetos desse tipo, criando um obstáculo à concorrência. Ademais, poderia haver a desvalorização do direito autoral ao proteger “objetos banais”, a depender da análise dos tribunais quanto a casos concretos.

Por outro lado, negar totalmente a cumulação de direitos (abordagem não cumulativa) também não se mostra cabível, uma vez que certos objetos podem ser verdadeiras obra de arte, compreendendo “*criações do espírito*”, na letra do art. 7º da Lei de Direitos Autorais. Compreende-se que a justificativa para a separação estrita é evitar que criações funcionais, independentemente de quão esteticamente agradáveis possam ser, contornem as condições de proteção exigidas, e passem a se beneficiar do regime “mais vantajoso” de direito autoral. Todavia, isso pode ser feito pela aplicação de um grau mais elevado de “caráter artístico” como condição para proteger desenhos industriais sob a tutela dos direitos autorais.

Isso posto, defende-se que a avaliação de originalidade é o meio mais apto a determinar se um objeto constitui uma criação intelectual que reflete a liberdade de escolha e a personalidade do autor, cabendo, portanto, a cumulação de direitos. A princípio, recomenda-se a adoção inicial do regime de cumulação parcial pelo Brasil, o qual exige um grau mais elevado de valor artístico ou julgamento estético para que subsistam direitos autorais em desenhos industriais ou objetos tridimensionais, sistema tradicionalmente adotado em países como Portugal e Alemanha. Isso porque, no caso, o Brasil claramente ainda não discutiu a matéria o suficiente para permitir, de forma direta, um regime de cumulação total. A despeito dos problemas do regime de cumulação parcial, que pressupõe subjetividade na avaliação da origina-

lidade, como um julgamento estético quanto ao valor artístico da obra, é certo que a sua adoção cumpriria a função de proteger objetos suficientemente distintivos por direito autoral, sem, contudo, cair nos riscos gerados pela cumulação total.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto neste trabalho, constata-se que, na prática, ainda consiste um grande desafio traçar uma linha distintiva entre objetos protegidos por direitos autorais, e aqueles tutelados por desenho industrial. Considerando o vácuo normativo e as divergências jurisprudenciais sobre o tema no Brasil, observa-se que a matéria não tem sido tratada da forma mais técnica, adotando-se argumentos juridicamente equivocados para se afastar a possibilidade de cumulação de proteção entre direito autoral e desenho industrial, o que, outrora, era inclusive reconhecido expressamente por meio de lei pátria hoje revogada.

Por conta dessa dificuldade resultante da falta de aprofundamento sobre o tema no Brasil, os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no que tange à cumulação de proteção entre desenhos industriais e direito autoral, podem ser aplicados, comparativamente, ao ordenamento jurídico pátrio. Ao avaliar os aspectos positivos e negativos da decisão *Cofemel*, espera-se evitar interpretações equívocas e reducionistas sobre essa questão pela jurisprudência brasileira, tais como as examinadas no presente trabalho.

Conclui-se que a adoção de um regime intermediário é o melhor caminho a ser adotado pelo Brasil no momento, visto que cumpriria a função de proteger objetos suficientemente distintivos por direito autoral, sem, contudo, cair nos riscos gerados pela cumulação total. Isso porque expandir demasiadamente a proteção por direitos autorais pode ter diversas consequências negativas, como a potencial desvalorização da proteção por direitos autorais a objetos banais, por longos períodos, o que poderia levar ao monopólio de certos artigos utilitários funcionais, ao passo que negar totalmente a cumulação de direitos não parece ser um meio adequado, considerando que determinados objetos podem, de fato, compreender "*criações do espírito*", cabendo tutela sob o direito autoral.



À vista de todo o exposto, defende-se, portanto, que na análise de casos concretos, os tribunais brasileiros deveriam admitir a cumulação parcial de direitos com base na aferição de «originalidade». Assim, caso desenhos e obras de arte aplicada constituam criações artísticas que extravasam o fim utilitário, poderão se beneficiar da proteção conferida a obras de direito autoral, aplicando-se medidas para garantir que objetos meramente funcionais ou «menos dignos» não sejam elegíveis para proteção por direito autoral.

## REFERÊNCIAS

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#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm#:~:text=DECRETO%20No%2075.699%2C%20DE,24%20de%20julho%20de%201971). Acesso em: 10 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, revogada pela Lei nº 9.610, de 1998**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5988.htm). Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279). Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.610/98, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, nº 70081459174, Sexta Câmara Cível, Relatora: Eliziana da Silveira Perez, julgado em 19 dezembro 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível, nº 0179939-87.2007.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Ênio Zuliani, Julgado em: 13 julho 2016.

CARRETONI, Cristina Zamarion. **Estratégias de Proteção do Design**. Disponível em: <https://www.portalintelectual.com.br/estrategia-de-protecao-do-design/>. Acesso em: 14 set. 2020.

COOK, Trevor. **The cumulative protection of designs in the European Union and the role in such protection of copyright**. Journal of Intellectual Proper-

ty Rights, v. 18, Jan 2013, pp 83-87. Disponível em: [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018\(1\)%2083-87.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15739/1/JIPR%2018(1)%2083-87.pdf). Acesso em: 26 ago. 2020.

DAVID, Richard; ST. QUINTIN, Thomas; TRITTON, Guy. **Tritton on Intellectual Property in Europe**. Fifth ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.

DERCLAYE, Estelle. **Doceram, Cofemel and Brompton: How does the Current and Future CJEU Case Law Affect Digital Designs?**. B. Pasa (ed.), Il design, l'innovazione tecnologica e digitale, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele - Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protections, ESI Press, Naples, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507802>. Acesso em: 19 ago. 2020.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY. **Opinion on CJEU in Cofemel v G-Star, C-683/17**. Disponível em: [https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel\\_final\\_signed.pdf](https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/11/ecs-opinion-cofemel_final_signed.pdf). Acesso em: 09 ago. 2020.

GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright, Principles, Law and Practice* (1 edn, Oxford University Press Inc 2001).

GRAY, Brian W; GAO, Rita. **Industrial Design Rights: An International Perspective**, 2016. Second ed. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International.

KILMAR, Sofia Gavião. **A dupla proteção em propriedade intelectual face ao abuso de direito**. Concurso Cultural ASPI, Revista Eletrônica do IBPI Especial. Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media\\_dl=394](https://ibpieuropa.org/?media_dl=394). Acesso em: 10 set. 2020.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão n. 268/13.2YHLSB.L1-7, Relator: Luís Espírito Santo, Julgado em: 21 fevereiro 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.NSF/33182fc732316039802565fa00497eec/8f5eadbce5a030b3802580ec003e04db?OpenDocument>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ROSATI, Eleonora. **CJEU rules that a functional shape may be protected by copyright in so far as it is original**. Disponível em: <http://ipkitten.blogspot.com/2020/06/breaking-cjeu-rules-that-functional.html>. Acesso em: 06 set. 2020.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Desenho industrial**. Tomo Direito Comercial, Edição 1, julho 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/226/edicao-1/desenho-industria>. Acesso em: 13 set. 2020.

SOARES, Danielly Daianne Meireles. **A relação existente entre direito autoral, propriedade intelectual e a moda**. Disponível em: <https://jus.com.br/noticias/68649/a-relacao-existente-entre-direito-autoral-propriedade-intelectual-e-a-moda>. Acesso em: 15 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998**, relativa à proteção legal de desenhos e modelos. Disponível

em português em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC_1&format=PDF). Acesso em: 07 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Acórdão da Suprema Corte da Noruega. **Tripp Trapp vs. Trumf**, HR-2012-01325-A (case no. 2011/2020), de 27 julho 2012.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, **Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (Infopaq)**, C-5/08, de 16 julho 2009.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, **Bezpečnostní softwarová asociace v. Svaz softwarové ochrany (BSA)**, C-393/09, de 22 dezembro 2010.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, **FA Premier League v QC Leisure and C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Limited (FAPL)**, C-403/08, de 4 de outubro de 2011.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, **Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH (Painer)**, C-145/10, de 01 dezembro 2011.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, **Flos SpA v. Semeraro Casa e Famiglia SpA (Flos)**, C-168/09, de 27 janeiro 2011.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. **Cofemel v G-Star Raw (Cofemel)**, C-683/17, de 12 setembro 2019. Disponível em português em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217668&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3714698>. Acesso em: 07 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. **Brompton Bicycle Ltd v Chedech Get2Get (Brompton Bicycle)**, C-833/18, de 11 junho 2020.

WIPO, World Intellectual Property Office. Standing Committee on The Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Ninth Session Geneva, November 11 to 15, 2002. **Industrial designs and their relation with works of applied art and three dimensional marks**. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_9/sct\\_9\\_6.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc). Acesso em: 03 set. 2020.

\_\_\_\_\_. WIPO-Administered Treaties. **Contracting Parties Berne Convention**. Disponível em: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=15](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15). Acesso em: 13 set. 2020.

# »» PROPRIEDADE INTELECTUAL: VALOR CORPORATIVO GLOBAL E ESTRATÉGIA DAS EMPRESAS

Leonardo Cordouro<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este estudo, tem por objetivo demonstrar de maneira exemplificativa a dificuldade para que um titular de um ativo de propriedade intelectual consiga valorar seu bem, apresentando questões subjetivas que podem fazer o bem ter um valor muito elevado ou simplesmente nenhum valor. Na sequência passa a demonstrar o funcionamento básico da tecnologia blockchain, indicando suas principais características e quais são suas inovações em relação a outras tecnologias preexistentes, tratando cada uma dessas características: imutabilidade, tipo (com ou sem permissão), autenticação e identificação, e padrões de maneira explicativa para que fosse possível compreender sua aplicação. Segue demonstrando o gargalo que existe entre o surgimento de ativos de propriedade intelectual e seu efetivo reconhecimento, apresentando um cenário caótico para os próximos anos, com um aumento exponencial do número de pedidos no mundo inteiro e um backlog considerável. Trata, ainda, da dificuldade que é realizar uma busca de maneira segura para garantir que determinado produto ou serviço não viole um direito preexistente. Apresentada a tecnologia blockchain e o problema existente relacionado a ativos de Propriedade Intelectual o estudo demonstra porque essa tecnologia pode ser aplicada à Propriedade Intelectual em relação aos ativos e expõe alguns exemplos de Blockchains da iniciativa privada que já são aplicados a matéria. Por fim, apresenta o caso do Rospatent que atualmente desenvolve projetos para adotar melhores práticas sobre a aplicação de Blockchain em Propriedade Intelectual e que está beneficiando diretamente os titulares de Ativos de Propriedade Intelectual.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual, *Blockchain*, Direitos Intelectuais.

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é delimitado em tratar sobre os ativos de Propriedade Intelectual pertencentes a empresas, não é objeto deste estudo

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas Internacionais - Universidade Clássica de Lisboa. Pesquisador do GEDAI/UFPR. Advogado e membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual e da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR.

analisar questões sobre a personificação da Empresa<sup>2</sup> ou em relação ao empresário e nem tão pouco sobre a Tutela Jurídica incidente sobre estes ativos de propriedade intelectual<sup>3</sup>.

Então, os direitos de propriedade intelectual incidentes sobre ativos de propriedade intelectual são amplamente reconhecidos como ativos valiosos e possuem um papel importante nas operações das empresas, são parte relevante do seu *Valuation*<sup>4</sup> e um facilitador de transações em mercados importantes.

Mas, para além deste valor agregado, existe a possibilidade de transacionar estes ativos, seja através de licenciamento, compra e venda, fusões & aquisições, cisão, joint venture, consórcios, doação, entre outros.

E as perguntas recorrentes nas operações citadas acima são: quanto estes ativos de propriedade Intelectual valem e qual a melhor forma de transacionar estes ativos?

Por exemplo: quanto deve ser cobrado pelo titular de um direito de propriedade intelectual para que um terceiro possa explorar economicamente este direito desde que seus direitos como titular sejam mantidos ou, ainda, na realização de uma fusão qual o valor que possuem os direitos de propriedade intelectual da empresa objeto da operação?

E para responder a estas e outras perguntas o artigo busca apresentar os padrões indicados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) para a valoração destes ativos.

---

<sup>2</sup> Para aprofundamento no tema sugerimos ver: Rubens Requião. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. Pg 50.

<sup>3</sup> Para aprofundamento no tema sugerimos ver: Wachowicz, Marcos. Os Ativos Intangíveis da Empresa: A tutela jurídica das novas tecnologias e Know-how, em **O MODERNO DIREITO EMPRESARIAL DO SÉCULO XXI**. Editora GZ. 2018.

<sup>4</sup> Valuation é o processo de estimar o valor de uma empresa de forma sistematizada, usando um modelo quantitativo. Existem três formas de realizar este procedimento, seja pela análise da Renda da empresa (Fluxo de Caixa Descontado), pelo Mercado (múltiplos ou cotação) ou ainda pelos Ativos (valor de Liquidação ou Valor Contábil) e independentemente da forma escolhida este procedimento envolve parcela de subjetividade ao analisar a forma de interpretar os dados, por exemplo, realizar o Valuation de uma empresa que esta começando será difícil pela falta de histórico numéricos e por não ter um produto/serviço consolidado. Fonte: Valuation: como calcular o valor da sua empresa, disponível em: <https://endeavor.org.br/dinheiro/valuation-como-calculer-o-valor-da-sua-empresa/>. Acesso em: 28 set. 2020.

## 2 VALORAÇÃO DE ATIVO DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) através do seu projeto “IP PANORAMA”<sup>5</sup> em seu módulo 11 *IP Valuation*<sup>6</sup> define que o valor de um ativo de Propriedade Intelectual deriva, em essência da sua capacidade de excluir concorrentes de um determinado segmento de mercado. Esta capacidade de excluir outros concorrentes apesar de semelhante não deve ser confundida com o direito de exclusividade que é concedido ao titular de um ativo de Propriedade Intelectual.

Para que um ativo de Propriedade Intelectual possa ter um valor estimado, segundo a OMPI<sup>7</sup>, ele deve prover uma quantidade mensurável de benefício econômico para seu titular e aumentar o valor de outros ativos com os quais está associado.

A OMPI buscou definir parâmetros<sup>8</sup> para que estes ativos de Propriedade Intelectual fossem avaliados, são eles:

- I. “O ativo de Propriedade Intelectual deve estar sujeito a uma identificação específica e a uma descrição que o torne reconhecível;
- II. Deve haver alguma evidência tangível ou manifestação da existência do ativo de Propriedade Intelectual, por exemplo, um contrato, uma licença, um documento de registro, um disquete de computador, um conjunto de documentação de procedimento, uma lista de clientes, estar registrado em um conjunto de demonstrações financeiras, etc;

<sup>5</sup> “IP PANORAMA” foi desenvolvido para ajudar empresas de pequeno e médio porte a gerir os ativos de propriedade intelectual e sua correlata estratégia de negócios. Foi elaborado pelo *Korean Intellectual Property Office, Korean Invention Promotion Association* em conjunto com a OMPI. Disponível em: <https://www.wipo.int/sme/en/multimedia/>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>6</sup> Disponível em: [https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip\\_panorama\\_11\\_learning\\_points.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_panorama_11_learning_points.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>7</sup> Op. Cit 4: *For an IP asset to have a quantifiable value, it should: - generate measurable amount of economic benefit to its owner/user. - enhance the value of other assets with which it is associated.*

<sup>8</sup> Op. Cit 4.

- III. O Ativo de Propriedade Intelectual deve ter sido criado ou ter existido em um momento identificável (ou período de tempo) ou como resultado de um evento identificável;
- IV. O Titular do Ativo de Propriedade Intelectual deve ser capaz de legalmente transferir sua titularidade assim como sua aplicação deve ser legal;
- V. O Ativo de Propriedade Intelectual deve ter seu fluxo de receita separadamente identificável e isolado da contribuição de outros ativos empregados no negócio da companhia;
- VI. O Titular do Ativo de Propriedade Intelectual deve ser capaz de vender o Ativo, sem vender outros ativos comerciais da companhia ao mesmo comprador;
- VII. O Ativo de Propriedade Intelectual deve estar sujeito à uma possível destruição ou ao término de sua existência em um momento identificável.

Exposto os parâmetros indicados pela OMPI, indica-se como uma das formas de medir o valor de um ativo como sendo estimar os benefícios econômicos futuros esperados e que podem ser gerados pelo Ativo de Propriedade Intelectual, assim, quanto mais preciso este benefício puder ser estimado, mais precisa será a avaliação do Ativo de Propriedade Intelectual.

Entretanto essa não é a única forma de medir o valor de um ativo, pois existem várias situações onde esta estimativa de benefício futuro não pode sequer ser projetada ou, ainda, pode ter vários resultados de avaliação diferentes dependendo de como serão colocados para uso comercial e por quem.

Além disso, a realização de uma avaliação exclusivamente com base em estimativa de benefício é subjetiva. Vários são os fatores que exercem influência sobre essa avaliação, por exemplo: tratando-se de tecnologia desenvolvida, essa tecnologia já está completamente desenvolvida? Devidamente registrada junto ao respectivo escritório de patente? Qual o prazo restante para o Direito inerente ao respectivo registro?

Outros fatores que exercem influência sobre a avaliação, podem ser externos, por exemplo as forças mercadológicas, qual a atual situação dos

concorrentes no mercado que este ativo de propriedade intelectual atua? Existe uma solução similar?

Existe uma série de variáveis que devem ser consideradas ao estimar o valor dos ativos de Propriedade Intelectual, por exemplo:

I. **Contexto de avaliação:** Qual a razão pela qual o Ativo de Propriedade Intelectual está sendo submetido a avaliação? Por exemplo o Ativo está sendo colocado no mercado pela primeira vez.

Quais são os benefícios que o Titular espera que sejam gerados pelo Ativo de Propriedade Intelectual? Por exemplo, o Titular tem uma expectativa de que com a utilização deste ativo ocorra a redução de custos em sua operação.

Quem será o beneficiário direto do Ativo? Por exemplo, o próprio titular, o licenciante, etc.

II. **Tempo:** o momento em que a avaliação está sendo realizada, por quanto tempo os direitos sobre o ativo de Propriedade Intelectual serão mantidos? (considerando, por exemplo, a vida da patente ou a duração de um contrato de licença);

III. **Situação legal:** Qual a situação legal do Ativo de Propriedade Intelectual?<sup>9</sup> Encontra-se registrado, em fase de análise do pedido ou não registrado, esta variável estabelece a força dos direitos de Propriedade Intelectual do Titular e estabelece parâmetros para questões relacionadas a violação dos seus respectivos direitos;

IV. **Variáveis externas:** existência de incertezas jurídicas, por exemplo, se for questionado a licitude do produto ou do método para que este seja desenvolvido e de mercado ao estimar o benefício econômico futuro do Ativo de Propriedade Intelectual;

V. **Alcance geográfico:** em que região ou país o Ativo de Propriedade Intelectual será explorado? Em quais lugares ele estará legalmente protegido?

---

<sup>9</sup> Vários sistemas de registro de Propriedade Intelectual, entre eles o sistema de registro de marcas adotado no Brasil é do modelo atributivo, ou seja, sua propriedade e seu uso exclusivo só serão adquiridos pelo seu Titular com o efetivo registro do pedido, este sistema se contrapõe ao modelo declarativo de direito, no qual o direito é obtido através da utilização e o registro é considerado somente a homologação da propriedade do Titular.



Portanto a valoração de um ativo de Propriedade Intelectual não é algo simples, principalmente se, para vários dos questionamentos feitos acima não existir uma resposta precisa, o que tornará a análise ainda mais subjetiva.

Entretanto, ainda que seja por estimativa ou por aproximação, este valor tem que ser estabelecido, para que o Titular do Direito de Propriedade Intelectual possa explorar economicamente este ativo de maneira satisfatório.

### 3 O QUE É BLOCKCHAIN

Existem várias formas de descrever o que é a tecnologia blockchain, o presente estudo busca um viés generalista apresentando uma explicação ampla, sem se aprofundar em especificidades pois estas não são o objetivo, assim, em sua forma mais simples, a tecnologia blockchain consiste na gravação de informações de uma forma que exista confiança nas informações que foram registradas.

A tecnologia blockchain é utilizada para sincronização de dados armazenados de maneira distribuída entre todos os computadores ou servidores (“nós”) que participam da sua rede específica, ou seja, isso significa dizer que vários registros de dados idênticos são efetuados, em todos os participantes da rede. A confiança na veracidade das informações gravadas através dos registros é criada porque todos os participantes da rede, verificam e consentem com quaisquer acréscimos ou alterações<sup>10</sup> ao que está registrado<sup>10</sup>.

Considerando que a função principal da tecnologia blockchain é a manutenção de registros, ela foi aplicada inicialmente para a transferência de valores (por meio de criptomoedas)<sup>11</sup> e posteriormente utilizada em uma

<sup>10</sup> Para questões técnicas como ataque de 50%+1 da rede, bifurcação forçada em cadeia, entre outros, sugerimos: “Introdução às tecnologias dos blockchains e das criptomoedas” João Otávio Massari e Diego Kreutz, in **Revista Brasileira de computação Aplicada**, Vol. 11, nº 3, pp 12-27.

<sup>11</sup> Apesar de existirem registros de cadeias de blocos criptografados desde o início da década de 90, em trabalho realizado por Stuart Haber e W. Scott Stornetta, a primeira rede de blockchain a existir com base na tecnologia que conhecemos foi a blockchain do Bitcoin, surgida em 2008 e criada por Satoshi Nakamoto. Para mais informações sobre a criação desta rede, o Whitepaper do Bitcoin: “**Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System**”, disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

série de outras atividades que tinham como base o registro de operações, por exemplo a transferência de valores através de acordos financeiros<sup>12</sup>, contratos inteligentes para executar automaticamente uma transação quando uma ou mais pré-condições forem atendidas, entre outros<sup>13</sup>.

Os dados, uma vez armazenados através da tecnologia blockchain, não podem mais ser alterados, isso significa dizer que eles são imutáveis, pois cada bloco novo contém um resumo do bloco anterior na forma de um valor hash<sup>14</sup> seguro. E como cada bloco está conectado, ou seja, um novo bloco só existirá dentro da blockchain se todas as informações relativas aos blocos anteriores forem iguais, o tempo, a ordem e o conteúdo das transações não podem ser alterados e os blocos não podem ser substituídos.

Disso pode-se extrair que a tecnologia blockchain possui, de maneira geral, as seguintes características: imutabilidade, tipo (com ou sem permissão), autenticação e identificação, e padrões.

### 3.1 Imutabilidade

Conforme descrito acima, a blockchain por analogia, é um livro razão distribuído contendo dados imutáveis, portanto seus registros podem ser confiáveis como sendo a única fonte de verdade em relação aos seus registros.

Entretanto é preciso descrever um pouco melhor essa imutabilidade dos dados registrados, que se trata das informações incluídas na blockchain em algum ponto verificável no passado. Importante destacar que não é ne-

---

<sup>12</sup> A plataforma de blockchain Corda da empresa norte americana R3 LLC, é utilizada por mais de 200 empresas do setor financeiro ao redor do mundo, entre eles Bradesco, Itaú e B3. Fonte: <https://www.blockmaster.com.br/artigos/voce-conhece-o-blockchain-corda/>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>13</sup> As maiores empresas que adotam a tecnologia blockchain e em quem utilizam, disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/02/blockchain-50-as-maiores-empresas-que-adotam-a-tecnologia/>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>14</sup> Uma função hash é um algoritmo que mapeia dados de comprimento variável para dados de comprimento fixo, é uma sequência de bits que transforma uma grande quantidade de dados em uma pequena quantia de informações, é adotado atualmente pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial nos pedidos de depósito de Programas de Computador. Instrução Normativa nº 099/2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/arquivos-programa-de-computador/IN992019.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

cessário que a informação incluída esteja correta, a imutabilidade se refere a forma e não ao conteúdo<sup>15</sup>.

A blockchain pode então registrar ativos tangíveis e intangíveis e obrigações entre uma rede de pares usando o mesmo “livro razão”, com base em sua criptografia para manter os registros. Esses ativos e obrigações podem então ser transferidos entre os participantes daquela rede com o consentimento de todos os outros.

A tecnologia blockchain permite que os participantes da sua rede compartilhem dados e código sem a necessidade de intermediários para operar, manter, ou validar a operação. Todos os integrantes da rede compartilham os mesmos dados que são replicados em todos os nós da rede, portanto, os registros incluídos na blockchain se tornam imutáveis (mesmo se estiverem errados) e conseqüentemente criam uma trilha de auditoria com data e hora imutável.

### 3.2 Tipos de blockchain

A tecnologia blockchain, em sua versão atual comporta dois tipos:

- I. Sem permissão, que é a blockchain onde qualquer pessoa pode participar; e
- II. Com permissão, que é a blockchain onde um participante deve ser aprovado para participar.

<sup>15</sup> O princípio “GIGO” é tão aplicável aqui quanto em qualquer outro processo, a diferença é que na blockchain não se pode voltar atrás e corrigir o erro, ou seja, o erro só pode ser corrigido adicionando outro bloco à cadeia com o consentimento de todos os participantes.

*GIGO : garbage in, garbage out is a concept common to computer science and mathematics: the quality of output is determined by the quality of the input. So, for example, if a mathematical equation is improperly stated, the answer is unlikely to be correct. Similarly, if incorrect data is input to a program, the output is unlikely to be informative.*

*George Fuechsel, an early IBM programmer and instructor, is generally given credit for coining the term. Fuechsel is said to have used “garbage in, garbage out” as a concise way of reminding his students that a computer just processes what it is given. The term is now widely used in computer science classes, IT services and elsewhere. In fact, GIGO is sometimes used to refer to situations in the analog world, such as a faulty decision made as a result of incomplete information.* Disponível em: <https://searchsoftwarequality.techtarget.com/definition/garbage-in-garbage-out>. Acesso em: 28 set. 2020.

O tipo de blockchain é escolhido no momento do seu desenvolvimento e está relacionado diretamente com seus protocolos de privacidade. Uma blockchain pode ser com permissão para garantir segredos comerciais das pessoas envolvidas por exemplo ou sem permissão onde qualquer pessoa pode participar da validação das informações para garantir o cumprimento de regulamentações, como aquelas destinadas a prevenir a lavagem de dinheiro por exemplo.

Um aspecto relevante das blockchains sem permissão é que pelo fato delas serem públicas, seus participantes usam pseudônimos para proteger sua identidade e não há qualquer tipo de identificação ou autenticação dos participantes.

Por outro lado, as blockchains com permissão são privadas e protegidas por controle de acesso. Todos os seus participantes são conhecidos, identificados e autenticados e a rede pode ser controlada por um usuário criador ou central.

### **3.3 Autenticação e identificação**

Conforme o tipo de blockchain (com ou sem permissão), os seus participantes passarão por mecanismos de autenticação ou identificação<sup>16</sup>. Em uma blockchain sem permissão, ou seja, pública, seus usuários serão submetidos ao mecanismo de autenticação, ou seja, basta ele provar através dos protocolos estabelecidos na rede que ele é o próprio usuário que ele estará apto a participar da respectiva rede blockchain.

Em uma blockchain com permissão, ou seja, privada, seus usuários serão submetidos ao mecanismo de identificação, pois para a rede blockchain importa ter certeza de que aquele é efetivamente o usuário que ela permitiu participar de sua estrutura.

Neste ponto reside uma grande crítica aos blockchains com permissão, pois, se um usuário central é quem determina quem pode participar da

---

<sup>16</sup> Identificação é a capacidade de identificar exclusivamente um usuário de um sistema ou um aplicativo que esteja sendo executado no sistema. Autenticação é a capacidade de provar que um usuário ou um aplicativo é realmente quem essa pessoa ou o que esse aplicativo diz ser. Fonte: [https://www.ibm.com/support/knowledgecenter/pt-br/SSF-KSJ\\_8.0.0/com.ibm.mq.sec.doc/q009740\\_.htm](https://www.ibm.com/support/knowledgecenter/pt-br/SSF-KSJ_8.0.0/com.ibm.mq.sec.doc/q009740_.htm). Acesso em: 28 set. 2020.

sua rede blockchain, ele poderá sempre garantir ter a maioria dos participantes em seu favor (consenso) e com isso ter sempre a garantia de que não haverá questionamento em relação aos seus registros.

As blockchains sem permissão são consideradas mais confiáveis neste aspecto, porque o princípio do consenso funciona melhor, ou seja, quanto mais participantes houver na rede blockchain, maior será a quantidade de pessoas validando as informações inseridas nos blocos.

### 3.4 PADRÕES

Conforme apresentado, existem vários usos para uma rede blockchain, entretanto dificilmente uma mesma rede poderá ser utilizada para várias finalidades distintas. Por exemplo, uma rede blockchain sem permissão criada para “tokenização” de ativos<sup>17</sup> tem funcionamento distinto de uma blockchain desenvolvida para o registro de autenticidade de conteúdo Web<sup>18</sup>.

Ou, ainda, uma rede blockchain com permissão, com poucos usuários, certamente não servirá como ferramenta para o registro de operações de criptomoedas.

O que se observa com a aplicação da tecnologia blockchain é a otimização de processos, substituindo componentes existentes, ou a possibilidade de realizar o mesmo processo usando uma rede blockchain. Certo que sua maior utilização está relacionada às criptomoedas, no entanto, seu uso está sendo explorado em uma variedade de setores, incluindo aviação, onde contratos inteligentes estão facilitando a compensação entre companhias aéreas, desenvolvedores de software deste segmento, fabricantes de aeronaves, prestadores de serviço de manutenção, reparo e revisão, logística e intermediários<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “Tokenização” é o processo pelo qual se utiliza de tokens digitais criptografados como representação de propriedade de determinado ativo. Por padrão são representações de ativos tangíveis, mas isso não é uma exclusividade.

<sup>18</sup> Exemplo OriginalMy, disponível em: <https://originalmy.com/>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>19</sup> Mit Blockchain zu mehr Transparenz in der Luftfahrt. Disponível em: <https://www.lufthansa-industry-solutions.com/de-de/loesungen-produkte/luftfahrt/mit-blockchain-zu-mehr-transparenz-in-der-luftfahrt/>. Acesso em: 28 set. 2020.

O banco central russo está desenvolvendo uma rede blockchain com permissão para o seu setor bancário, buscando melhorar as transações em um ambiente confiável<sup>20</sup>.

Os possíveis usos da rede blockchain ainda não foram esgotados e em cada setor que é testada a sua aplicação os resultados resultam positivos, então é preciso conhecer o potencial que uma rede blockchain pode alcançar em relação a propriedade intelectual.

## 4 BLOCKCHAIN APLICADA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Conforme exposto acima, a propriedade intelectual tem um papel relevante para as empresas e conseqüentemente para a economia global também. A propriedade intelectual pode ser considerada como sendo novo tipo de moeda de troca porque agora é mais facilmente traduzível em valor considerando que existem critérios objetivos para a fixação de valores, mesmo em setores onde ocorre uma **rápida evolução, os direitos de propriedade intelectual que** atendem as tecnologias de base conseguem manter um valor agregado por um longo período de tempo.

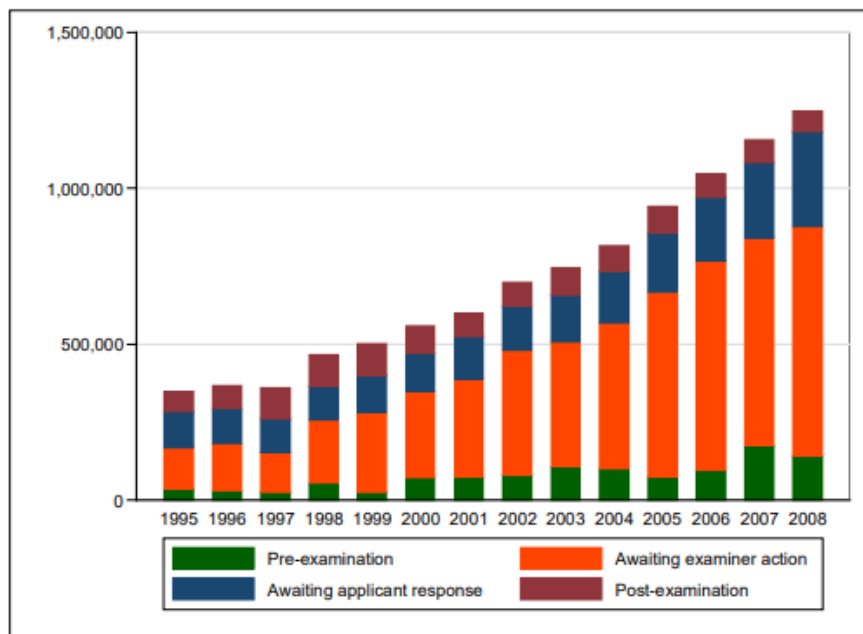
A propriedade intelectual também é um gerador de receita. Por exemplo, no ano de 2012, segundo o relatório *Intellectual Property and U.S. Economy: 2016 Update*<sup>21</sup>, a receita gerada com licenciamento de direitos de Propriedade Intelectual nos Estados Unidos gerou uma receita que ultrapassou 115 bilhões de dólares e estes valores estão crescendo ano após ano.

No entanto, existe um custo para o processo de pedido de registro de patente, que principalmente se for feito em mais de um local é elevado. Em 2009, o Escritório de Patentes e Marcas dos Estados Unidos (USPTO) tinha mais de 700.000 pedidos de patente aguardando análise preliminar e apenas 6.143 examinadores disponíveis para realizar este trabalho<sup>22</sup>. A imagem a seguir ilustra a evolução deste backlog ao longo dos anos:

<sup>20</sup> MATVEEVSKII.S.S., **FINTECH IN THE BANKING SYSTEM OF RUSSIA: PROBLEMS AND PROSPECTS** in The European Proceedings of Social & Behavioural Sciences – ISSN: 2357-1330.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf>, Pg. 26-27, e acesso em: 30 set. 2020.

<sup>22</sup> Disponível em: [https://www.wsj.com/articles/SB125513250890977347?mod=WSJ\\_hpp\\_sections\\_business](https://www.wsj.com/articles/SB125513250890977347?mod=WSJ_hpp_sections_business). Acesso em: 30 set. 2020.

**Figure 14: USPTO pending applications by type 1995-2008**

Fonte: Patent Backlogs and Mutual Recognition. Pg 49.

O prazo médio para um processo de pedido de patente, ou seja, o tempo total para processar um pedido de patente de forma que o pedido seja aprovado e uma patente seja emitida ou o pedido seja rejeitado, no ano de 2009 no USPTO foi de aproximadamente 36 meses<sup>23</sup>, atualmente o backlog de pedidos de patente aguardando análise é de aproximadamente 572.000, ou seja uma redução em relação ao ano de 2009, entretanto o prazo médio passou de 36 meses para 39 meses<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Fonte: Patent Backlogs and Mutual Recognition an economic study by London Economics, Pg 48, 2010. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/328678/p-backlog-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/328678/p-backlog-report.pdf). Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>24</sup> Fonte: <https://www.uspto.gov/dashboard/patents/>.

Ainda, o sistema de patentes é altamente litigioso. De acordo com a American Intellectual Property Law Association<sup>25</sup>, nos Estados Unidos o custo médio de um processo litigioso de patente que tenha seu valor entre 1 milhão de dólares e 25 milhões de dólares **é de** aproximadamente 1.6 milhões de dólares até o final da fase inicial (Discovery) e de aproximadamente 2.8 milhões de dólares até a resolução do processo.

Para piorar a situação, o mesmo levantamento indica que mais de 60% de todos os processos litigiosos de patentes nos Estados Unidos são movidos pela chamadas “non-practicing entities” (NPEs), ou seja, empresas que efetivamente detêm uma patente mas não exploram ativamente as mesmas e se utilizam dos litígios como o principal componente de seu modelo de negócios<sup>26</sup>.

Apesar de existirem bancos de dados sobre Patentes<sup>27</sup>, estes nem sempre são de fácil utilização pelos usuários que não tem familiaridade com os mesmos além de existir a necessidade de verificação se o país ou região objeto da pesquisa faz parte do referido repositório e o mais comum que é não conduzir um nível adequado de pesquisa de patentes. A razão significativa para isso é a dificuldade em identificar patentes relevantes usando pesquisas simples de palavras-chave e a dificuldade em analisá-las.

<sup>25</sup> Fonte: <https://www.ipwatchdog.com/2013/02/05/managing-costs-of-patent-litigation/id=34808/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>26</sup> NPE – non-practicing entity: A non-practicing entity (NPE) is someone who holds a patent for a product or process but has no intentions of developing it.

A patent is a government-issued license that gives an inventor exclusive rights to the manufacture, use or sale of his invention for a specified time period. An NPE does none of those things.

A patent troll is one type of non-practicing entity. Patent trolls amass large numbers of patents with the intention of launching patent infringement suits against companies and individuals that they maintain have illegally used some element of something for which they hold the patent. In the United States, the Federal Trade Commission (FTC) uses the term patent assertion entities (PAEs) to distinguish patent trolls from non-practicing entities that have different motives.

Other types of non-practicing entities include universities and other research organizations and individual inventors lacking the resources to further develop something they have designed or created. Fonte: <https://whatis.techtarget.com/definition/non-practicing-entity-NPE>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>27</sup> Exemplo mais relevante da atualidade é o Patentscope (PCT), entretanto países como a Argentina por exemplo não fazem do mesmo. Disponível em: <https://www.wipo.int/patentscope/en/>. Acesso em: 30 set. 2020.



Se houvesse um livro-razão distribuído que tivesse um registro público ou privado verificável e inalterável de todas as reivindicações de propriedade intelectual, incluindo o conteúdo e a estrutura desse livro-razão onde inventores e corporações pudessem pesquisar antes de desenvolver e lançar novos produtos, eles poderiam ser capazes de evitar litígios de violação de patentes, ou de pelo menos mensurar os riscos.

Outro aspecto relevante para as patentes continuarem sendo um dos ativos menos utilizados no portfólio de uma entidade e o fato de a análise de patentes, seja para fins de licenciamento, infração, fiscalização, pesquisa técnica, desenvolvimento de produto, etc., ser uma atividade complexa, que depende de conhecimentos técnicos e procedimentais.

Seria muito mais efetivo permitir que funções de *smart contracts*<sup>28</sup> operassem em um sistema de base de dados de patentes, existem poucas ferramentas automatizadas para análise de patentes e as dificuldades são várias, por exemplo a quantidade de repositórios existentes.

Outros procedimentos referentes a ativos de propriedade intelectual, como rastreamento de ativos, divulgação de patentes, histórico de pagamento de licenciamento, confiança e reputação, e gerenciamento de ativos de propriedade intelectual, são igualmente complexos. Embora para cada um desses procedimentos existam soluções no mercado, suas funcionalidades acabam por ser limitadas, pois em geral não estão vinculadas a um Escritório de Marcas e Patentes por exemplo.

A situação está piorando, com inventores de todo o mundo apresentando 3.3 milhões de pedidos de patentes em 2018, representando um aumento de 5,2% em relação a 2017 e o nono ano consecutivo de aumento da demanda por pedidos de patentes, de acordo com o relatório anual Indicadores de Propriedade Intelectual Mundial da OMPI<sup>29</sup> e a estimativa é que este número dobre nos próximos anos.

Neste diapasão, em uma realidade onde são feitos aproximadamente 9 mil novos pedidos de patente por dia, que se deve considerar a existência do

---

<sup>28</sup> Smart Contract é um protocolo autoexecutável criado em Blockchain, fonte: What is a Smart Contract? Disponível em: <https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/what-is-a-smart-contract/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>29</sup> Wipo IP Facts and Figures 2019. Pg. 7. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_943\\_2019.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_943_2019.pdf). Acesso em: 30 set. 2020.

período de sigilo<sup>30</sup>, e que existe uma intensa atividade de Pesquisa e Desenvolvimento, existir fontes mais acessíveis, com informações detalhadas de prazos por exemplo, geraria uma segurança maior para os que atuam neste segmento.

Consequentemente, como pode ser visto na descrição acima, métodos aprimorados de facilitar a preparação e pesquisa de documentos de propriedade intelectual, incluindo pedidos de patentes, garantia de direitos de propriedade intelectual e gerenciamento de ativos de propriedade intelectual e licenciamento, rastreamento de pagamentos de royalties e muitas outras tarefas, são desejáveis e podem ser realizados através da criação de uma rede blockchain destinada a isso.

#### **4.1 Exemplos que já estão sendo empregados pela iniciativa privada:**

O objetivo deste ponto é demonstrar algumas iniciativas que estão sendo aplicadas pela iniciativa privada para suprir um pouco das lacunas existentes e o primeiro exemplo é a plataforma IPWE<sup>31</sup>, que é uma plataforma que utiliza a blockchain da IBM<sup>32</sup> para monitorar mais de 5 mil patentes registradas em diversos Escritórios de Patente pelo mundo aplicando soluções de Inteligência Artificial.

A IPWE criou um registro “Global Patent Registry” (GPR), que é a forma utilizada para a aplicação na rede blockchain e com isto, possibilita que titulares de patentes obtenham liquidez com a negociação de seus ativos.

<sup>30</sup> Na legislação brasileira, por exemplo: Lei 9.279 - Art 30: O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 (dezoito) meses contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver, após o que será publicado, à exceção do caso previsto no art. 75. Na legislação americana também são 18 meses: Fonte: 35 U.S.C. 122 Confidential status of applications; publication of patent applications. (b) PUBLICATION.— (1) IN GENERAL.— (A) Subject to paragraph (2), each application for a patent shall be published, in accordance with procedures determined by the Director, promptly after the expiration of a period of 18 months from the earliest filing date for which a benefit is sought under this title. At the request of the applicant, an application may be published earlier than the end of such 18-month period. Fonte: <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s101.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>31</sup> Disponível em: <https://aboutipwe.com/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>32</sup> Disponível em: <https://www.ibm.com/blockchain>. Acesso em: 30 set. 2020. Sobre as características da rede: <https://www.ibm.com/blogs/blockchain/2019/06/introducing-the-next-gen-platform-for-enterprise-blockchain/>. Acesso em: 30 set. 2020.

A primeira transação de patentes da IPWE foi uma venda internacional de mais de cem patentes a um valor superior a 3 milhões de dólares. A análise feita pós a conclusão da operação é que a realização feita pela blockchain teve um custo consideravelmente reduzido e um prazo reduzido em quase 70 por cento em relação aos procedimentos habituais para uma operação deste tipo.

O segundo exemplo é a plataforma Bernstein<sup>33</sup> que confere um certificado de blockchain para o documento que a pessoa quiser, ou seja, a Bernstein criará uma transação blockchain que contém a identificação do ativo de propriedade intelectual e uma prova de sua propriedade. Esta plataforma utiliza padrões hash para o registro, de tal maneira que o titular não precisa divulgar dados para terceiros e nem mesmo para a Bernstein.

E o terceiro e último exemplo, é uma empresa brasileira, chamada Originalmy<sup>34</sup>, que desenvolve soluções utilizando a tecnologia blockchain e entre as suas soluções existe uma chamada PACDigital que tem, em sua descrição, como objetivo “proteger o direito autoral, prevenir contra plágio e fraude documental”, é um dispositivo que cria prova de autenticidade de conteúdo e que inclusive foi reconhecida pela ONU como case de impacto social como “Trusted Blockchain Application”<sup>35</sup>.

## **4.2 Exemplos que já estão sendo empregados em escritórios de patente**

Felizmente não é só a iniciativa privada que segue a tendência de utilizar a tecnologia blockchain para reduzir os problemas relacionados a gestão de ativos de propriedade intelectual e este estudo apresenta como exemplo o Rospatent que é o Escritório Russo relacionado a Propriedade Intelectual e que já está realizando trabalhos para utilizar a blockchain.

Atualmente no Rospatant existem mais de 10<sup>36</sup> projetos sendo desenvolvidos e que envolvem blockchain, sendo que um deles é especificamente uma plataforma digital para gerenciamento de direitos de propriedade intelectual.

---

<sup>33</sup> Disponível em: <https://www.bernstein.io/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>34</sup> Disponível em: <https://originalmy.com/>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>35</sup> Disponível em: <https://originalmy.com/blog/1704/united-nations-recognizes-originalmy-as-use-case-for-social-impact>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>36</sup> Fonte: Creation of a task to prepare recommendations for blockchain Rospatent’s view. Pg4.

Em seu projeto piloto de novembro de 2018 a plataforma possibilitava que titulares de direitos de propriedade intelectual anunciassem os mesmos, para venda ou licenciamento por exemplo e possibilitava que interessados nestes ativos realizassem as operações pela plataforma, tendo o Rospatent como intermediador da operação. Isso possibilitou que os procedimentos fossem mais rápidos (os ativos já estavam prontos para serem vendidos por exemplo), reduziu os custos, pois a validação de documentos é realizada somente uma vez e diminuiu os riscos pois as partes realizaram um cadastro junto a plataforma que desenvolveu um modelo padronizado de utilização de blockchain para a proteção de direitos de propriedade intelectual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em uma sociedade globalizada onde mercados não são mais limitados por fronteiras entre países e grande parte das operações comerciais ocorrem somente por meio digital, o conhecimento do valor agregado aos ativos de propriedade intelectual é parte fundamental da existência de algumas empresas, entretanto estes ativos nem sempre são explorados de maneira ampla.

Foram apresentados quais são os procedimentos indicados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual para a valorização destes ativos, em seguida, apresentado uma breve explicação do que é Blockchain, indicando suas principais características e demonstrando porque essa tecnologia pode ser aplicada à Propriedade Intelectual em relação aos ativos de Propriedade Intelectual.

Considerando o cenário crítico que é projetado para os próximos anos, a aplicação de soluções tecnológicas como a Blockchain, será a válvula de escape que impedirá um colapso do sistema, com essa intenção são apresentados alguns exemplos de Blockchains que já são aplicados na iniciativa privada para tratar de Ativos de Propriedade Intelectual.

Por fim, deve-se observar de perto o caso de alguns escritórios que adotaram melhores práticas sobre a aplicação de Blockchain em Propriedade Intelectual e que estão beneficiando diretamente os titulares de Ativos de Propriedade Intelectual.

## REFERÊNCIAS

ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin**: unlocking digital cryptocurrencies; Sebastopol, Califórnia: O'Reilly Media, 2014;

BIRYUKOV, Sergey. **CREATION OF A TASK TO PREPARE RECOMMENDATIONS FOR BLOCKCHAIN** "Rospatent's view". Rospatent 2019;

BRAGA, M., Alexandre: **TECNOLOGIA BLOCKCHAIN** :Fundamentos, Tecnologias de Segurança e Desenvolvimento de Software. Disponível em: [https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/09/whitepaper\\_blockchain\\_fundamentos\\_tecnologias\\_de\\_seguranca\\_e\\_desenvolvimento\\_de\\_softwar\\_FINAL.pdf](https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/09/whitepaper_blockchain_fundamentos_tecnologias_de_seguranca_e_desenvolvimento_de_softwar_FINAL.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020;

CROSBY, M. et al. Blockchain Technology: Beyond Bitcoin. **Applied Innovation Review**, Berkeley: junho 2016 nº2;

ENGLISH, M; AUER, S; DOMINGUE, J. **Blockchain Technologies & The Semantic Web: A Framework for Symbiotic Development, Computer Science**, University of Bonn, Germany e The Open University, Milton Keynes, UK;

FERREIRA, F. **Blockchain e Ethereum**: Aplicações e Vulnerabilidades. São Paulo: USP Instituto de Matemática e Estatística, 27 de novembro de 2017;

FOURNIER, K.: **Leveraging Blockchain for the IP Ecosystem**, IBM, 30 de Abril de 2019;

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: Valuation of Intellectual Property Assets. 2019.

LEE, MICHELLE K., ANTONIPILLAI, JUSTIN. **Intellectual Property and the U.S. Economy**: 2016 Update. USPTO. 2016.

MAINELLI, M. SMITH, M. Sharing ledgers for sharing economies: an exploration of mutual distributed ledgers (aka blockchain technology) **The Journal of Financial Perspectives**: FinTech, verão 2015 volume 3, nº3.;

MASSARI, João, O. e KREUTZ, Diego: Introdução às tecnologias dos blockchains e das criptomoedas in **Revista Brasileira de computação Aplicada**, Vol. 11, nº 3, pp 12-27.

MATVEEVSKII.S.S., **FINTECH IN THE BANKING SYSTEM OF RUSSIA**: PROBLEMS AND PROSPECTS in The European Proceedings of Social & Behavioral Sciences – ISSN: 2357-1330.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2000. Pg 50.

ROSE, Anne. Blockchain: Transforming the registration of IP rights and strengthening the protection of unregistered IP rights in **WIPO MAGAZINE**, julho 2020.

ROSPATENT **Annual Report 2017**; Disponível em <https://rupto.ru/en/reports2017>. Acesso em: 21 abr. 2020;

SAVELYEV, ALEXANDER. **Copyright in the Blockchain Era**: Promises and Challenges. In Basic Research Program. National Research University Higher School of Economics (HSE). 2017.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution**: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World; Londres: Penguin, 2016

WACHOWICZ, Marcos. Os Ativos Intangíveis da Empresa: A tutela jurídica das novas tecnologias e Know-how, em **O MODERNO DIREITO EMPRESARIAL DO SÉCULO XXI**. Editora GZ. 2018.

# »» O PAPEL DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL EM CONFLITOS ECONÔMICOS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA GEOPOLÍTICA E DO DIREITO INTERNACIONAL

Bruno Martins<sup>1</sup>

Fabiano Gonzaga<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de uma análise acerca dos direitos de propriedade intelectual no âmbito internacional partindo de uma perspectiva histórica desde a Convenção de Paris até o TRIPS e os desencadeamentos para a contemporaneidade, analisando especificamente esses aspectos como motivos determinantes relacionados à guerra comercial entre Estados Unidos e China. Em relação aos resultados do estudo, percebe-se que apesar do acordo TRIPS ser considerado um marco no que tange à cooperação entre os Estados membros, muitas vezes a competitividade se sobrepõe a essa cooperação de modo a ensejar conflitos por uma posição privilegiada na geopolítica mundial de um país em relação aos demais.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual; Competitividade Internacional e Desenvolvimento.

## INTRODUÇÃO

Na época do capitalismo globalizado, o desenvolvimento tecnológico e o crescimento econômico, ainda mais do que tempos passados, se tornam elementos centrais na análise geopolítica mundial. Desse modo, os direitos de propriedade intelectual acabam recebendo suma importância para concretizar os 'objetivos' da contemporaneidade.

---

<sup>1</sup> Graduando em direito pelo IBMEC- RJ

<sup>2</sup> Graduando em direito pela UERJ

Nessa toada, partindo de uma perspectiva histórica, é notório que os países sempre foram marcados por essa competitividade, de modo a buscar o poder para impor, através do *soft power* ou até mesmo do *hard power*, sua soberania frente ao demais.

Com a assinatura do Acordo TRIPS, em 1994, passou-se a dar enfoque à cooperação internacional como principal pilar entre os Estados-membros no que tange à proteção aos direitos de propriedade intelectual. Contudo, percebe-se que, apesar desse foco na cooperação internacional, a competitividade e a busca pelo poder só aumentaram, desencadeando em eventuais conflitos internacionais econômicos.

Dessa forma, aparecem como objetivos ao presente trabalho:

- Definir o escopo da Propriedade Intelectual e determinar como afeta no desenvolvimento dos países e na busca pelo poder econômico-geopolítico;
- Aprofundar a interpretação histórica acerca dos direitos referentes à propriedade intelectual num âmbito internacional, analisando os principais acordos e convenções internacionais concernentes à matéria;
- Análise das ambições dos países referentes à busca pelo poder e o desenvolvimento econômico e tecnológico;
- Desenvolver acerca do principal conflito econômico dos dias atuais, a disputa entre China e Estados Unidos.

## **1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E ECONÔMICO DA NAÇÃO**

A propriedade intelectual configura um ramo do direito privado que a tutela os bens imateriais. Nesse sentido, Denis Borges Barbosa a conceitua da seguinte forma:

A Convenção da OMPI define como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas exe-



cutantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. (BARBOSA, 2010, p. 10)

Com o passar do tempo, a propriedade intelectual passou a receber maior destaque, como um mecanismo inerente ao próprio desenvolvimento econômico de uma nação, tendo, por óbvio, impacto na coletividade<sup>3</sup>. Nesse sentido, a propriedade intelectual e a economia acabam convivendo em uma via de mão dupla, seja por meio da proteção à invenção por impedir a produção de terceiros e consequente impacto nos preços, seja por impulsionar o país no desenvolvimento econômico, com ênfase nesse segundo caminho.

Esse impulsionamento ocorre, pois, segundo Grau-Kuntz (2009, p. 84), os sistemas propriedade industrial não tem como fim a proteção dos bens intangíveis em si, mas sim fomentar a inovação e a concorrência, utilizando tal proteção como meio.

Nota-se que o poder de desenvolvimento de um país, a partir de um sistema de propriedade intelectual forte e estruturado, se constitui como uma das bases de uma economia globalizada. Nesse sentido:

*It is not a surprise that, as the global economy has increasingly become based on knowledge and innovation, the question of intellectual property rights has become central in the global economics debate. (CIMOLI et. al., p.503)*

Entretanto, a existência de um sistema de propriedade intelectual nacional não acarretará necessariamente em desenvolvimento econômico. Devem ser observadas todas as circunstâncias de determinado local para que,

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: “[...] é possível afirmar que a abordagem econômica tem sido cada vez mais utilizada por juristas e economistas para delinear as justificativas da propriedade intelectual.”(LILLA, 2014, p.34)

de fato, seja conferido o estímulo ao desenvolvimento a partir da propriedade intelectual (CIMOLI et. al., p. 4).

Inclusive, essa relação entre desenvolvimento econômico e propriedade intelectual é exposta no art. 7 do Acordo TRIPS (*"Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights"*), que delimita as diretrizes internacionais a serem seguidas no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual. Eis o dispositivo em teor:

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

Partindo dessa premissa, é de claro entendimento que as inovações tecnológicas nos diferentes campos de atuação humana servem para aprimorar as atividades realizadas, incrementando o progresso científico e desenvolvimento tecnológico e econômico do país, (LILLA, 2014, p. 34), sendo assim um dos elementos centrais de um sistema capitalista (SCHUMPETER, 1942). Da mesma forma, também é visível o papel da propriedade intelectual como uma das diferentes formas de se criar um ambiente propício para essa inovação<sup>4</sup>.

Importante observar a propriedade intelectual, com ênfase na propriedade industrial, a partir de dois aspectos fundamentais para entender sua dinâmica: a sua noção como parte de uma efetiva política para desenvolvimento nacional<sup>5</sup> e como elemento que compõe o comércio interna-

<sup>4</sup> A Lei de Inovação brasileira (Lei 10.973/2004), por exemplo, estipula diversas regras relativas à gestão de diferentes ativos intangíveis. Entre elas estão: os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º que tratam da propriedade intelectual de empresas inovadoras cujo capital social tenha participação da União ou dos entes federativos; o artigo 9º que trata da gestão da propriedade intelectual em casos de parceria entre ICTs (Institutos de Ciência e Tecnologia) e entes públicos ou privados; e o artigo 21-A que inclui a proteção da propriedade intelectual como um dos parâmetros para a concessão de bolsas de estímulo à inovação.

<sup>5</sup> Sobre essa relação entre a propriedade intelectual e políticas para o desenvolvimento, Denis Borges Barbosa (2003, p. 547-548) demonstra, especificamente sobre o sistema de

cional. Sobre esse último aspecto, importante observar que o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (“Acordo TRIPS”) foi assinado justamente no contexto da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), demonstrando assim que dentro da lógica do comércio internacional há um interesse por previsões claras acerca da propriedade intelectual justamente para se garantir uma proteção para além dos próprios sistemas nacionais.

Dessa forma, o sistema de propriedade intelectual, dessa forma, não existe de maneira isolada, sendo inerente ao próprio sistema de inovação do país, que por sua vez faz parte do sistema econômico (CIMOLI et. al., p. 4). Ou seja, o referido sistema de propriedade intelectual impacta diretamente no sistema econômico, tanto nas questões concorrencias como também nas questões econômicas (CIMOLI et. al., p. 5). Desse modo, mostra-se como acertada a conjuntura desses sistemas, de modo que os mesmos se encontram ligados e funcionam de maneira correlacionada a impactar no desenvolvimento do país.

Logo, a partir da referida análise, passa-se a observar acerca das questões da inovação e das questões concorrenciais no âmbito internacional, com uma possível nova disputa geopolítica entre países, nos moldes de uma corrida tecnológica em busca de poder através de inovações.

## **2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

### **2.1 O direito internacional da propriedade intelectual no contexto pré-TRIPS.**

Os primeiros esforços para se criar um sistema internacional de propriedade intelectual datam do final do Século XIX, quando dois tratados internacionais sobre o tema foram firmados – a Convenção de Paris para a Propriedade Industrial de 1883 e a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1887 - e estabeleceram as primeiras disposições comuns relativas ao tema (ABBOT et. al., p. 234).

---

patente brasileiro, como ele pode ser usado como política de desenvolvimento industrial e tecnológico do país.

Na Convenção de Paris podemos observar, por exemplo, pela primeira vez uma tentativa, através do seu artigo 2<sup>o</sup>, de afastar a discriminação entre nacionais e estrangeiros dentro de um sistema nacional de propriedade industrial. Nesse sentido, Maristela Basso afirma que todos os membros da União irão usufruir, em todos os nacionais dos países signatários da União, das vantagens que suas leis concederem e com base nos direitos da Convenção de Paris, conferindo a todos a mesma proteção e recursos legais contra atentados aos seus direitos (2000, p .75).

Esse princípio da não discriminação permeia o sistema internacional da propriedade industrial até hoje, podendo ser conferido tanto no TRIPS, em seu artigo 1(3)<sup>7</sup>, quanto em acordos regionais e tratados bilaterais<sup>8</sup>.

Em que pese o caráter internacional dos referidos tratados, o período entre a entrada em vigor destes tratados e a criação da OMPI em 1967 também foi marcada por ações de caráter regional. Polido destaca, nesse senti-

---

<sup>6</sup> A redação original do referido artigo é a seguinte: “Art. 2º Os subditos ou cidadãos de cada um dos Estados contractantes gozarão, em todos os outros Estados da União, no que fôr relativo aos privilégios de invenção, aos desenhos ou modelos industriais, às marcas de fabrica ou de commercio e ao nome commercial ás vantagens que as leis concedem actualmente ou vierem a conceder aos nacionaes. Terão, por consequencia, a mesma protecção que estes e o mesmo recurso legal contra todo prejuizo causado aos seus direitos, sob reserva do cumprimento das formalidades e das condições impostas aos nacionaes pela legislação de cada Estado”.

<sup>7</sup> Artigo 1(3). Os Membros concederão aos nacionais de outros Membros o tratamento previsto neste Acordo. No que concerne ao direito de propriedade intelectual pertinente, serão considerados nacionais de outros Membros as pessoas físicas ou jurídicas que atendam aos critérios para usufruir da proteção prevista estabelecidos na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, quando todos Membros do Acordo Constitutivo da OMC forem Membros dessas Convenções. Todo Membro que faça uso das possibilidades estipuladas no parágrafo 3 do Artigo 5 ou no parágrafo 2 do Artigo 6 da Convenção de Roma fará uma notificação, segundo previsto naquelas disposições, ao Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o “Conselho para TRIPS”).

<sup>8</sup> Sobre a noção de não discriminação em tratados bilaterais, podemos conferi-la, por exemplo, no Artigo 2.2 do Acordo de Livre Comércio entre Estados Unidos e Coreia do Sul assinado em 2007. Em âmbito regional, o Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul, em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem (1995) prevê em seu Artigo 3º que as partes do protocolo não ofereceram um tratamento menos favorável aos nacionais dos demais países signatários em relação aos nacionais do próprio país.

do, medidas tomadas no âmbito pan-americano que opuseram os interesses dos Estados Unidos e aqueles dos países do continente europeu:

Até a efetiva criação da OMPI, em 1967, o sistema multilateral erigido pelas Uniões de Paris e de Berna conviveu com iniciativas estanques de regionalismo, como a formação do sistema pan-americano. A história das negociações iniciadas em 1889, com a primeira Reunião Pan-Americana sobre Propriedade Industrial, evidenciar que boa parte dos instrumentos adotados naquela ocasião esteve ligada à concorrência dos países, em especial dos Estados Unidos, com a centralidade do sistema europeu da propriedade intelectual, baseado na estrutura estabelecida pelas Uniões de Paris e de Berna. (2010, p. 41)

Dessa forma, podemos observar que, apesar de haver previsões internacionais, os próprios sistemas nacionais pouco se alteraram durante este período. Carvalho (2009, p. 373) destaca que ainda havia bastante liberdade para os países signatários das referidas convenções legislarem da maneira que entendessem melhor, não havendo previsão de uniformização na legislação internacional.

Seguindo uma construção cronológica do direito internacional da propriedade intelectual, Denis Borges Barbosa (2010, p. 140) aponta que as negociações internacionais relativas à Propriedade Intelectual entre países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento imediatamente anteriores ao TRIPS esbarraram em duas principais questões em que as partes opostas discordavam: a diferente noção de abuso de poder econômico que os países em desenvolvimento possuíam em relação aos desenvolvidos e a possibilidade de restrições impostas entre matriz ou controladora e subsidiária ou filial.

Barbosa destaca que para os países em desenvolvimento o abuso de poder econômico ultrapassava a sua dimensão concorrencial, devendo ser observada também a proteção e o desenvolvimento da indústria nacional<sup>9</sup> do local em que tal atuação abusiva ocorreria.

---

<sup>9</sup> Eros Grau aponta que o desenvolvimento nacional deve ultrapassar uma noção quantitativa de crescimento econômico, devendo abranger também uma noção qualitativa, no

O autor observa ainda que, enquanto para países desenvolvidos seria *“impossível conceber restrição à concorrência no caso de empresas sob o mesmo poder de controle”* (Ibid, p. 141), os países em desenvolvimento *“consideravam que o uso de sua mão-de-obra, de suas matérias-primas e do seu mercado implicava, necessariamente, assumir um compromisso perante a comunidade, que superaria o vínculo interno natural do grupo econômico”* (Ibid, p. 141).

Ou seja, apesar de serem dois problemas diferentes, ambos tem como âmbito a diferença entre uma noção puramente concorrencial da relação entre os atores do mercado e uma noção que inclui também a proteção e desenvolvimento das próprias empresas dos países em desenvolvimento.

Basso (2000) destaca em sentido semelhante que os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento possuíam objetivos diferentes: enquanto estes buscavam medidas que estimulassem seu desenvolvimento, aqueles buscavam proteger suas indústrias contra a pirataria e a contrafação.

Sobre este período, compreendido entre as décadas de 1970 e 1980, Polido também destaca o antagonismo entre os países industrializados e aqueles considerados periféricos:

No limite, a propriedade intelectual passaria a ser concebida como elemento propulsor da guerra comercial envolvendo os principais centros de poder governamental, resumido em controvérsias individualizadas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Aqui, materializavam-se conflitos de concepções e de interesses na abordagem da proteção das tecnologias na ordem internacional, de um lado explicados pela dicotomia entre a necessidade de preservação de investimentos, tecnologias existentes e espaço de concorrência nos mercados nacionais, com a maturação de sistemas domésticos, e de outro, o incipiente desenvolvimento industrial e tecnológico de países ainda periféricos ao sistema internacional econômico do Pós Segunda Guerra Mundial. Em tantos aspectos, esses conflitos resultavam imediatamente da significativa pressão exercida pelos Estados Unidos e da antiga Europa Ocidental sobre países do sudeste asiático e latino-americanos para o fortalecimento e modernização de seus sis-

---

sentido de gerar *“um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.”* (GRAU, 2010, p. 218)

temas domésticos de propriedade intelectual, em particular quanto às demandas de proteção efetiva e transferência de tecnologia nos mercados emergente. (2010, p. 42)

Analisando especificamente a atuação dos EUA nesse período, o professor Denis Borges Barbosa (2010) a define como um grande surto patrimonialista através de sanções de caráter unilateral para aqueles que não se adequassem a um padrão tido como aceitável. Tal surto deve ser interpretado, segundo o Autor, como uma resposta à perda de liderança tecnológica norte-americana em um considerável número de setores industriais. Essa perda está relacionada à utilização inteligente e oportuna que o Japão e alguns países asiáticos com recente industrialização (NICs) fizeram do sistema de propriedade intelectual então em vigor, por meio do caminho da imitação, do uso adaptativo ou da cópia servil, mas competente (Ibid, p.13).

Desse modo, é notório que esse surto patrimonialista decorre da própria situação de competitividade e de posicionamentos antagônicos entre países no que tange os diferentes sistemas de propriedade intelectual e estratégias de desenvolvimento. Inclusive, Denis Borges Barbosa (2010, p.145) também explica que:

O aumento de competitividade se reflete e se complica com as mudanças específicas do processo inovador, as novas estratégias da expansão internacional, com o aumento global de investimento em pesquisa, com a aceleração da vida útil dos novos produtos, pela facilidade objetiva de cópia de certas tecnologias recentes.

## **2.2 As mudanças no sistema internacional dos direitos de propriedade intelectual a partir do acordo TRIPS.**

Nesse contexto de diferentes concepções e conflito de interesses entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento já no Pós Guerra Fria que se iniciou a Rodada Uruguai, marco inicial da negociação que gerou o TRIPS. Polido (2010) destaca essa dicotomia entre os interesses das partes:

Em torno de distintas concepções na Rodada Uruguai, países em desenvolvimento acreditavam que a excessiva proteção dos direitos de propriedade intelectual poderia desencadear restrições significativas a concorrência nos mercados, bem como obstáculos ao processo de industrialização e desenvolvimento domésticos (POLIDO, 2010, p.52)

Nessa toada, o acordo TRIPS é baseado na cooperação entre os Estados membros, a partir do consenso alcançado na Rodada Uruguai, funcionando como um mecanismo fundamental a consolidação dos direitos de propriedade intelectual e sua vinculação com o comércio internacional (BASSO, 2000, p. 169).

Inclusive, esses posicionamentos antagônicos na Rodada Uruguai entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos acabaram culminando num compromisso na literalidade do já mencionado art. 7 do TRIPS (CORREA, 2007, p. 91-92). O dispositivo justifica a concessão de direitos de propriedade intelectual no campo tecnológico como um meio referente à inovação e também quanto à disseminação e transferência de tecnologia.

No preâmbulo do acordo TRIPS, os principais objetivos são no sentido de se almejar *“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.”*<sup>10</sup> Nesse sentido, nota-se que novas diretrizes passaram a ser traçadas no que tange à esfera dos direitos de propriedade intelectual. Maristela Basso (2000, p.169) explica que:

As disposições do TRIPS constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados-Partes em suas legislações nacionais. Não se pode exigir dos Estados-Partes proteção aos direitos de propriedade intelectual mais ampla do que aquela prevista no Acordo.

---

<sup>10</sup> UNIVERSIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acordo TRIPS. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod\\_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%C3%A9rcio.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%C3%A9rcio.pdf). Acesso em: 09 out. 2020.



Logo, inicialmente, aparentava que o acordo TRIPS iria revolucionar o cenário internacional no tocante aos direitos de propriedade intelectual, baseado na cooperação entre os membros, entretanto não foi bem o que ocorreu.

Nuno Pires de Carvalho (2009) indica que a entrada em vigência do TRIPS não ocasionou mudanças profundas no sistema internacional de propriedade intelectual. Para o autor a principal diferença do Acordo, foi a imposição a países que tinham posição contrária a como esse sistema funcionava às políticas já estabelecidas pelos países *policy makers*.

Após a entrada em vigência do TRIPS podemos observar a manutenção de interesses antagônicos em determinados aspectos relativos ao teor do tratado. Um dos que gerou maior repercussão internacional, levando à edição da Declaração de Doha em 2001, certamente foi a licença compulsória para acesso a medicamentos patenteados por interesses relativos à saúde pública.

O caso da África do Sul é emblemático nesse sentido. Em 1998, o governo americano e 39 empresas da área farmacêutica questionaram judicialmente a Lei de Medicamentos sul-africana de 1997 que permitia a importação paralela de medicamentos patenteados, no contexto do combate ao vírus HIV/AIDS no país, sob a alegação de que a mesma não estaria em conformidade com as previsões do Acordo TRIPS (SELL, 2013). O caso foi resolvido pela desistência de tal ação judicial em 2001, a partir da pressão de governos de países subdesenvolvidos e ONGs cuja temática se relaciona com o combate à AIDS.

A partir desse caso, a pressão sobre os países desenvolvidos cresceu e em 2001 foi adotada a Declaração de Doha que regulamentou a licença compulsória de tecnologias patenteáveis em situações de interesse público relativo ao acesso à saúde, bem como a exportação de medicamentos para países que não possuem tecnologia para produzi-los (Ibid, p. 54). Polido (2010, p. 195) destaca, como contraponto a essa suposta vitória dos países em desenvolvimento, que a redação do Artigo 31 do TRIPS, incluído após as discussões relativas à Declaração de Doha, é truncada e problemática, sendo assim uma forma que os países desenvolvidos encontraram de dificultar a aplicação concreta das previsões relativas à licença compulsória de medicamentos.

Além do específico conflito de interesses sobre medicamentos e saúde pública, Correa (2007) destaca ainda que após a promulgação do Acordo TRIPS, os Estados Unidos e países da União Europeia buscaram, através de acordos bilaterais, um padrão de proteção ainda maior do que aquele previsto pelo Acordo com intuito de proteger as suas empresas nacionais. A partir disso, podemos observar que a adoção desses critérios *TRIPS-Plus* dificulta o uso por parte de países em desenvolvimento das flexibilidades previstas no TRIPS para o seu próprio avanço (ABBOT et. al., p. 297). Ou seja, observa-se o uso de tratados relativos à propriedade intelectual como uma tentativa de manutenção dos atores internacionais em um mesmo papel na geopolítica global.

Essas tensões são uma demonstração do apontamento de Ha-Joo Chang (2004) de que a agenda de desenvolvimento sugerida pelos países desenvolvidos aos países periféricos, inclusive no âmbito da propriedade intelectual, ignora as suas próprias práticas que levaram ao seu desenvolvimento. No âmbito da propriedade intelectual, enquanto aqueles advogam por um aumento dos níveis de proteção, bem como pela uniformização de parâmetros mínimos, o seu desenvolvimento se deu justamente em situação de desregulamentação ou simples inexistência de previsões legais para esse campo<sup>11</sup>. O autor usa como exemplo a Suíça que somente em 1954 adotou Lei de Patentes comparável aos demais países desenvolvidos.

Interessante observar que dentre os princípios norteadores do Acordo TRIPS está o princípio da cooperação internacional, que pode ser definido como a promoção do interesse comum através de normas de cooperação mútua (BASSO 2000, p.184-185), de modo que haja a proteção aos direitos da propriedade intelectual por meio dessa união mútua dos países.

Ocorre que ao longo de todo compilado histórico abordado nesse capítulo, mostra-se que, muitas vezes, a cooperação, apesar de expressa previsão legal nos Tratados Internacionais, acabou sendo deixada de lado. Isso decorre justamente da mencionada competição entre os países, porque, apesar de tudo, o desenvolvimento econômico e a progressão tecnológica

---

<sup>11</sup> Basso (2000, p.168) destaca que diante dos mais variados compromissos internacionais assumidos pelos Estados, bem como das crescentes pressões do setor privado, não há a possibilidade de se adotar esse modelo anteriormente vigente em que o Estado simplesmente poderia optar pela aplicação ou não de políticas de proteção à propriedade intelectual.

acabam se sobrepondo ao princípio de colaboração no que tange ao respeito e à proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Baseado num mundo globalizado, no qual tudo acaba por ser interligado, e as fronteiras passam a se tornar “artificiais”<sup>12</sup>, a busca pelo maior desenvolvimento para, por consequência, almejar um maior concentração de poderes geopolíticos em detrimento aos demais países, acaba superando o referido princípio pactuado. A partir dessa noção, poderemos observar como se dá a guerra comercial da contemporaneidade, entre Estados Unidos e China, e como o sistema de propriedade intelectual internacional é usado por estas potências para na busca de seu próprio interesse.

### **3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL EM UM CONTEXTO GLOBALIZADO: O CASO DA GUERRA COMERCIAL ENTRE CHINA E EUA**

A partir da fundamentação teórica exposta, podemos analisar o papel do sistema internacional de propriedade intelectual dentro do cenário político-econômico internacional atual, com destaque para o que se convencionou chamar de “guerra comercial” entre China e Estados Unidos.

Esta guerra comercial pode ser definida como uma relação conflituosa entre China e Estados Unidos, a partir de um novo arranjo econômico internacional em que a China surge como nova grande potência econômica emergente, em que cada um dos referidos países adotou medidas relativas às suas políticas tarifárias para atingir a economia do outro (LIU; WOO, 2018).

Apesar do foco nas medidas tarifárias, há indicação de que a “guerra comercial” entre os países se dá também por uma tentativa de prevalência mundial da China no campo da inovação e da propriedade intelectual a partir do plano “*Made In China 2025*”<sup>13</sup>. Por exemplo, o Senador americano

---

<sup>12</sup> Castells (1996, p. 119) identificou como principais características de uma nova economia mundial três de seus aspectos: a globalização, o seu caráter informacional e sua constituição em rede. O sociólogo espanhol destaca que esse aspecto globalizado pode ser definido como a organização da economia através de uma escala global, a partir de uma rede complexa de conexões entre agentes econômicos.

<sup>13</sup> “Por este motivo, inclusive, a China desenvolveu seu mais recente programa estratégico para desenvolvimento e inovação o “*Made in China 2025*”, também chamado de “*China Manufactured 2025*”. Uma das principais finalidades deste plano é tornar a indústria e a manufatura

Chuck Schumer, do Partido Democrata, apontou que a transferência de tecnologia americana para empresas chinesas seria o real problema da relação conflituosa entre os países, comparando-a ao roubo de joias familiares que justificam a grandeza do país (LIU; WOO, 2018, p. 334).

Nesse contexto, a empresa de telecomunicações chinesa Huawei apresenta papel fundamental na dinâmica conflituosa entre os países<sup>14</sup>. Os EUA baniram a venda de produtos da empresa em seu território, sob a acusação de tentativa de espionagem por parte do governo chinês<sup>15</sup>, bem como estimulou aliados econômicos como a Austrália e o Reino Unido a adotarem a mesma medida<sup>16</sup>.

As preocupações americanas acerca das intenções chinesas na entrada de seus produtos tecnológicos no mercado internacional podem ser sintetizadas em relatório produzido pelo Centro de Cyberdefesa da OTAN, organização de que os EUA fazem parte:

China has a notorious reputation for persistent industrial espionage, and in particular for the close collaboration between government and Chinese industry in 'targeting academia, industry and government facilities for the purpose of amassing technological secrets'. There is a long trail of examples of using governmental and military cyber ca-

---

*chinesa menos dependente de tecnologia e equipamentos estrangeiros (CBBC, 2015, p. 07). A liderança política da China pretende substituir gradualmente as tecnologias produzidas por empresas estrangeiras por tecnologia chinesa (local)."* (WACHOWICZ et. al, 2019, p. 750).

<sup>14</sup> Conforme ensinamentos de Gilpin (2001, p. 300), o funcionamento e sucesso das chamadas Multinational Corporations (MNCs) estão diretamente ligados às políticas nacionais estipuladas por seus Estados de origem, bem como a própria condição desse estado de gerar competitividade internacional para essas empresas multinacionais. A partir disso, podemos entender a importância do Estado Chinês para a consolidação internacional da Huawei. Por outro lado, a Huawei possui importância para o Estado Chinês na medida em que atua em setor estratégico de prioridade nacional alta cujos investimentos foram intensificados pela China a partir do plano governamental "Made in China 2025" (WACHOWICZ, et. al, 2019, p. 745).

<sup>15</sup> ZHONG, Raymond. **Prospective Threat' of Chinese Spying Justifies Huawei Ban, U.S. Says**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/05/technology/huawei-lawsuit-us-government.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>16</sup> HAWKE, Jack. **Britain bans Huawei from its 5G network and will remove existing equipment by 2027**. Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2020-07-14/uk-set-to-exclude-huawei-from-telecommunications-networks/12455930>. Acesso em: 18 set. 2020.

pabilities for the purposes of economic espionage and influence operations. In 2013, Mandiant released their renowned report exposing a multi-year Advanced Persistent Threat (APT) campaign, publishing evidence linking the APT1 group to the Chinese People's Liberation Army and detailing the group's systematic theft of confidential data from over 140 organisations across multiple industries.<sup>3</sup> Numerous accounts by various other actors have been reported since. As recently as December 2018, the UK and its allies announced that a group known as APT 10 'acted on behalf of the Chinese Ministry of State Security to carry out a malicious cyber campaign targeting intellectual property and sensitive commercial data in Europe, Asia and the US. (OTAN, 2019, p. 10-11)

Em resposta a esse boicote, a Huawei adotou estratégia agressiva no sentido de cobrar da empresa americana Verizon o pagamento de royalties no valor de 1 bilhão de dólares pelo uso de aproximadamente 230 de suas patentes registradas<sup>17</sup>. Nesse mesmo sentido, o CEO da empresa Ren Zhengfei indicou que mais ações nesse sentido poderiam ser tomadas pela companhia chinesa no sentido de cobrar empresas americanas o pagamento de royalties pelo uso de suas patentes<sup>18</sup>.

Importante observar que a titularidade de registros de patente é parte da estratégia de consolidação da empresa chinesa no mercado global, bem como da própria China como potência econômica mundial. Por exemplo, segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Huawei foi a empresa que depositou mais pedidos internacionais de patentes em 2019, com mais de quatro mil depósitos. Em sentido semelhante, os dados da OMPI indicam que as empresas chinesas foram as que mais registraram

---

<sup>17</sup> CNBC. *Huawei asks Verizon to pay more than \$1 billion for over 230 patents*. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2019/06/13/huawei-asks-verizon-to-pay-more-than-1-billion-for-over-230-patents-source.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>18</sup> KHARPAL, Arjun. *Huawei may demand more royalties from US firms that rely on its patented tech*. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2019/06/21/us-china-trade-war-huawei-could-target-more-us-firms-over-patents.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

pedidos internacionais de patentes com mais de cinquenta e oito mil depósitos<sup>19</sup>.

Dessa forma, é possível conferir que a China superou o hiato tecnológico entre ela e os países considerados desenvolvidos, definido por Tigre (2006, p. 138) como a valoração da competitividade internacional dos países, a partir da assimetria de acesso à tecnologia e à inovação. Também é possível conferir, a crença das lideranças chinesas no investimento em inovação como chave para se garantir o crescimento econômico em longo prazo<sup>20</sup> (WACHOWICZ et. al, 2019, p. 745).

Retornando ao conflito entre Huawei e Verizon em si, a estratégia da empresa chinesa foi apontada pelo Senador norte-americano Marco Rubio<sup>21</sup> como uma tática de “*patent troll*”, termo de definição imprecisa usado quando uma empresa litiga em relação a seus supostos direitos de propriedade intelectual com única intenção de constranger um concorrente (GOLDEN, 2007, p. 2112). Esse tipo de prática está inserido na ideia de *sham litigation* ou litigância predatória definida como “*o uso abusivo de direito de ação. Envolve uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, causando danos ao mercado*” (BARBOSA, et. al, 2012, p. 27).

Sem entrar no mérito de se há efetivo uso das patentes de titularidade da empresa chinesa por empresas norte americanas, parece claro que ela tem um viés estratégico no sentido de retaliar as ações tomadas pelos EUA e seus aliados. Resta analisar se tal medida ainda que baseada em título formal básico ocasiona um obstáculo à superação inovadora capaz de, segundo Silveira (2018), configurar um abuso do direito de patente. Também se deve observar este conflito a partir da noção da existência de diferentes núcleos

<sup>19</sup> Dados disponíveis em iconográfico disponibilizado pela OMPI em [https://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/docs/infographic\\_pct\\_2019.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/docs/infographic_pct_2019.pdf). Acesso em: 18 set. 2020

<sup>20</sup> Esta crença por parte do governo chinês está intimamente ligada à tese de Schumpeter (1942) de que a inovação possui papel central no desenvolvimento do capitalismo. A partir disso, o autor austríaco desenvolve a noção de “destruição criativa” em que empresas e mercados inovadores tendem a sobreviver em detrimento a empresas e mercados não inovadores.

<sup>21</sup> O senador utilizou esta expressão em postagem no Twitter datada de 13.06.2019. Disponível em: <https://twitter.com/marcorubio/status/1139137813914562560>. Acesso em: 17 set. 2020

de interesses para além do próprio titular, listados por Pedro Marcos Nunes Barbosa da seguinte forma:

Ressalte-se que uma titularidade na seara tecnológica na seara farmacêutica, biotecnológica ou agroquímica, protegida pelo direito de patentes, lida com cinco distintos núcleos: i) o inventor/autor; ii) o titular (em geral cessionário dos direitos ou empregador do primeiro); iii) o Estado (que exerce seu poder de compra sobre medicamentos, ou alimentos cujo preço é impactado pelos defensivos agrícolas); iv) os concorrentes (que aguardam, ansiosamente, a extinção da exclusividade); e v) os consumidores. (2016, p. 84-85)

Importante observar que no presente caso o que se busca é compensação financeira pelo uso, não a cessação do uso da invenção registrada<sup>22</sup>. Não há assim de se falar em uma tentativa de se obstar a inovação e nem a competitividade da Verizon, ainda mais levando em conta que esta se trata de uma empresa cujo faturamento se aproxima a 130 bilhões de dólares por ano<sup>23</sup>.

A partir da noção de núcleos de interesse, podemos observar como há um conflito nítido entre os interesses de dois diferentes Estados, que ultrapassa a própria relação de concorrência entre as partes, bem como a execução de um direito potestativo de uma das partes. Dentro dessa noção de “guerra comercial”, o sistema de patentes se apresenta como mais uma das armas que os Estados usam para satisfazer seus próprios interesses.

Inclusive, o uso do sistema patentário mundial e, especificamente o americano, por empresas chinesas buscando ações de infração foi previsto por Abbot (2013, p. 406) que anteviu de maneira precisa que, diante de um aumento dos registros patentários chineses, os Estados Unidos poderiam passar a tratar essa atuação como uma ameaça à soberania e à segurança nacional americana. Sell (2013) também apontou que a tentativa de aumentar os padrões de proteção da propriedade industrial pelos EUA e países da União Euro-

---

<sup>22</sup> Shapiro (2016) observa que a partir do julgamento paradigmático *eBay v. MercExchange* em 2006 o entendimento da Justiça americana se consolidou no sentido de impor a cessação do uso de patentes infringidas somente em casos excepcionais. Convencionou-se como regra a compensação financeira pelo uso não autorizado.

<sup>23</sup> Balanço disponível em: <https://www.verizon.com/about/sites/default/files/annual-report/2019/financialHighlights.html>. Acesso em: 26 set. 2020.

peia poderia ter um efeito reverso na medida que cada vez mais empresas dos demais países procurariam a proteção a partir desses padrões de proteção.

Se na ocasião da adoção do TRIPS pela China em 2001, os Estados Unidos registraram uma reclamação junto à OMC sobre a inobservância de padrões mínimos de proteção da Propriedade Intelectual na China<sup>24</sup>, o que observamos agora é o uso desses padrões por uma empresa chinesa justamente como uma forma de contra-ataque a uma limitação imposta pelos Estados Unidos.

Dessa forma, podemos observar as interações internacionais relativas à propriedade intelectual como um espelho das próprias alterações da geopolítica global, observando a mudança do papel da China nesta dinâmica. Anteriormente, um mero dependente de tecnologia estrangeira (DING et. al, 2008, p. 819), o país asiático se tornou uma das principais potências econômicas mundiais, também pelo fato de possuir uma estrutura estatal para fortalecimento e aparecimento de empresas inovadoras (WACHOWICZ et. al, 2019, p. 751), estrutura essa que deve se sofisticar ainda mais a partir do plano "*Made in China 2025*".

## CONCLUSÃO

A partir do estudo do presente artigo, podemos observar que as ações dos chamados países desenvolvidos no cenário internacional buscaram sempre formas de proteger a propriedade intelectual como forma de proteger também as suas empresas nacionais. Entretanto, a adoção de tais medidas se apresenta muitas vezes como contrária aos interesses dos países considerados em desenvolvimento de justamente se desenvolver economicamente e tecnologicamente. Nessa toada, compartilha-se a conclusão de Ha-Joon Chang (2004) de que é necessário permitir aos países em desenvolvimen-

---

<sup>24</sup> A resolução de conflitos DS362 da OMC, requisitada em Abril de 2007 pelos Estados Unidos, apontou quatro pontos que deviam ser observados relativos à proteção da propriedade intelectual na China: os limites das ações que se caracterizariam como infração marcaria ou pirataria; o descarte pelas autoridades chinesas de produtos que infrinjam os direitos de propriedade intelectual de terceiros; o alcance do escopo das medidas criminais adotadas em relação à distribuição de material não autorizado protegido por direito autoral; e a negativa de proteção de direito autoral a obras que não sejam autorizadas a serem publicadas ou distribuídas na China.



to que adotem medidas proporcionais ao seu desenvolvimento, sendo tal medida inclusive benéfica para os países desenvolvidos que abriram novo leque de possibilidades de parceiros comerciais.

Para além de uma análise histórica, as questões de competitividade e anti-cooperativas, mesmo com a vigência do Acordo TRIPS, sobressaem-se na contemporaneidade, de modo que o princípio central do referido acordo, a cooperação, acaba sendo deixado de lado.

Nesse sentido, a análise das recentes tensões econômicas entre China e Estados Unidos a partir da propriedade intelectual nos ajuda a compreender essa situação.

A partir de sua abertura econômica em 1978, observa-se o crescimento econômico e consequente ascensão da China como uma das potências econômicas do mundo (DING, et. al, 2008, p. 816), sendo a mesma considerada um dos principais polos tecnológicos de inovação do mundo a partir de grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento (WACHOWICZ et. al, 2019, p. 746). Assim como já ocorrera nos anos 1980 em relação ao fortalecimento tecnológico do Japão, a postura dos Estados Unidos é extremamente beligerante em relação a esse crescimento chinês, conforme observamos na sua atuação em expulsar a Huawei do país, bem como estimular seus parceiros a fazerem o mesmo.

Como podemos observar, uma das formas de reação da empresa chinesa foi justamente utilizar do sistema americano de patentes, cujos padrões e regramentos uniformes foram estimulados pelos Estados Unidos e demais países desenvolvidos para proteger as suas próprias empresas (BASSO, 2000), com intuito de se beneficiar. Ações como essa inclusive foram previstas por textos de Abbot (2013) e Sell (2013) em coletânea que trata justamente da relação entre mercados emergentes e sistemas patentários. Essa utilização pela Huawei do sistema de patentes que atenderia principalmente a empresas dos países desenvolvidos somente reforça uma nova posição geopolítica de protagonista da China no cenário internacional, cenário este que deve ser evidenciado ainda mais a partir dos resultados do plano "*Made in China 2025*".

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick. The United States response to emerging technological powers. In: \_\_\_\_\_ (Ed.); CORREA, Carlos (Ed.); DRAHOS, Peter (Ed.). **Emerging Markets and the World Patent Order**. Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 391-406.

ABBOTT, Frederick; COTTIER, Thomas; GURRY, Francis. **International Intellectual Property in an Integrated World Economy**. 4 Ed. Wolters Kluwer, 2019.

BALCONI, Lucas Ruiz; WACHOWICZ, Marcos. China: Entre a Rainha Vermelha e o Cavaleiro Inventor. In: XIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2019, Curitiba. **Anais**, p. 737-754.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; SALGADO, Lucia Helena; ZUCOLOTO, Graziela. A litigância predatória no Brasil. **Revista Radar**, v. 22, out. 2012, p. 25-36.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual: O Caso da Usucapião de Patentes**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, Volume I: A Sociedade em Rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Paz e Terra, 2002

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Tradução de Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CIMOLI, Mario et al. **Intellectual Property Rights: Legal and Economic Challenges for Development**. United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

CORREA, Carlos. **Trade Related Aspects of Intellectual Property: A Commentary on the TRIPs Agreement**. 1ª Ed. Nova York: Oxford University Press, 2007.

DING, Xuedong.; LI, Jun; WANG, Jia. In pursuit of technological innovation: China's science and technology policies and financial and fiscal incentives. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, v. 15, n. 4, p. 816-831, 2008.

GILPIN, Robert. **Global Political Economy: Understanding The International Economic Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

GOLDEN, John . 'Patent Trolls' and Patent Remedies. **Texas Law Review**, Vol. 85, p. 2111-2161, Austin, 2007.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRAU-KUNTZ, Karin. Sobre a controvertida questão das patentes “pipeline”. **Revista Eletrônica do IBPI**. Edição Especial. Novembro, 2009, p. 82-95.

LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência**: Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPs. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LIU, Tao; WOO, Thye Wing. Understanding the U.S.-China Trade War. **China Economic Journal**, Volume 11:3, 2018, 319-340.

ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. **Huawei, 5G and China as a Security Threat**. Estônia: Centro de Cyberdefesa da OTAN, 2019. Disponível em: <https://ccdcoe.org/uploads/2019/03/CCDCOE-Huawei-2019-03-28-FINAL.pdf>.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Contribuições ao estudo do direito internacional da propriedade intelectual na era Pós-Organização Mundial do Comércio**: fronteiras da proteção, composição do equilíbrio e expansão do domínio público. 2010. 535 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DIN-FDUSP), São Paulo, 2010.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SELL, Susan. The geo-politics of the world patent order. In: ABBOTT, Frederick (Ed.); CORREA, Carlos (Ed.); DRAHOS, Peter (Ed.). **Emerging Markets and the World Patent Order**. Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 46-60.

SHAPIRO, Carl. Patent Remedies. **American Economic Review**: Papers & Proceedings, 2016, vol. 106, nº 5, 198–202.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª Ed. Barueri: Editora Manole, 2018.

TIGRE, Paulo Bastos. **Gestão da inovação**: uma abordagem estratégica, organizacional e de gestão de conhecimento. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

## REALIZAÇÃO:



## APOIO:



MINISTÉRIO DA  
CIDADANIA

