



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

ANAIS DO XVI CODAIP
Congresso de Direito de Autor
e Interesse Público

UFPR • GEDAI

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.



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

Conselho Editorial

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal – *(in memoriam)*
Denis Borges Barbosa – *(in memoriam)*

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

Capa: Marcelle Cortiano

Projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

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

Anais do XVI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2023: Curitiba, PR)
Organizadores: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Sérgio Said Staut Jr e
Marcia Carla Pereira Ribeiro

EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL

Disponível em: www.gedai.com.br

ISSN: 2178-745X

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

Creative Commons 4.0
(CC BY 4.0)



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

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

ANAIS DO XVI CODAIP

Congresso de direito de
autor e interesse público

UFPR • GEDAI

Curitiba



2023

APRESENTAÇÃO

O XVI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP) abordou temas relevantes da área do Direito da Propriedade Intelectual como (i) Direitos Autorais: Metaverso, NFT's, Patrimônio Cultural, Regulação da Internet e a nova Economia Internacional de Dados; (ii) mercado musical, *streaming*, Gestão Coletiva de Direitos Autorais, Economia Criativa e o entendimento do Poder Judiciário, e (iii) a tecnologia digital e os processos de reforma em curso da legislação no Brasil e no Mundo.

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 5 de novembro de 2022, tendo sido organizado pelo o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

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

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

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

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

Nesta 16ª edição, o CODAIP prestou homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão falecido no ano de 2022, com a publicação de uma obra póstuma da lavra do próprio professor Ascensão, que foi advogado, jurista luso-brasileiro e professor, nascido em Luanda, Angola, no dia 13 de novembro de 1932.

O lançamento da obra no XVI CODAIP é a concretização de um projeto do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI, que contemplou os seus principais escritos sobre Direitos Intelectuais e os desafios diante das novas tecnologias da informação e comunicação que foram escritos publicados em vida, que são de extrema importância para os estudos da propriedade intelectual no século XXI.

Assim, com o intuito de prestar-lhe uma homenagem ao professor Ascensão que muito contribuiu para a formação de gerações de pesquisadores aqui no Brasil, realizamos também a tradução dos seus escritos em inglês, para propiciar-lhe uma amplitude maior de difusão do seu pensamento, nos escritos tão relevantes para as compreensões e interpretações fundamentais para todos os estudos de Direito Civil tendo como obra prima o “Manual de Introdução ao Estudo do Direito”, e os estudos na área dos Direitos Autorais.

Contudo, no transcorrer da elaboração deste projeto de livro, de compilação, de revisão e atualização dos originais para publicação em português e inglês, fomos tomados pela notícia do falecimento de nosso querido professor, em 06 de março de 2022. Porém, somente com a autorização dos familiares do professor Ascensão é que se tornou possível continuarmos e, assim conseguirmos finalizar a presente obra, agora com uma gratidão maior, como uma homenagem a essa pessoa maravilhosa que nos legou em seus livros compreensões singulares e interpretações fundamentais para o estudo da Teoria do Direito, e principalmente dos Direitos Autorais.

Trata-se de uma obra fundamental para os estudos dos Direitos Intelectuais e imprescindível para a interpretação jurídica da Sociedade Informacional, que revela toda a força e profundidade do pensamento do professor José de Oliveira Ascensão.

Na sua 16ª edição, mais de 150 (cento e cinquenta) palestras, que apresentaram suas ideias e reflexões, que fomentaram debates e discussões *on-line* das novas fronteiras do Direito Autoral, durante o CODAIP tivemos mais de 18.577 visualizações, foram mais de 3.184 horas de exibição pelo Canal do YouTube.

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

11ª OFICINAS DE DIREITO AUTORAL

11º WORKSHOP DOS GRUPOS DE PESQUISA

5º MINICURSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

4º 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 (“*double blind review*”) e apresentados nos workshops, divididos de acordo as afinidades temáticas.

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 4 (quatro) capítulos, a saber:

CAPÍTULO 1 - DIREITO AUTORAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS:

Fronteiras entre o Direito Público e Privado na Sociedade da Informação

CAPÍTULO 2 - DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:

Direitos culturais e a regulamentação dos Direitos Autorais

CAPÍTULO 3 - DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS: Acesso à cultura e ao conhecimento

CAPÍTULO 4 - PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação 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 XVI 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 XVI CODAIP foi promovido pelo o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR) em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR, da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES e do Ministério da Cidadania.

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

A Coordenação Científica agradece inmensuravelmente também, a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do XVI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo.

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

Coordenação Científica:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz – GEDAI/UFPR

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior – UFPR

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

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa – USP

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 4
MARCOS WACHOWICZ

CAPÍTULO 1

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS:

Fronteiras entre o Direito Público e Privado na Sociedade da Informação

O DIREITO DE EDITORES DE PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA SOBRE A
REPRODUÇÃO DE OBRAS JORNALÍSTICAS EM PLATAFORMAS DIGITAIS:
REFLEXÕES SOBRE A DIRETIVA EUROPEIA 2019/790 E AS PROPOSIÇÕES
LEGISLATIVAS NO BRASIL.....14

HELOÍSA GOMES MEDEIROS | THAMIRES RODRIGUES GUIMARÃES

DO AUTOR ROMÂNTICO AO ARTIFICIAL: UM OLHAR PARA O
COMPOSITOR BEETHOVEN E A FINALIZAÇÃO DE SUA 10ª SINFONIA 37

CARLOS EDUARDO SOARES DE OLIVEIRA |

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO

SCARLETT JOHANSSON – UMA MUDANÇA DO PARADIGMA:
DAVI OU GOLIAS? 63

GIOVANNA MARTINS SAMPAIO | JAQUELINE SAN GALO | EMÍLIO BRITO

DIREITO, TECNOLOGIA E DIVERSIDADE CULTURAL: AUTORIA INDÍGENA
EM PERSPECTIVA NOS VIDEOGAMES “HUNI KUIN: YUBE BAITANA” e
“MULAKA” 82

ISABELLA PIMENTEL | MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO

AUTORIA DE OBRAS GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:
DIRETRIZES PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS..... 108

MARCELO FRULLANI LOPES

AS INTERPRETAÇÕES DA LEI 13.709/18 E AS CONSEQUÊNCIAS
EMPRESARIAIS À LUZ DE UM NOVO UNIVERSO ECONÔMICO
CULTURAL 127

RODRIGO COPPLA MANN

QUESTÕES ATUAIS SOBRE O ART. 108 DA LEI 9.610/1998 E A VIOLAÇÃO DO DIREITO MORAL À DESIGNAÇÃO DE AUTORIA PELAS PLATAFORMAS DE STREAMING MUSICAL149

RODRIGO MORAES

CAPÍTULO 2

DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos culturais e a regulamentação dos Direitos Autorais

UMA VISÃO RENOVADA ACERCA DO GHOSTWRITER..... 174

DEBORA LACS SICHEL | CLARA PASSERI REBOUÇAS DE OLIVEIRA

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: O CASO DO GRUPO BOI CALEMBÁ PINTADINHO195

LUIZ RENATO DANTAS DE ALMEIDA |

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO

O DIREITO AUTORAL DO INTÉRPRETE CRIADOR NA DANÇA CONTEMPORÂNEA222

MARIA CLARA MAIA LE BOURLEGAT

A ATUALIDADE DA LITERATURA DE CORDEL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL E A IMPORTÂNCIA DE UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS AUTORAIS SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS CULTURAIS253

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO |

LUIZ RENATO DANTAS DE ALMEIDA

CAPÍTULO 3

DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS: Acesso à cultura e ao conhecimento

A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO..... 279

JOELSON GOMES PEQUENO | DÉBORA LACS SICHEL

ONDE ESTÁ WARHOL? DIÁLOGO ENTRE DIREITOS AUTORAIS DA POP ART À RESSURREIÇÃO DIGITAL 306

MARIA HELENA JAPIASSU M. DE MACEDO | GUSTAVO FORTUNATO D'AMICO

PRIVACY BY DESIGN COMO POSSÍVEL MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO SÉCULO XXI..... 333

MILLENA GABRIELE GENSO | GABRIELA REGINA NARDI PICOLI |

PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ

NO MUNDO DO ENSINO À DISTÂNCIA, O DIREITO AUTORAL TEM PROTEGIDO O PROFESSOR-AUTOR?	359
MARCOS WACHOWICZ OSCAR CIDRI PRISCILA PUGSLEY GRAHL DE MIRANDA	
INOVAÇÃO E DESTRUIÇÃO CRIATIVA. REFLEXÕES SOBRE A TEORIA SCHUMPETERIANA E NEOSCHUMPETERIANA.....	386
HELDER GALVÃO ISABELA PUREZA	
CÓDIGO E CONSTITUIÇÃO: REGULAÇÃO DA INTERNET VS. REGULAÇÃO DA SOCIEDADE.....	411
LUKAS RUTHES GONÇALVES	
A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO METAVERSO	427
CRISTINA BAUM DA SILVA	

CAPÍTULO 4

PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado

UNIÃO DAS FLORESTAS LATINAS: UMA MIRADA A PARTIR DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	453
GIOVANNA MARTINS SAMPAIO JAQUELINE SAN GALO EMÍLIO BRITO	
A PROTEÇÃO DE ORNAMENTOS APLICADOS EM CONJUNTOS DE TALHERES	470
CLAUDIA LOPES TOLENTINO	
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E PROPRIEDADE INTELECTUAL	493
RICARDO LUIZ SICHEL MARIA ELISA TEIXEIRA VASCONCELOS GABRIEL RALILE DE FIGUEIREDO MAGALHÃES	
A NÃO PATENTEABILIDADE DAS INVENÇÕES POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A INOVAÇÃO NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA	510
GUIDO DEL' DUCA JORDÃO	
DIREITO DIGITAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL: PROTEÇÃO DE ITENS DE MODA NO UNIVERSO DIGITAL – METAVERSO.....	532
LARISSA MOREIRA MARTINS DE LARA CLAIR KEMER DE MELO MIRIAN LIMA MACHADO	

**STRANGER THINGS E RUNNING UP THAT HILL: O PODER DA
SINCRONIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS NO MERCADO
AUDIOVISUAL..... 551**

ANA GABRIELA MATHIAS | THALES BOECHAT NUNES LEIRA

**A (FALSA) CONTROVÉRSIA SOBRE O PATENTEAMENTO DE GENES NO
DIREITO BRASILEIRO 573**

MARCOS DA CUNHA E SOUZA | ISABELLA DE SÁ E BENEVIDES SOUZA

**PORQUE O DOMÍNIO DA INTERNET PELAS BIG TECHS É UM
PROBLEMA?.....608**

TEREZINHA ALVES BRITO | ÉRICO PRADO KLEIN

**OS ATIVOS INTELECTUAIS DAS STARTUPS: O REGISTRO MARCÁRIO E O
AUMENTO DO VALUATION 628**

MÉRIAN HELEN KIELBOVICZ | LUIZ GONZAGA SILVA ADOLFO

CAPÍTULO 1

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

O DIREITO DE EDITORES DE PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA SOBRE A REPRODUÇÃO DE OBRAS JORNALÍSTICAS EM PLATAFORMAS DIGITAIS: REFLEXÕES SOBRE A DIRETIVA EUROPEIA 2019/790 E AS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS NO BRASIL

HELOÍSA GOMES MEDEIROS¹

THAMIRES RODRIGUES GUIMARÃES²

RESUMO: Dentre os modelos de negócio baseados na internet destaca-se o fenômeno da agregação de notícias, que se utiliza de trechos de obras jornalísticas, protegidas por direito autoral, com a finalidade de atrair usuários. Nesse contexto, os editores de publicações de imprensa, como titulares destes direitos de exclusivo, passaram a se sentir lesados tendo em vista o declínio do financiamento de suas atividades. A solução para o problema está sendo assegurar que as empresas de tecnologia paguem para editores de publicações de imprensa pela reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais. Essa medida foi prevista na Diretiva Europeia 2019/790 sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital e está sendo proposta em vários outros países do mundo, incluindo o Brasil. O objetivo geral deste artigo é apresentar iniciativas legislativas sobre a remuneração de jornalistas no ambiente digital da União Europeia, de forma a auxiliar o debate sobre as iniciativas dos projetos de lei no Brasil. Aborda-

¹ Advogada. Mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), graduada em Direito pela Faculdade São Luís. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) e do Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação (PROFNIT) - ponto focal Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Vice-presidente do Instituto Observatório do Direito Autoral. Assessora da Agência de Inovação e Empreendedorismo da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

² Advogada. Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação - PROFNIT/UFMA, graduada em Direito pelo Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

-se, assim, o direito autoral de obras jornalísticas na legislação brasileira contextualizando os desafios dessa proteção no ambiente digital; discorre-se sobre o artigo 15, da Diretiva 2019/790; e discute-se sobre os debates legislativos quanto a remuneração de jornalistas por plataformas digitais no Brasil. Utiliza-se, para tanto, o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica. Uma implementação do direito de editores de publicações de imprensa sobre a reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais em equilíbrio com outros direitos de concorrentes e usuários, apresenta-se como um grande desafio a ser superado frente a robustecimento de direitos de propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVES: Agregadores de notícias. Editores de publicações de imprensa. Remuneração. Direito autoral.

INTRODUÇÃO

A prensa móvel criada por Johannes Gutenberg nos idos de 1440 foi responsável por dar nome, séculos depois, para a atividade de fabricar jornais. Desde o século XIX, a imprensa exerce, como veículo de comunicação, um papel fundamental na divulgação de reportagens. A sua forma de operação envolve diversos atores e tece uma complexa rede industrial de notícias.

O desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente da internet em meados da década de 1970 e da *World Wide Web* (WWW) em 1990, revolucionou esse mercado ao reduzir os custos de distribuição e possibilitando a publicação de mais conteúdo, de forma mais rápida, para um público mais amplo. E, à proporção que estas tecnologias avançaram, surgiram também novos papéis para criadores, intermediários e usuários de conteúdo jornalístico.

Neste cenário, prosseguiram também as demandas jurídicas relacionadas à criação e circulação de conteúdos noticiosos e a lei de direitos autorais frente as necessidades de remunerar e incentivar autores e editores. Encontra-se em cheque a atividade dos agregadores de notícias, principalmente as *big techs*, como Google News, cujo modo de operação comercial na internet é baseado na compilação de links para

obras de conteúdo jornalístico sem autorização prévia e expressa dos titulares.

Os debates regulatórios sobre a remuneração de jornalistas no ambiente digital alcançaram consequência internacional e apresentaram-se as primeiras experiências legislativas no âmbito da União Europeia, nomeadamente a Diretiva 2019/790 sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital, e da Austrália, a *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code*³ (em tradução livre, Código de Negociação Obrigatório de Mídia de Notícias e Plataformas Digitais). Outros países como o Canadá, com o *The Online News Act* (GOUVERNEMENT OF CANADA, 2022), e o Brasil, com diversos projetos de leis que serão trabalhos ao longo deste artigo, experienciam um processo de construção de suas estruturas legais sobre o tema que se assimilam as já existentes.

Os resultados destes movimentos, tanto do ponto de vista legal quanto econômico, ainda devem ser observados ao longo dos anos de implementação. Assim, o presente trabalho tem o objetivo geral de trazer à tona a iniciativa legislativa sobre a remuneração de jornalistas no ambiente digital da União Europeia⁴, de forma a auxiliar o debate sobre os projetos de lei no Brasil.

Desta forma, no primeiro tópico, aborda-se o direito autoral de obras jornalísticas na legislação brasileira contextualizando os desafios dessa proteção no ambiente digital. No segundo tópico, discorre-se sobre o artigo 15, da Diretiva 2019/790 sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital. E, no terceiro tópico, discute-se sobre os debates legislativos quanto a remuneração de jornalistas por plataformas digitais no Brasil. Nesta análise, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

³ Para mais informações, pode ser acessado o site: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021>.

⁴ Apesar de grande parte dos debates no Brasil também terem inspiração na lei australiana, escolheu-se delimitar o presente trabalho apenas ao âmbito da legislação europeia.

Criou-se uma espécie nova de direito conexo ao de autor, o direito de editores de publicações de imprensa sobre a reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais, o que demonstra o uso deturpado do sistema de direitos de propriedade intelectual como meio de resguardar investimento em detrimento da inovação.

1 DIREITO AUTORAL E OBRAS JORNALÍSTICAS NO AMBIENTE DIGITAL

A informação jornalística está intrinsecamente ligada ao direito de autor pelo conceito de criação decorrente do esforço intelectual do jornalista autor. Notadamente, a difusão de notícias e a disponibilidade de informações são absolutamente necessárias e pressupostas para que se alcance o direito à informação, especialmente em tempos de disseminação de notícias falsas.

O direito autoral é expressamente tutelado pelo art. 5º, XXVII, da Constituição Federal da República de 1988, ao afirmar o direito exclusivo dos autores ao uso, publicação e reprodução de suas obras (BRASIL, 1988). Em legislação específica, a Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais, doravante citada como “LDA”) consolida a legislação e regulamenta direitos autorais.

Nos termos da legislação específica, direito autoral compreende direitos de autor e conexos. O primeiro trata dos direitos morais e patrimoniais da pessoa física cujo esforço intelectual resultou na criação da obra artística, artística ou literária. O segundo abrange direitos dos intérpretes, produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão (BRASIL, 1998).

O direito de autor encontra fundamento na tutela da criação enquanto atividade nobre, de modo que é outorgado um direito exclusivo de exploração da obra ao autor como recompensa por sua contribuição criativa à sociedade. É importante salientar que a tutela pressupõe a existência de uma obra resultante da criação intelectual,

isto é, resultante do esforço intelectual do autor e por ele exteriorizada, uma vez que não é plausível a proteção de ideias não expressas (ASCENÇÃO, 1997).

A LDA, em seu art. 24 (BRASIL, 1998), explicita os direitos morais do autor: reivindicação da autoria da obra (direito de paternidade); ter seu nome, pseudônimo ou sinal indicado como autor da obra (direito de denominação); conservar a obra inédita (direito de inédito); assegurar a integridade da obra, opondo-se a atos potencialmente nocivos à sua reputação ou honra (direito de integridade); modificar a obra (direito de modificação) e de retirar ou suspender a circulação da obra quando houver afronta à sua reputação e imagem e; acesso a exemplar único e raro (direito de acesso) (WACHOWICZ, 2014).

A Convenção de Berna (BRASIL, 1975), que trata da proteção de obras artísticas e literárias, tutela expressamente o direito de paternidade e de integridade (art. 6º bis), evidenciando a distinção desse direito moral dos direitos patrimoniais de autor, apontando que, ainda que haja a cessão destes, o autor conserva direitos reivindicar a autoria da obra e opor-se a modificações não autorizadas que lhe sejam prejudiciais.

Por sua vez, os direitos patrimoniais são aqueles conferidos ao autor para utilização, fruição e disposição de sua obra, de modo que depende de sua prévia e expressa autorização atividades relativas à reprodução, edição, adaptação, distribuição e utilização da obra, nos termos do art. 29, da LDA (BRASIL, 1998).

Ao abordar obras jornalísticas, a Convenção de Berna (BRASIL, 1975) aponta que são lícitas as citações de artigos de jornais sob forma de imprensa (art. 10). Além disso, conferiu faculdade aos países signatários para definir as condições de reprodução na imprensa de artigos publicados em jornais ou revistas, destacando que a fonte, isto é, a denominação do autor, deve sempre ser manifestamente sinalizada (art. 10 bis).

Essas lições introdutórias são necessárias para contextualizar a tutela de obras jornalísticas pelo direito de autor, de modo que sejam

assegurados os direitos do autor da obra jornalística para que aquele que realiza esforço intelectual cujo resultado é divulgado na imprensa escrita, possa reivindicar os aspectos moral e patrimonial de sua autoria, concernentes à criação de sua obra como manifestação de seu espírito.

Vale ressaltar que o direito de autor sobre obras jornalísticas nasce pela concepção da proteção pelo direito de autor e de obra intelectual protegida, tendo em conta que são protegidas por esse ramo as criações do espírito, independente do meio de exteriorização ou veiculação, conforme o art. 7º da LDA, ressalvados aquelas que a lei expressamente desautorizou no art. 8º (BRASIL, 1998).

Verifica-se que a LDA não conceitua o que são consideradas obras jornalísticas. O Decreto nº 83.284/1979 (BRASIL, 1979) define que a profissão de jornalista compreende o exercício habitual e remunerado de quaisquer das seguintes atividades mencionadas no rol do art. 2º: redação, interpretação ou coordenação de matéria a ser divulgada; realização de entrevistas, inquérito ou reportagem; coleta de informações a serem preparadas para divulgação; revisão de matéria jornalística, dentre outras.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos (1981) elenca as quatro características fundamentais do jornalismo: atualidade – expressão dos fatos do presente pelo conteúdo jornalístico; oportunidade – relacionada à atualidade, trata do surgimento oportuno da obra jornalística vinculada à contemporaneidade com a existência da notícia; universalidade – variedades de temas informacionais tratados e; difusão coletiva: comunicação voltada para atingir a coletividade.

Ainda, o jornalismo tem três funções básicas: informar, orientar e entreter. A primeira designa que a informação deve divulgar fatos atuais e de interesse geral, com interpretação, de modo que o público consiga entender o conteúdo veiculado. A função de orientar está ligada à formação de opinião do público, isto é, o conteúdo jornalístico apresenta a notícia direcionando o leitor para a compreensão dos fatos

atuais e conduzindo a formação da opinião sobre aquele tema. Por fim, entreter significa fornecer conteúdo diversional ao público leitor (DOS SANTOS, 1981).

A Associação de Brasileira de Direitos Autorais dos Jornalistas (APIJOR, 2011) informa uma série de direitos dos jornalistas que são frequentemente violados. A violação de maior frequência ocorre pelas empresas jornalísticas contratantes de suas obras. Há também os casos de plágio em que uma obra é meramente copiada em uma fonte e reproduzida em outra, sem autorização do autor e qualquer atribuição de autoria. Ainda, ocorrem situações em que além da cópia, a autoria é distorcida, pois atribuída a outra pessoa.

Além dessas violações, a FENAJ (2020) revela que no Brasil diversos conteúdos jornalísticos são veiculados sem a identificação de autores e que estes são muitas vezes obrigados a renunciar direitos patrimoniais em favor das empresas que os contratam, sem que lhes seja conferida remuneração adicional quando o conteúdo é reutilizado.

Segundo pesquisa da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), que contou a participação de 831 pessoas de diversos estados brasileiros, a pandemia de COVID-19 causou que sete a cada dez pessoas consumissem diariamente notícias através da televisão. Além disso, as pessoas buscavam informações sobre atuação governamental, novidades científicas e formas de prevenção de contágio da doença (BOND, 2020).

De acordo com a pesquisa, 73,41% dos participantes responderam que se informavam sobre a pandemia por meio da televisão e 65,34% se informavam através de sites e blogues jornalísticos. Outrossim, 68,23% apontou que utiliza artigos em jornais e sites jornalísticos para conhecimento aprofundado sobre epidemias ou pandemias (ZANETTI; REIS, 2020).

Vê-se que o direito de editores de publicações de imprensa sobre a reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais é comple-

xo. Envolve direitos dos autores, intermediários e usuários interessados no consumo do conteúdo disponibilizado.

O uso cotidiano da internet gerou uma série de mudanças nos hábitos dos usuários e, dentre essas, um novo modelo de negócio relacionado às publicações de imprensa: o fenômeno da agregação de notícias. Nesse cenário, houve uma mudança no modo como as notícias são elaboradas e disseminadas, tornando possível a existência de diversos intermediários nessa cadeia, como redes sociais, ferramentas de busca, portais de notícias, entre outros. A discussão sobre a remuneração de jornalistas é pautada justamente na relação entre produtores de notícias, intermediários e os usuários, que consomem o conteúdo produzido. Em suma, questiona-se se a atividade desses novos intermediários agregadores de notícia, como o *Google Notícias* é parasitária ou é benéfica (COLANGELO; TORTI, 2019).

Os agregadores de notícia têm o objetivo de reunir informações de sites de notícias e organizá-las para que sejam apresentadas uma variedade de notícias e diversas fontes em um único site. O *Google Notícias*, por exemplo, possibilita uma visão geral de notícias divididas por tema e as respectivas manchetes, com o endereço eletrônico para que o usuário possa acessar a notícia completa no local de origem (PASSINKE, 2020).

A imprensa tradicional impressa já enfrenta problemas para manter um modelo de negócio sustentável tendo em conta o espaço tomado pela disseminação de notícias na internet, por diversos canais de comunicação. Por um lado, embora seja notável a existência de uma variedade de fontes de notícias acessíveis ao público, questões paralelas a esse fenômeno são feitas, como a manutenção do jornalismo de qualidade e a possibilidade de novos intermediários gerarem a disseminação de conteúdos de baixa qualidade (COLANGELO, TORTI, 2019).

Há ainda que se considerar os benefícios que a atividade dos agregadores de notícia traz aos consumidores. Por disponibilizar diversas fontes de notícias em uma única página, os agregadores possibili-

tam a economia de tempos dos usuários, que já tem acesso direto aos jornais de sua preferência. Os leitores também tem a possibilidade de conhecer novos portais de notícia e consumir cada vez mais informações⁵. Além disso, os leitores daquele conteúdo têm chance de aumentar e, por conseguinte, os próprios sites de notícias serão beneficiados tendo em conta o aumento do seu alcance de leitores por meio dos agregadores de notícia (PASSINKE, 2020).

Desse modo, os consumidores são beneficiados em diversos aspectos. Os agregadores de notícias trazem maior conforto aos leitores e cada plataforma realiza suas atividades de modo a priorizar a facilidade no consumo. Há uma variedade de notícias acessíveis e confiáveis dividida por tópicos de interesse do leitor (PRIORA, 2018).

Na esteira de que os editores de notícia já se beneficiam da disponibilização do seu conteúdo na internet, tanto pela possibilidade de alcance dos leitores quanto pela proteção pelo direito de autor, a adição de um direito de remuneração dos editores de publicações de imprensa em razão da reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais gera uma sobreposição protetiva de um mesmo fenômeno, além de que o aumento proporcional entre a remuneração dos produtores de conteúdo jornalístico pelas plataformas digitais e a melhoria na qualidade da produção ainda precisa ser demonstrada (COLANGELO, TORTI, 2019).

Outra perspectiva a ser estudada é o art. 46, I, a, da LDA, ao apontar que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução de notícia ou artigo informativo na imprensa, devendo haver menção ao nome do autor e de onde foi extraído o artigo.

Desse modo, uma vez que os portais agregadores de notícia coletam manchetes e pequenos trechos, organizando o conteúdo e possibilitando o acesso direto à fonte de notícias original, não seria esta uma limitação ao direito de autor prevista expressamente pelo art. 46, I, a, da LDA?

⁵ Nesse ponto, destaca-se que o direito de autor é visto como uma barreira ao direito de acesso à informação.

Ainda, há que se considerar que em vez de criar um “efeito de expansão de mercado”, isto é, possibilitar o aumento do alcance de usuários, os agregadores criam um “efeito substitutivo”, posto que a informação selecionada pelos agregadores de notícia já pode ser considerada como suficiente pelo leitor, que não se interessa pelo conteúdo completo, gerando, assim, um efeito oposto ao que seria benéfico para os editores de imprensa (PASSINKE, 2020, p. 21).

Com o crescente aumento do consumo de notícias online e, principalmente, com esteio no argumento de que a atividade dos agregadores de notícias tem sido prejudicial à sustentabilidade do negócio dos editores de imprensa, surgiram algumas iniciativas legislativas inicialmente na Europa, a fim de regulamentar a remuneração de jornalistas por plataformas digitais como forma de compensar as perdas dos produtores de conteúdo jornalístico, conforme abordado no capítulo seguinte.

2 A REMUNERAÇÃO DE JORNALISTAS POR PLATAFORMAS DIGITAIS NA EUROPA

A primeira iniciativa europeia de regulação sobre remuneração de jornalistas por plataformas digitais remonta o ano de 2013, quando a Alemanha alterou a sua lei de direito autoral - §87(f) - concedendo aos editores de imprensa uma proteção para utilizarem exclusivamente o conteúdo de imprensa que produzem por um período de um ano desde a publicação. E previa que todo uso por terceiros deste conteúdo deve ser autorizado, portanto pago, a menos que o editor de imprensa decida renunciar a esse direito. Em seguida, em 2015, na Espanha, a legislação autoral - artigo 32(2) - foi alterada para estabelecer que os agregadores de notícias que usam “fragmentos não insignificantes” de conteúdo de imprensa devem pagar uma taxa de compensação à Associação de Editores de Diários Espanhóis, que por sua vez distribuiria a receita aos editores de imprensa. Estas alterações legislativas na Alemanha e na Espanha desencadearam debates acalorados e posições

fortemente polarizadas na doutrina, imprensa (grandes e pequenas), sociedade e *big techs* (PRIORA, 2018).

A proposta mais popular, e debatida formalmente desde 2016 na União Europeia, para combater a disseminação não autorizada de material jornalístico na internet consolidou-se na Diretiva da União Europeia 2019/790 sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital, aprovada em 2019, que em seu artigo 15⁶ estabeleceu novos direitos para proteção de publicações de imprensa⁷ relativas a utilizações online, apelidado “link tax” (em tradução livre, imposto de link).

O primeiro parágrafo, do artigo 15, dispõe que os Estados-Membros devem conceder aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE para a utilização online das suas publicações de imprensa pelos prestadores de serviços da sociedade da informação. A Diretiva 2001/29/CE, por sua vez, é relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, e nos referidos artigos traz, respectivamente, o direito de reprodução e o direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material.

Percebe-se que a redação do artigo não estipula exatamente um imposto a ser pago ao governo, como sugere a expressão “tax link” ou de que o site A deve pagar uma quantia exata ao meio de comunica-

⁶ Anteriormente, quando a Diretiva era apenas uma proposta, tratava-se do artigo 11.

⁷ A própria Diretiva 2019/790 esclarece no artigo 2, que se entende por “publicação de imprensa”, uma coleção composta principalmente por obras literárias de caráter jornalístico, mas que pode igualmente incluir outras obras ou outro material protegido, e que: a) constitui uma parte autônoma da publicação periódica ou regularmente atualizada sob um único título, tal como um jornal ou uma revista de interesse geral ou específico; b) tem por objetivo fornecer ao público em geral informações relacionadas com notícias ou outros temas; e c) é publicada em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob a responsabilidade editorial e o controle de um prestador de serviços. Além disso, informa que as publicações periódicas com fins científicos ou académicos, como as revistas científicas, não são consideradas publicações de imprensa para efeitos da presente diretiva.

ção B. Trata-se de uma previsão de que o meio de comunicação B tem o direito de reivindicar uma compensação razoável do site A pelo uso dos trabalhos de sua titularidade, tendo em vista que os editores de publicações de imprensa têm direitos exclusivos sobre suas obras e, por isso, terceiros precisam de uma licença prévia para usar (XIAI, 2021).

Em continuação, o parágrafo estabelece apenas três importantes limitações ao direito de editores que: (i) tais direitos não se aplicam à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais; (ii) esta proteção não se aplica à utilização de hiperligações; (iii) estes direitos não se aplicam à utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa.

O parágrafo segundo, do artigo 15, estabelece que esse direito dos editores de publicações de imprensa não prejudicam os direitos conferidos pelo direito da União a autores e outros titulares de direitos, no que se refere às obras e outro material protegido que integram uma publicação de imprensa. Não podendo os editores de publicações de imprensa invocar o direito previsto no primeiro parágrafo contra esses autores e titulares, em particular, não podem privá-los do direito de exploração das suas obras e outro material protegido de forma independente da publicação de imprensa em que estão integrados.

Em sequência, o mesmo parágrafo esclarece que sempre que uma obra ou outro material protegido forem integrados numa publicação de imprensa com base numa licença não exclusiva, os direitos previstos no parágrafo primeiro não podem ser invocados para proibir a sua utilização por outros utilizadores autorizados. Assim como, os direitos previstos no parágrafo primeiro não podem ser invocados para proibir a utilização de obras ou outras prestações em relação às quais a proteção tenha caducado.

Não restam dúvidas, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 15, a aplicação, com as necessárias adaptações, aos editores de publicações de imprensa das regras dos artigos 5.º a 8.º. Diretiva 2001/29/CE – que dizem respeito a exceções e limitações, obrigações

em relação a medidas de caráter tecnológico, obrigações em relação a informações para a gestão dos direitos e sanções e vias de recurso - a Diretiva 2012/28/EU - relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs - e a Diretiva (UE) 2017/1564 - relativa a determinadas utilizações permitidas de determinadas obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos.

De acordo com o quarto parágrafo do mesmo artigo, estes direitos de que trata o parágrafo primeiro, caducam dois anos após a publicação em publicação de imprensa, a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte à data em que essa publicação de imprensa for publicada. Destacando que estes direitos do parágrafo primeiro não se aplicam às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes de 6 de junho de 2019.

Por fim, o parágrafo quinto preceitua que os Estados-Membros devem prever que os autores de obras que sejam integradas numa publicação de imprensa recebam uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa recebem pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação.

O artigo 15 ainda não se encontra completamente implementado no âmbito dos países da União Europeia para que se possa analisar maiores detalhes sobre a sua extensão, principalmente o entendimento que será dado pelas cortes nacionais. No entanto, existem alguns aspectos que devem ser considerados a partir da nova diretiva.

O direito de editores de publicações de imprensa sobre a reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais no continente europeu debela uma batalha desequilibrada entre os editores tradicionais de conteúdo e seus modelos de negócio, as *big techs*, como Google e Facebook, e os usuários da internet que desejam o acesso a informação. Questiona-se, assim, até que ponto tais regras efetivamente conseguiriam proteger um mercado tradicional que não se sustenta mais e

efetivamente quebrariam o monopólio dos gigantes da tecnologia que causam esses problemas por serem os maiores agregadores de notícia com um grande número de usuários (XIAI, 2021).

O texto ainda carece de alguns esclarecimentos, como, por exemplo, sobre o que significa e, “usos não comerciais” de publicações de imprensa, “excertos muito curtos de publicações de imprensa” e “participação adequada” das receitas recebidas pelos editores de imprensa. Essa falta de precisão pode gerar uma implementação desarmoniosa nos Estados-Membros. E, como ressalta Pamela Samuelson, além das implementações nacionais, o alcance desses novos direitos exclusivos não ficará claro por muitos anos até que interpretações judiciais definitivas da Diretiva sejam feitas (SAMUELSON, 2020).

Por outro lado, na afirmação Federico Ferri (2020), a Diretiva aponta que os direitos dos editores de imprensa não são atemporais nem absolutos, pois duram dois anos a partir de 1 de janeiro do ano seguinte à data da publicação e exige a aplicação de algumas disposições de outras Diretivas da União Europeia que tratam de limitações citadas no parágrafo terceiro, do artigo 15.

A Diretiva sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital aumentou em vários aspectos o padrão internacional de regulação de direitos de propriedade intelectual e influencia as iniciativas legislativas brasileiras sobre o tema como segue análise do próximo tópico.

3 OS DEBATES LEGISLATIVOS SOBRE REMUNERAÇÃO DE JORNALISTAS POR PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL

A discussão sobre a remuneração de produtores de conteúdo jornalístico alcançou o Brasil e ganhou força por ocasião da pandemia de COVID-19, quando as pessoas estavam em suas casas em razão da necessidade do isolamento social e constantemente precisavam buscar notícias por plataformas digitais.

Visando regulamentar questões que têm afetado sensivelmente o cenário nacional, como a responsabilidade dos provedores de internet no tocante a disseminação de notícias falsas, foi proposto, pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), o Projeto de Lei nº 2630/2020 (BRASIL, 2020a), denominado “PL das Fake News”, que visa instituir a lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet, tendo como objetivo coibir a desinformação e promover a transparência de redes sociais e serviços de mensagens privadas. O projeto é uma tentativa de solucionar problemas enfrentados pelo país atualmente relacionados às redes sociais: a manipulação e desinformação dos usuários pelo consumo de notícias falsas (AGENCIA SENADO, 2020a).

No substitutivo ao Projeto de Lei nº 2630/2020, apresentado do deputado Orlando Silva (PCdoB-SP), o art. 38 dispõe que os conteúdos jornalísticos utilizados pelos provedores de internet em qualquer formato motivam a remuneração de empresas jornalísticas, deixando a cargo de regulamentação posterior pontos relativos a critérios e formas de arrecadação, negociação, resolução de conflitos e valorização do jornalismo profissional.

Nota-se que o §2º traz algumas regras sobre a atividade jornalística que teria direito à remuneração, de maneira que a pessoa jurídica deve ter, no mínimo, doze meses de constituição contados da publicação da lei e produzir conteúdo jornalístico regular, organizada e profissionalmente. Por fim, o §3º garante a possibilidade de que as pessoas jurídicas que exercem atividade jornalística realizem negociação com as plataformas digitais.

A Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ, 2020) manifestou sua discordância de que a remuneração do conteúdo jornalístico pelas plataformas digitais fosse abordada no âmbito da PL nº 2630, apesar de considerar que a categoria dos profissionais é a principal interessada nos debates sobre direito de autor em obras jornalísticas e arrecadação e distribuição de recursos. Isso porque, segundo a Federação, o referido projeto de lei teve andamento acelerado, discussões insuficientes

e trata de tema diverso, apenas inserindo de forma pontual o tema da remuneração de empresas jornalísticas pelas plataformas.

A intenção da inserção do dispositivo no projeto é destacar a atividade do jornalismo profissional como forma de afastar a desinformação. Em contrapartida, surge a preocupação de que a remuneração fique centralizada nos grandes veículos de comunicação, de modo que o deputado Orlando Silva (PCdoB-SP), em entrevista, se comprometeu a buscar redação mais justa e acurada nessa perspectiva (AGENCIA CAMARA DE NOTÍCIAS, 2022).

A FENAJ (2020) aponta que a discussão sobre direito de autor aplicado às obras jornalísticas não é recente e voltou a ganhar destaque quando se percebeu que as plataformas digitais monetizam o conteúdo que por seu intermédio são veiculados, atraindo usuários e gerando receitas sem, contudo, ter de fato aplicado qualquer recurso na produção dos conteúdos que hospedam.

A Federação também afirma que o debate pode ser desenvolvido fora do âmbito do projeto de lei em questão, como já é objeto do PL 4255/2020, o qual a Federação também defende que deve ser objeto de amplo debate. Ademais, o substitutivo do PL 2630/2020 como tentativa de garantir a remuneração do conteúdo jornalístico não garante que esses recursos cheguem ao seu destino a curto prazo. É necessário que as proposições possam conferir não só o reconhecimento do direito de autor dos jornalistas, mas também garantir que de fato a remuneração chegue até a categoria.

Outro projeto que trata desse objeto é o PL 4255/2020 (BRASIL, 2020b), de autoria do senador Angelo Coronel (PSD/BA), que propõe alteração na LDA, com a introdução do “Capítulo IX - Da Utilização da Obra no Ambiente Digital”, no título que trata da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas.

A inserção do art. 88-A determina que o titular dos direitos de publicação de imprensa terá a faculdade de requerer ao provedor de aplicações de internet que o conteúdo seja tornado indisponível caso

tenha sido veiculado sem sua autorização. Do mesmo modo, poderá requerer remuneração sobre a publicação veiculada na internet, ainda que por terceiros.

O dispositivo aponta que o descumprimento do requerimento após a notificação gera a responsabilidade solidária do provedor na sanção do art. 105 da LDA, o qual trata da transmissão de obras veiculadas com a violação dos direitos dos titulares, sendo que a disponibilização deverá ser suspensa ou interrompida pela via judicial, sem prejuízo de imposição de multa diária por descumprimento, de outras indenizações e sanções penais cabíveis.

O propósito do projeto é que os jornalistas e os veículos produtores desse conteúdo sejam remunerados pelos provedores de internet. Segundo o senador Angelo Coronel (PSD-BA), autor do projeto, a necessidade da alteração legislativa decorre da relevância e do reconhecimento do jornalismo profissional como meio de combate à disseminação de notícias falsas. Ocorre que a produção de conteúdo confiável e de qualidade demanda recursos humanos e financeiros, especialmente em tempos de COVID-19, quando notícias exatas e atuais significa a preservação de vidas (AGENCIA SENADO, 2020b).

O autor do PL 4255/2020 (AGENCIA SENADO, 2020b) considera que o projeto é uma forma de corrigir a injustiça de que provedores de internet e redes sociais veiculam conteúdos jornalísticos e lucram a veiculação, sem repassar essa receita a quem produz a notícia. Outrossim, considera que o projeto promove a justiça, tendo em conta que valoriza os profissionais da comunicação; garante a remuneração; protege o direito à informação da sociedade na medida em que promove condições financeiras para uma imprensa livre.

O PL 1354/2021 (BRASIL, 2021), de autoria do deputado Denis Bezerra (PSB/CE), busca alterar o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e um dos seus objetivos é trazer meios de proteção ao jornalismo nacional e coibir a disseminação de notícias falsas, além de buscar equilibrar as forças dos conteúdos de imprensa e das mídias digitais,

tendo em conta a monetização dos conteúdos informativos pelas plataformas digitais. O projeto tem inspiração na lei de mídia australiana e é dirigida diretamente ao *Google* e *Facebook*.

O referido projeto insere na lei nº 12.965/2014, dentre outros dispositivos, o art. 29-B, ao informar que o serviço das mídias digitais de divulgação e disponibilização de notícias pelas geram o pagamento de pelo menos cinquenta por cento da receita auferida com a publicização do conteúdo.

Por fim, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 836/2022 (BRASIL, 2022), apensado ao PL 2630/2020, de autoria do deputado Eduardo Bolsonaro (PL/SP), que institui o marco legal dos provedores de mensageria e redes sociais, trazendo capítulo que trata da remuneração jornalística, em que os provedores de internet poderão disponibilizar políticas ou programas de acordo para exibição ou reprodução de conteúdo jornalístico, de modo que os autores e editores poderão aderir ou não contratualmente a esses acordos.

A proposição não menciona especificamente que deve haver uma remuneração aos produtores de conteúdo, como fazem os PL nº 2630/2020, 4255/2020 e 1354/2021, mas prioriza a relação contratual entre as partes, de modo que o texto coloca como protagonistas as plataformas digitais, as quais disponibilizarão programas para adesão de autores e empresas jornalísticas.

Vê-se que o poder legislativo no Brasil tem proposições no tocante à remuneração dos produtores de conteúdo jornalístico e busca, assim como já ocorre no cenário internacional, garantir a existência desse direito e meios para que seja alcançado. Apesar de ainda recentes, os debates no território nacional caminham para a proteção dos editores de publicações de imprensa tendo em conta a relevância do conteúdo jornalístico no país, notadamente quando se percebe o fenômeno da desinformação e notícias falsas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criou-se uma espécie nova de direito conexo ao de autor, semelhante ao concedido aos produtores e emissoras: o direito de editores de publicações de imprensa sobre a reprodução de obras jornalísticas em plataformas digitais.

Mais uma vez o sistema de propriedade intelectual é utilizado para proteger investimento, o que remete a distorções não apenas no sistema de propriedade intelectual como também do direito concorrencial, criando mais barreiras à competição do que promovendo incentivos à inovação. Os direitos de propriedade intelectual continuam sendo expandidos, nesse cenário, para abarcar não apenas novas tecnologias e sua nova natureza, como novos interesses.

Curiosamente, isso ocorre também sob o argumento de que o mundo mudou e, portanto, precisa de novos e mais direitos de propriedade intelectual. Todos percebem a mudança sobre a tecnologia, mas titulares de direitos ressaltam a necessidade de mais direitos de propriedade intelectual, enquanto usuários e concorrentes encontram cada vez mais dificuldades em estabelecer usos livres, esbarram em proteções obscuras e são objetos de demandas judiciais.

A pergunta que deve ser feita é: Por que a publicação de imprensa deve ser protegida? Sabe-se que a indústria jornalística sofre de uma grande crise para sua sobrevivência, assim como já se passou em outros setores, como o da música e do audiovisual. Mas será se a criação de uma nova espécie de direito de propriedade intelectual é a resposta mais apropriada para o cenário? E antes disso, qual é o efetivo ganho de agregadores de notícias com o uso que fazem de obras jornalísticas de terceiros?

Por mais nobres que pareçam ser as razões para a inclusão dessas normas nos ordenamentos jurídicos, é pouco provável que se reduza as violações de direitos autorais de jornalistas ou que se tenha

uma fonte considerável de receitas para o pagamento de destes e de editores de publicações de imprensa.

A legislação acaba empurrando o mercado jornalístico para novos modelos de negócio baseados em cobrança de usuários, que, ao fim, pagarão essa conta. E, nesse caso, nem todos irão poder ou desejar pagar para acessar notícias, dificultando ainda mais a liberdade de informação e o acesso ao conhecimento.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSOCIAÇÃO DE BRASILEIRA DE DIREITOS AUTORAIS DOS JORNALISTAS. *Jornalista é autor! – Os Direitos Autorais dos Jornalistas Brasileiros*. **Observatório da Imprensa**, São Paulo, dez. 2009. Disponível em: <https://www.observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/cartilha-de-direitos-autorais-do-jornalista/>. Acesso em: 20 set. 2022.

BOND, Letycia. Pesquisa revela aumento do consumo de notícias durante pandemia. **Agência Brasil**, online, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/pesquisa-revela-aumento-do-consumo-de-noticias-durante-pandemia>. Acesso em: 23 set. 2022.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979**. Dá nova regulamentação ao Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei nº 6.612, de 7 de dezembro de 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D83284.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630, de 2020a**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4255, de 2020b**. Modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, para versar sobre o pagamento de direitos na disponibilização de publicações de imprensa por provedores de aplicações de internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144233>. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1354, de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente constituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2277800>. Acesso em: 02 out. 2022

BRASIL. **Projeto de Lei nº 836, de 2022**. Institui o marco legal dos provedores de mensageria e redes sociais e estabelece regras para educação midiática. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2319323>. Acesso em: 02 out. 2022.

COLANGELO, Giuseppe; TORTI, Valerio. Copyright, online news publishing and aggregators: a law and economics analysis of the EU reform. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 27, 1 ed., p. 75–90. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay019>. Acesso em 02 out. 2022.

DOS SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. **O direito de autor na obra jornalística gráfica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

FENAJ defende amplo debate sobre remuneração do conteúdo jornalístico pelas plataformas digitais. **Federação Nacional dos Jornalistas**, online, 01 out. 2020. Disponível em: <https://fenaj.org.br/fenaj-defende-amplo-debate-sobre-remuneracao-do-conteudo-jornalístico-pelas-plataformas-digitais/>. Acesso em: 20 set. 2022.

FERRI, Federico. The dark side(s) of the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market. **China-EU Law Journal** 7, 21–38. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s12689-020-00089-5>. Acesso em: 02 out. 2022.

HOTOTIAN, Andrea. **Tutela autoral da obra jornalística gráfica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03072012-133908/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_ANDREA_HOTOTIAN_CD.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

RELATOR apresenta nova versão do projeto sobre fake news; conheça o texto. **Agência Camara de Notícias**, online, 31 mar. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/863031-relator-apresenta-nova-versao-do-projeto-sobre-fake-news-conheca-o-texto/>. Acesso em: 24 set. 2022.

PASSINKE, Diana, An Analysis of Articles 15 and 17 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: A Boost for the Creative Industries or the Death of the Internet? **European Union Law Working Papers**, n. 49. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3680851>. Acesso em 02 out. 2022.

PRIORA, Giulia. The impact of EU copyright law on news. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3521269>. Acesso em: 02 out. 2022.

PROJETO estabelece direito autoral para publicação jornalística na internet. **Agência Senado**, online, 24 ago. 2020b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/24/projeto-estabelece-direito-autoral-para-publicacao-jornalistica-na-internet>. Acesso em: 24 set. 2022.

SAMUELSON, Pamela. Regulating Technology Through Copyright Law: A Comparative Perspective. 42 **European Intellectual Property Review**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3635094>. Acesso em: 02 out. 2022.

SENADO aprova projeto de combate a notícias falsas; texto vai à Câmara. **Agência Senado**, online, 30 jun. 2020a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas>. Acesso em: 03 out. 2022.

The Online News Act. **Government of Canada**: online, 04 maio 2022. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/online-news.html>. Acesso em: 01 de out. 2022.

WACHOWICZ, Marcos. Direito Autoral. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo_marcoswachowicz_direitoautoral_6-1.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

ZANETTI, Daniela; REIS, Ruth (orgs). **Comunicação e informação num contexto de pandemia e isolamento social**. CAT/GRUDI – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, abr./maio 2020. Disponível em: https://www.ufes.br/sites/default/files/anexo/comunicacao_coronavirus-ufes.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.

XIAO, Yufei. Is “Link Tax” an Ending of Online Freedom? Comparison with the U.S. and E.U. New Directive. *IDEA – The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*. v. 61, n. 2, p. 384-421. 2021. Disponível em: https://law.unh.edu/sites/default/files/media/2021/05/xiao_final.pdf. Acesso em: 02 out. 2022.

DO AUTOR ROMÂNTICO AO ARTIFICIAL: UM OLHAR PARA O COMPOSITOR BEETHOVEN E A FINALIZAÇÃO DE SUA 10ª SINFONIA

CARLOS EDUARDO SOARES DE OLIVEIRA¹

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO²

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo realizar uma análise histórica e conceitual acerca do termo autor, o qual é associado ao ser humano que produz criações no cenário artístico, literário e científico. Buscou-se demonstrar a definição do termo na legislação nacional vigente de direito autoral. Para tanto, estudou-se inicialmente a construção do conceito de autor a partir do Romantismo, entre os séculos XVIII e XIX. Em seguida, buscou-se estudar como o contexto da Sociedade Informacional e o desenvolvimento de novas tecnologias promovem novas discussões a respeito da autoria humana. Como abordagem metodológica, realizou-se uma revisão bibliográfica multidisciplinar e de instrumentos jurídicos afetos aos direitos autorais. Ademais, o texto utilizou-se, como exemplo de análise, do trabalho do músico alemão Ludwig van Beethoven. Em um primeiro momento, percebeu-se que a autoria do compositor carrega todo o ideal antropocêntrico romântico, enquanto, que, em contexto contemporâneo, a sua obra será absorvida, por novas tecnologias da informação, como a Inteligência Artificial (IA), na realização de processos criativos informáticos autônomos. Concluiu-se que, apesar de ser possível a criação artística com o auxílio de IA, a tecnologia ainda não é suficiente para possibilitar um processo criativo autônomo.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba/UEPB e membro do GEDAI/UFPR.

² Advogada e oficial de chancelaria no Ministério das Relações Exteriores. Foi Vice Cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Ela é mestranda em direito no PPGD/UFPR e pesquisadora sênior no GEDAI/UFPR. Possui MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte pela UCAM, é especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston; especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo e especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). É também coordenadora do GT Direito e Arte da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR.

Ademais, percebeu-se que, ainda que fosse possível a completa autonomia criativa de uma IA, interesses econômicos evitariam que a atribuição autoral recaísse em domínio público. A legislação autoral brasileira, ainda que inspirada no conceito de autor romântico, parece apontar para essa possibilidade.

Palavras-chave: Direitos autorais. Autoria Romântica. Inteligência Artificial.

INTRODUÇÃO

Diante de toda inovação tecnológica, há a necessidade de se reavaliar conceitos pré-definidos à medida que a novidade traz consigo desafios inéditos em todos os âmbitos da sociedade, inclusive no Direito, que visa a disciplinar relações humanas. Com o advento da ciência computacional moderna, principalmente com as aplicações de Inteligência Artificial (IA), as máquinas conseguiram exercer funções criativas, antes realizadas apenas por seres humanos. Por consequência disso, reaparece o debate em torno da figura central quando se fala em produção de obras, sejam elas literárias, artísticas ou científicas: o autor.

Em períodos anteriores, a ideia de que apenas seres humanos possuíam a condição de produzir tais obras era algo inquestionável, principalmente entre os séculos XVIII e XIX. No entanto, especialmente no âmbito filosófico, essa ideia não permaneceu inalterada. No século XXI, devido ao contexto social, algumas tecnologias ganharam destaque, entre elas estão as aplicações de IA. Esse tipo de tecnologia, representado muitas vezes em obras de ficções científicas, se faz cada vez mais presente no cotidiano das pessoas. É nesse contexto, que surgem obras de caráter artístico, literário e científico produzidas por aplicações de IA, trazendo discussões a respeito da autoria e tutela jurisdicional dessas obras.

Nesse sentido, o atual estudo tem por objetivo analisar, em primeiro lugar, o conceito de autor e os aspectos históricos que levaram ao seu entendimento jurídico constante em legislações como a brasileira, inspiradas na Convenção de Berna de 1886. Busca-se compreender

os motivos que levaram ao entendimento contemporâneo de quem tem qualidade para ser autor de uma obra literária, artística ou científica no Brasil.

Como exemplo de análise, investigam-se aspectos da autoria romântica (período artístico de exaltação da individualidade, situado entre os séculos XVIII e XIX), a partir de um olhar sobre o compositor e músico alemão Ludwig van Beethoven. Em seguida, analisam-se aspectos da autoria inerentes ao contexto da Sociedade Informacional, sob influência de novas tecnologias da informação, especificamente as aplicações de IA, sob uma perspectiva comparativa, usando como base a obra do músico Beethoven.

1 O QUE É UM AUTOR?

A definição de autor não é tarefa fácil. Para este artigo, será realizada uma investigação conceitual, além do âmbito jurídico. A princípio, busca-se analisar alguns aspectos históricos sobre o termo autor e suas transformações, apontando possíveis justificativas para o entendimento jurídico contemporâneo, especialmente no âmbito das obras literárias, artísticas e científicas.

Contemporaneamente, como demonstra Alves (2016, p. 126), ao se realizar uma rápida pesquisa sobre o termo “autor” em dicionários, por exemplo, pode-se encontrar elementos de criação, originalidade e invenção associadas ao termo. Tal entendimento, representa a figura do autor moderno, que possui características individuais e de criação.

No contexto jurídico, especificamente no direito autoral, a definição de autor sofre modificações a depender do ordenamento escolhido. Contudo, em primeiro lugar, torna-se indispensável destacar esse conceito, na Convenção de Berna de 1866, a qual influenciou grande parte das legislações de direitos autorais existentes, inclusive a brasileira. A Convenção é considerada o “instrumento internacional mais antigo no domínio do Direito de Autor; o nível de proteção nele concedido

às obras intelectuais é elevado e as garantias dadas aos seus autores são as mais eficazes possíveis” (OMPI, 1980, p. 5).

Antes de Berna, os países tratavam de forma específica a proteção das obras literárias, artísticas e científicas, por meio, por exemplo, da concessão de privilégios outorgados a editoras. A Convenção proporcionou uma harmonização de direitos aos países signatários (SILVA; SILVA, 2014). Complementa Pesslerl:

Ao final do século XIX, as leis de proteção ao direito autoral manifestavam-se de forma esparsa nas diferentes legislações nacionais da época; além de variarem muito em conteúdo, havia uma dificuldade especial na asseguaração de sua eficácia em países estrangeiros. *Les Misérables*, obra prima de Victor Hugo, ao tempo de sua publicação (1862) gozava de proteção na França, mas não na Alemanha ou na Inglaterra, por exemplo. (PESSLERL, 2011, p. 94).

A Convenção de Berna veio com a proposta de não impor regras rígidas para os países signatários, estabelecendo parâmetros mínimos. Um reflexo disso está na própria condição de autor, à medida que a convenção não define de maneira explícita o termo, e sim estabelece uma presunção de autoria.

Dessa maneira, o artigo 15 da Convenção de Berna informa que, para que alguém seja considerado autor, basta que seu nome seja indicado na obra, mesmo que seja por meio de pseudônimo conhecido, entendendo a obra como qualquer produção do domínio literário, artístico e científico.

Para alguns doutrinadores, todavia, apesar de não existir uma definição explícita do termo “autor”, existem algumas evidências de que esse seria uma pessoa natural, a exemplo da expressão “morte” utilizada pela Convenção, além da existência de direitos morais e o prazo de proteção das obras, que figura durante toda a vida do autor, perdurando por mais 50 anos após sua morte. Nas palavras de Wachowicz e Gonçalves:

[...] a Convenção de Berna deixa a critério das legislações nacionais estabelecer critérios mais rígidos para a determinação de autoria, não chegando a mencionar especificamente outros critérios além de aparentar ser a pessoa ou entidade autora por meio de aposição do nome ao trabalho criativo (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019, p. 29).

Nesse contexto, no direito brasileiro, percebe-se uma definição mais explícita de quem tem a condição de ser um autor. O art. 11 da Lei de Direito Autoral brasileira, nº 9.610/98 (LDA), dispõe que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (BRASIL, 1998, art. 11). Logo, percebe-se o forte caráter antropocêntrico da LDA, uma vez que, para ser considerado autor, torna-se necessário o cumprimento de três elementos: ser indivíduo humano; responsável por uma criação; sendo essa última de conteúdo literário, artístico ou científico.

Schirru aponta, sobre a LDA, que:

[...] as obras que fazem jus à proteção autoral, de acordo com o art. 7º da LDA, são aquelas que se caracterizam como “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Aqui, por criação do espírito, não parece ser o intuito do legislador promover um critério de natureza metafísica, mas sim como um *animus* de criar no sentido de uma intenção de gerar um determinado resultado, e que seria necessariamente uma expressão da personalidade de um ser humano (SCHIRRU, 2020, p. 107).

Esse caráter antropocêntrico não é visto apenas na legislação brasileira, mas também em inúmeros países da tradição romano-germânica, a exemplo de Portugal e Alemanha. De acordo com alguns doutrinadores, é estruturante, nas legislações nacionais da tradição romano-germânica, o denominado “princípio do criador” ou “princípio da autoria humana”, sendo o direito autoral alemão o maior exemplo (LANA, 2021).

Na legislação autoral alemã, autor é a “pessoa natural que realiza uma criação espiritual” (ZANINI, 2022, p. 138). Mas não só isso, a visão de quem é o autor e criador na Alemanha é mais estrita do que em países da mesma tradição como o Brasil. Por exemplo, no direito autoral brasileiro, adotou-se a chamada teoria dualista, isso significa que os direitos morais não se misturam com os patrimoniais. Isto não acontece na legislação alemã devido à adoção da teoria monista, a qual “ênfatiza a unidade do direito de autor, que não é considerado puramente um direito da personalidade e nem exclusivamente um direito patrimonial, mas sim uma forma mista de direito” (ZANINI, 2022, p. 139).

A doutrina reforça o caráter antropocêntrico do autor. Comenta José de Oliveira Ascensão que “o princípio deve ser fixado com toda clareza: autor é o criador intelectual da obra. A obra literária ou artística exige uma criação, no plano do espírito: autor é quem realiza essa criação” (ASCENSÃO, 1997, p. 70). O autor destaca ainda que as obras advindas dos seres humanos são as únicas passíveis de proteção autoral.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO TERMO AUTOR

Percebe-se, como visto nos capítulos anteriores, a predominância do antropocentrismo nas legislações de direitos autorais, especialmente nos países da tradição romano-germânica, como a Alemanha, Portugal e o próprio Brasil. Além disso, verifica-se o ser humano como indivíduo detentor da capacidade de criação, principalmente em relação às obras literárias, artísticas e científicas, as quais possuem uma proteção jurídica. Essa visão, como se verá a seguir, é proeminentemente moderna:

Martha Woodmansee desenvolveu uma investigação histórica, seguindo a linha dos estudos de Mark Rose, para evidenciar que o sentido que damos atualmente ao “autor”, como um criador isolado, é uma construção relativamente recente, não tendo respaldo nos processos criativos medievos ou anteriores e não sendo tão generalizada até pelo menos o século XVIII. Mesmo

quando havia um único escritor, ele era reconhecido como um dos elos da corrente que resultava na publicação do livro, sendo principalmente um veículo que expressava a tradição e o divino. (LANA, 2021, p. 69).

Nessa linha, o termo autor, utilizado no português, é derivado do termo em latim *auctor*. Esse último, nas palavras do teórico Alves, como se verá adiante, possuía no direito romano um sentido de responsabilidade:

Na linguagem jurídica romana, *auctor* é o fiador, o tutor, o curador, a testemunha, o procurador, enfim, aquele que garante, que exerce uma tutela, que confirma, que representa legitimamente e, sempre, que assume a responsabilidade. Assim, o termo *auctor* existe no direito romano como uma autoridade responsável, que garante algo, e não no sentido de um criador, como ocorre no moderno direito de autor. (ALVES, 2016, p. 122).

No período medieval, o conceito de autor continuava distante da atualidade:

Na Idade Média, a percepção acerca da autoria continua distante do que se observa no atual direito autoral: o autor continuava a figurar na condição de coadjuvante, até mesmo pelos eruditos daquela época, que não faziam questão de assinar os seus próprios escritos, bem como pelo fato de que à época “a identificação da autoria não era revelada, pois a elaboração e reprodução da obra era executada dentro do monastério, dificultando ou até impedindo a autoria individual”. (SCHIRRU, 2020, p. 101).

Durante o período medieval, não se enxergava uma preocupação quanto à identificação exata do autor do texto ou livro que estava em mãos. Essa situação ganha novos contornos por volta do século XV, em razão de uma inovação tecnológica desenvolvida na Europa denominada de “imprensa de tipos móveis” (ZANINI, 2014, p. 212).

Essa tecnologia, inventada por Hans Gutenberg, proporcionou uma evolução sem precedentes na forma com que as obras eram distribuídas, uma vez que possibilitou a reprodução de livros ou textos em “escala industrial”, tornando-os acessíveis, diferentemente do método manuscrito usado até então. A nova tecnologia abriu margem para o surgimento da autoexpressão e do individualismo na Europa, influenciando a maneira com que eram percebidas tanto a obra quanto o autor.

Em períodos posteriores ao invento de Gutenberg, por exemplo, a percepção do que era um autor começa a sofrer modificações, especialmente se comparada ao período medieval. Pode-se verificar que os dicionários europeus, dos séculos XVI e XVII, começam a apontar características de criação e individualidade inerentes ao ser humano, a exemplo do dicionário de “Robert Estienne”, de 1539, que conceituava autor como “aquele que faz e inventa algo em primeiro lugar” (ALVES, 2016, p. 125).

Dentro dessa perspectiva, é apenas no século XVIII que a percepção individual, pautada em uma genialidade única e criativa do intelecto humano, ganha contornos expressivos. Isso porque, o sentido de autor se confundiu com o movimento literário e artístico da época, denominado de Romantismo, pois 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” (CONRADO, 2013, p. 45).

3 IDEAL ROMÂNTICO

O movimento artístico e literário denominado de Romantismo surgiu na Europa, tendo a Inglaterra e a Alemanha como propulsores. Possuindo influência em outros âmbitos da sociedade, como na política e na filosofia, teve seu início no final do século XVIII e permaneceu durante todo século XIX. Entre suas características, podem-se citar o individualismo, subjetivismo, sentimentalismo, entre outros (RIBEIRO, 2010, p. 6).

Em uma perspectiva histórica da arte, estaria situado entre o Classicismo e o Realismo, representando uma resposta ao objetivismo racionalista burguês³. Complementa a autora que:

Inicialmente, era apenas uma atitude, um estado de espírito. Mais tarde, toma a forma de um movimento e o espírito romântico passa a designar toda uma visão do mundo centrada no indivíduo. Os autores românticos voltaram-se cada vez mais para si mesmos, retratando o drama humano, amores trágicos, ideais utópicos e desejos de escapismo. Se o século XVIII foi marcado pela objectividade, pelo Iluminismo e pela razão, o início do século XIX seria marcado pelo lirismo, pela subjectividade, pela emoção e pelo eu. O que antes vivia no íntimo, envergonhadamente escondido, é agora confiado à obra, que é destinada ao próximo, ao amigo, à amada e, finalmente, a estranhos. (RIBEIRO, 2010, p. 6).

Rompe-se, assim, como destaca Alves, com as formas de produções tradicionais, a exemplo dos trabalhos coletivos, pois passou-se a se enxergar que, ao se produzir, uma obra coletiva, a criatividade individual e mesmo a estética estariam prejudicadas (ALVES, 2016, pp.126-127). Dessa maneira, uma obra de valor passa a representar a expressão intelectual e artística do indivíduo, juntamente com sua capacidade criativa.

Nessa altura, o olhar para si passa a ser algo positivo, sendo que antes não o era. Continua Alves:

A imagem do artista talentoso ou do grande erudito cuja perfeição formal ou intelectual repousava, sobretudo, no esforço de

³ Na periodização histórica da arte, seria situado entre o Classicismo e o Realismo, e uma boa história da literatura poderia defini-lo “provisória e precariamente” como “um movimento literário que, servindo-se de elementos historicistas, místicos, sentimentais e revolucionários do Pré-Romantismo, reagiu contra a Revolução e o Classicismo revivificado por ela; defendeu-se contra o objetivismo racionalista da burguesia, pregando como única fonte de inspiração o subjetivismo emocional.”. (BARROSO, 2014, pp. 20-21).

assimilação/imitação da Tradição e na paciência, é cada vez mais vista como algo ultrapassado no século XVIII. A criação intelectual coletiva e colaborativa passa a ser, de maneira geral, mal vista, como se apenas na solidão a genialidade e a originalidade do pensamento pudessem emergir em toda sua força e intensidade. Em suma, só o indivíduo, tomado em sua riqueza interior, é capaz de produzir grandes obras de forma autoral (*solo authorship*). (ALVES, 2016, p. 127).

Se antes o editor das obras, aquele que imprime e distribui, possuía um lugar especial, agora o autor começa a ganhar proeminência, especialmente no cenário literário. Um dos pontos de destaque é a presença massiva das assinaturas dos artistas em suas obras, pois, além de indicar a autoria, também demarcava a obra no tempo, da mesma forma que passava a ideia de posse e propriedade.

No direito, a assinatura confere autenticidade e está presente em todos os trâmites legais, representando uma marca da pessoa natural. No século XVIII, a assinatura do artista na obra passa a fortalecer o vínculo entre ambos, trazendo a ideia de paternidade (CONRADO, 2013). Dentro dessa perspectiva, nota-se que passa a ser muito comum os artistas serem representados de maneira individual diante de suas obras:

[...] sem musas ou anjos inspiradores, envoltos apenas por seus profundos pensamentos. Com a pena na mão no retiro de seu gabinete, os autores são despidos de seus trajes de gala e passam a ser mostrados em sua intimidade, como se tivessem sido surpreendidos e captados no momento mesmo da criação (ALVES, 2016, p. 127).

Essa visão de autor, construída no século XVIII, sob influência do Romantismo, serviu de base para os ordenamentos jurídicos de direitos autorais na Europa, o que se estendeu até os dias atuais. Nesse sentido, apesar de, no âmbito jurídico, em geral, o autor ainda se assemelhar à figura do artista romântico, no cenário filosófico, passa-se a

sofrer inúmeras críticas, a destacar os teóricos franceses Michel Foucault e Roland Barthes (LANA, 2021, p. 69). Nas palavras de Souza, por exemplo, o escritor Roland Barthes possuía uma visão distinta do ideal romântico:

Para ele, ao elaborar um texto, um autor baseia-se em referências e ideias anteriores a sua escritura, e que não dependem do autor para passarem a existir; apropria-se de palavras, de outros textos, de conceitos e organiza tudo isso de uma maneira particular. Barthes argumentou não haver apenas uma voz no texto, em oposição à crítica literária de sua época que esperava do autor a palavra final, o significado do texto. (SOUZA, 2017, p. 143).

Após as críticas dos teóricos franceses Foucault e Barthes, a ideia do criador único, genial e criativo passa a ser criticada ao longo da história. Um exemplo disso, como demonstra Lana (2021), é a coletânea de 1994, denominada de “*The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*”, de Martha Woodmansee e Peter Jaszi.

Por um lado, como citado no começo do artigo, Martha realiza uma pesquisa histórica, identificando que o entendimento que se tem hoje sobre autor é uma construção relativamente recente, datando do século XVIII. Por outro lado, Peter aborda a função ideológica do autor romântico, apontando aspectos culturais, políticos, sociais e econômicos. Ele demonstra que a ideia da genialidade do autor romântico é falsa e que toda obra possui influência ou inspiração de outras obras, sendo a ideia romântica usada pelas autoridades para alcançar seus interesses.

Apesar de as críticas proporcionarem uma desconstrução no cenário filosófico e não necessariamente jurídico, elas trouxeram resultados significativos no âmbito jusautor⁴. Um exemplo disso são os

⁴ Deve-se notar, complementarmente, que a crítica filosófica e da teoria literária ao autor romântico não necessariamente deve ser adotada pela lei, pois esta tem preocupações e finalidades diferentes. Há uma distinção entre o conceito legal de “autoria” e o filosófico/literário, o que é visível mesmo nos sistemas de *droit d’auteur*, nos quais ambos se aproximam mais visivelmente. (LANA, 2021, p.70).

esforços da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) em promover a tutela de novos tipos de autoria como os das culturas tradicionais (LANA, 2021).

4 IDEAL ROMÂNTICO REPRESENTADO NO COMPOSITOR BEETHOVEN

Diante do panorama citado anteriormente, passa-se a destacar a personalidade que representou o ideal romântico do indivíduo único, criativo e genial consolidado entre os séculos XVIII e XIX, o músico e compositor alemão Ludwig van Beethoven. Essa figura foi para muitos um gênio em sua área e representa grandes características do movimento artístico e literário da época, o Romantismo (RIBEIRO, 2010, p. 58).

Nascido na cidade Bonn, no dia 17 de dezembro de 1770, de família proeminentemente musical, estudou música desde os seus 5 anos, adquirindo habilidade em instrumentos como violino e piano. Durante sua vida, tornou-se professor de música, trabalhando para famílias aristocráticas, o que o ajudou no desenvolvimento de sua carreira. Ainda jovem, mudou-se para a cidade de Viena e, ao passar dos anos, ganhou destaque como pianista (FAUCONNIER, 2012).

No entanto, aos 25 anos, foi diagnosticado com uma congestão dos centros auditivos internos, doença incurável e que proporcionava surdez. Devido à doença, Beethoven enfrentou diversos problemas, entre elas, a depressão, e quase deixou a música. Todavia, reverteu a situação e voltou a atuar de maneira forte. No século XIX, já sendo considerado o maior compositor do século, compôs suas principais obras (FAUCONNIER, 2012). Complementa Ribeiro que:

Ludwig van Beethoven é visto como uma das figuras mais influentes na história da música erudita europeia. A sua música salienta-se entre a mais executada, discutida e revista. É reconhecido como o grande elemento de transição entre o Classicismo

e o Romantismo. Toda a sua obra é fruto da sua personalidade sonhadora e melancólica, um tanto épica, e verdadeiramente romântica. Ele foi um dos primeiros compositores a dar um papel fundamental ao elemento subjectivo na música. “Saída do coração, que chegue ao coração”, disse a respeito de uma das suas obras. (RIBEIRO, 2010, p. 57).

A obra de Beethoven tornou-se um marco para sua época. O seu impacto ultrapassou séculos e gerações:

Em 1970, comemorava-se em todo o mundo os 200 anos de nascimento de Ludwig van Beethoven. Uma infinidade de concertos, festivais, gravações, regravações, debates, livros e artigos em jornais e revistas, em várias partes do mundo, deram grande dimensão às comemorações em torno do bicentenário. Na Alemanha, obviamente, essa data teve um peso ainda maior, uma vez que Beethoven tinha Bonn como cidade natal. Era o “Ano Beethoven”, com uma extensa programação oficial por parte de instituições públicas e meios de comunicação. A data, enfim, era emblemática, e inspirou também algumas composições, como a peça *Kurzwellen mit Beethoven*, de Karlheinz Stockhausen. (GENTILE, 2008, p. 55).

O músico foi responsável por inúmeras obras, dentre elas as denominadas “Sinfonias”, sendo produzidas nove no total (RIBEIRO, 2010, p. 15). As sinfonias são obras destinadas às orquestras, as quais possuem vários músicos de diferentes instrumentos atuando em harmonia (BENNETT, 1986, p. 48). Entre as sinfonias de Beethoven, destaca-se a Nona Sinfonia, sendo escolhida para simbolizar o hino da União Europeia. O músico chegou a produzir um esboço do que seria a Décima Sinfonia, mas infelizmente faleceu antes de terminá-la, em 1827 (FAUCONNIER, 2012, p. 99).

Desde então, passaram-se mais de 250 anos. A sociedade em que Beethoven viveu não existe mais. Contemporaneamente, com as ino-

vações tecnológicas, as formas tradicionais de composição de obras literárias, artísticas e científicas ganham novas perspectivas. Se, nos séculos XVIII e XIX, a visão do autor como ser genial, único e criativo era algo consolidado, hoje ela é questionada, apesar de ainda possuir forte caráter antropocêntrico e individual, especialmente no direito autoral. Essas alterações serão analisadas a seguir.

5 SOCIEDADE INFORMACIONAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

5.1 Sociedade Informacional

Após a Segunda Guerra Mundial e o início da Guerra Fria, o mundo passou por modificações profundas. A disputa entre as duas maiores potências do século XX, Estados Unidos e União Soviética, teve como consequência um desenvolvimento tecnológico sem precedentes, o que propiciou aos responsáveis um lugar de destaque em relação aos demais. Com o fim da Guerra Fria, houve um avanço no processo de globalização, intensificando, sobretudo, as relações econômicas. Esse panorama simboliza a transição de uma sociedade baseada na indústria para uma sociedade baseada na informação (LAMHA, 2009).

O desenvolvimento no âmbito tecnológico foi algo essencial nas primeiras revoluções industriais. O mesmo ocorre, na sociedade contemporânea, tendo como base os avanços na área computacional⁵. O acesso ao conhecimento se potencializou à medida que se passou a não existir mais barreiras físicas para a circulação de informações. Esse contexto, colocou a informação em um patamar diferenciado se comparado às sociedades anteriores, isso porque, no contexto atual, nas

⁵ Assim como a Revolução Industrial teve em seu cerne a questão das evoluções tecnológicas, mas também, principalmente, a forma como as inovações se inseriram no meio social, a nova Revolução Informacional também tem como pressuposto o avanço da tecnologia, principalmente relacionada ao uso do computador como meio de comunicação, circulação da informação e acesso ao conhecimento. (SILVA, 2011, p. 40).

palavras de Manuel Castells (1999, p. 65) “a geração, o processamento e transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas”. Assim, conforme Gonçalves:

Essa centralidade das informações é um aspecto importante de ser destacado. A informação nunca deixou de ser importante em nenhuma sociedade anterior a que Castells chama de Sociedade Informacional. A grande característica dessa, portanto, seria a possibilidade que se tem de produzir e compartilhar dados (textos, imagens, fotos etc.) de uma maneira muito mais rápida e eficiente. (GONÇALVES, 2019, p. 58).

A revolução tecnológica ocorrida, desde a década de 80, é chamada por Manuel Castells de “paradigma da tecnologia da informação” (VIEIRA, 2021, p. 30). Esse paradigma modificou a forma de consumo de determinados bens, um exemplo disso foram as alterações no âmbito da música, em que “o criador e público musical passaram a não depender mais da indústria fonográfica para criar, acessar, compartilhar e até reformular músicas” (SILVA, 2011, p. 43), devido principalmente à popularização dos microcomputadores e da internet.

5.2 Inteligência Artificial

Dentro dessa perspectiva, surge um tipo de tecnologia potencializada pela Sociedade Informacional, denominada de Inteligência Artificial (IA). Para Wachowicz e Gonçalves (2019, p. 12), ela pode ser caracterizada como sendo uma “área de estudo focada em resolver problemas (ou criar máquinas que desempenhem essa função) que anteriormente somente a mente humana saberia responder”. Os autores apontam que essa não é uma tecnologia ou uma área isolada à medida que possui aplicações em diversos ramos da sociedade, buscando resolver problemas que até então eram resolvidos exclusivamente por seres humanos.

Isso pode ser verificado nos exemplos trazidos por Schirru:

As aplicações são diversas e multissetoriais, compreendendo importantes avanços na medicina diagnóstica, no mercado financeiro, no processamento de linguagem natural e na criação de produtos de natureza literária e artística, [...]. No que concerne à robótica e inteligência artificial, o cenário atual é composto de robôs cuidadores, robôs que auxiliam profissionais da saúde em cirurgias delicadas, sistemas capazes de detectar e antecipar diagnósticos de doenças como o câncer, “sistemas de recomendação que sugerem livros e álbuns de música baseados nas compras prévias e avaliações do usuários”, sistemas que “superam campeões humanos em uma gama variada de jogos”, e sistemas cuja operação é capaz de resultar em produtos de conteúdo praticamente imprevisível e de natureza intelectual [...] (SCHIRRU, 2020, pp. 182-183).

No contexto da Sociedade Informacional, as aplicações de IA ganham nova perspectiva à medida que a informação é, de acordo com Gonçalves (2019), um dos três elementos essenciais para um bom funcionamento desse tipo de tecnologia. Nesse sentido, com a popularização da internet, o volume de informações alcançou parâmetros inimagináveis, o que contribuiu para o desenvolvimento das aplicações de IA. Isso porque, percebeu-se que, conforme ocorria um aumento no número de dados implementados nos programas, melhores e mais precisos eram os resultados das aplicações de IA:

Tal demanda por informações foi suprida especialmente a partir de meados da década de 1990, com a popularização da internet. E é justamente a partir desse ponto que se pode apontar uma forte relação de causalidade entre algumas das principais características da Sociedade Informacional e o modo como o campo da Inteligência Artificial se desenvolveu tão rapidamente no século XXI. (GONÇALVES, 2019, p. 66).

Schirru (2020) aponta que os sistemas de IA já são capazes de produzir obras literárias, artísticas e científicas semelhantes às produzidas por seres humanos. Se fossem expressões de pessoas naturais, facilmente possuiriam tutela por parte do direito autoral. Já há exemplos de criações artificiais nas músicas, artes plásticas, produtos literários e de audiovisual, entre outros. No campo musical, tem-se o famoso caso do professor e músico David Cope, apresentado por Luca Schirru em sua tese de doutorado (SCHIRRU, 2020, p. 216).

Conforme o autor, David Cope, apesar de músico e compositor com mais de 70 obras ao longo de sua carreira, também atua na área computacional. As pesquisas de Cope, de maneira resumida “buscam emular no sistema informático o estilo de composição de um autor humano, permitindo que o sistema passe a compor por si só” (SCHIRRU, 2020, p. 217). Dos seus projetos, surgiram dois programas de computador denominados de “EMI ou Emmy (*Experiments in Music Intelligence*)” e “Emily Howell”. O primeiro programa, EMI, foi estruturado em três etapas:

- (i) a desconstrução de obras musicais mediante e análise de sua estrutura;
- (ii) identificação dos traços comuns entre as músicas, de maneira a permitir a construção do “estilo” de um determinado compositor, ou até mesmo o nicho onde estaria inserida aquela obra e, por fim,
- (iii) a recombinação de elementos para o fim de criar novas composições. (SCHIRRU, 2020, pp. 217-218).

De acordo com Schirru, o segundo programa, Emily Howell, possui caráter mais colaborativo à medida que Cope implementou obras de mais de trinta compositores diferentes. Além disso, o professor e músico teria, nesse segundo programa, maior controle sobre os resultados (SCHIRRU, 2020, p. 219). Nessa linha, para Cope, o processo criativo de um compositor sofre influência daquelas obras que ele já teve acesso anteriormente, afastando a ideia de ineditismo absoluto de uma produção artística.

Schirru informa que Cope considera, nessa perspectiva, que seus programas são ferramentas que o auxiliam na produção das músicas, e não autores das obras. Dessa forma, com o auxílio da primeira ferramenta, EMI/Emmy, foram produzidas mais de 11.000 obras musicais. No entanto, o músico sofreu inúmeras críticas, por EMI/Emmy buscar imitar o estilo de outros compositores (SCHIRRU, 2020, p. 219).

Fato interessante observado nas obras de David Cope, produzidas com auxílio da IA, é que se verifica uma dificuldade na identificação de origem dessas obras, no sentido de ter obtido ou não auxílio da IA, uma vez que os programas conseguem emular os estilos musicais com maestria (SCHIRRU, 2020, pp. 220-221). Entende-se, portanto, que essas obras elaboradas com IA questionam parâmetros de proteção dos direitos autorais, como o requisito da autoria exclusivamente humana, advindo principalmente do ideário romântico de autor.

Um ponto importante a perceber é que, de acordo com Lana (2021), com o desenvolvimento das aplicações de IA, a possibilidade de criações autônomas dessas aplicações, sem que necessariamente exista um contributo significativo humano no resultado final, tornou-se algo palpável:

Existe uma real possibilidade de autonomia em relação ao agente humano, que pode não ter controle, compreensão ou previsão sobre o resultado alcançado pela máquina. A questão principal aqui não é a existência de uma criatividade de máquina, e sim a inexistência de uma criatividade humana, ou pelo menos a impossibilidade de identificá-la no processo criativo. (LANA, 2021, pp. 104-105).

Nesse contexto, Lana demonstra que alguns autores, como Aleksei Gudkov, afirmam não existir “originalidade nas obras geradas por inteligência artificial, com um processo criativo que, na verdade, seria sempre derivativo da criatividade humana” (LANA, 2021, p. 102). Isso

ocorre porque as obras derivadas das aplicações de IA advêm de informações externas às implementadas nos programas.

No entanto, também pode-se afirmar que toda criação intelectual humana advêm de inspirações anteriores, em uma espécie de recombinação das informações obtidas pelo autor ao longo de sua experiência de vida. Isto, entre outros fatores, contraria a visão romântica de criação autoral, baseada em espasmos divinos de criatividade humana. Nesse contexto, torna-se muito mais difícil remontar a criatividade como algo inerente ao ser humano à medida que uma máquina consegue produzir resultados semelhantes aos processos criativos humanos (WACHOWSKI; GONÇALVES, 2019).

5.3 Proteção autoral de IA e a criação coletiva

Do ideário romântico de autor até a contemporaneidade, verificam-se, portanto, questionamentos a respeito da figura autoral, mais especificamente no âmbito filosófico. As críticas dos autores Michel Foucault e Roland Barthes, reforçado pela doutrina posteriormente, demonstra uma forte relação com as novas formas de produções artísticas dos séculos XX e XXI. Percebe-se que o “criador humano assume uma posição cada vez menor (diretamente) para alcançar o resultado final, com um exponencial aumento da participação coletiva” (LANA, 2021, p. 71).

Como defende Schirru, no entanto, não se tem o desejo de que as obras intelectuais fiquem desprotegidas legalmente, mas demonstrar que os “fundamentos românticos da autoria sobrevivem até hoje nos discursos, e na legislação, sobre a proteção autoral e dificultam a construção e o debate de novos tipos de autoria que não a individual” (SCHIRRU, 2020, p. 105). Mesmo assim, já se verifica uma flexibilização desse caráter antropocêntrico nas legislações de direito autoral, um exemplo disso é a extensão de direitos às pessoas jurídicas no parágrafo único do artigo 11 da lei 9.610/98 (BRASIL, 1998, art. 11).

Todo esse cenário permitiu a possibilidade de se colocar frente a frente figuras que podem ser vistas como antagônicas. De um lado, um músico que representa todo o imaginário do Romantismo e, de outro, as aplicações de Inteligência Artificial que proporcionam produções artísticas baseadas em obras preexistentes, em aspectos muito mais coletivos do que individuais e em possibilidades criativas além da atuação humana.

6 BEETHOVEN ARTIFICIAL?

Diferentemente de compositores como Joseph Haydn, que produziu mais de cem sinfonias, Beethoven se limitou ao desenvolvimento de apenas nove (RIBEIRO, 2010). Como visto, para muitos, a Nona Sinfonia foi sua maior obra, gerando a expectativa de que a sua Décima Sinfonia seria ainda mais genial.

Conforme demonstra Elgammal (2021), tempos depois, alguns compositores tentaram finalizar a Décima Sinfonia de Beethoven. Exemplo famoso foi o do musicólogo Barry Cooper, no ano de 1988. Porém, a tentativa se resumiu a uma pequena parte do que, na opinião de Cooper, seria a obra completa. Contudo, no ano de 2021, os fãs de Beethoven puderam “ouvir e imaginar” como seria a versão completa da obra inacabada do músico, devido ao auxílio de IA.

Oelze e Valente (2021) relatam que o projeto começou, no ano de 2019, quando a companhia alemã de telecomunicações Telekom buscou reunir especialistas da área da música e da tecnologia, visando a utilizar a IA para concluir a obra de Beethoven. A ideia era lançar a obra em comemoração aos 250 anos do nascimento do músico.

Os pesquisadores precisaram “usar notas e composições completas de todo o repertório de trabalho de Beethoven - além dos rascunhos disponíveis da 10ª Sinfonia - para criar algo que o próprio Beethoven pudesse ter escrito” (ELGAMMAL, 2021).

Para os musicólogos, a missão era decifrar os rascunhos deixados por Beethoven e transcrevê-los. Por sua vez, para os especialistas em IA, era ensinar os programas como o famoso compositor criava suas obras. Assim:

De modo análogo à rede neuronal do cérebro, o computador é capaz de criar novas conexões independentemente. Alimentado com sinfonias, sonatas para piano e quartetos de cordas de Beethoven, o sistema de IA foi progressivamente treinado para “pensar” como ele. Os resultados musicais que combinavam melhor entre si foram reintroduzidos no sistema, gerando mais música, e a composição foi crescendo. (OELZE; VALENTE, 2021).

De acordo com Elgammal (2021), o desafio da equipe era possibilitar a simulação de processos criativos de Beethoven, por meio de treinamento da aplicação de IA. Nesse sentido, o autor demonstra que após os primeiros resultados, ainda em 2019, os membros se reuniram pessoalmente em Bonn, na Alemanha, cidade natal de Beethoven, para um teste decisivo em relação à capacidade de a IA completar o projeto.

Ainda de acordo com Elgammal (2021), o encontro reuniu jornalistas, musicólogos e especialistas em Beethoven. Foi pedido para os presentes que “determinassem onde terminavam as sequências de Beethoven e onde começava a extrapolação por IA. Eles não conseguiram” (ELGAMMAL, 2021). O projeto prosseguiu e a obra foi finalizada, estando disponível na internet.

Em relação aos direitos autorais ou de reprodução das obras de Beethoven, desde que não prejudique o patrimônio cultural deixado pelo músico, é permitido o uso, pois já se encontram em domínio público (SILVA, 2021). A Décima Sinfonia, denominada de “Beethoven X: The AI Project”, está vinculada ao compositor austríaco Walter Werzowa, tendo ao seu lado, como titulares de direitos, empresas como a Sony.

A tendência é que, com auxílio da IA, mais e mais obras surjam e que esse tipo de tecnologia se aprimore na tentativa de reproduzir

os processos criativos e os resultados humanos. Hoje, também existem outras possibilidades criativas, como a ressurreição digital, processo tecnológico que reconstrói artificialmente, por exemplo, vozes, imagens de artistas já falecidos, oferecendo novos desafios jurídicos. O futuro aparenta guardar perspectivas interessantes, desafiando os direitos autorais.

CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, percebeu-se que, desde os primeiros privilégios outorgados aos editores que possuíam o invento de Gutenberg, até o século XVIII, o termo “autor” começa a ganhar proeminência no cenário artístico, científico e literário. Com o Romantismo, passa-se a divinizar aquele que produz obras de maneira solitária, exaltando-se o ser humano, a sua genialidade e legitimando o surgimento de uma proteção jurídica autoral.

Percebe-se, portanto, que o conceito de autor contemporâneo, aquele que cria de maneira isolada, provém do Romantismo e influenciou, à época, o surgimento de uma proteção jurídica autoral. Desde esse período, no âmbito jurídico, essa visão ainda predomina, o que não se enxerga no cenário filosófico. Esse último, teceu críticas ao autor romântico, proporcionando mudanças na perspectiva jusautoral, como foi demonstrado em esforços da OMPI em promover a tutela de obras coletivas.

Pode-se dizer, assim, que o conceito de autor no cenário filosófico passou por mudanças relevantes. Em relação ao direito autoral, apesar de a visão do autor romântica ainda ser predominante, já se percebe uma flexibilização. Um exemplo disso é a própria LDA, que oferece proteção autoral às pessoas jurídicas, abrindo margem para a proteção de obras coletivas de valor agregado, como as advindas de IA. A novidade passa então a ser como disciplinar a proteção de uma autoria artificial autônoma, que ultrapassa a intencionalidade humana.

No entanto, mesmo que máquinas exerçam funções semelhantes às dos seres humanos, tentar reproduzir o processo criativo das pessoas naturais em sua integralidade é algo, no momento, impossível. Como visto no exemplo de análise, buscou-se realizar um paralelo entre a produção do compositor romântico Beethoven, em seu contexto histórico, de exaltação de sua personalidade e genialidade, com a suposta finalização de sua obra inacabada, consistente na Décima Sinfonia, a partir da utilização de IA. Ainda que os esforços empreendidos pelas pessoas físicas e jurídicas tenham tido o objetivo da conclusão da Sinfonia, o resultado alcançado foi inesperado.

Isso porque, no caso da Décima Sinfonia, apesar de a IA ser alimentada com as obras prévias do músico Beethoven, não existia nenhuma garantia de que Beethoven seguiria o mesmo caminho adotado pelo programa ou de quem controlou o mesmo. Houve, portanto, uma iniciativa humana de processo criativo alcançável apenas pela capacidade de organização de dados da inteligência artificial. Ao que parece, a IA representou uma ferramenta de produção coletiva entre humano e máquina, não possuindo autonomia criativa, nem na iniciativa, nem no resultado.

Independente da intervenção humana, todavia, percebe-se mais benéficos do que malefícios no uso da tecnologia neste caso, pois possibilitou otimização de tempo e trabalho na concretização da Décima Sinfonia. Mais uma vez, é importante mencionar que, apesar do uso da obra pré-existente de Beethoven, a Décima Sinfonia alcançada é apenas uma possibilidade criativa, que reproduz padrões criativos do compositor, mas que trouxe um resultado cuja autoria não pode ser atribuída ao mesmo.

Foi possível concluir também que o nível de intervenção humana no resultado das obras de IA é essencial para possibilitar a determinação de autoria. Se a influência humana for mínima, haverá ausência de proteção autoral e o caminho do domínio público parece ser pertinente. Esse raciocínio, no entanto, é evitado, na medida que o nível de esforços para se alcançar um processo criativo de IA envolve diversos

atores, que visam obter o retorno do incentivo humano e financeiro empreendido.

A legislação autoral brasileira, ainda que inspirada no conceito de autor romântico, parece apontar para essa possibilidade. No que diz respeito ao projeto da Décima Sinfonia, a autoria foi atribuída ao compositor austríaco Walter Werzowa, como diretor e idealizador de todo o processo artístico, bem como foi dada a devida credibilidade às empresas envolvidas. Se o caso tivesse ocorrido no Brasil, parece que o mesmo entendimento poderia derivar da interpretação da LDA.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. O. **Direito Autoral**. 02. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ALVES, M. A. S. Criação e autoria: considerações sobre as práticas artísticas e intelectuais modernas. **Scriptorium**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 119-135, jul-dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm . Acesso em: 20 set 2022.

BRASIL. **Decreto n.75.699, de 6 de maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm . Acesso em: maio 2022.

BARROSO, G. L. S. **Arte e Política no Romantismo Alemão**. 2014, 329f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

BENNETT, R. **Uma breve história da música**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

CONRADO, M. M. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e titularidade**. 2013. 322f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, 2013.

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

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. Ecadnet. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ecadnet.org.br/client/app/#/Consulta/Obra/1?valor=Bethoven%20X>. Acesso em: 20 set 2022.

ELGAMMAL, A. **10ª Sinfonia de Beethoven**: como musicólogos e inteligência artificial completaram obra inacabada. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58957699>:. Acesso em: 18 ago. 2022.

FAUCONNIER, B. **Beethoven**. Porto Alegre: RS: L & PM, 2012.

GENTILE, J. M. **Fragmento e montagem em Mauricio Kagel uma análise de LU-DWIG VAN**. 2008. 96f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, 2008.

GONÇALVES, L. R. **A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil**. 2019. 143f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, 2019.

LAMHA, A. **Sobreintegração e subintegração no desenvolvimento da sociedade informacional**: problemas e perspectivas. 2009. 156f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

LANA, P. P. **Inteligência Artificial e Autoria**: questões de direito de autor e domínio público. Curitiba: IODA, 2021.

OMPI. **Guia Da Convenção De Berna Relativa À Proteção Das Obras Literárias E Artísticas** (Acta De Paris, 1971). Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 1980.

OELZE, S ; VALENTE, A. **Inteligência artificial conclui a “Décima” de Beethoven**. Made for minds, 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/intelig%C3%Aancia-artificial-conclui-a-d%C3%A9cima-de-beethoven/a-59471173> Acesso em: 22 ago. 2022.

PESSERL, A. R. **A biblioteca pública digital**: direito autoral e acesso na sociedade informacional. 2011. 180f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

RIBEIRO, R. A. O. S. **Romantismo**: contextualização histórica e das artes. 2010. 90f. Dissertação (Mestrado) - Instituto Politécnico de Castelo Branco Escola Superior de Artes Aplicadas, 2010.

SILVA, J. E ; SILVA, M. V. V. A Propriedade Intelectual como evolução histórica do instituto da propriedade imaterial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **Anais eletrônicos** [...]. João Pessoa, p. 99 - 118. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c16d65d012198a>. Acesso em: 20 maio 2022.

SCHIRRU, L. **Direito Autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos de IA**. 2020. 355f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020.

SOUZA, D. C. A morte do autor de Roland Barthes: ecos musicais. **Ribanceira**, Pará, v. 9 n. 9, 141-149, Abr-Jun. 2017.

SILVA, G. C. **Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional**: as relações com o sistema internacional de direito autoral. 2011. 163f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

SILVA, R. **Quem recebe os direitos autorais da música clássica no Streaming?** UBC, 2021. Disponível em: <https://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia/19123/quem-recebe-os-direitos-autorais-da-musica-classica-no-streaming>. Acesso em: 18 set. 2022.

VIEIRA, G. B. A sociedade da informação e sua lógica capitalista: uma análise dos riscos e regulações. In: WACHOWICZ, M. ; CORDIANO, M. (Org.). **Propriedade Intelectual & Sociedade Informacional**. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021. p. 27 – 47.

WACHOWSKI, M ; GONÇALVES, L. R. **Inteligência Artificial e Criatividade**: novos conceitos na propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI, 2019.

ZANINI, L. E. A. Uma visão geral da lei autoral alemã. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 17, n. 41, p. 135-157, jan./abr. 2022.

ZANINI, L. E. A. Direito de autor em uma perspectiva histórica: da Idade Média ao reconhecimento dos direitos de personalidade do autor. **SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 211-228, ago. 2014.

SCARLETT JOHANSSON – UMA MUDANÇA DO PARADIGMA: DAVI OU GOLIAS?

GIOVANNA MARTINS SAMPAIO¹

JAQUELINE SAN GALO²

EMÍLIO BRITO³

RESUMO: O objetivo do presente trabalho consiste em avaliar as questões jurídicas e de direitos autorais do intérprete – conexos - subjacentes e atualizadas, relativamente ao conflito contratual entre a Disney e a atriz Scarlett Johansson, enquanto estrela do/no filme *Viúva Negra*. Esse debate foi travado e noticiado a partir da grande mídia, trazendo-se, neste artigo, um viés comparativo entre as concepções e interpretações brasileiras dos direitos autorais e o sistema estadunidense de Copyright, a partir da aplicação de uma metodologia de revisão bibliográfica e documental, bem como demais técnicas metodológicas de apoio ao estudo. Os resultados e conclusões parciais apontam para as diferenciações entre os sistemas de *common law* e *civil law* e suas decorrências, em relação aos contratos e aos bens da propriedade intelectual, bem como nas demais decorrências econômicas adjacentes ao ramo de mercado do entretenimento.

Palavras-chave: Copyrights; Disney+; Audiovisual.

¹ Advogada. Doutoranda em Ciência da Propriedade Intelectual pela Universidade Federal de Sergipe, UFS. Mestra pelo PROFNIT, UFBA. Mestrado LLM em *International Business Law* pela Universidade Livre de Bruxelas, ULB. E-mail: giovanna.martins@ufba.br.

² Advogada, Pesquisadora e Parecerista. Mestranda em Direito com enfoque em Propriedade Intelectual pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro dos Grupos de Estudos PINTEC/UFBA e Vida/UFBA. Especialista em Direito pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Pós-Graduada em Gestão de Negócios pela FGV/ISCTE- PT. E-mail: sangalojaqueline@gmail.com.

³ Advogado. Mestre em Direito com enfoque em Propriedade Intelectual pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Direito Privado Europeu pela *Università Mediterranea di Reggio Calabria* – UNIRC. E membro dos Grupos de Estudos PINTEC/UFBA e GEDAI/UFPR. E-mail: emilibritto.adv@gmail.com.

INTRODUÇÃO: O IMBRÓGLIO

Inicialmente, salienta-se que este artigo se propõe a avaliar o caso prático, do ponto de vista do direito da propriedade intelectual e autoral conexo comparados, contextualizando-o a partir da obra cinematográfica *Viúva Negra*, no âmbito/contexto da Disney, frente à sua “noticialização” e divulgação na mídia.

Será trazido, desse modo, um teor técnico-jurídico, para abordar os principais pontos críticos em torno da questão, partindo de conceitos específicos do direito privado e econômico e demais institutos para trabalhar os direitos autorais, ficando, assim, demonstrada sua relevância. Tal investigação foi realizada através, principalmente, de uma metodologia de revisão bibliográfica.

Ao questionar o descumprimento contratual da Walt Disney Company, a atriz Scarlett Johansson questiona a estratégia da empresa contratante e distribuidora, alegando a transgressão e a inobservância de cláusulas contratuais. A estrela e intérprete da personagem *Viúva Negra* teria ajustado, contratualmente, seu aumento de ganhos coordenados com o crescimento da bilheteria do filme, no cinema.

O filme *Viúva Negra* foi um estouro de bilheteria, desde a sua primeira semana de lançamento, tendo decaído, em números, ao ser lançado na Disney+ (Disney Plus). Inobstante não conhecermos a íntegra do contrato supracitado e questionado, que pode ter previsto tão somente a remuneração crescente para a exibição em cinemas especificamente, este instrumento pode também ter previsto que, apenas após determinado lapso temporal, o filme em questão passaria a ser exibido no mencionado canal Disney +, existindo, ainda, a possibilidade de previsão em cláusula de “prerrogativa de veto”. Todavia, não é esta a principal questão a ser tratada neste trabalho.

Após acesso à petição dos advogados da atriz, no processo contra a *Big Motion*, intriga o relato de que tentaram, por sucessivas vezes, uma conciliação, sem lograr êxito. Como se não bastasse o descumpri-

mento, em si, do pacto firmado entre as partes, a Disney tentou, ainda, levantar a discussão de que a atriz estaria incentivando a aglomeração de pessoas em cinemas, frente ao contexto da pandemia do covid-19.

Seguem os advogados, alegando que, ao lançar, inopinadamente e sem autorização contratual, o filme, no seu canal fechado, a Disney prejudicou o ganho da parcela móvel do contrato da atriz, que era baseado na bilheteria dos cinemas, de modo que cada bilhete é individual. Por outro lado, um acesso em canal fechado de *streaming* pode eliminar, com uma só tacada, 3 ou 4 pessoas que assistem, de uma só vez, aquele filme, sem contar na possibilidade de compartilhamento do cadastro na plataforma, entre algumas pessoas.

Urge informar que o relato da atriz, no bojo da ação judicial, informa que o estrondoso sucesso do filme no canal fechado da ré proporcionou o recebimento de um bônus milionário ao gestor da operação com o referido filme. Este já detém um salário gigante, e que, em decorrência do aumento estratosférico do valor das ações da empresa, na bolsa de valores, o gestor teria, ainda, recebido o bônus contratual pactuado, em cima desses ganhos variáveis.

O neoliberalismo moderno divide riscos sociais e sectariza a reserva dos lucros. Assim, a atriz, baseada na certeza do seu imenso talento, apostou em ajustar a parcela variável, assumindo o risco do sucesso do filme. Assim, a parcela variável do seu contrato estaria atrelada, inexoravelmente, à bilheteria da película, prática, vale dizer, que se repete em inúmeros contratos similares.

A *Big Motion*, um dos maiores conglomerados do setor, contra o qual não vale ou se posiciona a lei antimonopólio estadunidense, não se preocupou em ter, em seus quadros, um gestor que rasgue contratos desta forma. Do mesmo modo, não se incomodou com a reputação e imagem da empresa, desempenhando práticas bem distantes do tão falado *fair play*, entendido como “jogar o bom jogo”, uso de boas práticas, ou ainda, agir em conformidade.

Até o momento, a problemática não foi resolvida. Todavia, aposta-se numa conciliação futura, pelo que, nas linhas seguintes, após a contextualização trazida acima, este trabalho se deterá em analisar as questões legais e jurídicas mais essenciais adjacentes ao caso.

1 METODOLOGIA

O planejamento metodológico deste artigo consistiu, primordialmente, na revisão bibliográfica e sistemática de documentos, diretrizes e notícias nacionais e internacionais. A abordagem do trabalho é, eminentemente, teórica e quali-quantitativa, com o uso de dados secundários, sendo também utilizado um *brainstorming* individual e em grupo, enquanto ponto de partida para a aplicação e realização da técnica de filtragem de trabalhos.

Nesse sentido, Ribeiro (2018) refere-se ao *brainstorming* como uma técnica de trabalho, cuja intenção é produzir o máximo de soluções possíveis, para um determinado problema. Serve para estimular a imaginação e a criatividade, bem como fazer surgir ideias, através de discussões com a disposição de diferentes opiniões, acerca de determinado problema ou tema (PORTER, 1991).

A ênfase do processo está na geração de muitas ideias (processo denominado de fluência, que permite um momento de livre pensamento e aberto), todas devidamente registradas, buscando quebrar as inibições, sendo as críticas e maiores reflexões deixadas para um momento posterior, ao longo de certo processo.

Ademais, conta com o emprego de técnicas de agrupamento, priorização, análise e hierarquização dessas ideias e resultados. Nesse sentido, finalmente, o *brainstorming* envolve uma fase de preparação, baseada em algumas questões norteadoras acerca do objetivo e tópico da sessão, detendo como principais vantagens a economicidade, amplitude/abrangência e inovação para a resolução de problemas intermediários (PORTER, 1991).

Segundo o objetivo da pesquisa, a metodologia foi do tipo descritiva e exploratória. A pesquisa descritiva visa descrever as características dos fatos e dos fenômenos e o estabelecimento das relações entre as variáveis consideradas. Gil (2010, p. 42) traz que, “as pesquisas descritivas identificam as características de determinada população ou fenômeno”.

A pesquisa exploratória, por sua vez, visa promover uma aproximação ao objeto de estudo. Também conforme o mesmo autor, “a pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade ao problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses, sendo isso feito ao longo do trabalho”.

A pesquisa exploratória relaciona-se à constituição de hipóteses a serem testadas ao longo do trabalho. A análise de teor descritivo “identifica as características de determinada população ou fenômeno” (GIL, 2019, p. 42). Assim sendo, o estudo é descritivo, porque utiliza uma abordagem quali-quantitativa, atribuindo novos sentidos e interpretações aos dados teóricos e bibliográficos pesquisados e encontrados, investigando a realidade estudada, por meio de variadas fontes de consulta.

Gil (2008) enfoca e assinala, ainda, que, na pesquisa qualitativa e descritiva, a análise da natureza dos dados coletados, bem como sua extensão, dá-se através de instrumentos de pesquisa e por meio de pressupostos teóricos, que norteiam a investigação doutrinária sobre determinado tema.

Ludke e André (1996) corroboram a metodologia aqui escolhida, ressaltando que a análise dos dados, na pesquisa qualitativa, segue um processo indutivo, sem descuidar do rigor formal necessário à investigação científica.

Flick (2009), por sua vez, acrescenta que o panorama da pesquisa qualitativa é recente e ocorreu, concomitantemente, em diversas áreas, tendo cada uma delas se caracterizado por um embasamento

teórico e conceitos de realidade específicos, por seus próprios programas metodológicos.

Portanto, foi investigado o estado da arte e da técnica existentes sobre o tema, no que se refere ao referencial teórico de discussão. A busca dos artigos científicos foi feita na base de dados do Google Scholar, no presente ano de 2022.

Quanto aos métodos potenciais e relacionados ao presente trabalho, tem-se o emprego de sistemas de inteligência, em relação à busca da revisão de literatura ora empregada. Desse modo, foram realizados estudos prospectivos, desde a definição do tema, recorte e justificativa, e, primordialmente, com a filtragem dos trabalhos que comporiam o referencial teórico do presente artigo.

Ainda se abarca a utilização de estratégias de pesquisa relacionadas ao emprego de cenários, para a obtenção de resultados mais satisfatórios e apropriados ao objetivo deste estudo, bem como à análise multicritérios.

Nesse sentido, Ribeiro (2016), brevemente, prenuncia que esse tipo de análise refere-se ao conjunto de técnicas e métodos, cujo objetivo é facilitar a tomada de decisões acerca de determinado problema, levando-se em conta múltiplos e diversos argumentos, métodos e fatores, permitindo uma priorização desses elementos segundo o emprego de critérios de avaliação das possibilidades e alternativas. Nessa toada, a autora salienta a utilização desta técnica conjuntamente ao *brainstorming*, quando envolve o estudo de novas tecnologias e suas implicações sócio-legais, como no caso presente.

Estabelece-se, aqui, que foram identificados cenários majoritariamente de médio prazo, no âmbito internacional, a partir dos estudos doutrinários e pesquisas descritivas e qualitativas, todos realizados para embasar este trabalho, do ponto de vista teórico-epistemológico.

A delimitação temporal da pesquisa deste trabalho refere-se até fins do mês de junho de 2022, visando ofertar exemplos de informações

atualizadas e mais práticas, acerca das tendências em propriedade intelectual (PI), mercado, entretenimento e audiovisual, entre outros.

Na retaguarda deste estudo, foram elaborados mapas mentais, fluxogramas, tabelas e quadros, buscando embasar e refletir as informações encontradas, a fim de se demonstrar a ciclicidade e correlação dos argumentos, segundo a forma documental de pesquisa. Cumpre destacar que os citados mapas mentais, quadros e tabelas foram elaborados, a partir de uma metodologia transdisciplinar, em relação aos objetivos do presente trabalho.

Ademais, o presente trabalho abarca o emprego do método cartesiano, para a análise quali-quantitativa dos resultados encontrados. A escolha metodológica é compatível com o objetivo de proporcionar maior familiaridade ao problema, para torná-lo explícito e aperfeiçoar as ideias tangentes à questão a ser resolvida, entendendo-se os aspectos relacionados ao assunto estudado (GIL, 2019).

A diferença entre a pesquisa bibliográfica e a documental é que a primeira é baseada em trabalhos publicados, que já receberam tratamento analítico, enquanto na documental, o material ainda não recebeu tratamento analítico, podendo ser reelaborado, conforme o objeto da pesquisa (GIL, 2019).

As bases de dados da pesquisa bibliográfica utilizada foram as informações relevantes contidas em notícias, livros e artigos científicos encontrados no Google Acadêmico. Na pesquisa documental, utilizou-se, para a investigação temática, a legislação internacional pertinente ao assunto.

Nesse âmbito, finalmente, este artigo aplica a técnica de *data mining*, ou Mineração de dados, para a filtragem, priorização, interpretação e até padronização das informações encontradas, segundo o objetivo do estudo.

Em complemento, Ribeiro (2018) esclarece que este processo pretende descobrir e estabelecer novas correlações e tendências significativas, “garimpando as grandes quantidades de dados achados

na pesquisa, com a utilização de diferentes tecnologias e algoritmos, e mais profundamente, com a aplicação de conceitos e instrumentos estatísticos, de modelagem e matemáticos, permitindo até a inferência de regras e predições dos resultados a serem atingidos/alcançados.

Nesse sentido, destarte, simplifica-se que a ideia de *data mining* está se popularizando na comunidade científica e acadêmica, com o seu maior uso e aplicação nas diversas ciências, enquanto uma ferramenta de gestão da informação de negócios, considerando a capacidade de racionalidade e certeza limitada.

2 RESULTADOS E DISCUSSÕES: A INCRÍVEL ATRIZ E SUA CARREIRA ANTERIOR À MARVEL

A atriz ora em questão já possuía uma consolidada carreira como atriz, antes mesmo de atuar no filme *Viúva Negra*, da Marvel, empresa que foi adquirida pela Disney. Foi acordado que uma parte do cachê da atriz seria “proporcional à receita das bilheterias”, ou seja, partilhariam com a atriz os seus ganhos, como se “sócia” fosse do empreendimento, recebendo *royalties* pelas vendas e execuções da película nos cinemas.

Essa é uma costumeira forma de ajuste contratual, presente em diversos tipos de contratos, no ramo artístico, como atuação, publicidade e venda de “discos”, no qual partilha-se o risco.

Quer-se aqui dizer: Você só ganha mais, se o negócio der lucro; só assim partilhará os ganhos conosco. Partilha de riscos. Ora, mas nenhuma destas empresas ou contratos preveem o compartilhamento com os atores e cantores, o risco de ficarem presos a determinados papéis e personagens que tenham performado, não conseguindo um desligamento ou desvencilhamento dos mesmos, eg. ser a eterna “Viúva Negra”.

Os riscos são muito grandes, tanto que há, inclusive, a responsabilização da celebridade pelos riscos dos produtos realizados e comer-

cializados. Nesse sentido, uma má escolha de filme para atuação pode derrubar toda uma carreira construída por certo artista, ator, músico.

Neste específico caso, ao decidir aceitar atuar em um filme, a atriz não desejava ver o seu nome envolvido em uma disputa judicial, pelo contrário, apenas mostrava o seu trabalho como atriz, que, por óbvio, a sustenta financeiramente, mas que cumpre uma missão além do dinheiro: o entretenimento do público.

Importa ressaltar que o novo negócio da Disney – a Disney Plus – estabeleceu-se positivamente no mercado, ao contar com este filme em seu catálogo, havendo uma enxurrada de novos assinantes, em decorrência de tal campanha, considerando a fama da atriz, reproduzindo e performando uma história da Marvel.

Assim, qualquer punição que venha da justiça valerá a pena, negocialmente falando. O importante mesmo é avaliar qual é o efetivo poder negocial de determinado ator, frente às *big companies corporated (grandes oligopólios multinacionais)* do entretenimento. Não se pode esquecer, *in casu*, que o pactuado fora um lançamento exclusivo para o cinema.

O contrato foi pontual e decisivamente quebrado, segundo os advogados da estrela, visando ao aumento do número de assinantes do canal fechado, influenciando, conseqüentemente, no valor das ações da empresa, cotadas na bolsa de valores.

Comunga-se com os pragmáticos argumentos da defesa da estrela, no sentido de que a atriz já vinha se perpetuando no papel da Viúva Negra, por diversos filmes e renovações sucessivas, o que finda por identificar a personagem apenas com a atriz. Cabe mencionar que a empresa, por seu turno, esqueceu as regras, olvidou o *fair play* cabível e quis “quebrar/invalidar o acordo, aumentando a sua riqueza”, segundo a defesa da atriz.

O acordo firmado em questão era de 9 de maio de 2017, mas houve um adendo em novembro de 2019. O mais importante é que a Disney lançou a Disney+, concorrendo num mercado cheio, com distri-

buição concomitante das obras entre as plataformas de *streaming*, que passaram a ser produtoras (produção, distribuição e exibição). Como a Disney chegou depois, para adentrar neste mercado digital específico, carregou maior complexidade e dificuldade para ganhar mercado, ao se estabelecer neste nicho.

A grande rainha, nesse tabuleiro de xadrez do concorridíssimo mercado multimilionário das empresas de “canais fechados”, foi a atriz Scarlett, com seu trabalho e performance, embasados, é claro, por um filme de qualidade e produção irretocáveis para o público a que se destina – famílias.

Com isso, o gestor da operação, na Disney, aumentou não apenas o seu salário, com seu bônus milionário, mas também o seu poder e força de mercado, com o incremento dos valores agregados e financeiros, e, principalmente, o aumento do número de assinaturas e anunciantes, ou seja, tráfego de mercado, extensão/fatias e capilaridade. A suposta mais-valia deste gestor, como o condutor de uma operação milionária, finalmente visa ganhar mercado para a Disney Plus, estabelecendo-a neste seleto nicho setorizado.

O que parece mais infeliz é tentar sugerir que assim agiu, por conta da pandemia e pelas boas práticas sanitárias, com as quais a atriz não estava anuindo. Os advogados da atriz argumentam que a empresa prometeu, durante muito tempo, negociar os devidos ajustes contratuais, mas não efetivou as promessas, ganhando tempo para seguir no seu desiderato, qual seja, o descumprimento do pactuado/acordado. Ao fim, acaba por incidir a velha e boa argumentação de defesa do investimento, que, há centenas de anos, se ouve.

Da leitura dos autos do processo, depreende-se que a infração é da Marvel, mas em total coordenação com a Disney, numa operação com objetivo mercadológico milionário. A grande questão é saber até que ponto fora premeditada essa “quebra” contratual ou se consiste num dano colateral, oportunizando benéfica e unilateralmente a *Big Movie*. O fato da não-compensação imediata, durante a longa tentati-

va das tratativas de negociação, nos faz entender não se tratar de um mero dano colateral ou adjacente.

Uma empresa tão relevante como a Disney também precisa se preocupar com a sua própria imagem, bem como a forma como se comporta, enquanto *player* do mercado, devendo averiguar seu *fair play*, enquanto organização-empresa e também dos seus dirigentes.

É, assim, lamentável pensar que qualquer negociação com a famosa atriz de tantos filmes de sucesso, como *Match Point*, *Lucy* e *A outra*, não prejudicaria o projeto do filme *A Viúva Negra*, mas, por certo, poderia facilitar muito a conexão da imagem da atriz a esta obra.

Estes contratos não podem ser impostos de forma adesiva, como contratos consumeristas, ou os *smart contracts*. Não o são. São contratos customizados, e que precisam buscar o equilíbrio e a razoabilidade contratuais, tanto aqui no sistema nacional, quanto no direito estadunidense.

Deve-se observar que os contratos de direitos autorais do intérprete, assim como ocorre com os contratos em geral e com as relações obrigacionais, não se baseiam em conexões estáticas, ao contrário, são dinâmicas, o que aponta para a necessidade da instituição do princípio do equilíbrio contratual. Além de outros, como a boa-fé, como elementos “de imantação e harmonização dos interesses dos contratantes” (PASQUALOTTO, 2014, 7159).

Nesse sentido, leciona Leonardo Mattietto sobre a base objetiva do negócio jurídico. Segundo o autor, “a ideia de base objetiva do negócio tem amplo significado diante de um quadro de alteração de circunstâncias fáticas”. Desta forma, salienta ainda o apontado doutrinador, que “se já não são as mesmas as circunstâncias econômicas e sociais que hoje se apresentam, em comparação com as que existiam na época do ajuste, é chegado o tempo de recomposição da base do negócio, na busca do retorno a uma posição saudável de equilíbrio dos contratantes” (2009, p. 184).

Karl Larenz (2002) no mesmo sentido sobre a base objetiva do negócio jurídico afirmando a necessidade objetiva de se manter as “circunstâncias e o estado geral de coisas” para que o próprio contrato continue existindo de acordo com as intenções das partes contratantes.

De acordo com Larenz (2002, p. 159) um instrumento contratual não poderia continuar existindo como ajuste dotado de sentido em duas hipóteses. A primeira, “Quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, que aí se pressupõe, tenha sido destruída em tal medida que já não se possa falar racionalmente de uma contraprestação. E a segunda, “quando a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, tenha se tornado inalcançável, ainda quando a prestação do devedor seja possível”.

Clóvis Couto e Silva (2007, p. 108) explica que o negócio jurídico, de acordo com os conceitos de justiça comutativa, exige a existência de uma série de circunstâncias econômicas sem as quais haveria a sua descaracterização.

Logo, “desapareceria a base do negócio jurídico “quando a relação de equi-ponderância entre prestação e contraprestação se deteriora então grande medida, que de todo o modo com o princípio não se pode mais falar em contraprestação (teoria da equivalência)”.

Entretanto, como se pode observar, a regra atual nas relações com os grandes conglomerados cinematográficos e televisivos mundiais é a imposição das regras pelo mais forte, pelo lado mais poderoso da balança contratual, em total ausência negocial ou com a estipulação de cláusulas contratuais gerais pré-formatadas, que não regulam comportamentos chave no âmbito de “execução do pacto/acordo contratual”.

Na contemporaneidade, os consumidores têm preferido apoiar empresas que praticam o bom jogo, as boas práticas, que agem em conformidade e que detêm regimes efetivos e éticos de governança corporativa.

A questão não é meramente de nulidade ou anulação de cláusulas contratuais, mas sim a consideração do integral descumprimento abusivo do contrato, com enriquecimento ilegítimo e unilateral, ao menos, de apenas uma das partes.

Como dito, o princípio do equilíbrio contratual permite que os contratos sejam repactuados e renegociados pelas partes envolvidas caso as circunstâncias fáticas sejam alteradas, principalmente, como aqui analisado, as circunstâncias econômicas, sob pena de perda da força obrigatória do referido instrumento.

Nesse diapasão, no Brasil, o Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), afirma, no seu art. 157 que “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, o contrato deve ser interpretado de acordo com as “circunstâncias econômicas e sociais que presidiram a sua composição e que, quando substancialmente alteradas, justificam a sua modificação” (MATTIETTO, 2009, p. 184).

Salienta-se que o próprio código civil (BRASIL, 2002) analisa no seu art. 479, prevendo as mudanças das situações fáticas do contrato e de modo a evitar uma medida extrema como a sua extinção, afirma que: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Desta maneira, o contrato que por ora se analisa deveria, diante da mudança das circunstâncias apontadas, ter sido de pronto revisado, para que não houvesse a concretização do desequilíbrio contratual. Sendo assim, verificou-se o seu descumprimento abusivo. Salientando que ficou preservado o investimento havido, e o ganho estratosférico da empresa, em cima da interpretação e da imagem da atriz e demais partícipes da trama.

O mercado dos canais fechado e tvs por assinatura, é bem rentável e prima por esmagar o valor do conteúdo e dos seus criadores,

e aí entenda-se a criação do intérprete. Estamos aqui, numa questão muito além do *pacta sunt servanda*, não se tratando apenas de cumprir o contrato, pois o contrato fora unilateralmente alterado, para garantir rentabilidade também unilateral.

A revisão contratual é medida que se impõe, uma vez que não apenas concretiza o princípio infraconstitucional do equilíbrio contratual, mas também por prestigiar o princípio constitucional da igualdade.

Tanto a anulação, quanto a resolução do contrato podem ser consideradas medidas que poderiam ser aplicadas, sobretudo por se tratarem de direito de interpretação e imagem, mas que seriam críticas e extremadas, pois a manutenção do negócio jurídico é sempre mais aconselhável. Agir de forma diferente provocaria um esvaziamento da dita teoria da base do negócio jurídico.

Deve-se, portanto, entender uma relação contratual não apenas baseando-se no consentimento das partes ou num acordo de vontades ou declarações, o que remete ao *pacta sunt servanda*, mas como um instrumento de concretização de valores jurídicos (MATTIETTO, 2009, p. 189).

A autonomia da vontade, a relatividade e a obrigatoriedade do contrato, que são considerados princípios contratuais tradicionais, devem ser utilizados como norteadores no caso de novações, e alterações contratuais unilaterais e desequilibradas na sociedade contemporânea.

Sendo assim, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e, como aqui analisado, o equilíbrio contratual devem protagonizar os métodos de interpretação e aplicação do direito nos contratos, sobretudo quando envolvam direitos autorais conexos – já humanamente reconhecidos em diversos tratados e convenções internacionais, inclusive no Brasil, onde desfruta da natureza e condição enquanto Garantias fundamentais.

Além de estar aliado, nesta discussão, ao direito de imagem, tanto a imagem-retrato, visto que é a imagem da artista que ali está

postada, bem como à imagem-reputação, hoje de imensa importância perante a opinião pública e espectadores.

Contudo, no caso em análise, a velha questão perpetua-se em apostar e cometer verdadeiro assédio à parte mais fraca do contrato e, nesse esteio, é referencial e basilar a atitude de coragem da atriz em encarar a gigante via judicial, trazendo ao público o debate acerca da questão histórica dos abusos e descumprimentos contratuais pelas *big motions* e multinacionais, na posição de “jogadores fortes e vencedores”, alertando a todos que é possível discordar, discutir e afrontar essas organizações, alertando aos consumidores sobre as práticas dessas empresas.

CONCLUSÃO

De acordo com os objetivos já descritos neste artigo, a partir da análise de informações e discussão acerca dos dados investigados, tendo por base os referenciais teóricos e epistemológicos internacionais escolhidos, nos propusemos a avaliar a situação-problema da atriz Scarlett Johansson, quanto ao filme *Viúva Negra*.

O cerne da questão é relativo à disponibilização da película no canal/plataforma fechado, o Disney+, considerando o contrato existente entre a artista e a *big motion corporated*, bem como as implicações jurídicas e legais atualizadas desta problemática.

Normalmente, recomenda-se e sugere-se a ação coletiva, através da representação das associações de gestão de direitos da classe artística, porque torna a discussão mais impessoal e perene. No entanto, é louvável a coragem de questionar, individualmente, um descumprimento contratual contra uma gigante do setor, sem qualquer temor de retaliação.

É fundamental o respeito ao contrato privado, em qualquer país do mundo, submetendo-o aos princípios e regramentos da teoria geral dos contratos. A hipótese em análise versa sobre a legislação estaduni-

dense, adotante do sistema de *copyright* relativo aos direitos autorais, considerando que, neste cenário, está permitida a cópia chancelada pelo direito soberano, com sua devida regulamentação, já que visa à efetivação da lucratividade dos envolvidos e das grandes empresas multinacionais.

O direito aqui compreendido é, de fato, o da personalidade, conquanto a imagem da atriz e sua performance artística estão, inexoravelmente, envolvidos e imbricados nesta celeuma extensivamente publicizada. São também privados o direito contratual e os autorais incidentes nesta situação, englobando a perspectiva dos direitos de interpretação.

Nessa toada, o princípio contratual que obriga as partes ao conteúdo do pacto contido no libelo contratual denomina-se de *pacta sunt servanda*, cujo significado seria “pactos devem ser cumpridos”.

É muito importante dizer que tal princípio denota a força do que fora acordado, mas não se pode esquecer que, já na celebração, o *Big Motion*, na posição de Golias, demonstra a sua força, ao reduzir os pagamentos iniciais e impondo à atriz, na posição de Davi, o comprometimento e assunção do risco tangente ao sucesso de bilheteria da película, atrelando seus recebimentos a este fator. Deste modo, Golias transfere para Davi a responsabilidade de fazer, lançar um sucesso.

Finalmente, pelo princípio da força obrigatória do contrato, se as partes estiverem de acordo e desejarem se submeter a regras estabelecidas por elas próprias, mesmo que visivelmente díspares e questionáveis, o contrato obriga seu cumprimento, como se lei o fosse.

O correto, contudo, seria renegociar o acordo, posto que houve o que se costuma chamar de novação, ou seja, a alteração substancial das condições contratadas, no que tange ao pagamento do quanto prometido, por cada exibição em cinema, devendo passar a considerar cada exibição havida na plataforma Disney+. Se o contrato foi alterado, precisava ser renegociado.

Como dito, os princípios tradicionais da autonomia da vontade, da relatividade e da obrigatoriedade do contrato, devem servir como

norte para a questão, posto que se trata da imagem da atriz em questão, bem como os ajustes contratuais havidos refletem uma total alteração unilateral do contrato em causa.

Desta maneira, independentemente do tamanho do jogador, ainda que gigante, há de observar a boa-fé contratual, objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual. E, quanto a este último, resta por mitigar o princípio da obrigatoriedade contratual, evitando, assim, que uma situação fática superveniente onere em excesso uma das partes. Ou seja, a questão transcende o *pacta sunt servada*.

No caso em análise, já existem outros adendos contratuais no âmbito dessa relação jurídica, por conta da continuidade de novos episódios do filme, com a mesma atriz. Ainda que Davi esteja guerreando com Golias, este tem de pagar pela sua falha, seu descumprimento, ou seja, pela sua utilização não autorizada da imagem-produto de Davi, a partir do filme.

Ultimamente, o juiz tem o dever de cumprir, ordenar a lei, no caso, o contrato privado firmado entre as partes, considerando a novação efetuada e as tratativas não frutíferas de repactuação. Jamais deve admitir, nesta hipótese, o aproveitamento financeiro unilateral por parte da empresa *big motion*, decorrente da utilização não autorizada, ilegítima e irregular, que se assemelha à contrafação, objeto-decorrência gravíssimos reprimidos e tutelados pelo Direito brasileiro e em escala mundial.

Uma solução esperada é a que se concretize um acordo e que a sentença seja realmente educativa, punindo severa e financeiramente a empresa, para que não seja um risco já calculado na negociação do posicionamento de mercado, visando, no fundo, a nenhum impacto no bolso da gigante dos cinemas.

Golias precisa, de fato, se preocupar com a sua boa reputação e a sua boa imagem, a partir da execução de boas práticas e do bom jogo/*fair play*, para que Davi não vire um gigante da boa imagem. Empresas que vivem e geram fortunas em bens intangíveis devem ter em mente,

com total clareza, o valor da reputação, confiança e fidelidade relativamente ao bem que ofertam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 set 2022.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo.** 2. Ed. Rio de Janeiro, FGV, 2007.

DRUMMOND, Víctor. O autor e o não-direito do criador inominado. **RDL**, vol 6, no 2, 2020. Disponível em: <https://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/716/pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DRUMMOND, Victor. O déficit filosófico do direito de autor. **RJLB**, ano 4, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2903_2933.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

HAGGART. **North American digital copyright, regional governance and the potential for variation.** Disponível em: https://curve.carleton.ca/system/files/etd/5d-2df93e-5d4b-45c5-8ec9-795689952foc/etd_pdf/33ab8f758f323a2ba15af84d5fb-028ce/haggart-northamericandigitalcopyrightrightregionalgovernance.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

KRELL. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger. **Revista brasileira de estudos políticos**, no 113. 2016.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos.** Granada: Comares, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. Rio de Janeiro: **Revista Direito Processual Geral**, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. A IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS NA CONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA: Uma homenagem a Clóvis do Couto e Silva. **IDB**, Ano 3 (2014), nº 9, 7155-7181 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.

RODHEN. Hermenêutica filosófica. **Natureza humana**, vol 14, no 2, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002 .

RODRIGUES; RICARDO; DUBOIS. O paradoxo nos princípios pacta sunt servanda e rebus sic stantibus em contratos de natureza empresarial. **CEJUR**, vol 8, no 1, 2020. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/347/186> . Acesso em: 28 mar. 2022.

ROTTA; FERMENTAO. **O pacta sunt servanda**. Cesumar, vol 8, no 1, 2008.

DIREITO, TECNOLOGIA E DIVERSIDADE CULTURAL: AUTORIA INDÍGENA EM PERSPECTIVA NOS VIDEOGAMES “HUNI KUIN: YUBE BAITANA” E “MULAKA”

ISABELLA PIMENTEL¹

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO²

RESUMO: Este artigo pretende analisar a relação entre a propriedade intelectual e a produção de videogames que valorizam expressões culturais de sociedades indígenas. Entende-se que videogames são ferramentas tecnológicas e artísticas capazes de expressar discursos e de entreter. Por sua complexidade, a elaboração de games tem como característica um esforço coletivo. Atualmente, verifica-se a existência de videogames que se referem a culturas tradicionais de sociedades indígenas. Neste sentido, busca-se compreender o processo de elaboração criativa de dois jogos exemplificativos, “Huni Kuin: Yube Baintana” e “Mulaka”, identificar a autoria dos projetos e as repercussões jurídicas relacionadas aos direitos autorais envolvidos. Para tanto, utiliza-se de análise doutrinária e legislativa, priorizando uma leitura normativa de direitos autorais a partir das leis brasileira e mexicana e das convenções internacionais das quais o Brasil é parte. Conclui-se que a proteção jurídica dessa modalidade criativa ultrapassa o âmbito da legislação autoral brasileira, sendo necessário considerar instrumentos de direitos humanos.

Palavras-chave: direito autoral; videogames; diversidade cultural.

¹ Advogada e funcionária internacional. Mestranda da Academia de PI e Inovação do INPI, graduada em Direito pela UFRJ, Mestre em Comércio Internacional e Mestre em Gestão de Projetos pela Universidad Alcalá de Henares.

² Advogada e oficial de chancelaria no Ministério das Relações Exteriores. Foi Vice Cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Mestranda em direito no PPGD/UFPR e pesquisadora sênior no GEDAI/UFPR. Possui MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte pela UCAM, é especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston; especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo e especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). É também coordenadora do GT Direito e Arte da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a relação entre os direitos autorais e a produção de videogames que valorizam expressões culturais de sociedades indígenas. Entende-se que videogames são ferramentas tecnológicas e artísticas capazes de expressar discursos e de entreter. Por sua complexidade, a elaboração de games tem como característica um esforço coletivo. Atualmente, verifica-se a existência de videogames que se referem a culturas tradicionais de sociedades indígenas. Neste sentido, busca-se compreender o processo de elaboração criativa de dois jogos exemplificativos, “Huni Kuin: Yube Baintana” (brasileiro) e “Mulaka” (mexicano), identificar a autoria dos projetos e as repercussões jurídicas relacionadas aos direitos autorais envolvidos.

A prática de jogos eletrônicos se tornou amplamente presente na sociedade informacional, caracterizada pelo desenvolvimento de tecnologias digitais, informacionais, e comunicacionais (TICs). Estudos sobre o uso de TICs por sociedades indígenas, sobretudo no âmbito do direito, ainda são incipientes, pois permanecem visões equivocadas acerca dos modos de viver e agir indígenas. Muitas vezes, povos indígenas são percebidos vivendo de maneira estática no tempo e na geografia, isolados da sociedade contemporânea globalizada, e sem capacidade de agência política, social, econômica e cultural.

É importante perceber que, na realidade contemporânea, “vários povos indígenas e encontrados no território nacional transacionam e se mobilizam com coletivos indígenas e não indígenas dentro e fora deles, revigorando e redimensionando enfoques culturais e costumes que lhes são próprios, conforme seus anseios e sua cosmovisão” (GONZAGA, 2022, p. 19). Ao longo deste artigo, será possível compreender esse trânsito e diálogo cultural, que alimentam a possibilidade de uma cultura democrática e inclusiva da diversidade no Brasil.

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi fundamental em romper a política de tutela quanto aos sujeitos e coletividades indígenas, reconhecendo a diversidade dos povos brasileiros e afirmando sua

capacidade de agência. No que diz respeito aos direitos culturais, entendidos como “aqueles relacionados às artes, à memória coletiva e ao fluxo de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento e o uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana” (CUNHA FILHO, 2018, p. 28), a CF/88 valorizou a diversidade cultural, bem como assegurou a todos o pleno exercício dos direitos culturais (BRASIL, 1988, art. 215).

Essa perspectiva jurídico-constitucional brasileira, que reconhece os direitos dos povos indígenas, só foi possível pela mobilização política de sujeitos e coletivos indígenas no processo constituinte. Muito embora os direitos indígenas tenham sido formalmente ampliados, sobretudo com o reconhecimento de sua participação política, organização social, culturas, línguas e propriedade sobre suas terras (BRASIL, 1988, art. 231-232), permanecem preconceitos e percepções equivocadas a respeito de suas identidades, modos de viver, fazer e se manter. Ainda, como afirma Gonzaga (2022, p. 19), “é necessário levar em consideração que o relacionamento entre distintos povos e indivíduos também ocorre em cenários de desigualdade de poder”.

Já no México, em 2014, grupos de não indígenas mexicanos começaram a manifestar-se contra apropriações culturais a elementos de sua cultura popular por parte de estrangeiros. Essa prática abusiva originou uma campanha nacional que culminou na incorporação da proteção à cultura popular e a expressões tradicionais de cultura pela Lei de Direitos Autorais mexicana, reformada, em 2020, para incorporar elementos estabelecidos pelo Acordo de Livre Comércio com os Estados Unidos e o Canadá (MACHO MORALES, 2022, p. 24). Como será analisado ao longo deste artigo, ainda que esta incorporação seja positiva, ela não é suficiente para proteger os saberes originários, que deveriam ser considerados em um escopo holístico, compreendendo as lutas e reivindicações desses povos em sua totalidade.

A partir dos exemplos de videogames indígenas objetos desse estudo, busca-se investigar a agência de sujeitos e coletividades indí-

genas na autoria de uma expressão cultural que ultrapassa a dimensão de suas tradições. Entende-se que a utilização da tecnologia de videogames é uma forma de ampliação de exercício de atividade cultural, em prol da diversidade, objetivos constitucionais brasileiros. Busca-se perceber as culturas em análise de maneira vívida e seus processos de hibridação na sociedade contemporânea. Além disso, objetiva-se compreender de que forma enredos de videogames, realizados a partir de olhares indígenas, podem auxiliar no respeito e no rompimento de preconceitos a respeito de suas identidades, possibilitando formas de tradução cultural.

Como abordagem metodológica, empregou-se a pesquisa do tipo documental, com análise de artigos, decisões judiciais e palestras sobre o tema. Buscou-se, assim, realizar uma análise doutrinária multidisciplinar e legislativa, priorizando uma leitura normativa de direitos autorais a partir da lei brasileira e das convenções internacionais das quais o Brasil é parte. Analisou-se brevemente a nova legislação autoral mexicana, no que diz respeito à proteção diferenciada oferecida à propriedade intelectual de povos indígenas.

O estudo teve como exemplos de análises os projetos de videogames “Huni Kuin: Yube Baitana (os caminhos da jiboia)”, desenvolvido pela Bobware conjuntamente com o coletivo Beia Xinã Bena, do Brasil, e “Mulaka”, desenvolvido pela Lienzo, do México. A partir dessas referências, investigaram-se aspectos da autoria indígena e da autoria em videogames, para compreender suas dimensões e relevância nos casos concretos investigados.

1 O PROJETO “HUNI KUIN: YUBE BAITANA (OS CAMINHOS DA JIBOIA)”

O videogame “Huni Kuin: Yube Baitana (os caminhos da jiboia)” foi desenvolvido conjuntamente por pesquisadores paulistanos e membros da tribo Kaxinawá, no Baixo Rio Jordão, Acre, pela desen-

volvedora de games Bobware; da produtora audiovisual Etnolhar e do coletivo indígena Beya Xinã Bena. O projeto teve o apoio do edital “Rumos” (2013/2014), do Instituto Itaú Cultural, e de uma bolsa do Instituto de Estudos Brasileiros (IEB/USP). Ademais, foi vencedor de inúmeros prêmios, como o BIG Festival, na categoria “BIG Impact: melhor jogo da diversidade” e do troféu “Coelho de Prata”, na categoria “Bix Mix Diversity”, ambos em 2019; e do Festival ComKids interativo, na categoria “Games”, em 2020 (TERRA, 2020).

Os desenvolvedores do videogame trabalharam com as trinta e duas aldeias Huni Kuin, do Baixo Rio Jordão, no Acre. Ao pensar na elaboração do projeto, um dos objetivos almejados era a transmissão de saberes entre as gerações e diferentes povos. Pouco antes de falecer, Agostinho Manduca, que era o grande pajé da região, determinou que o conhecimento dos povos Huni Kuin deveria ser compartilhado com o mundo. Nesse sentido, incentivou a produção de registros de sua cultura. Nesse sentido, foram realizadas produções literárias e audiovisuais.

Com base nessa constatação, surgiu a colaboração entre um grupo de pesquisadores paulistanos para a adaptação de histórias locais Huni Kuin para o desenvolvimento de um videogame com um olhar lúdico, que pudesse ser utilizado em escolas. Alguns desafios se apresentaram, como descreve Meneses:

Diferente dos livros *Una Hiwea – Livro Vivo* (2012) e *Una Isí Kawaya – livro da cura do povo Huni Kuí do Rio Jordão* (2014), que foram originados da ideia de um huni kuí – no caso, o pajé Agostinho Manduca –, uma das preocupações iniciais era se o projeto de criação de um videogame faria sentido para os indígenas. Afinal, como falar de videogame com os mesmos se nas aldeias sequer há energia elétrica? Teriam eles interesse ou vislumbrariam alguma coisa com o projeto? Afinal, porque os Huni Kuí se interessariam por um jogo eletrônico? (MENESES, 2017, p. 107).

Para enfrentar essas preocupações, Meneses relata que foi firmado uma espécie de pacto etnográfico, em que se estabeleceu uma

relação de trocas de “conhecimentos e instrumentais entre a ciência da floresta (das medicinas) e os instrumentos dos brancos (tecnologias)” (MENESES, 2017, p. 99). Como se descreve adiante, um dos interesses dos povos Huni Kuin era a energia solar nas aldeias, o que foi possível à equipe de São Paulo oferecer como contrapartida ao conhecimento tradicional recebido.

No curso da construção do videogame, a equipe de produção organizou missões às aldeias de tribos Huni Kuin, no Acre (Alto Rio Jordão, Baixo Rio Jordão e Seringal Independência), para organizar oficinas de desenhos, *storytelling* e canto, para que pudessem elaborar a identidade visual e a proposta temática do videogame. Os povos Huni Kuin tiveram participação direta na concepção e na arte do videogame, na escolha de histórias e canções, em seus efeitos sonoros, além de realizar a tradução dos textos das cenas de corte para o idioma Hãtxa Kuin.

Como resultado, o videogame foi lançado, em 2016, sendo a primeira (e até onde se tem notícia, a única) colaboração nacional entre povos originários do Brasil e desenvolvedores externos. Fizeram parte da equipe, o antropólogo e idealizador do projeto Guilherme Pinho Meneses, que também atuou como produtor e game designer; um programador, um artista digital; cinco antropólogos, que se alternam nas funções de consultoria, edição de vídeo, reconstrução de som, roteiro e instalação de sistemas de energia solar; e em torno de 30 pesquisadores, artistas e cinegrafistas indígenas.

1.1 A experiência científica e cultural

Nesse videogame, disponível para acesso gratuito em (HUNI..., [2022]), dois personagens gêmeos, concebidos pela jobóia Yube, tornam-se, respectivamente, um caçador e um artesão. Eles embarcam no sonho do pajé e atravessam diversos desafios, para se tornarem um curandeiro (*mukaya*) e um mestre de desenhos (*kene*). Os persona-

gens vão atravessando fases que pertencem à tradição indígena desse povo. As habilidades que eles desenvolvem ao longo das cinco etapas do jogo faz com que, ao final, eles se tornem seres humanos de verdade (na concepção Huni Kuin).

O jogo transmite conceitos da filosofia Huni Kuin, em que todos os elementos da floresta têm vida e pertencem a entidades (*Yuxibu*), como o dono das águas (*Yube*) e o dono do céu (*Inka*), e são incorporados por animais ou árvores. Na cultura Huni Kuin, a caça excessiva provoca a ira do *Yuxibu*. Esse conceito, entre outros, foi incorporado ao game. Assim, se o jogador caçar muitos animais, em um curto espaço de tempo, o *Yuxibu* se vingará, enviando mais inimigos e aumentando o nível de dificuldade da fase. Durante o enredo, outros seres encantados aparecem, como o *Yuxin Shurubu Pianan*, o *Pinu Taka Pinushun* e o *Nibu Baka Pianan* (rei escorpião), assim como animais nativos da região, como a coruja gigante (*Pupuwán*), a águia harpia (*Nawa Tete*), o macaco negro (*isu*).

Os protagonistas devem atravessar cinco etapas do jogo, que correspondem a cinco histórias tradicionais dos povos Huni Kuin: 1. *Yuba Naw Aibu* (jibóia fêmea encantada), em que o jogador aprende a extrair poderes especiais do cipó (*nixi pae*); 2. *Siriani*, em que o jogador aprende a usar o tacape e os significados dos desenhos e pinturas (*Kene*); 3. *Shumani*, um ser encantado, em que o jogador aprende sobre o uso de anato (*mashe*) e jenipapo (*nane*) em pinturas corporais; 4. *Kuí Dume Teneni* (fumaça de tabaco), em que o jogador aprende a usar a lança para extrair tabaco e cinza de árvores para produzir o rapé para combater animais e criaturas fantásticas; e 5. *Huã Karu Yuxibu*, em que o jogador aprende os poderes medicinais das plantas e o segredo da imortalidade.

As histórias não estão correlacionadas, mas estão conectadas pelas habilidades desenvolvidas pelos jogadores. Não é possível, por exemplo, atravessar a segunda fase em diante, sem ter adquirido os conhecimentos dos poderes do cipó (*nixi pae*) da primeira fase.

O projeto envolveu a participação dos anciãos das aldeias, que narraram, com detalhes, as cinco histórias escolhidas para serem adaptadas no videogame, e dos mais jovens, que participaram de oficinas audiovisuais organizadas pelos desenvolvedores, quando puderam aprender sobre elaboração de roteiro, gravação e edição do conteúdo. Como resultado, foram realizados quatro vídeos, contendo elementos de seu cotidiano, como o cultivo de plantas e as pinturas corporais, atividades que foram inseridas no enredo do videogame (MENESES, 2017, p. 94).

Além disso, os membros das comunidades participaram de oficinas de desenhos, em que recriaram cenas das histórias narradas no videogame. Os desenhos foram contemplados na elaboração artístico-visual do jogo e também serviram de inspiração para o seu *look and feel*. Outro aspecto importante a mencionar é que o jogo é narrado na linguagem originária Huni Kuin, a Hãtxa Kuin, podendo o jogador acessar legendas em português, espanhol, inglês bem como Hãtxa Kuin.

Também o recurso sonoro foi pensado de forma a transmitir a cultura local. As cantorias tradicionais dos Huni Kuin foram gravadas nas aldeias e inseridas em momentos especiais do jogo. A trilha sonora foi uma parceria entre os desenvolvedores e a banda norueguesa-brasileira Amazon Ensemble e o grupo Huni Kuin People (MENESES, 2017, p. 88).

1.2 Os autores

A titularidade do videogame é um tema complexo na legislação brasileira, aproximando-se de uma proteção autoral semelhante às produções audiovisuais, enquanto se percebe a participação de diversos sujeitos criativos, detentores de direitos autorais e conexos. Neste caso, ganhou nuances interessantes, pois o roteiro envolve histórias não só do povo Huni Kuin como também de outros povos, que contam histórias similares, as quais ainda foram adaptadas para uma linguagem mais dinâmica própria da tecnologia de jogos eletrônicos.

Conforme Meneses, tratar da autoria em um projeto coletivo como esse implica em dizer a quem pertence o conhecimento desenvolvido. A complexidade da questão pode ser percebida em seu relato:

O desenvolvimento do jogo levantou diversas questões, como a autoria e autoridade dos conhecimentos presentes no jogo. Fica claro que cada história presente no jogo não é igual a nenhuma versão oral de tais histórias (tal como aquelas contadas pelos mais velhos), mas outra versão, no sentido indicado por Lévi-Strauss nas *Mitológicas* (1964). No game, as histórias (apresentadas na forma de fases) são transformações de uma história contada em tempo e momento específicos. O argumento, pois, de quando se requer benefícios coletivos por conta do uso ou apropriação de determinada história supõe um domínio e um usufruto exclusivo sobre o conhecimento – o conhecimento da história, no singular. Poderíamos assim pensar que tal história, como termo geral e abstrato (se é que isso possa existir), não pertenceria a uma aldeia, a um rio (Rio Jordão) ou nem mesmo a um povo (Huni Kuĩ). Há que se lembrar que outros povos de língua pano (como os Yawanawá, por exemplo) narram histórias muito semelhantes, como a da origem do uso do cipó [uni] (MENESES, 2017, p. 96 - 97).

Verificam-se, assim, elementos de transformação na criação do videogame, os quais poderiam ser interpretados como o contributo mínimo de originalidade em uma criação autoral, possibilitando a atribuição de direitos autorais àqueles que realizaram o desenvolvimento criativo do jogo, eximindo-os da responsabilidade para com a comunidade tradicional. No entanto, como será analisado adiante, ao tratar de direitos autorais e conhecimentos tradicionais, a discussão requer maior atenção. Importante, no momento, compreender essa complexidade, que também envolve aspectos intracomunitários. Conforme Meneses:

Na prática, há uma intensa disputa pela autoria desses conhecimentos. A Federação Huni Kuĩ, 21 em dado momento de reuniões

e discussões sobre o jogo, teria alegado que as histórias contidas no jogo pertenceriam ‘a todo o povo Huni Kuĩ’, requerendo que houvesse ampla consulta e uma extensão dos benefícios a todas as terras indígenas kaxinawá, independentemente da colaboração direta das pessoas para com o projeto. Após diversas conversas, em que se esclareceu a carência de recursos e a falta de tempo hábil para atingir tal abrangência, o conselho da Federação requereu apenas algumas cópias de DVDs para a distribuição nas demais terras indígenas, assim como uma participação em eventual negociação envolvendo a venda do jogo (MENESES, 2017, p. 97).

No que diz respeito à autoria das comunidades participantes, a Federação do Povo Huni Kuin do Acre (FEPHAC), organização criada para representar os Huni Kuins de doze territórios brasileiros, argumentou que a narrativa pertencia a todos os povos Huni Kuin do mundo. Isto significa que, para pensar no uso autorizado das narrativas, seria importante realizar consultas e possibilitar o compartilhamento de benefícios com todos os povos Kashinawá (MENESES, 2007).

Ao cabo de rodadas de discussão com os desenvolvedores do jogo, a FEPHAC entendeu que essa ação consumiria tempo e recursos que os desenvolvedores não dispunham. Assim, aceitou abrir mão de reivindicações de autoria à condição de que recebessem cópias do jogo para distribuição entre os outros povos e que participassem em futuras negociações relacionadas com a venda do game (MENESES, 2017, p. 97).

Os desenvolvedores estabeleceram, então, a coautoria do videogame para o coletivo Beya Xinã Bena (Cultura da Nova Era). O coletivo, que realiza produções indígenas audiovisuais, foi formado em 2014, pelos participantes da primeira oficina para desenvolvimento do videogame. O grupo foi o responsável pela escolha do título “Yube Baitana” para o jogo.

Outro fato a mencionar é que o uso dos *kene*, padrões gráficos Kashinawá incorporados ao jogo, foram tema de polêmica, tendo em conta o processo de patrimonialização desses pelo IPHAN. Durante o período do desenvolvimento do videogame, o processo ainda estava pendente, tendo se concluído apenas em 2019, no termo de colaboração 890291/19 do IPHAN (BRASIL, 2019).

Na época, alegou-se que o processo impedia a utilização do *kene* em outros recursos, pois havia o temor de seu uso indevido. Além dessa preocupação, houve também uma sequência de discussões com os povos Hune Kuin e consultas ao IPHAN para garantir que o uso dos *kene* no jogo não interferiria no processo de patrimonialização, por não consistir em tema central no videogame (MENESES, 2017, p. 103). No jogo Yube Baitana, os desenhos são apresentados como recompensas que os personagens vão colecionando ao longo do trajeto, como moedinhas, argolas ou cenouras apresentadas em outros jogos.

1.3 As dimensões sociais e a opção não comercial

Os povos Huni Kuin têm demonstrado um grande cuidado em utilizar o jogo em escolas das aldeias como material didático. Ainda que para os desenvolvedores *nawá* (brancos) o objetivo inicial do desenvolvimento do videogame fosse combater o preconceito contra os povos indígenas oriundos do desconhecimento de suas culturas e tradições, o grande atrativo do jogo para os povos indígenas foi a possibilidade de compartilhar essas lendas e tradições para seus próprios filhos.

No que diz respeito a aspectos econômicos derivados da utilização do jogo, foi acordado entre os desenvolvedores e os povos *Kushinawá*, desde o início do projeto, que o videogame não seria comercializado, mas seria disponibilizado para uso através da licença aberta *creative commons*. Conforme Meneses:

Em consonância com ideais de software livre e da licença *creative commons*, o objetivo principal da equipe foi circular o con-

teúdo do jogo da forma mais abrangente possível, sem tantas barreiras (como a compra, seja física ou digital). Tampouco, em nenhum momento, havia autorização da FUNAI para a comercialização. Outro motivo foi não dar espaço para a produção de cópias ilegais, já que, segundo dados do Fórum Nacional contra Pirataria e a Ilegalidade,³⁰ 82% dos jogos no Brasil são pirateados (MENESES, 2017, p. 102).

Com relação aos recursos que possibilitaram o financiamento da elaboração do videogame, decidiu-se que seriam parcialmente utilizados para a instalação e manutenção de energia solar nas aldeias, fato identificado pelos próprios habitantes como uma necessidade prioritária, assim como a construção de poços artesianos e a tubulação de água.

Em 2017, quando o projeto se concluíu, nove aldeias já contavam com luz solar instalada com recursos levantados com o videogame. Estima-se que o projeto iluminou 100 lares ao longo das sete aldeias, beneficiando de 500 a 1.000 pessoas. Também como contrapartida social e econômica, os desenvolvedores ofereceram duas oficinas para os povos Huni Kuin, em introdução à informática e formação em produção audiovisual (filmagem e edição).

2 O PROJETO “MULAKA”

O videogame Mulaka foi desenvolvido pelo estúdio independente (*indie*) mexicano Lienzo, que vem ganhando relevância no mercado de jogos, competindo com empresas norte-americanas, europeias e japonesas. Mulaka tem seu enredo situado na região do Chihuahua, ao noroeste do México, onde o jogador tem a oportunidade de se personificar com o xamã Sukurúame, da cultura Tarahumara, que busca a ajuda de semi-deuses para salvar o mundo da sua destruição (BELL, 2018).

O estúdio Lienzo foi fundado em 2012, por Edgar Serrano e Adolfo Rico, oriundos do Estado de Chihuahua e conhecedores da cultura

Tarahumara. A empresa foi criada com o objetivo de narrar histórias de culturas mexicanas por meio de enredos de videogames. A iniciativa partiu da constatação de seus desenvolvedores de que, como usuários de jogos de outras regiões do mundo, interagem com culturas distantes das suas, e que, em busca de inovação e de valorização de sua diversidade, poderiam também realizar jogos a partir de suas próprias referências culturais (BELL, 2018).

Assim, Serrano e Rico tiveram a ideia de desenvolver um videogame com muitos componentes de *storytelling*, ou seja, contendo elementos de narrativas das culturas de Chihuahua, presentes em seus cotidianos. O desenvolvimento do game foi financiado por doações particulares e um crowdfunding, e também pelo Instituto Chihuahuense de la Cultura e o fundo cultural YOREME, e, após o seu lançamento, teve grande sucesso no circuito de videogames, estando disponível para plataformas de amplo alcance mundial, como Nintendo Switch, Xbox One, PlayStation 4 e PC (MORON, 2021).

Após uma fase inicial de pesquisa acadêmica para identificação dos aspectos da cultura, cuja inserção no videogame seria coerente e interessante, e de uma consultoria direta com o poeta local Enrique Servín - que estava escrevendo, na época, o livro “Anirúame: histórias de los Tarahumaras de los tiempo antiguos”, que se ocupou da seleção dos mitos que seriam incluídos no videogame, os desenvolvedores apresentaram o projeto aos líderes indígenas locais. Estes, preocupados com a influência mexicana às novas gerações, às quais vêm abandonando a cultura tradicional para viver nas cidades, aprovaram o projeto como uma forma de disseminar a cultura Tarahumara e aumentar a autoestima do seu povo (BELL, 2018).

Os desenvolvedores trabalharam em colaboração muito próxima com os nativos Tarahumara, tendo feito várias viagens à Sierra Madre, onde eles habitam. Como as tradições Tarahumara são passadas adiante por via oral, e o próprio idioma Rarámuri só passou a ser caracterizado por escrito após a influência de padres jesuítas no século XIX, as imagens e representações de mitos foram recriadas, inspirando-

se nas cores das vestimentas e pinturas corporais, informadas pelos representantes dos povos.

2.1 Experiência científica e cultural

O povo Tarahumara é considerado o último sobrevivente da cultura mesoamericana pré-hispânica e habita as cavernas das montanhas da região de Sierra Madre Ocidental. Em 2005, estimava-se que os povos Tarahumara consistiam em 105 mil indígenas, vivendo em uma área de 54 mil quilômetros quadrados. Sua língua originária é o rarámuri, ensinada intergeracionalmente, de mãe para filho, bem como por um educador ou “maior”, que tem a incumbência de praticar o idioma com as crianças (ÍNDIOS..., 2007).

A religião dos Tarahumara baseia-se em uma cosmovisão holística, na união entre o homem e a natureza, tendo sofrido pouca influência de evangelizadores ao longo dos séculos. O povo tem o costume de habitar cavernas ou pequenas casas muito distantes umas das outras. Esse hábito de isolamento permitiu que a cultura se mantivesse alheia às influências dos colonizadores e dos outros povos. Os Tarahumara têm seus próprios costumes, danças como os matachines e yúmares, pintura corporal e vestimentas com padrões característicos.

Os Tarahumara também são reconhecidos mundialmente por participarem em ultramaratonas e quebrarem recordes mundiais correndo de sandálias. Um exemplo foi a Maria Lorena Ramírez, que aos 22 anos conquistou o primeiro lugar na corrida “Ultra trail cerro Rojo”, uma ultramaratona de 50 km, trajando roupas de algodão e sandálias (COPEL, 2017).

O videogame “Mulaka” é ambientado em localizações consideradas sagradas pelos povos Tarahumara, como a cachoeira Basaseachic e o cânion Barrancas del Cobre. Os seres mitológicos que o protagonista enfrenta ao longo do jogo também são partes de suas crenças, como o Rusíwali, uma pedra que come almas e suga uma das três almas que

os Tarahumara acreditam que vivem em cada homem. Na cultura Tarahumara, há a crença de que o homem tem três almas e a mulher, quatro. O videogame também nos apresenta Ganó, um deus relacionado à selva, que se apresenta como adversário ao protagonista. Ganó é considerado o deus dos Ganokos, gigantes mitológicos que comiam as crianças Tarahumara e que também foram representados no jogo. O protagonista, um xamã, também se faz valer de ervas, utilizadas ao longo do jogo para passar etapas. Ao obter o apoio de um semi-deus na sua missão, ele adquire a habilidade de se transformar no animal referente àquela divindade.

A trilha sonora também foi gravada com instrumentos da cultura, bem como o idioma foi considerado. Para isso, os desenvolvedores contaram com o apoio do musicista e poeta Tarahumara Martín Makawi, que dublou e pôs falas em rarámuri nas cenas intermediárias entre fases (BELL, 2018).

2.2 Autores

Da mesma forma que no projeto brasileiro “Yube Baitana”, o roteiro de “Mulaka” envolve histórias de povos tradicionais mexicanos. No caso, os autores do videogame mexicano situam-se no estado de Chihuahua, onde a cultura é fortemente influenciada por referenciais Tarahumara. A intenção dos desenvolvedores foi dar ênfase à identidade dos povos mexicanos, para dialogar com o público mundial, de forma a contrapor o discurso de homogeneidade da indústria cultural, valorizando a diversidade dos povos mexicanos, assim como possibilitando forma de diálogo, rompendo preconceitos étnicos.

Além desse aspecto, atualmente os videogames são também forma de transmissão de conhecimentos, seja entre gerações de uma mesma comunidade, seja entre diferentes culturas. Conforme Bell (2021):

As game developers seek new inspiration for the compelling narratives in their games, more developers have begun working with

native and indigenous groups to retell their stories in video game form. Given their capacity to convey the many facets of culture, video games are quickly becoming the most pragmatic medium for cultural preservation.

Percebe-se a valorização da cultura Tarahumara já na descrição do jogo encontrada no sítio eletrônico de Mulaka:

Dive into northern Mexico's breathtaking landscapes with Mulaka, a 3D action-adventure game based on the rich indigenous culture of the Tarahumara. Renowned for their impressive running abilities, embark on the journey of a Sukurúame - a Tarahumara shaman - as you fight back the foulness corrupting the land, while drawing upon the powers of demigods. From solving puzzles in environments inspired by real Sierra Tarahumara locations, to heated hand-to-hand combat with creatures pulled from the region's mythology, find out why the Tarahumara have earned a reputation for being superhumans (LIENZO, 2018).

A participação e o aval de líderes dos povos tradicionais foram essenciais na elaboração do jogo, a fim de inibir eventual apropriação cultural. Como mencionado, o estúdio Lienzo vem se firmando no cenário mundial como um desenvolvedor de videogames de boa qualidade, que resgatam temáticas da cultura mexicana. O sucesso foi tamanho que, depois de Mulaka, o estúdio lançou Aztech Forgotten Gods, que traz elementos da cultura azteca. Ambos os jogos foram muito bem recebidos no mercado europeu e, em seguida, nos Estados Unidos, México, Brasil, Argentina e Colômbia (MORON, 2021).

2.3 As dimensões sociais e a opção comercial

De acordo com o sócio Vizcaino Chávez, escritor e desenhador narrativo do estúdio, o objetivo da Lienzo é desenvolver games que exibam elementos da cultura mexicana para a comunidade internacio-

nal, passando uma imagem positiva de heróis, levando assim representatividade ao povo mexicano. Como relatado por Moron (2021), “‘Mulaka’ fue la punta de la lanza de Lienzo, para mostrar a la comunidad mexicana, a la comunidad internacional, mostrar a héroes rarámuris o aztecas, en juegos con un mensaje positivo, el cual buscan transmitir a su público meta”.

A experiência lúdica e emotiva do videogame cativa o jogador, tendo componentes didáticos por meio do entretenimento. Os anciãos das comunidades Tarahumara, ao serem consultados, perceberam a possibilidade de valorização de sua cultura. No enredo do jogo, o protagonista e herói é um representante de sua comunidade e cultura. Assim, o jogo consiste em oportunidade de enaltecer a cultura Tarahumara, sendo como um componente de representatividade, em que também os jogadores de cultura Tarahumara, poderiam se sentir orgulhosos de suas origens.

Ao contrário de Huni Kuin, Mulaka foi concebido para ser um jogo de entretenimento e visando lucro. O seu intuito primeiro não foi educativo. Como mencionado, Mulaka foi disponibilizado para compra nas maiores plataformas (Nintendo Switch, Xbox One, Playstation 4 e PC), seguindo a tradição do estúdio Lienzo, o primeiro estúdio mexicano a disponibilizar um videogame nas três maiores plataformas, no caso o Hunter’s Legacy.

Apesar da opção comercial, houve preocupação dos desenvolvedores em retribuir financeiramente às comunidades Tarahumara. É possível adquirir o videogame pelo valor aproximado de vinte dólares estadunidenses (USD 20,00). Conforme o sítio eletrônico oficial do jogo (lienzo.mx/mulaka) e outro de venda (www.gog.com), até 10% dos rendimentos obtidos com a venda do jogo é revertido para o fortalecimento da cultura e preservação da Serra Tarahumara. De acordo com a Lienzo “a portion of Mulaka’s earnings will be donated for the strengthening of the culture and the preservation of the Sierra Tarahumara.” (LIENZO, 2018).

3 AUTORIA INDÍGENA EM QUESTÃO

Antes de tratar especificamente de questões de autoria, é importante compreender o porquê de se evidenciar sujeitos indígenas como categoria. De acordo com Daniel Munduruku, o olhar dos autores indígenas é único e deve ser afirmado, pois traz vieses próprios de sociedades e culturas diferentes de sujeitos brancos e ocidentalizados. Negar esta particularidade seria partilhar um esforço particular de merecimento (MUNDURUKU, 2011).

Para este estudo, entende-se a autoria indígena como aquela proveniente de indivíduos ou membros de povos e comunidades indígenas que se identificam como tais ou se reconhecem como tais (CUNHA, 2009, p. 247). Esse entendimento baseia-se em critérios antropológicos, mais amplos que o conceito estabelecido normativamente no Brasil, por meio do Decreto 6040/2007 (BRASIL, 2007a)³. A redação deste referido documento, ainda que inspirado na Convenção 169 da OIT que enfatiza o critério da autoidentificação, parece não compreender a realidade de indígenas que vivem em comunidades não isoladas, como o meio urbano, mas que também relacionam sua identidade com suas culturas e ancestralidades.

Considerando a relevância de evidenciar-se essa categoria identitária, percebe-se, em ambos os jogos exemplificados, um processo de criação que envolveu tanto sujeitos indígenas como não indígenas. Quando se identificam indivíduos responsáveis por uma atividade criativa e intelectual, é fácil atribuir direitos autorais. No entanto, mesmo autorias individuais de sujeitos indígenas podem ensejar formas de atribuições coletivas, a depender de como se organizam as suas comunidades de origem. Ademais, expressões culturais coletivas, provenien-

³ Este instrumento legislativo considera povos e culturas tradicionais os “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007a, art. 3º, I).

tes de um saber tradicional, transmitido intergeracionalmente, muitas vezes pela oralidade, apresentam desafios para essa proteção (DRUMMOND, 2017). Este é o caso dos enredos tradicionais materializados por meio dos videogames mencionados.

3.1 Direito autoral com foco no indivíduo, sistema de Berna, LDA

Os sistemas de direitos autorais do Brasil e do México são inspirados na Convenção de Berna, de 1886, que reconhece o esforço individual na elaboração de uma obra intelectual e artística.

No Brasil, a Lei de Direitos Autorais (LDA) prevê que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (BRASIL, 1998b, art. 11). Obras de autoria desconhecida caem em domínio público. A LDA, no entanto, faz ressalva aos conhecimentos étnicos e tradicionais (BRASIL, 1998b, art. 45, II).

A LDA é omissa na disciplina quanto à ressalva mencionada. A simples identificação dos povos indígenas que participam do processo criativo não seria suficiente para atribuir a condição de autor e, conseqüentemente, oferecer proteção jurídica neste sentido. Além de ser uma contribuição criativa de cunho coletivo, sem sujeitos determinados, os enredos dos games derivam de um saber tradicional transmitido intergeracionalmente, ou seja, sem um contributo mínimo de originalidade e sem a determinação de prazo inicial preciso, para possibilitar o monopólio temporário do direito autoral. Não oferecer um reconhecimento simbólico nem uma retribuição econômica às comunidades indígenas detentoras dos saberes culturais utilizados seria, no entanto, uma perpetuação de injustiças e uma violência.

Já a legislação de direitos autorais mexicana sofreu uma reforma em 2020 para incorporar adequações oriundas da adesão do México ao tratado de livre comércio com Estados Unidos e Canadá. Uma das conseqüências desta adaptação, além da reflexão das medidas tecnológi-

cas e outras demandas do tratado, foi a incorporação do título VII do Capítulo III com o título “de las culturas populares y de las Expresiones Culturales Tradicionales” (MEXICO, 2020).

Os dispositivos, distribuídos entre os artigos 157 e 161, estabelecem que a exploração de determinadas obras que manifestem a cultura e identidade de povos mexicanos estão sujeitas à autorização por escrito dos mesmos, com a mediação da Secretaria de Cultura para identificação da comunidade autora daquela expressão quando necessário, e podendo haver remuneração à comunidade reconhecida como autora (MEXICO, 2020).

De acordo com Macho Morales (2022), essa incorporação à lei para contemplar a proteção por direitos autorais a expressões tradicionais de cultura se destinou a remediar a situação da apropriação cultural por estrangeiros, o que pode ser eficiente na imposição de sanções visando frear a livre exploração dessas obras. No entanto, ela não é suficiente para refletir toda a complexidade dos elementos culturais e identitários dos povos indígenas.

3.2 OMPI e o debate acerca das expressões culturais tradicionais

É relevante mencionar que, apesar de instrumentos internacionais de propriedade intelectual terem origem bastante antiga - como visto, estão presentes desde o século XIX -, questões sobre como proteger direitos intelectuais de sociedades tradicionais não são consensuais. Na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), há um grupo dedicado a negociar acordos sobre propriedade intelectual, conhecimentos e expressões culturais tradicionais. No que diz respeito aos direitos autorais, verificam-se três tendências protetivas entre seus países membros: 1. Instrumentos clássicos de proteção; 2. Adaptação de instrumentos existentes à realidade específica das comunidades indígenas; 3. Proteção *sui generis* (WIPO, [2022]).

No Brasil, não há uma legislação específica sobre o tema e, para suprir a lacuna da LDA, deve-se buscar uma interpretação sistemática da legislação brasileira, a partir de princípios constitucionais e de direitos humanos. Conforme Cunha Filho, os direitos autorais situam-se entre os direitos culturais. Estes são direitos humanos, considerados em todas as suas dimensões, e referem-se a “aqueles relacionados às artes, à memória coletiva e ao fluxo de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento e o uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana” (CUNHA FILHO, 2018, p. 28).

A Constituição brasileira de 1988 afastou o entendimento da tutela em relação aos sujeitos e povos indígenas, assegurando sua plena capacidade processual e de cidadania. Além disso, atribuiu maior valor à diversidade de suas culturas, nas sessões dedicadas à cultura (Art. 216-A) e aos índios (Art. 231), quando reconhece seus direitos a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (BRASIL, 1988).

3.3 Direitos culturais e humanos

Entre os instrumentos de direitos humanos, enfatiza-se para este estudo, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, a qual percebe os direitos culturais como “valores que vão além de interesses individuais e têm natureza supraestatal e que, por isso, estabelecem a necessidade de atos de solidariedade” (CUNHA FILHO, 2017, p. 182). A partir da referida declaração, o Brasil assumiu o compromisso com os termos da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005 (Decreto 6.177/2007). Este instrumento entende que as expressões culturais tradicionais são formas de compartilhamento de ideias, as quais devem ser valorizadas. São, portanto, formas de materializar a inclusão e a cidadania em uma sociedade que se pretende democrática. Essa mesma Convenção enfatiza a importância da proteção jurídica da propriedade intelectual para a diversidade (BRASIL, 2007b).

CONCLUSÃO

Como analisado ao longo do artigo, percebe-se que, tanto em “Yube Baitana” como em “Mulaka”, houve uma iniciativa de sujeitos externos a comunidades indígenas, que perceberam o potencial de se criar um enredo a partir de mitos dessas culturas. Os jogos foram desenvolvidos conjuntamente entre estudantes e profissionais do ramo de tecnologia, antropólogos e comunidades indígenas. De acordo com as referências bibliográficas utilizadas como fontes a este artigo, houve uma imersão dos pesquisadores e desenvolvedores nas comunidades originárias, de forma a compreender as histórias narradas, bem como legitimar o projeto coletivo, por meio da participação dos representantes indígenas. Essa participação foi fundamental para evitar a apropriação cultural⁴.

Apesar de não se referir a expressões culturais de indivíduos e povos indígenas, vale mencionar alguns princípios assegurados internacionalmente pela Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto 2519/1998) (BRASIL, 1998a), que inspirou a legislação sobre a temática no Brasil (Lei 13.123/2015) (BRASIL, 2015), e pelo Protocolo de Nagoya (DL 136/2020) (BRASIL, 2020), quais sejam: 1. valorização da diversidade; 2. consulta prévia e informada; 3. repartição justa e equitativa. Esses princípios, que se aplicam à biodiversidade, poderiam também embasar uma proteção relacionada à sociobiodiversidade e à diversidade cultural.

Como percebido, no processo de construção dos videogames, mesmo com a legislação omissa expressamente sobre a disciplina dos usos das expressões culturais tradicionais, todos esses princípios relacionados à biodiversidade parecem ter sido respeitados pelos desenvolvedores. Verifica-se, dessa forma, uma relação de respeito e diálogo

⁴ Conforme Rodney William (2019, p. 29), “apropriação cultural é um mecanismo de opressão por meio do qual um grupo dominante se apodera de uma cultura inferiorizada, esvaziando de significados suas produções, costumes, tradições e demais elementos”.

go, que exemplifica um modo de cooperação democrático, bem como de valorização cultural.

Tendo em conta a utilização do exemplo do jogo mexicano “Mulaka”, entende-se relevante mencionar que a legislação daquele país oferece proteção diferenciada à propriedade intelectual de povos indígenas. Em 2020, o México aprovou uma modificação em sua lei de direitos autorais, que reconheceu a propriedade intelectual coletiva de indígenas, sendo precursor deste entendimento, ampliando o leque de proteção autoral existente desde a inauguração do sistema de Berna.

O capítulo III, do título VII, da lei de direitos autorais mexicana atualizada, o qual trata das culturas populares e expressões culturais tradicionais, estabeleceu obrigações para quem usar e explorar “obras literárias, artísticas, populares e artesanais, primitivas, coletivas e derivadas de culturas populares ou expressões culturais tradicionais nas quais se manifestam elementos da cultura e identidade dos povos e comunidades indígenas do México” (MEXICO, 2020, art.157, tradução nossa). Essas obrigações consistem em: 1. solicitar o consentimento escrito do povo ou comunidade indígena a que a obra se relaciona; 2. possibilitar remuneração à comunidade correspondente; 3. no caso em que não se identifique a comunidade de origem das expressões culturais deve-se solicitar à Secretaria de Cultura essa identificação, que deverá ser acompanhada pelo Instituto Nacional dos Povos Indígenas, como órgão técnico.

Na prática, essa lei visa a corrigir a tendência histórica de exploração e apropriação cultural indevida de povos originários, podendo servir de inspiração à legislação autoral brasileira.

REFERÊNCIAS

BELL, L. A link to the Tarahumara: Loienzo talks Mulaka and cultural preservation in games. All Gamers, Passaic, 15 jan. 2018. Disponível em: A Link to the Tarahumara: Lienzo Talks Mulaka and Cultural Preservation in Games | AllGamers (hyperxgaming.com). Acesso em: 1 set 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 136, de 2020. Aprova o texto do Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização à Convenção sobre Diversidade Biológica, concluído durante a 10ª Reunião da Conferência das Partes na Convenção, realizada em outubro de 2010 (COP-10), e assinado pelo Brasil no dia 2 de fevereiro de 2011, em Nova York. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, p. 2, 12 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 set. 2022

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de Março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília: Presidência da República, 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de Fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília: Presidência da República, 2007a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Brasília: Presidência da República, 2007b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de Maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998 [...]. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 3 set. 2022.

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, 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. Ministério do Turismo. **Termo de Colaboração**. Termo de colaboração nº890291/2019 que entre si celebram o instituto do patrimônio histórico e artístico nacional - iphan e a comissão pró-índio do acre, para os fins que especifica. Brasília: IPHAN, 2009.

COPPEL, E. Una mujer Tarahumara gana un ultramaratón en México sin equipación deportiva. **El País**, Cidade do México, 19 maio 2017. Disponível em: Una mujer tarahumara gana un ultramaratón en México sin equipación deportiva | Verne México EL PAÍS (elpais.com). Acesso em: 1 set. 2022.

CUNHA FILHO, F. H. Políticas públicas como instrumental de efetivação de direitos culturais. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 177-196, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p177>. Acesso em: 20 ago. 2022.

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

CUNHA, M. C. da. Três peças circunstanciadas sobre os direitos dos índios. In: CUNHA, M. C. da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. cap. 15.

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

GONZAGA, A. A. **Decolonialismo indígena**. 2. ed. São Paulo: Matrioska Editora, 2022.

HUNI Kuin: Yube Baitana. [2022]. Disponível em: <http://www.gamehunikuin.com.br/>. Acesso em: 1 set. 2022.

ÍNDIOS Tarahumara mantêm tradições e vivem solitariamente no México. **G1**, Rio de Janeiro, 8 dez. 2007. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Mundo/o,,MUL208916-5602,00-INDIOS+TARAHUMARAS+MANTEM+TRADICOES+E+VIVEM+SOLITARIAMENTE+NO+MEXICO.html>. Acesso em: 1 de set. 2022.

LIENZO. **Mulaka**. México: Lienzo, 2018. Disponível em: <https://lienzo.mx/mulaka/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MACHO MORALES, D. Disputas por el reconocimiento de la cultura indígena. In: LÓPEZ CUENCA, A.; BERMÚDEZ DINI, R. (comp.). **Más allá del derecho de autor**:

otros términos para rebatir la propiedad intelectual. Ciudad de México: Open Humanities Press., 2022. p. 23-30.

MENESES, G. P. Saberes em jogo: a criação do videogame *Huni Kuin: Yube Baitana*. **GIS: Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 83-109, maio, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317965274_Saberes_em_jogo_a_criacao_do_videogame_Huni_Kuin_Yube_Baitana. Acesso em: 5 set. 2022.

MEXICO. **Ley Federal del Derecho de Autor**. Última Reforma DOF 01-07-2020. Ciudad de México: Residencia del Poder Ejecutivo Federal, 2020. Disponível em: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_010720.pdf. Acesso em: 1 set. 2022.

MORON, C. De México para el mundo: lienzo desarrolla videojuegos con cultura de fondo. **Zenger**, Austin, 22 abr. 2021. Disponível em: De México para el mundo: 'Lienzo' desarrolla videojuegos con cultura de fondo - Zenger News. Acesso em: 9 set. 2022.

MUNDURUKU, D. Literatura x literatura indígena: consenso? **Revista Emília**, São Paulo, 1 dez 2011. Disponível em: <https://emilia.org.br/literatura-x-literatura-indigena-consenso/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

TERRA, R. R. Huni Kuin: Yube Baitana - os caminhos da Jiboia. **Makerzine**, [S. l.], 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.makerzine.com.br/educacao/huni-kuin-yube-baitana-os-caminhos-da-jiboia/>. Acesso em: 20 set. 2022.

WILLIAM, R. **Apropriação cultural**. São Paulo: Pólen, 2019.

WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Genetic resources, traditional knowledge and traditional cultural expressions**. Geneva: Wipo, [2022]. Disponível em: <https://www.wipo.int/tk/en/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

AUTORIA DE OBRAS GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DIRETRIZES PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

MARCELO FRULLANI LOPES¹

RESUMO: Nos últimos anos, o tema da inteligência artificial ganhou grande evidência em função do avanço da capacidade computacional e da quantidade de dados disponíveis para treinamento das máquinas, dentre outros motivos. Uma das áreas que costuma chamar maior atenção da sociedade é a geração de obras de arte por sistemas desse tipo. O artigo apresenta parâmetros para a solução de litígios acerca da autoria de obras geradas por inteligência artificial à luz da legislação brasileira atualmente em vigência. Para atingir esse objetivo, realizou-se uma análise de dispositivos da Lei nº 9.610/98, bem como revisão bibliográfica do tema. Ao final, chegou-se à conclusão de que será inevitável o Judiciário avaliar, caso a caso, o nível de autonomia do sistema e o grau de criatividade do ser humano (seja programador ou usuário). Caso não seja constatado um grau relevante de criatividade humana para produção da obra, a solução mais adequada é deixá-la em domínio público.

Palavras-chave: Autoria; Inteligência Artificial; Domínio público.

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial (IA) entrou, definitivamente, no imaginário popular. De um lado, livros se tornam *best sellers* ao tratarem de supostas ameaças que tecnologias muito avançadas podem representar para a espécie humana; de outro, grandes empresas se valem dessa expressão para vender novos produtos ou serviços. Mas não apenas isso. Devido às suas implicações e aos potenciais danos que pode cau-

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pela Escola Politécnica da USP. Graduado em Direito pela USP. Membro-pesquisador do Lawgorithm. E-mail: marcelo@frullanilopes.adv.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6721008820626521>.

sar, esse tema passou a ser bastante discutido por parlamentos e por órgãos de regulação.

Ainda há pouco conhecimento, contudo, sobre o que de fato essa tecnologia é capaz de produzir. A palavra “inteligência” não é muito esclarecedora, já que muitas pessoas acreditam que as máquinas dotadas de inteligência artificial seriam capazes de pensar ou até mesmo de sentir como os seres humanos.

De todo modo, o uso da inteligência artificial vem se popularizando e suscitando debates. Um exemplo de sua utilização é a aplicação de técnicas de inteligência artificial no campo artístico. Este uso é ainda fonte de confusões, visto que a arte tradicionalmente é vista como uma atividade essencialmente humana. Imagina-se, muitas vezes, que a geração de pinturas, músicas e textos através do uso de inteligência artificial seria fruto de “inspiração” das máquinas, utilizando-se um conceito que é aplicável apenas aos humanos. Como será visto com maiores detalhes a seguir, a tecnologia não funciona dessa forma.

Por outro lado, não é correto dizer que as máquinas sempre seguem instruções humanas, de modo que quaisquer resultados produzidos por elas sempre podem ser imputados a uma pessoa.

Neste artigo, tratar-se-ão de diferentes técnicas que compõem o conceito de “inteligência artificial”, destacando-se as imponderáveis possibilidades de aplicação dessas técnicas no campo artístico e como o direito trata a questão da autoria de obras produzidas por uma IA. Ao final, não será apresentada uma resposta definitiva à pergunta “quem deve ser considerado autor de uma obra gerada por inteligência artificial?”, mas caminhos possíveis que podem ser seguidos para responder a essa pergunta caso a caso.

A pergunta principal a ser respondida é claramente normativa. Dessa forma, a análise será realizada à luz da interpretação da legislação brasileira atualmente em vigor, realizando-se uma revisão bibliográfica de autores que tratam do tema da autoria de obras geradas por inteligência artificial tanto do ponto de vista técnico quanto jurídico.

O artigo será dividido em três partes. Na primeira, serão expostas resumidamente as diferentes técnicas de inteligência artificial utilizadas para a geração de obras de arte. Na segunda, demonstrar-se-á que há uma gama enorme de possibilidades de geração de obras por meio dessas técnicas, sendo que em determinados casos o nível de interferência humana é muito baixo, enquanto em outros é bastante relevante. Por fim, na t explicar-se-á que a resposta sobre haver ou não autoria humana em relação a uma obra gerada por inteligência artificial não pode ser genérica e aplicável a todos os casos, pois será inevitável analisar o nível de autonomia do sistema computacional e o grau de interferência criativa humana em cada caso a ser decidido pelo Poder Judiciário.

1 DA REPRESENTAÇÃO DO CONHECIMENTO E DO APRENDIZADO DE MÁQUINA

A expressão “inteligência artificial” remete aos anos 1950, quando cientistas da computação organizaram uma conferência para tratar de questões como processamento de linguagem natural, resolução de problemas restritos a humanos e até mesmo o desenvolvimento de “neurônios artificiais” (o que viria a ser chamado posteriormente de “rede neural”).²

Apesar de o termo ter sido criado para essa conferência, algumas ideias subjacentes já vinham sendo expressas antes por cientistas como Alan Turing, que escreveu em 1950 um artigo intitulado “*Computing Machinery and Intelligence*” (TURING, 1950), no qual propôs um experimento por meio do qual seria possível avaliar se uma máquina é capaz de “pensar” (“jogo da imitação”).

² LEIA O TEXTO do convite que criou o termo inteligência artificial. **Época Negócios Online**, São Paulo, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/03/leia-o-texto-do-convite-que-criou-o-termo-inteligencia-artificial.html>. Acesso em: 20 set. 2022.

Este artigo não comporta uma abordagem detalhada dos primórdios do estudo da inteligência artificial, mas os apontamentos acima são úteis para mostrar que se trata de uma área vasta, que abrange muitas técnicas computacionais. Pode-se dizer que se trata de um termo “guarda-chuva”. Uma distinção básica importante se dá entre a “representação do conhecimento” e a “aprendizagem de máquina”.

No caso da “representação do conhecimento”, o sistema computacional é alimentado com um conjunto de sentenças que formam o seu “conhecimento”; a partir dessas sentenças, o sistema é capaz de responder a consultas através de inferências. Segundo Russell e Norvig (2013, p. 239), “um agente baseado em conhecimento é composto por uma base de conhecimento e um mecanismo de inferência. Ele opera armazenando sentenças sobre o mundo em sua base de conhecimento, utilizando o mecanismo de inferência para deduzir novas sentenças e empregando essas sentenças para decidir que ação executar”. Até poucas décadas atrás, como destacam Sartor, Lagioia e Contissa (2018, p. 1-2), esse era o grande modelo a ser seguido na área da inteligência artificial. Ou seja, era necessário que seres humanos fornecessem representações formais do conhecimento para que as máquinas pudessem realizar inferências.

Já no caso da “aprendizagem de máquina”, não há necessidade de codificação completa da base de conhecimento. Em vez disso, o sistema é “treinado” a partir de uma base de dados, sendo capaz de aprender padrões que podem ser aplicados em situações futuras. Russell e Norvig (2013, p. 605) definem o aprendizado de máquina da seguinte forma: “a partir de uma coleção de pares de entrada e saída, aprender uma função que prevê a saída para novas entradas”.

A aprendizagem de máquina se desenvolveu muito em anos recentes em função do aumento da capacidade computacional e da quantidade massiva de dados à disposição. De acordo com Sartor, Lagioia e Contissa (2018, p. 2), nesse modelo aplicam-se algoritmos sobre esses dados de treinamento, a partir dos quais o sistema é capaz de

aprender padrões que serão aplicados em situações futuras nas quais ele precisará tomar decisões.

Mesmo dentro da área de aprendizagem de máquina, há diversas técnicas possíveis que podem ser mais ou menos úteis a depender do objetivo a ser alcançado. Há a chamada aprendizagem supervisionada (os dados de treinamento contêm explicitamente classificações que são realizadas previamente por um ser humano), aprendizagem não-supervisionada (a base de dados não possui classificações) e aprendizagem por reforço (através de “recompensas” caso acerte ou “punições” caso erre, o sistema passa a identificar quais são as respostas corretas).

Como se não bastasse, em muitos casos mesclam-se várias técnicas para atingir determinada finalidade. A própria separação entre representação do conhecimento e aprendizagem de máquina não é intransponível, visto que, como destacam Sartor, Lagioia e Contissa (2018, p. 2), de um lado, a aprendizagem de máquina pode auxiliar a criar as bases de conhecimento a serem aplicadas pelos sistemas de representação do conhecimento, enquanto do outro, sistemas de aprendizagem de máquina podem se valer de bases de conhecimento (regras e ontologias, por exemplo) que melhoram suas performances.

Não se pode negar, porém, que a aprendizagem de máquina é a maior responsável pelo grande avanço da inteligência artificial nos últimos anos. Nessa área, um dos algoritmos de aprendizagem que se tornaram mais célebres é a chamada “rede neural”, cuja estrutura se baseia em uma hipótese de funcionamento do cérebro humano. Criam-se várias camadas de “neurônios artificiais”, as chamadas unidades de processamento, capazes de solucionar problemas que, em outras situações, demandariam milhares ou até mesmo milhões de programas diferentes.

Retomemos o exemplo citado anteriormente. No campo da geração de obras de arte por meio de sistemas computacionais, uma das técnicas mais avançadas consiste no uso de duas redes neurais cha-

madras de “adversariais” (*Generative Adversarial Networks*), pois uma exerce a função de “criadora” (ou “geradora”) e a outra ocupa o papel de “avaliadora” (ou “discriminadora”).

A rede discriminadora é treinada com imagens do mundo real, ou com obras de arte já existentes, por exemplo. Já a rede geradora produz, inicialmente, imagens caóticas que são rejeitadas pela primeira. Ao longo do tempo, porém, esta rede passa a identificar os padrões necessários para “enganar” aquela. Ou seja, cada vez mais a rede geradora passa a produzir imagens ou obras de arte semelhantes àquelas que faziam parte da base de dados de treinamento da rede discriminadora.

Foram citadas acima apenas algumas técnicas, mas há diversas outras à disposição dos programadores, que podem ser aplicadas isolada ou conjuntamente para atingir diferentes resultados.

2 DOS DIFERENTES NÍVEIS DE AUTONOMIA E DE INTERAÇÃO COM HUMANOS

Assim como há várias possibilidades de aplicação das técnicas que compõem esse grande “guarda-chuva” que recebe o nome “inteligência artificial”, a depender do caso os seres humanos terão maior ou menor interferência nos resultados produzidos pelos sistemas. Além disso, podem mesclar diferentes sistemas e técnicas, de acordo com o objetivo a ser alcançado.

A escolha das técnicas a serem utilizadas parte sempre de um ou mais seres humanos. No campo da geração de obras de arte, o programador pode selecionar, a partir das diversas técnicas existentes, se o sistema terá um nível alto, médio ou baixo de autonomia para realizar escolhas que impactam no resultado a ser produzido.

De antemão, não é possível dizer, por exemplo, que uma obra gerada através de um sistema de representação do conhecimento sempre será fruto de maior interferência humana do que outra obra gerada por aprendizagem de máquina.

Como destacam Sartor, Lagioia e Contissa (2018, p. 3), em sistemas de representação do conhecimento a obra produzida tanto pode ser claramente imputável a um ser humano, em alguns casos, quanto resultar de combinações aleatórias.

Já sistemas de aprendizagem de máquinas são capazes de identificar padrões nas obras que fizeram parte de suas bases de treinamento, podendo recompor, adaptar e desenvolver microelementos, padrões e estilos e, com isso, gerar novas obras (Sartor, Lagioia, Contissa; 2018, p. 3).

Pode-se imaginar, porém, inúmeros cenários nos quais os algoritmos de aprendizagem de máquina sejam utilizados: desde um artista que alimenta determinado sistema apenas com suas próprias obras, até o caso de um sistema alimentado por milhões de obras de variados artistas.

Além disso, há situações nas quais não apenas um, mas vários sistemas diferentes são utilizados em diferentes fases do processo criativo, podendo haver também participação criativa humana.

Para produzir o musical “*Beyond the Fence*”, por exemplo, um sistema foi usado para analisar padrões presentes em uma grande quantidade de musicais de sucesso, identificando, assim, quais temas e personagens poderiam ser explorados. Outros foram aplicados no desenvolvimento do roteiro e das músicas. Em todas essas fases, porém, também houve um nível razoável de interferência criativa humana (MILLER, 2019, p. 254-256).

Não obstante, há situações nas quais o programador (ou um grupo de programadores) cria um sistema de inteligência artificial e ele mesmo o utiliza para gerar obras de arte. Já em outros casos, empresas disponibilizam o sistema ao público, seja de forma gratuita ou onerosa, para que indivíduos possam produzir obras com auxílio da inteligência artificial, ainda que não tenham grandes conhecimentos sobre o domínio artístico em questão.

Portanto, a participação de sistemas de inteligência artificial na geração de obras de arte pode ocorrer em diversos níveis. Assim sendo, não podem ser admitidas respostas simplistas e genéricas à seguinte questão: “Quem deve ser considerado autor de uma obra gerada por inteligência artificial?”.

Referida questão somente pode ser respondida caso a caso. No item a seguir, serão apresentados alguns parâmetros que podem ser levados em consideração para responder a ela, levando-se em consideração o quadro normativo atualmente em vigor no Brasil.

3 DA INEVITÁVEL ANÁLISE CASO A CASO

A Lei nº 9.610/98 prevê, em seu artigo 11, que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. De acordo com Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2020, p. 90), “do ponto de vista objetivo, autor é quem origina uma obra. Portanto, a autoria resulta da relação de causalidade entre a criação e seu originador”.

Já o artigo 15, § 1º, da mesma lei, estabelece que “não se considera coautor 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”.

Artistas sempre contaram com o trabalho de auxiliares para produzirem suas obras. Até mesmo os grandes gênios renascentistas não trabalhavam sozinhos. Segundo Carlos Alberto Bittar (2022, p. 61), “nem toda participação de outras pessoas na realização de uma obra induz à coautoria, em face do respectivo vulto”.

Nas últimas décadas, computadores também passaram a auxiliar artistas na criação de obras de arte. Nos anos 1960 ocorreram as primeiras exposições de arte computacional, com exibição de imagens abstratas criadas com auxílio de computadores (SANTAELLA, 2003, p. 165).

Mas os programas tradicionais de computador não causam muitos problemas ao conceito jurídico de autoria, pois seguem fielmente as instruções do programador. Como destaca Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2020, p. 93), nesse caso “a máquina é operada por alguém que fornece ao computador as necessárias instruções para a realização das diferentes tarefas de que resultará uma obra intelectual. Portanto, trata-se de criação humana em que a máquina apenas funciona como uma ferramenta sob controle do criador”.

Em 1997, Ascensão (1997) já defendia que, em um cenário no qual o resultado produzido pelo sistema computacional tenha sido previsto por um ser humano, deve-se atribuir a ele a autoria. De acordo com o doutrinador português,

O computador funciona então como um instrumento, tal como o pincel nas mãos do pintor. Terá quando muito uma função acessória na criação: complementar uma ideia-base, mas é ancilar dessa ideia. O resultado não deixa de ser previsto e intencionalmente prosseguido pelo operador. Este e só este é o autor, e as regras normais da autoria não são afetadas (ASCENSÃO, 1997 p. 663).

Ainda na década de 1970, o Congresso Federal dos Estados Unidos da América criou uma comissão para discutir a autoria de obras geradas por sistemas computacionais, que recebeu o nome de “*National Commission on New Technological Uses of Copyright Works*” (CONTU, 1981). Em seu relatório final, a referida comissão concluiu que sistemas computacionais seriam semelhantes a câmeras fotográficas e a máquinas de escrever (CONTU, 1981). Ou seja, não seriam capazes de excluir a autoria humana. Porém, essa solução não pode ser transposta facilmente a todas as situações em que são utilizados programas dotados de inteligência artificial.

As técnicas de inteligência artificial não chegaram agora ao campo artístico. Um dos primeiros experimentos a ganhar notoriedade foi criado pelo pintor abstracionista Harold Cohen e recebeu o nome

“AARON”, ainda nos anos 1970. Tratava-se de um sistema de representação do conhecimento, ao qual Cohen forneceu regras lógicas sobre como deveria ser composto cada tipo de imagem (exemplo: uma figura humana deve ser composta por cabeça, tronco, pernas e braços) (SILVA, 2007, p. 47-48).

Em anos mais recentes, porém, como foi destacado anteriormente, as técnicas de aprendizagem de máquina passaram a se sobressair na área da inteligência artificial. Não seria diferente no campo artístico, onde muitas delas são utilizadas para geração de obras. Esses sistemas são alimentados, normalmente, com bases de dados compostas por obras preexistentes. Com isso, passam a identificar padrões que serão aplicados para produzir os *outputs*.

De acordo com Guilherme Carboni (2010, p. 90-91), se na arte computacional tradicional a intermediação entre artista e público se dava por uma “máquina fechada” (com base no esquema: emissor/autor → máquina fechada → receptor/fruidor), a inteligência artificial pode ser considerada uma “máquina aberta”, por sua interferência na criação (com base no esquema: emissor/autor → ideia → máquina aberta, ativa → obra → receptor/fruidor).³

Contudo, o uso de inteligência artificial, seja através da representação do conhecimento ou da aprendizagem de máquina, não exclui, por si só, a possibilidade de autoria humana. Mesmo que esse tipo de sistema conte com nível maior de autonomia, ainda é possível atribuir a autoria a um humano se ficar demonstrado que a máquina ocupou apenas o papel de auxiliar, nos termos do artigo 15, § 1º, da Lei nº 9.610/98. Nas palavras de Ascensão (1997, p. 88), “não são porém autores, como não é quem faz a revisão, mesmo literária, dum texto ou elabora os índices. Ou quem coopera com o escultor no desbaste da pedra. Ou quem se encarregar da divulgação da obra, seja de que modo for”.

³ A inteligência artificial possibilita que pessoas que não possuem grandes conhecimentos sobre determinado domínio artístico possam interagir com máquinas e, assim, contribuir com a geração de obras.

Ao tratar do conceito de autoria, Jane Ginsburg (2003) diferenciou “concepção” de “execução”. De acordo com Ginsburg (2003, p. 11), autor é aquele que concebe o plano criativo e dirige sua execução. “Dirigir” não significa cuidar diretamente de todas as fases da execução, mas controlá-la, estabelecendo as diretrizes que podem ser seguidas por auxiliares ou mesmo por máquinas.

Em 2019, a *World Intellectual Property Organization* (WIPO) abriu debates entre países e organizações para tratar do tema da autoria de obras geradas por inteligência artificial. Ao final, foi produzido um relatório que destaca que várias contribuições chamaram a atenção para a diferenciação que deve ser feita entre “obras geradas por inteligência artificial” e “obras assistidas por inteligência artificial”. Enquanto o primeiro gênero se refere à produção de obras por sistemas que possuem alto nível de autonomia, sem intervenção criativa humana relevante para a produção do resultado, o segundo abrange situações em que há alto grau intervenção criativa humana, sendo suficiente para gerar um liame entre a obra e o humano.

Nas situações em que se pode caracterizar o sistema computacional como auxiliar de um humano, aquele pode até ter um papel importante, mas este mantém o controle artístico, sendo possível atribuir ao humano a concepção da obra e a direção sobre sua execução. Nesse cenário, a autoria deve ser atribuída ao humano responsável pelo plano criativo e pela direção da execução, que pode ser programador ou usuário, a depender do caso concreto.

Há, além disso, situações nas quais humanos e máquinas atuam em conjunto criando partes divisíveis de uma obra. Hipoteticamente, pode-se imaginar uma situação na qual um humano fornece a um sistema computacional uma letra criada por ele e o sistema gera uma música que combine com essa letra. Ou o contrário: o ser humano cria uma música e o sistema computacional gera uma letra.

Em ambos os casos, se um outro ser humano ocupasse o papel do sistema computacional, seria possível que cada criação fosse explorada separadamente por seu respectivo autor, desde que não houvesse

prejuízo para a exploração da obra comum. Aplicando-se o mesmo raciocínio às situações mencionadas acima, o ser humano seria livre para explorar a parte da obra (letra ou música) criada exclusivamente por ele.

Essa solução para a exploração de obras divisíveis criadas em coautoria encontra-se prevista no artigo 15, § 2º, da Lei nº 9.610/98, mas é possível aplicá-la por analogia a situações em que humanos e máquinas contribuam em conjunto para produzir uma obra.

Além disso, é possível imaginar cenários nos quais um sistema de inteligência artificial contribua com outros humanos, ou até mesmo com outras máquinas, para criar uma obra coletiva.

A obra coletiva encontra-se definida pelo artigo 5º, inciso VIII, alínea “h” da Lei nº 9.610/98 como aquela “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”. Pode-se citar como exemplo um jornal em que há tanto textos escritos por humanos quanto outros gerados por inteligência artificial. Nesse caso, pode-se aplicar o artigo 17, § 2º, da Lei nº 9.610/98, segundo o qual a titularidade de direitos patrimoniais sobre a obra coletiva caberá ao organizador, seja pessoa física ou jurídica.

Ou seja, não há grandes problemas em se atribuir a titularidade de direitos patrimoniais a uma pessoa sobre a obra coletiva, ainda que parte das contribuições individuais tenha sido gerada por sistemas de inteligência artificial.

Porém, ainda que seja possível atribuir a um humano parte da obra, em caso de colaboração entre humano e máquina para a produção de obra divisível, ou a titularidade de direitos autorais sobre obra coletiva na qual o sistema computacional tenha contribuído parcialmente, a parte gerada com alto nível de autonomia pela máquina não pode ter a mesma sorte.⁴

⁴ Em relação a obras coletivas, o artigo 17 da Lei nº 9.610/98 assegura a proteção às participações individuais. Ou seja, os direitos autorais sobre a obra coletiva não se confundem com os direitos sobre as participações individuais.

Nessa situação, atribuir ao ser humano a autoria integral sobre o conjunto da obra, ou sobre todas as contribuições individuais da obra coletiva, não seria correto à luz da legislação brasileira, já que estaria ausente o elemento imprescindível da criatividade.

Seguindo o mesmo raciocínio, se uma obra for gerada integralmente por inteligência artificial, sem relevante contribuição humana, não se pode atribuir a um humano a autoria com base na legislação brasileira atualmente em vigor. Isso porque, nesse cenário, não há um liame entre a criatividade do programador (ou do usuário) e o resultado gerado pela máquina. Como destaca Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2020, p. 93-94), “nessa situação, não é o homem que determina diretamente o resultado, já que este depende de combinações aleatórias efetuadas pelo *software* a partir de uma base de dados, inexistindo uma relação de causalidade direta entre o programador ou usuário do *software* e o resultado gerado pelo sistema.”⁵

No entanto, parte da doutrina, especialmente em países que seguem a tradição anglo-saxã do *copyright*, defende que em qualquer situação seria possível atribuir autoria de obras geradas por sistemas computacionais a algum ser humano, seja ele programador ou usuário. Essa corrente doutrinária baseia-se na ideia de que a criação do programa de computador seria, por si só, suficiente para sustentar a relação de causalidade entre programador e o resultado produzido pelo programa, ainda que este tenha gerado o resultado com elevado nível de autonomia.⁶

⁵ Em alguns casos, o sistema pode permitir uma interação com os usuários, de modo que este realize algumas tarefas que, de certa forma, limitem o “espaço de busca a ser percorrido pelo sistema” (SANTOS, 2020, p. 96). Porém, se essa interferência não tiver grande relevância, isto é, se não excluir a autonomia do sistema para gerar o resultado, não é possível atribuir autoria ao usuário (SANTOS, 2020, p. 95-96).

⁶ Cabe destacar uma outra solução para o problema discutido que é adotada no Reino Unido e defendida por parte da doutrina dos Estados Unidos da América. Trata-se de solução basicamente utilitarista, no sentido de que se deve atribuir a autoria da obra gerada por inteligência artificial a uma pessoa, ainda que ela não seja de fato autora da obra. Ou seja, cria-se uma ficção jurídica para solucionar o problema. No Reino Unido, o *Copyright, Design and Patents Act* estabelece que

Além disso, seus integrantes defendem que as máquinas não podem ser consideradas criativas na mesma medida que os humanos, já que atenderiam apenas a comandos, a algoritmos. Consequentemente, segundo esse raciocínio, haveria uma dependência profunda de decisões tomadas por humanos desde a fase do treinamento (DELTORN; MACREZ, 2018, p. 15).

Jane Ginsburg e Luke Ali Budiardjo (2018, p. 408) entendem que o fato de um sistema de inteligência artificial com alto nível se interpor entre obra e programador não seria capaz de excluir a autoria deste, pois o humano que cria um programa de computador seria o responsável pelo plano criativo e pela direção da execução da obra gerada por meio dele.⁷ Não haveria, segundo os autores, diferenças entre uma câmera fotográfica e um sistema desse tipo, ainda que seu nível de autonomia seja bastante elevado (GINSBURG; BUDIARDJO, 2018, p. 409-410).⁸

No entanto, se esse argumento é bastante questionável em países que seguem a tradição anglo-saxã, sua aplicação em países de tradição continental, como o Brasil, é ainda mais difícil, já que os critérios para atribuição de autoria sobre uma obra são mais rígidos nestes.

Ademais, a premissa de que uma obra gerada por inteligência artificial sempre pode ser imputada a um humano, por mais autônomo

deve ser considerada autora a pessoa responsável pelos “arranjos necessários” para a criação da obra. REINO UNIDO. **Copyright, Design and Patents Act 1988**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright>. Acesso em: 30 set. 2022. Nos Estados Unidos, parte da doutrina defende a mesma solução, seja com alteração da legislação, seja com aplicação da doutrina “*work for hire*”, que é adotada em relações de trabalho.

⁷ De acordo com Ginsburg e Budiardjo (2018, p. 368), conceber uma obra não significa prever necessariamente o resultado em todos os seus detalhes. Dessa forma, abrir margem para a aleatoriedade, para a atuação de forças da natureza ou de sistemas computacionais não retiraria do ser humano o plano criativo.

⁸ Segundo Ginsburg e Budiardjo (2018, p. 422), ainda que o programa possibilite que o usuário pressione o botão de iniciar, ou até mesmo exerça alguma interação com base em opções limitadas fornecidas, a autoria continuaria sendo atribuída ao programador.

que o sistema computacional seja, é equivocada. De fato, todo sistema computacional (incluindo aqueles dotados de inteligência artificial) depende de decisões humanas para ser criado e para funcionar, mas isso não significa que os resultados produzidos por ele sejam totalmente previsíveis pelos humanos.

No direito autoral, em que deve haver um liame entre o autor e a obra produzida, que surge a partir da criação, a previsibilidade do resultado por parte do criador é indispensável para a incidência de autoria.

Assim sendo, a solução de atribuir autoria sempre a um humano, não importando se ele contribuiu criativamente de forma relevante para a produção da obra, não se coaduna com a legislação brasileira, visto que o artigo 11, transcrito anteriormente, deixa claro que o autor deve ser aquele que criou diretamente a obra, não a ferramenta por meio da qual a obra foi gerada.

Deve haver um “mínimo de criatividade” capaz de gerar um elo entre o autor e a obra. Segundo Santos (2020, p. 102), “esse mínimo de criatividade é representado pela exigência da ‘marca pessoal do autor’, o que não significa exigir originalidade absoluta.”

Dessa forma, um caminho mais adequado, de acordo com a legislação brasileira em vigência, é não proteger, por meio do direito autoral, obras geradas por sistemas de inteligência artificial dotados de um elevado nível de autonomia. Consequentemente, essas obras cairiam em domínio público, podendo ser acessadas e exploradas livremente pela sociedade. Nesse sentido, Vanessa Ferro afirma o seguinte:

(...) a LDA somente protege as obras artísticas geradas por seres humanos e considera autores dessas obras pessoas físicas, como regra geral. Assim, na LDA, os requisitos de proteção e a autoria são interligados, visto que a proteção da obra intelectual pressupõe a autoria humana das obras artísticas. Ademais, acredita-se que a criação artística pressupõe a manifestação da personalidade do autor e decorre do processo intelectual de captação de emoções e pensamentos humanos (FERRO, 2020, p. 121).

No mesmo sentido, Luca Shirru (2020, p. 309), Ana Ramalho (2017, p. 15-16), Pedro de Perdigão Lana (2020, p. 143) entendem que essas obras não devem receber proteção por meio do direito autoral.⁹

Sob a luz da legislação brasileira atual, portanto, obras geradas por sistemas de inteligência artificial com elevado nível de autonomia devem cair em domínio público. Em situações concretas, cabe ao programador ou ao usuário o ônus de demonstrar que o resultado produzido é fruto de sua criatividade e que o sistema computacional exerceu o mero papel de auxiliar.

Por fim, é inevitável que o Poder Judiciário avalie caso a caso o nível de autonomia do sistema e o grau de criatividade do ser humano para que possa fornecer uma resposta condizente com a legislação autoral brasileira.

CONCLUSÃO

Nos próximos anos, devem chegar ao Judiciário brasileiro casos nos quais será necessário analisar se obras geradas por inteligência artificial devem ou não ser protegidas por direitos autorais e, se a resposta for positiva, a quem cabe a autoria sobre essas obras.

O objetivo deste artigo foi realizar uma análise breve do tema sob o ponto de vista da legislação brasileira atual. Inicialmente, mostrou-se que esse termo “inteligência artificial” abrange uma série de técnicas bastante distintas entre si.

⁹ Parte da doutrina defende, porém, alterações legislativas para não deixar aqueles que investem no desenvolvimento desses programas de computador completamente desprotegidos. Schirru (2020, p. 312), por exemplo, defende a reforma legislativa para a criação de um sistema de “meta-apropriação”, no qual não haveria autor sobre obras geradas por inteligência artificial, mas apenas titular originário. O autor também propõe que nesse modelo não haveria direitos morais e o prazo de proteção dos direitos patrimoniais seria reduzido (SCHIRRU, 2020, p. 315-316). Já Ramalho (2017, p. 16) é favorável à criação de um direito *sui generis*, em moldes semelhantes ao que existe na União Europeia para proteger bases de dados.

Em especial, tratou-se da distinção entre “representação do conhecimento” e “aprendizagem de máquina”, destacando-se que as duas áreas não são excludentes, pois podem ser utilizadas em conjunto. Nos últimos anos, porém, há uma clara proeminência da segunda, em função do aprimoramento da capacidade computacional e da quantidade massiva de dados armazenados, dentre outros motivos.

Na segunda parte, explicou-se que, mesmo dentro de cada uma dessas áreas, há diferentes técnicas que buscam atingir resultados diversos, de modo que o nível de autonomia da máquina e o grau de interferência de seres humanos, sejam eles programadores ou usuários, variam bastante. Especificamente no contexto da geração de obras de arte, há uma gama enorme de possibilidades de emprego dessas técnicas.

Por fim, na terceira parte, que tratou das respostas que a legislação brasileira atualmente em vigor fornece à questão da autoria de obras geradas por inteligência artificial, defendeu-se que não há uma resposta genérica aplicável a todos os casos, pois o Judiciário deverá analisar caso a caso o nível de autonomia do sistema computacional e o grau de interferência criativa dos seres humanos para definir, inicialmente, se a obra será protegida por direito autoral.

Cabe ao programador ou ao usuário do programa o ônus de demonstrar que concebeu o plano criativo e dirigiu a execução da obra, sendo o sistema um mero auxiliar. Porém, caso se constate que a obra foi gerada por um sistema de inteligência artificial dotado de elevado nível de autonomia, sem interferência humana relevante, não se deve protegê-la por meio do direito autoral. Consequentemente, a obra deve cair em domínio público.

Há discussões importantes sobre a inconveniência dessa solução, de modo que parte da doutrina defende a criação de um novo regime para proteger esse tipo de obra, ou a criação de direitos conexos ou *sui generis*. Porém, não está dentro do escopo deste artigo a discussão sobre possíveis mudanças legislativas.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, J. de O. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, C. E. **Direito de Autor**. 8. ed. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Forense, 2022.
- CARBONI, G. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa na Economia da Informação em Rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CONTU. Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, **Computer Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 53-104, 1981. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1573&context=jitpl>. Acesso em: 27 set. 2022.
- DELTORN, J.; MACREZ, F. Authorship in the age of the Machine Learning and Artificial Intelligence. **Center for International Intellectual Property Studies Research Paper. No. 2018-10**, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261329. Acesso em: 29 set. 2020.
- FERRO, V. **As obras artísticas geradas pela inteligência artificial: Considerações e controvérsias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- GINSBURG, J. C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law. **De-paul Law Review**. v. 52, p. 1063-1092, 2003.
- GINSBURG, J. C.; BUDIARDJO, L. A. Authors and Machines. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 34, n. 2, p. 343-456, 2018.
- LANA, P. de P. **A autoria das obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.
- MILLER, A I. **The Artist in the Machine: The World of AI-Powered Creativity**. Cambridge: The MIT Press, 2019.
- RAMALHO, A. **Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987757. Acesso: 12 jan. 2020.
- RUSSELL, S.; NORVIG, P. **Inteligência Artificial**. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. São Paulo: Elsevier, 2013.

SANTAELLA, L. **Culturas e artes do pós-humano**: Da cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus, 2003.

SANTOS, M. J. P. dos. Direito de Autor e Inteligência Artificial. In: SANTOS, M. J. P. dos.; JABUR, W. P.; ASCENSÃO, J. de O. **Direito Autoral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 89-105.

SARTOR, G.; LAGIOIA, F.; CONTISSA, G. **The use of copyrighted works by AI systems: Art works in the data mill**. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264742. Acesso em: 28 set. 2022.

SCHIRRU, L. **Direito Autoral e Inteligência Artificial**: autoria e titularidade nos produtos da IA. 2020. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

SILVA, L. da. **AARON**: um experimento de co-autoria desenvolvido pelo meta-artista Harold Cohen. 2007. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação Interunidades em Estética e História, Arte da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TURING, A. Computing Machinery and Intelligence. **Mind**, v. LIX, n. 236, p. 433-460, Out. 1950.

AS INTERPRETAÇÕES DA LEI 13.709/18 E AS CONSEQUÊNCIAS EMPRESARIAIS À LUZ DE UM NOVO UNIVERSO ECONÔMICO CULTURAL

RODRIGO COPPLA MANN¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar algumas decisões judiciais diante da Lei 13.709/2018, bem como expor as medidas da ANPD perante uma nova realidade econômica. Com o avanço da inovação e o compartilhamento dos dados pessoais, torna-se comum o conflito de interesses entre os agentes participantes das relações jurídicas. As reflexões acerca do ordenamento jurídico brasileiro, além da busca de uma jurisprudência definida em temáticas que envolvam a LGPD, caracterizam-se como fatores preponderantes para o alcance de uma análise crítica desenvolvida no presente trabalho.

Palavras-chave: LGPD; Decisões Judiciais; Inovação.

INTRODUÇÃO

O surgimento de legislação específica para a proteção de dados, tal qual a Lei 13.709/18 (mais conhecida como LGPD), decorre das novas necessidades do mundo digital, o qual exigem mais transparência nas relações sociais e jurídicas diante do modelo atual de negócios. Na contemporaneidade, a informação se caracteriza como a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para conseguir o acesso a certos bens

¹ Graduando em Direito e Ciências Contábeis pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Fundação Araucária PIBIC 2021/22. Bolsista PUCPR PIC-EaD 2022/23. Membro integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica (GRAE-D-PUCPR). Membro convidado do Grupo de Estudos Avançados em Direito Societário (GEADS-MACKSP). Monitor voluntário de Direito Civil 2022/1 e 2022/2. E-mail: rodrigocoppla@gmail.com

ou serviços.² Sendo assim, por meio da globalização e diante de um contexto de modernidade líquida,³ faz-se necessário enfrentar os diversos desafios da aplicação dessa lei que, apesar de certas críticas, possui como objetivo central a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Com o advento da Revolução Tecnológica,⁴ tem-se o desenvolvimento de inovações em larga escala, bem como o dever do Direito em acompanhar essa evolução. Entretanto, isso nem sempre se caracteriza como algo fácil. Diante das mudanças da sociedade informacional, os operadores do Direito se posicionam como indivíduos que possuem a obrigação de acompanhar as novas formas sociais, bem como se adaptar à nova realidade. Dessa maneira, torna-se comum opiniões divergentes acerca dessa temática. Tribunais espalhados por todo o país divergem em condutas e opiniões acerca da Lei Geral de Proteção de Dados e, sobretudo, buscam um padrão jurisprudencial diante dos impasses impostos pela lei.

O presente artigo fará uma análise acerca da tentativa de alguns órgãos públicos - como a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) - em conseguir adequar à realidade das empresas com a LGPD. Ainda, a pesquisa trará uma análise minuciosa acerca das principais decisões judiciais que envolvem a Lei 13.709/2018 e, sobretudo, abordar algumas tendências do regimento de tal dispositivo. Claro que, por questões óbvias, há de se trazer o contexto social, os objetivos e os princípios da lei em comento.

² PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.000, p. 309-323, fev. 2019.

³ BAUMANN, Zygmunt e MAY, Tim. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Trad. Eliane Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 07.

⁴ “Atualmente, enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e a modelagem da nova revolução tecnológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos” (SCHWAB, 2016, p. 11).

Sem a pretensão de esgotar o tema, abordar-se-á os reflexos do mundo jurídico por trás da criação da LGPD. Este texto, sob um viés crítico, irá demonstrar as divergências das questões relativas à proteção de dados, justamente por tal lei se caracterizar como algo inovador. Para isso, utilizou-se uma metodologia bibliográfica e empírica, com base nas referências bibliográficas apontadas no último item do artigo.

Será possibilitado, dessa forma, averiguar de que maneira a sociedade brasileira, o setor público, a doutrina e os institutos jurídicos encaram o advento da norma de proteção geral de dados.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Com fortes inspirações nas legislações ocidentais - em específico no “Regulamento Geral de Proteção de Dados” ou “*General Data Protection Regulation*” adotado pela União Europeia - criou-se, no Brasil, a Lei 13.709/2018.⁵ Sancionada pelo ex-presidente Michel Temer, tal legislação entrou em vigência no dia 18 de setembro de 2020 com o intuito de equilibrar a inovação e eficiência econômica com a preservação dos direitos do indivíduo.⁶ Trata-se, sobretudo, de um dispositivo que oferece um tratamento para os dados pessoais, tanto de pessoas naturais, como jurídicas.

Análogo a isso, sabe-se, que mesmo antes da criação deste dispositivo, o Brasil já era signatário de alguns acordos internacionais que possuíam certas considerações, ainda que rasas, sobre a proteção de dados pessoais, como por exemplo a Convenção de Berna de 1886 e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacio-

⁵ MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18)**. 1ª ed. Goiânia, GO: RM Digital Education, 2019, p.10.

⁶ FRAZÃO, Ana. *Compliance de dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.27.

dados ao Comércio (TRIPS). Da mesma maneira, algumas leis internas do país também possuem breves passagens sobre o tema, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 43),⁷ o Marco Civil da Internet (art. 7 e 11)⁸ e o Decreto sobre Comércio Eletrônico (art. 4).⁹

Com tal criação, torna-se evidente o dever das empresas brasileiras na adequação da referida lei. O eventual descumprimento pode impactar na reputação da empresa de forma negativa, além de gerar consequências como as sanções administrativas aplicadas pela ANPD (órgão do Poder Executivo que tem a missão de assegurar o cumprimento das normas da LGPD), bem como zelar pela proteção de dados pessoais.

Por isso, há de se afirmar que tais corporações devem investir em segurança tecnológica para que não haja a violação desses dados. Em tese, os impactos da LGPD se caracterizam como algo expressivo, tanto para a tutela de privacidade, quanto para a própria atividade empresarial.

⁷ CDC: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.”

⁸ Lei Federal nº 12.965/14: “Art. 7. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; [...] IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.”

Lei Federal nº 12.965/14: “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.”

⁹ Decreto 7.962/13: “Art. 4. Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: [...] VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.”

Ademais, no art. 6º da LGPD,¹⁰ tem-se a relação dos princípios norteadores da proteção de dados, que ajudam a entender um pouco mais acerca da função social dessa lei e, também, elucidam uma verdadeira “espinha dorsal” dos padrões de conduta. São eles: o princípio da finalidade; da adequação; da necessidade; do livre acesso, da qualidade dos dados e da transparência; da segurança e da prevenção; da não discriminação; e o da responsabilização e da prestação de contas. Tais princípios se apresentam discriminados com sua aplicação prática e, de quebra, facilitam a incorporação das políticas de proteção de dados. Acima de tudo, o empresário deve seguir essas condutas a fim de se manter em *compliance*.¹¹

¹⁰ Lei Federal nº 13.709/2018: “Art. 6. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

¹¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

A Lei Geral de Proteção de Dados vale tanto para o setor privado, quanto para o setor público, de modo com que haja a colisão de mais dois princípios básicos do direito: o princípio da privacidade (necessidade de consentimento do titular quanto ao tratamento e coleta de seus dados pessoais) e o princípio da publicidade (transparência do poder público).¹²

No que concerne à importância da proteção de dados:

Pode-se dizer que é uma das questões mais preocupantes da nossa época, pois o que está em jogo não é apenas a nossa individualidade como cidadão, mas, também, a nossa autodeterminação informativa e a nossa liberdade. Se isto for malconduzido, poderá afetar e colocar em risco a nossa democracia.¹³

Inclusive, a importância da proteção de dados se caracteriza como algo tão expressivo que, em fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) 115/2022, que inclui a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais.

Ainda, há de se reiterar que a LGPD percorre em conjunto com a segurança de informação, além de trazer um leque de medidas que contribuem para a proteção dos ambientes tecnológicos. Uma importante técnica é o *pentest*,¹⁴ que nada mais é do que um teste de intrusão que avalia a segurança de um sistema de computador, simulando um ataque malicioso. Em princípio, serve para prevenção de futuros problemas, averiguando as vulnerabilidades de um determinado sistema computacional.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial - Tomo 07. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1 ed. Campinas, 2004, p. 273.

¹³ FRAZÃO, Ana. Entrevista para a Escola Superior do Ministério Público da União, na série “Diálogos Interdisciplinares: a pandemia do Coronavírus”. **Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/protECAo-de-dados-e-uma-das-questoes-mais-preocupantes-da-nossa-epoca-afirma-professora-de-direito-civil>. Publicado em 26 de mai. de 2020. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹⁴ Abreviação de *Penetration Test* (Teste de Penetração, em tradução literal). Também chamado de Teste de Intrusão, visto que faz a detecção minuciosa com técnicas utilizadas por hackers éticos.

Em suma, os dados pessoais se caracterizam como fundamentos indispensáveis para a concretização de políticas públicas e o desenvolvimento econômico global, de modo que a referida lei também visa proteger as transgressões das características que formam a projeção da pessoa humana.¹⁵

A Lei 13.709/2018 não torna impossível gerir dados, tampouco oferece riscos à inovação, pelo contrário, ela estabelece mecanismos de controle e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Por conseguinte, ela se caracteriza como um reflexo do cuidado que se deve ter com a dignidade da pessoa humana, bem como seu próprio direito, seja ele de natureza moral, espiritual ou, até mesmo, informacional.

2 ANÁLISE EMPÍRICA

Como visto alhures, a Lei Geral de Proteção de Dados determina uma série de normas e condutas envolvendo a proteção de dados pessoais e a responsabilidade em casos de falhas no tratamento adequado dos mesmos. Por se tratar de uma lei nova, torna-se mais do que necessário o debate acerca das decisões judiciais, as quais utilizaram tal dispositivo como argumento. Isso porque ainda existem inúmeras incertezas acerca da aplicação das questões relativas à proteção de dados, fato que demonstra a necessidade de uma análise crítica sobre os entendimentos dos tribunais em torno desse assunto.

2.1 Um estudo de casos acerca da Lei 13.709/2018

Considerada por muitos como a primeira decisão judicial a mencionar a LGPD, a ação de autos nº 1080233-94.2019.8.26.0100, proferida pela Justiça do Estado de São Paulo, chamou a atenção de muitos operadores do Direito ao comprovar que a proteção dos dados de con-

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª.ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p.1.

sumidores já encontrava respaldo no ordenamento jurídico brasileiro muito antes da implementação da Lei 13.709/2018.¹⁶

No caso em comento, um indivíduo ajuizou uma ação arguindo que a construtora Cyrela teria disponibilizado seus dados pessoais para terceiros, após a celebração de um contrato para compra de uma unidade habitacional.

Perante esse cenário, alguns juristas se depararam com a similaridade dos dispositivos explícitos na LGPD e no Código de Defesa do Consumidor. De fato, a necessidade da adoção de estratégias e sigilo em relação aos dados pessoais de consumidores corroboram com a ideia de que a Lei 13.709/18 já estava, mesmo que de forma implícita, presente no sistema jurídico brasileiro. Tanto o CDC quanto a LGPD exigem que o consumidor seja adequadamente informado e, em ambas, impõem ao fornecedor a responsabilidade objetiva (que não depende de imperícia ou culpa). Ou seja, basta a comprovação da quebra de sigilo dos dados pessoais para que haja uma condenação.¹⁷

Na época da decisão desse caso, em setembro de 2020, determinou-se o pagamento de indenização de R\$10.000,00 (dez mil reais), devido à incidência de danos morais causados ao cliente. Alegou-se a violação dos direitos da personalidade do autor (nome, intimidade e privacidade) perante um contexto de vazamento de dados pessoais. Ocorre que, em 3 de setembro de 2021 (um ano depois), o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reverteu, em segunda instância, a condenação da construtora Cyrela alegando ausência de provas de que o compartilhamento das informações realmente partiu da incorporadora, e não de outras imobiliárias e corretoras com quem o cliente também teve contato.¹⁸

¹⁶ TJSP - 13ª Vara Cível da Capital, SP. Autos nº 1080233-94.2019.8.26.0100. Sentença prolatada em 29/09/2020 pela juíza Tonia Yuka Koroku.

¹⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 120. ano 27. São Paulo: RT, 2018, p. 477.

¹⁸ ELIAS, Juliana. Justiça reverte decisão e inocenta Cyrela em 1º caso da lei de proteção de dados. **CNN Brasil**. São Paulo, SP. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br>

Mesmo assim, tal caso se tornou o mais famoso por ter sido a primeira sentença pela LGPD no Brasil. Ademais, graças a esse processo, os órgãos de defesa do consumidor, como o Procon-SP e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), passaram a divulgar orientações para o resguardo de informações pessoais a fim de assegurar uma proteção eficiente para todos.

Além desse caso, a Lei Geral de Proteção de Dados serviu de base para garantir uma decisão judicial em novembro de 2020 (autos de nº 0736634-81.2020.8.07.0001) que vedou a *Serasa Experian* - empresa que oferta soluções de crédito a negócios - de vender dados dos usuários. Com unanimidade, a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) confirmou a liminar do Des. Cesar Laboissiere Loyola.¹⁹

Tal ação civil pública foi ajuizada pela Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial (Espec),²⁰ depois da descoberta de que a *Serasa Experian* vendia dados de seus usuários pelo preço de R\$ 0,98 (noventa e oito centavos) por pessoa cadastrada. Através da chamada “*lista de mailing*”, que a empresa chamava de “Lista Online” e “Prospecção de Clientes”, a companhia comercializava informações pessoais dos clientes, como o nome, CPF, perfil financeiro, classe social e o número de telefone. Essa atitude, segundo o magistrado, feriu o direito à privacidade das pessoas, assim como os direitos à intimidade, privacidade e honra dos titulares dos dados.

Ainda, a decisão ressalta o fato de que o compartilhamento dos referidos dados, da maneira que foi feita pela ré, exigiria o consenti-

com.br/justica-reverte-decisao-e-inocenta-cyrela-em-1-caso-da-lei-de-protecao-de-dados/. Publicado em 3 de set. de 2021. Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁹ TJDFT - 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 0749765-29.2020.8.07.0000 interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível de Brasília/DF (Ação Civil Pública nº 0736634-81.2020.8.07.0001). Des. Cesar Laboissiere Loyola. Data de julgamento: 20/11/2020.

²⁰ Braço especializado do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MP-DFT).

mento claro e expresso do indivíduo retratado, como bem explícito no art. 5º inc. XII da lei.²¹ Conforme o entendimento do professor Danilo Doneda,²² o “indivíduo deve ter o poder de controlar o fluxo de seus dados, decidindo quando e dentro de quais limites eles serão utilizados.” Isto é, sem o consentimento do titular, não há justificativa para a exposição do cliente como bem realizado pela empresa em comento.

Já na seara tributária, outro caso chamou a atenção dos juristas: a possibilidade da tomada de créditos de PIS e Cofins sobre a LGPD (Mandado de Segurança nº 5003440-04.2021.4.03.6000 impetrado pela rede de lojas TNG em desfavor da Receita Federal).²³ Em 08 de julho de 2021, o Juiz da 4ª Vara Federal de Campo Grande (MS) proferiu sentença favorável aos contribuintes no que tange ao reconhecimento de que os gastos com a LGPD se enquadram no conceito de “insumos” para fins de créditos de PIS e Cofins.

Explica-se: conforme o entendimento do STJ no julgamento do REsp repetitivo nº 1.221.170/PR, os gastos para que as empresas se adequem à LGPD são considerados essenciais para a atividade empresarial. Logo, acatando aos argumentos dos contribuintes, a sentença ponderou os insumos (investimentos obrigatórios) como critérios de essencialidade e relevância, considerando-se, assim, algo fundamental para o desenvolvimento da atividade essencial da empresa. Com um panorama favorável aos contribuintes no regime não-cumulativo, buscou-se, de quebra, a presença de uma economia significativa em conformidade com as obrigações impostas pela LGPD.

Adiante, dessa vez na esfera trabalhista, a busca incessante pela proteção de dados dos empregados, bem como o desejo de órgãos

²¹ Lei Federal nº 13.709/18: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

²² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 196-197.

²³ TRF-3. Mandado de segurança nº **5003440-04.2021.4.03.6000** / 4ª Vara Federal de Campo Grande, MS. Data de julgamento: 08/07/2021.

competentes em garantir a efetividade da lei, geram o ajuizamento de diversas ações judiciais. Um exemplo disso foi a ação trabalhista nº 0020014-30.2021.5.04.0261, proposta pelo “Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Montenegro” frente à “JBS AVES Ltda”.²⁴

O embate desse processo se ateve nas alegações de que a referida sociedade empresária compartilhava dados para outros controladores e operadores da empresa sem a devida cautela, além de que a sociedade não detinha a indicação de um encarregado pelos dados pessoais. Por sua vez, a JBS AVES Ltda. aduziu que detinha um programa de governança eficiente, além de negar qualquer descumprimento da Lei 13.709/2018.

Nesta ocasião, a ação foi julgada improcedente, concedendo-lhes razão à empresa que, conforme o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Vara do Trabalho de Montenegro-RS), possuía manual de privacidade com a designação de Encarregado pelos dados pessoais, além da mesma ter comprovado a existência de *softwares* e procedimentos alinhados com o regramento em questão.

Diante do exposto, pelo fato de ainda ser algo recente, o tema carece de uma estrutura jurisprudencial definida. Mesmo com a lei, pode-se dizer que são raros os casos passíveis de indenização. Com a ajuda de órgãos públicos, dos profissionais de privacidade e do Poder Judiciário, poder-se-á atingir um consenso diante de um novo universo econômico cultural.

Nesta conjuntura, com o intuito de fomentar a política de proteção de dados na Justiça brasileira, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) criou a Resolução 363/2021 com a finalidade de buscar autonomia preservada na implementação da LGPD. Tal Resolução estabelece medidas impositivas para que os tribunais estejam em conformidade com a lei, criando procedimentos padronizados.

²⁴ TRT4 - Vara do Trabalho de Montenegro, RS. Ação Civil Pública nº 0020014-30.2021.5.04.0261. Montenegro (RS). Data de julgamento: 13/07/2021.

Dentre as propostas da Resolução, destacam-se: a implantação de formulário eletrônico para reclamações dos titulares dos dados; a criação de um Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais para implementar a LGPD; a obrigação dos tribunais em capacitar seus membros e designar o Encarregado dos Dados (DPO); a criação de um site para explicar o funcionamento da lei; a disponibilização de informações adequadas sobre o tratamento de dados pessoais, como o uso de cookies; a necessidade de manter um fluxo de atendimento aos direitos dos titulares, bem como criar um canal de atendimento através das ouvidorias dos Tribunais.

Em síntese, com a evolução do Direito e as recentes decisões judiciais, percebe-se que os tribunais avançam em relação à aplicação da LGPD, seja como fundamentação legal, seja em diálogo com outras leis, como o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet. Sobretudo, a saga pela busca de uma jurisprudência específica acerca do tema obriga os amantes do Direito a estudarem o tema de uma forma profunda e acentuada a fim de se obter êxito perante seus clientes.

2.2 Mecanismos para forçar o cumprimento das decisões judiciais e a possibilidade de sanções administrativas

Diante dos casos acima, fica evidente que muitas empresas ainda pecam no cumprimento de normas estabelecidas por órgãos públicos e, em especial, por ordens judiciais. Análogo a esse cenário, com o intuito de garantir a segurança jurídica, desde o dia 1º de agosto de 2021, entraram em vigor os artigos 52, 53 e 54 da LGPD, reaquecendo os debates sobre as penalidades administrativas cabíveis às empresas que praticam abusos ou demonstrem falhas de segurança no tratamento de dados pessoais coletados.

Nesse diapasão, de lá para cá, a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão responsável por assegurar os ditames da LGPD,

poderá aplicar 8 modalidades de punição: (i) advertências; (ii) multa simples ou diária de até 2% do faturamento da empresa (limitados a R\$ 50 milhões por infração); (iii) publicização da infração; (iv) bloqueio de dados pessoais a que se refere a infração; (v) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; (vi) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados em até 1 ano; (vii) suspensão do exercício da atividade por até 1 ano; e (viii) proibição parcial/total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Obviamente, como em qualquer processo administrativo, assegura-se o poder do contraditório dos agentes, nos moldes não só dos artigos 52 §1º e 55-J, IV,²⁵ da própria LGPD, mas também, da regra geral prevista nos artigos 2 e 27, parágrafo único,²⁶ da Lei 9.784/1999, a qual ordena os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Ressalta-se, ainda, que toda essa análise não substitui a aplicação de sanções administrativas - civis ou penais - delimitadas na Lei nº 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), além de outras legislações particulares, tais quais àquelas com iniciativas do Ministério Público,

²⁵ Lei Federal nº 13.709/2018: “Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: [...] §1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios [...]”

Lei Federal nº 13.709/2018: “Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso.”

²⁶ Lei Federal nº 9.784/1999: “Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Lei Federal nº 9.784/1999: “Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.”

Procon e demais associações, mediante a instauração de processos administrativos ou ajuizamento de ações coletivas/individuais.

A crítica por trás desse mecanismo se pauta no fato de que tais sanções administrativas devem ser levadas em consideração apenas em últimos casos (*ultima ratio*), de modo que a resolução de conflitos por meios alternativos impere em situações de desconformidade com a Lei 13.709/2018. Ou seja, deve-se deixar as aplicações da ANPD em um segundo plano, uma vez que há de se priorizar o engajamento construtivo de iniciativa privada.

O princípio da cooperação,²⁷ apesar de muito abrangente, expõe o dever das condutas dos agentes de boa-fé a fim de que haja uma harmonia na conclusão de todos os procedimentos existentes. E é justamente esse pensamento exposto no documento. Inclusive, ele prevê uma conduta inicial de cunho educativo. Tal fato fica evidente ao perceber que o regulamento dispõe primeiro da postura de monitoramento, orientação e atividades preventivas para, somente depois, abordar a aplicação das sanções.

Fazendo uma analogia filosófica, o objetivo desse regulamento se equipara com os pensamentos do filósofo francês Michel Foucault que, na obra “Vigiar e Punir”, aprofunda a visão sistêmica de que “não há de se existir alguma punição sem que haja uma orientação prévia, ou melhor, uma educação disciplinar”.²⁸

Órgãos como o Procon Estadual - MT já aplicaram multas em razão das infrações, como, por exemplo, uma rede de farmácias no Mato Grosso, multada sob o argumento de ter obtido irregularmente a autorização dos consumidores para tratar os seus dados pessoais. A ação, motivada pela solicitação do Ministério Público Estadual de Mato Grosso (MPE-MT) e por denúncias de consumidores, gerou um prejuízo de R\$ 572.680,71 (quinhentos e setenta e dois mil, seiscentos e oitenta

²⁷ CPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 156.

reais e setenta e um centavos) aos cofres da Rede de Farmácias Raia/Drogasil.²⁹ Para fixar o valor da multa, considerou-se a condição econômica das unidades da empresa no Mato Grosso e a atenuante de o fornecedor autuado ser primário (art. 25, inc. II, Dec. Fed. nº 2.181/97).³⁰

Diversas denúncias realizadas em conjunto com as Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e órgãos de defesa do consumidor preveem futuras indenizações diante de casos em que se viola a Lei 13.709/2018. É urgente o enquadramento das empresas diante das exigências da LGPD, não em razão (apenas) das possíveis sanções administrativas/multas, mas principalmente para preservação de uma reputação jurídica positiva perante os titulares dos dados pessoais.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA LEI 13.709/2018 PARA OS “AGENTES DE TRATAMENTO DE PEQUENO PORTE” COMO UMA FORMA DE ESTÍMULO PARA O CRESCIMENTO ECONÔMICO

Com as recentes decisões dos tribunais em todo o país, depreende-se que as empresas de pequeno porte, as microempresas, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e as *startups* encontram desafios para a implementação da LGPD, uma vez que os altos custos de adequação de tal lei acabam prejudicando o orçamento da empresa.³¹ Conforme dados da consultoria PwC, em 2020, o custo para adequação à LGPD poderia variar de R\$ 50 mil a R\$ 800.000 mil, valor que seria inviável

²⁹ SANTIAGO, Wesley. Drogasil é multada em mais de meio milhão de reais por tratar e usar dados de clientes de forma irregular. **Olhar Direito** - Diretor de Redação Wesley Santiago. Disponível em: <https://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=490202¬icia=drogasil-e-multada-em-mais-de-meio-milhao-de-reais-por-tratar-e-usar-dados-de-clientes-de-forma-irregular&edicao=3>. Acesso em: 21 set. 2022.

³⁰ Decreto nº 2.181/1997: “Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes: [...] II - ser o infrator primário.”

³¹ MARKKULA, Jouni; ROHUNEN, Anna; TIKKINEN-PIRI, Christina. EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. **Computer Law & Security Review**, v. 34, p. 134-153, 2017.

para os micros e pequenos empresários.³² Nestes dias, notadamente devido aos resquícios da crise econômica do Covid-19, pode-se cravar que tais valores se encontram em um patamar muito mais elevado.

Com isso, em 27 de janeiro de 2022, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão ligado à Casa Civil, publicou um instrumento regulatório esperado por tantos empreendedores: a Resolução CD/ANPD nº 2/2022, que regulamenta o tratamento jurídico diferenciado da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte, incluindo as *startups*.

A viabilidade da constituição de ordenamentos mais flexíveis para os “agentes de tratamento de pequeno porte” se encontra no artigo 55-J, XVIII, da LGPD,³³ que dispõe à ANPD competência para editar normas e estratégias simplificadas visando a adequação da LGPD por tais entidades. Nesse cenário, a Resolução orientada pela ANPD dispensa ou flexibiliza, aos agentes de tratamento de pequeno porte, uma série de deveres impostos pela Lei 13.709/2018, através da adoção de procedimentos simplificados com o intuito de facilitar a adequação desse grupo aos requisitos do dispositivo.

No entanto, é necessário frisar que embora essa Resolução vise a flexibilização das obrigações previstas pela LGPD, o art. 3º do documento traz três hipóteses que tais simplificações não podem ocorrer. Servem para os “agentes de tratamento de pequeno porte” que (I) realizem tratamento de alto risco para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º; (II) aufram receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 ou, no

³² MOURA FÉ, Ana Lúcia. Custo da conformidade pode variar de R\$ 50 mil a R\$ 800 MIL. **Valor Econômico - Globo**. São Paulo, SP. Disponível em: <https://valor.globo.com/publicacoes/suplementos/noticia/2020/08/21/custo-da-conformidade-pode-variar-de-r-50-mil-a-r-800-mil.ghml>. Publicado em 21 de ago. de 2020. Acesso em: 26 set. 2022.

³³ Lei Federal 13.709/2018: “Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei.”

caso de *startups*, no art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182, de 2021; ou (III) pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no inciso II.

Posto isso, faz-se necessário aprofundar a pesquisa em relação a alguns pontos da Resolução, bem como explicitar algumas das flexibilizações dispostas pela instrumento regulatório.

De início, cumpre salientar que a Lei 13.709/2018, no art. 41,³⁴ determina um encarregado para o tratamento de dados pessoais, os chamados *Data Protection Officer* (DPO).³⁵ Entretanto, tal obrigação é dispensada aos “agentes de tratamento de pequeno porte”, conforme o art. 11 da Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022.³⁶ Sob uma análise dedutiva, economiza-se não só o capital das pequenas organizações, como também corrobora na praticidade do desenvolvimento das atividades da empresa.

Nesta seara, o art. 2º, inc. I, da Resolução da ANPD, insere que os agentes de tratamento pequeno porte são “microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador”.

Mas quem realmente seriam os chamados “agentes de tratamento de pequeno porte”? Com base em quais leis esse conceito deveria ser analisado? O órgão federal foi sucinto ao especificar, no art. 2º, inc. I, da Resolução CD/ANPD, quem seriam os chamados “agentes de tratamento de pequeno porte”, quais sejam: “microempresas e

³⁴ Lei Federal 13.709/2018: “Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.”

³⁵ Profissional responsável por garantir a proteção dos dados pessoais de cidadãos coletados pela empresa onde trabalha.

³⁶ Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022: “Art. 11. Os agentes de tratamento de pequeno porte não são obrigados a indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais exigido no art. 41 da LGPD.”

empresas de pequeno porte: sociedade empresária, sociedade simples, sociedade limitada unipessoal, nos termos do art. 41 da Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), incluído o Microempreendedor Individual, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que se enquadre nos termos do art. 3º e 18-A, §1º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”.

Ademais, para especificar as pessoas naturais, os entes privados despersonalizados e as *startups*, a Resolução foi clara ao dispor que há de se obedecer ao disposto no Capítulo II da Lei Complementar nº 182 de 1º de junho de 2021 (Marco Legal das Startups).

Em síntese, todos os agentes de tratamento que obedeceram às regras acima mencionadas poderão se beneficiar do tratamento simplificado do novo Regulamento.

Além disso, outra flexibilização importante é a possibilidade de apresentação simplificada do registro das operações de tratamento dos dados pessoais, previsto no art. 37 da Lei 13.709/2018.³⁷ Os agentes de tratamento de pequeno porte não estão, de fato, dispensados da realização desse registro; todavia, possuem o direito de fazê-los de maneira simplificada.

Por fim, a Resolução estabelece que a ANPD poderá dispor sobre dispensa ou flexibilização do incidente de segurança da informação. Por ainda apresentar um forte viés educativo, conforme disposto no próprio art. 10 da Resolução,³⁸ tal tópico deverá ser tratado em regulamentação específica de forma posterior.

³⁷ Lei 13.709/2018: “Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.”

³⁸ Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022: “Art. 10. A ANPD disporá sobre flexibilização ou procedimento simplificado de comunicação de incidente de segurança para agentes de tratamento de pequeno porte, nos termos da regulamentação específica.”

Em síntese, a referida Resolução simboliza um importante avanço para os chamados “agentes de tratamento de pequeno porte” sob o ponto de vista econômico, possibilitando a redução dos custos para implementação e manutenção da governança e, por consequência, permite que mais empresas estabeleçam um padrão aceitável de segurança da informação. Claro que também há de se levar em conta os pontos negativos que essas medidas trarão à proteção de dados dos titulares, de forma que não se privilegie os riscos com o único objetivo de fomentar o crescimento desse modelo de negócios.

CONCLUSÃO

Perante a universalidade dos dados pessoais existentes no mundo informacional, fez-se necessário a criação da Lei Geral de Proteção de Dados. Sendo assim, surgiram novos desafios, notadamente na regulação de tal lei, não só por parte das empresas, como também por parte de órgãos públicos, como a ANPD.

Nesse cenário, surge a importância do presente estudo, que teve como objetivo demonstrar como os tribunais têm lidado com essa nova legislação, bem como apresentar as medidas que os órgãos públicos têm feito para fiscalizar e corroborar com a aplicação do LGPD.

De suma importância o advento da LGPD nestes dias e, também, os seus princípios norteadores na aplicação à realidade fática. Posto isso, notou-se que governança corporativa se caracteriza como uma saída correta para a gestão de riscos a fim de que toda empresa tenha uma boa estrutura tecnológica de segurança de informação e, sobretudo, que toda empresa veja a capacitação dos funcionários da equipe como algo primordial.

Restou evidenciado, apesar de algo novo, que o Judiciário avança em relação à LGPD aos casos judicializados, seja em consonância com outras leis, como o Marco Civil da Internet, seja de maneira autônoma, a partir da norma regulamentar específica e recente sobre a matéria.

Quanto a aplicação de alguns pontos da Lei 13.709/2018 em caráter crítico, há de se reconhecer o poder de fiscalização da ANPD, que possui um papel relevante nos novos ditames do mundo informacional. Constatou-se a possibilidade de sanções administrativas perante o desrespeito à LGPD, visando a segurança jurídica de todos os agentes das relações sociais, na sociedade de informação contemporânea.

Fez-se necessário, no presente estudo, elencar considerações acerca da Resolução da ANPD no que tange ao respaldo diferenciado dos chamados “agentes de tratamento de pequeno porte”, quer pelo alto custo operacional de implementação das novas diretrizes de proteção de dados, quer mantendo a segurança jurídica das informações dos titulares dos dados.

Em síntese, muitos desafios ainda surgirão com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados. Fato é que alguns passos já se mostram perceptíveis em um contexto de suprema necessidade do enquadramento de tal lei por parte das empresas. Só assim, e por meio da seriedade dos órgãos públicos e do Poder Judiciário, poder-se-á resguardar, de maneira efetiva, os dados pessoais de todos os atores sociais da sociedade.

REFERÊNCIAS

BAUMANN, Zygmunt e MAY, Tim. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Trad. Eliane Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª.ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional 115/2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/protexao-de-dados-pessoais-agora-e-um-direito-fundamental>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor)**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 363 de 12 de janeiro de 2021**. Estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668>. Acesso em: 26 set. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006.

ELIAS, Juliana. Justiça reverte decisão e inocenta Cyrela em 1º caso da lei de proteção de dados. **CNN BRASIL**. São Paulo, SP. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/justica-reverte-decisao-e-inocenta-cyrela-em-1-caso-da-lei-de-protacao-de-dados/>. Publicado em 3 de set. de 2021. Acesso em: 21 set. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

FRAZÃO, Ana. Entrevista para a Escola Superior do Ministério Público da União, na série “Diálogos Interdisciplinares: a pandemia do Coronavírus”. **Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/protacao-de-dados-e-uma-das-questoes-mais-preocupantes-da-nossa-epoca-afirma-professora-de-direito-civil>. Publicado em 26 de mai. de 2020. Acesso: 15 ago. 2022.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18)**. 1ª ed. Goiânia: RM Digital Education, 2019.

MARKKULA, Jouni; ROHUNEN, Anna; TIKKINEN-PIRI, Christina. EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. **Computer Law & Security Review**, v. 34, p. 134-153, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 120. ano 27. São Paulo: RT, 2018.

MOURA FÉ, Ana Lúcia. Custo da conformidade pode variar de R\$ 50 mil a R\$ 800 MIL. **Valor Econômico - Globo**. São Paulo, SP. Disponível em: <https://valor.globo.com/publicacoes/suplementos/noticia/2020/08/21/custo-da-conformidade-pode-variar-de-r-50-mil-a-r-800-mil.ghtml>. Publicado em 21 de ago. de 2020. Acesso em: 26 set. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.000, p. 309-323, fev. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial - Tomo 07. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas, 2004.

SANTIAGO, Wesley. Drogasil é multada em mais de meio milhão de reais por tratar e usar dados de clientes de forma irregular. **Olhar Direito** - Diretor de Redação Wesley Santiago. Disponível em: <https://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=490202¬icia=drogasil-e-multada-em-mais-de-meio-milhao-de-reais-por-tratar-e-usar-dados-de-clientes-de-forma-irregular&edicao=3>. Acesso em: 21 set. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

QUESTÕES ATUAIS SOBRE O ART. 108 DA LEI 9.610/1998 E A VIOLAÇÃO DO DIREITO MORAL À DESIGNAÇÃO DE AUTORIA PELAS PLATAFORMAS DE *STREAMING* MUSICAL

RODRIGO MORAES¹

RESUMO: O artigo analisa questões atuais envolvendo a aplicação do art. 108 da Lei 9.610/1998. São tecidas críticas ao descumprimento do direito moral à designação de autoria pelas plataformas de *streaming* musical. São citadas recentíssimas decisões jurisprudenciais. Analisa-se a missão – não cumprida a contento – das associações autorais integrantes do sistema de gestão coletiva na defesa do direito moral à designação de autoria. Conclui-se que as plataformas de *streaming* musical, ao não respeitarem o direito moral à designação de autoria, violam a legislação pátria e fomentam a desmemória nacional, o mito de que os intérpretes são também os autores das canções. Chega-se à conclusão de que as plataformas de *streaming* musical vêm fomentando a invisibilidade da célula embrionária de toda a indústria musical: o(a) autor(a).

Palavras-chave: Direito moral à designação de autoria; plataformas de *streaming* musical; art. 108 da Lei 9.610/1998.

¹ Advogado. Procurador do Município do Salvador. Professor de Direito Civil, Direito Autoral e Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia (UFBA). Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-BA (2019-2021 e 2022-2024). Diretor e sócio da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA). Representante Seccional (Bahia) da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), biênio 2022-2023. Sócio da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Sócio do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Foi presidente da Comissão de Educação, Cultura, Esporte e Lazer da OAB-BA, triênio 2007-2009. Membro da Comissão de Cultura e Arte do Conselho Federal da OAB (2019-2021). Consócio do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB). Autor do livro “Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral” (2ª edição, Lumen Juris, 2021) e “Evolução da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil: do rádio ao *streaming*” (Lumen Juris, 2021). Organizador dos livros “Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto” (Edufba, 2017), “Orlando Gomes, o cronista” (Edufba, 2021) e “Estudos de Direito Autoral em homenagem a Hildebrando Pontes” (Lumen Juris, 2022). E-mail: rodrigo@rodrigomoraes.com.br.

INTRODUÇÃO

Em 2008, com a publicação da primeira edição do meu livro “Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral”², fruto de minha dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, analisei, no tópico 7.11, a omissão das autorias pelas emissoras de rádio e TV. Teci duras críticas ao atual sistema de radiodifusão, que, salvo raríssimas exceções, ignora o direito moral à designação de autoria (previsto nos arts. 24, II e 108 da Lei Autoral).

Em 2015, aprofundi a questão, no estudo intitulado “O direito moral dos compositores à designação de autoria pelas emissoras de rádio e TV”³. Analisei, de maneira minudente, a temática, criticando, inclusive, a omissão das associações de direitos autorais brasileiras, participantes do sistema de gestão coletiva, na luta pela defesa dessa importante prerrogativa extrapatrimonial.

No referido estudo, discordei de José de Oliveira Ascensão, que afirmava que, em algumas situações, inexistia sentido no exercício do direito à designação de autoria. Eis as palavras de Oliveira Ascensão:

O exercício deste direito não suscita dúvidas nas hipóteses normais. A indicação da autoria nos filmes ou nos livros é uma evidência. Noutras poderá trazer dificuldades, mas é exequível: assim acontece nas fotografias. Noutras ainda não faz sentido, e o costume se encarregou de restringir a afirmação demasiado absoluta da lei. Ninguém pede ao executante da música ligeira ou à emissora de radiodifusão que quebrem continuamente os

² MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112-113.

A segunda edição da referida obra, revista e ampliada, foi publicada, em 2020, pela mesma editora Lumen Juris.

³ MORAES, Rodrigo. O direito moral dos compositores à designação de autoria pelas emissoras de rádio e TV. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO; Silvio Romero (coordenadores). **Direito Civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015.

programas com a apresentação dos nomes dos autores da letra e da música.⁴

Continuo discordando veementemente desse entendimento. Anunciar autorias não pode significar “quebra” da dinâmica dos programas radiofônicos. As emissoras devem cumprir função social. Existe, sim, sentido no exercício desse direito moral, tanto para os criadores intelectuais quanto para a sociedade em geral.

O presente estudo pretende lançar luzes no direito moral à designação de autoria com ênfase nas plataformas de *streaming*, onde ainda existe a invisibilidade da célula embrionária de toda a indústria musical: o(a) autor(a).

1 UMA ALVISSAREIRA NOTÍCIA, MAS QUE SE TORNOU DESATUALIZADA EM POUCOS DIAS

No dia 08 de junho de 2022, o G1 – o portal de notícias da Globo – publicou uma reportagem, assinada pelo jornalista Rodrigo Ortega, intitulada: “Juiz dá liminar para obrigar Google a mostrar nome de compositor em streaming do YouTube”.⁵

A reportagem se refere à ação indenizatória ajuizada pelo músico, cantor e compositor Deni Domenico contra a sociedade empresária Google Brasil Internet Ltda. O autor afirmou que a plataforma de *streaming* YouTube Music, que iniciou seus serviços no Brasil em 2018, viola o direito moral à designação de autoria, porque, diferentemente de outras plataformas de *streaming*, “não permite que o compositor seja identificado pela autoria de sua obra”.⁶

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 139.

⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2022/06/08/juiz-da-liminar-para-obrigar-google-a-mostrar-nome-de-compositor-em-streaming-do-youtube.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁶ Os advogados do autor são Yves Finzetto e Leandro Bauch.

No YouTube Music, é impossível ter acesso a informações de autoria, tanto por meio do aplicativo da plataforma instalado em *smartphones*, quanto pelo website. O YouTube Music disponibiliza tão somente informações sobre os intérpretes das obras musicais.

O juiz Mario Chiuvite Júnior, da 22ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, deferiu a

tutela provisória de urgência antecipada para determinar que a ré seja impedida, a partir da ciência deste decisum, de retirar as músicas elencadas na inicial de sua base de acesso ou de impedir ou dificultar o acesso aos fonogramas pelos usuários, por qualquer meio que seja, e ainda para que a ré seja obrigada a divulgar o nome do autor como compositor das obras aludidas no exórdio, no prazo de cinco dias, a partir da ciência desta decisão, nos termos do artigo 108 da Lei 9.610 de 1998, tudo sob pena do pagamento da multa diária de R\$ 1.000,00 [...].⁷

A sociedade empresária Google Brasil Internet Ltda. interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, alegando “ausência de qualquer ilegalidade na conduta da Google em relação às obras musicais em discussão”. Eis, em síntese apertada, os dois principais argumentos utilizados pelo Google no recurso de agravo:

(i) “a responsabilidade de disponibilizar informações sobre os direitos autorais das obras musicais disponibilizadas no YouTube Music é das editoras, produtoras, gravadoras, distribuidoras e agregadoras digitais que compartilham arquivos e dados relacionados às obras musicais na plataforma, de modo que eventual ordem de retificação dos dados das obras deve ser direcionada a elas, e não ao Google”. Atribui, pois, a terceiros a responsabilidade, sob o fundamento de que o art. 80, I, da Lei Autoral (Lei 9.610/1998) dispõe que “ao publicar o fonograma, o produtor mencionará em cada exemplar o título da obra incluída e seu autor”;

⁷ Ação indenizatória sob nº 1051417-97.2022.8.26.0100, que corre na 22ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

(ii) a liminar “deturpa as obrigações do YouTube Music face ao regime legal do MCI [Marco Civil da Internet], que prevê somente a possibilidade de remoção do conteúdo de terceiro na hipótese de violação à lei”. Em outras palavras, o Google sustenta a tese de que a única solução cabível seria a aplicação do art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), ou seja, a remoção das obras musicais em discussão. Enfim, alega que “o único (e o melhor) remédio legalmente previsto para cessar tal situação de suposta violação de direitos seria a remoção do conteúdo”.⁸

Não se pode concordar com esses argumentos utilizados pela sociedade empresária Google.

Em primeiro lugar, de nada adianta atribuir a responsabilidade civil a terceiros – editoras, produtores fonográficos e distribuidoras (agregadoras) –, porque o YouTube Music, diferentemente de outras plataformas de *streaming*, “não permite que o compositor seja identificado pela autoria de sua obra”. Ainda que editores, produtores fonográficos e agregadores compartilhassem corretamente os dados de autoria, a plataforma YouTube Music simplesmente continuaria não oferecendo ao público ouvinte a função de divulgação dos autores, em nítida infração à Lei Autoral pátria. Essa poderosa empresa de tecnologia, por incrível que pareça, não dispõe de ferramenta tecnológica para a disponibilização dos nomes dos autores musicais.

Ainda que a plataforma YouTube Music dispusesse de ferramenta tecnológica, mas incorresse na omissão do crédito autoral em situações pontuais, não estaria afastado o dever de indenizar, cabendo-lhe o dever de fiscalizar as informações que lhe são fornecidas por terceiros.⁹ Na hipótese de produtores fonográficos e agregadores não

⁸ Agravo de instrumento sob nº 2145230-73.2022.8.26.0000, em trâmite na 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. sob a relatoria de Galdino Toledo Júnior.

⁹ Na ação sob nº 1062989-50.2022.8.26.0100, o juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Rodrigo Cesar Fernandes Marinho, em 24 de agosto de 2022, condenou o Spotify em danos morais pela omissão do nome do autor Deni Domenico. Esta plataforma de *streaming* – Spotify –, diferentemente do YouTube Music, dispõe

fornecerem informações sobre autoria de obras musicais, as plataformas deveriam se abster de disponibilizá-las. Em outras palavras, os *players* deveriam agir proativamente: “Sem informação de autoria, não é possível subir ‘conteúdo’”. Em outras palavras, sem informar os nomes dos autores, é inviável o *upload*. Simples assim.

Em segundo lugar, a alegação de que “o único (e o melhor) remédio legalmente previsto para cessar tal situação de suposta violação de direitos seria a remoção do conteúdo” consiste numa aberração jurídica. *Mutatis mutandis*, esse tipo de argumento seria como o de alguém, que viola às escâncaras a lei do silêncio, dizer, após uma queixa de um vizinho: “Não irei baixar o som. Os incomodados que se retirem”. A remoção do “conteúdo” (leia-se obras musicais) sem a devida designação de autoria aumentaria o prejuízo do autor. Passaria a haver uma cumulação de danos, tanto de ordem extrapatrimonial quanto de ordem patrimonial. Ademais, esse prejuízo atingiria terceiros que não ajuizaram a ação indenizatória, como o produtor fonográfico e a editora. Estes seriam atingidos pela “remoção do ilícito”, sem sequer exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório. E, em última análise, toda a comunidade de consumidores assinantes da plataforma de *streaming* seria prejudicada, pois deixaria de ter acesso às obras do acionante que pleiteou, judicialmente, o cumprimento da Lei Autoral.

O comportamento refratário da sociedade empresária Google demonstra um descompromisso com a cultura musical brasileira. Plataforma de *streaming* que viola o direito moral à designação de autoria descumpra a Lei Autoral e sua função social de empresa. O problema dessa gigante da indústria *pontocom* não é a falta de especialistas em tecnologia, mas a ausência de uma cultura empresarial que valorize a célula embrionária de toda a indústria musical: o(a) autor(a), criador(a) intelectual.

de tecnologia para a designação de autoria, mas ainda existem diversas omissões nesse quesito de “créditos”. Muitas obras musicais ainda estão sem a devida designação de autoria.

Infelizmente, os efeitos da decisão liminar contra a sociedade empresária Google foram sustados por uma decisão do desembargador Galdino Toledo Júnior, datada de 1º de julho de 2022. Esta decisão, despida de fundamentação, limitou-se a dizer o seguinte:

“[...]”

Diante das alegações da recorrente, defiro o pedido liminar para sustar os efeitos da decisão combatida visando evitar risco de dano patrimonial, ao menos até a mais profunda análise da questão pelo colegiado. Anoto que os atos imputados à ré datam desde a estreia do serviço de fornecimento de conteúdo musical em 25.09.2018 (fl. 17 da inicial), o que afasta o risco de grave dano inverso ao autor, sendo certo ainda que eventual ilegalidade porventura ocorrida poderá ser dirimida pela via indenizatória.”¹⁰

A sociedade empresária Google não assumiu expressamente, no mencionado processo, que a sua plataforma YouTube Music não dispõe de ferramenta tecnológica para a designação de autoria. Tergiver-sou nesse aspecto, e ainda conseguiu a sustação dos efeitos da liminar.

Já a sociedade empresária Napster do Brasil Licenciamento de Música Ltda. reconheceu expressamente, num agravo de instrumento, que não possui, “no momento, um campo específico para cadastro da autoria da composição”. O desembargador relator do agravo, Maurício Campos da Silva Velho, da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, decidiu, em 28 de junho de 2022, monocraticamente, de maneira absurda:

Considerando as limitações da plataforma NAPSTER – que não apresenta espaço para inserção do autor da obra – de se ver que a manutenção de parte da decisão que exige a manutenção da música de autoria do agravado se afigura teratológica

¹⁰ Agravo de instrumento sob nº 2145230-73.2022.8.26.0000, em trâmite na 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria de Galdino Toledo Júnior.

pois obriga a agravante a se submeter à multa porquanto sua plataforma não teria condições técnicas de inserir o nome do autor da obra.

Nesse passo, concedo parcialmente a tutela para determinar que a agravante cumpra as regras do direito autoral inserindo a autoria da música na plataforma e, em caso de impossibilidade técnica, a retire imediatamente da plataforma por ela mantida, no prazo de 48 horas, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 ao dia”.¹¹

Essa absurda decisão monocrática cassou a liminar dada pelo juiz Claudio Salvetti Angelo, da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. O referido magistrado tinha concedido a tutela de urgência para que a sociedade empresária Napster se abstinhasse “*de retirar as músicas elencadas nesta inicial de sua base de acesso ou de impedir ou dificultar o acesso aos fonogramas pelos usuários, por qualquer meio que seja, sob pena de pagamento de multa pecuniária diária no valor de R\$ 1.000,00, limitada a 60 dias*”. A decisão de primeiro grau também determinou que a sociedade empresária Napster cumprisse “*a obrigação de fazer consistente em divulgar o nome do autor ora compositor, ao disponibilizar todas suas obras musicais, no prazo de 5 dias, nos termos do art. 108 da Lei nº 9.610/98, sob pena de pagamento de multa pecuniária diária no valor de R\$ 1.000,00, limitada a 60 dias*”.¹²

O desembargador Maurício Campos da Silva Velho, infelizmente, chancelou a possibilidade de a empresa Napster descumprir a Lei Federal 9.610/1998. A questão é simples: se essa plataforma de streaming não tem condições técnicas de inserir o nome dos autores das obras musicais que ela disponibiliza ao público, ela descumpra a Lei Autoral e, portanto, não merece atuar no mercado brasileiro. É preciso que essa

¹¹ Agravo de instrumento 2142130-13.2022.8.26.0000, em trâmite na 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), sob a relatoria do desembargador Maurício Campos da Silva Velho.

¹² Ação indenizatória nº 1035983-71.2022.8.26.0002, que corre na 3ª Vara Cível de São Paulo.

sociedade empresária se adequa à legislação autoral pátria, que protege os direitos morais do autor.

A sociedade empresária Napster nasceu violando direitos autorais. Shawn Fanning abandonou a faculdade de Ciências da Computação da Universidade de Northeastern, em Boston, para se dedicar à criação solitária de um *software*, que ganhou o nome de Napster – este era o apelido de Fanning, que só andava de boné e tinha um cabelo desajeitado (*nappy*, em inglês, significa amarrotado, desganhado, bagunçado).¹³

Em 1999, quando Shawn Fanning tinha apenas dezenove anos, foi publicizada a primeira versão do seu programa Napster, que bagunçou, intensa e imediatamente, a indústria musical.

A tecnologia P2P (*peer-to-peer* ou ponto a ponto) inaugurou uma nova maneira de troca de arquivos – entre os próprios usuários –, viabilizando uma computação descentralizada, diretamente entre pares.

O Napster é considerado um grande divisor de águas. O troca-troca ganhou, rapidamente, gigantescas proporções. Em dois anos de operação, chegou a 26 milhões de usuários.¹⁴

A primeira versão do Napster ficou pronta em junho de 1999 e agitou a rede mundial de computadores. O fenômeno massivo de compartilhamento “gratuito” de músicas teve uma imediata e enérgica reação da indústria fonográfica. Na verdade, inexistia “gratuidade”. Se o Napster não lucrava diretamente com a venda de música, se beneficiava, sim, indiretamente, com anúncios publicitários. Estes eram a sua fonte de receita.

Metaforicamente, pode-se dizer que não havia pedágio nessas infovias, mas, sem dúvida alguma, existiam diversos *outdoors*. E no

¹³ TEIXEIRA JR. Sérgio. **MP3**: A Revolução da Música Digital. Coleção Para Saber Mais. Super Interessante. São Paulo: Abril, 2002, p. 49.

¹⁴ O documentário **Downloaded**, de 2013, dirigido por Alex Winter, conta a história do Napster, que, atualmente, é um serviço de *streaming*.

mercado publicitário digital, assim como no analógico, o valor de um *outdoor* é proporcional à quantidade de tráfego. Quanto maior a audiência nas infovias, maior o valor cobrado para um anúncio publicitário, assim como quanto maior a visibilidade de uma via pública, maior será o preço para esse tipo de exposição publicitária.¹⁵

A rede mundial de computadores não escapa ao sistema comercial da televisão, rádio e imprensa “gratuitas”. Estas mídias são financiadas pela publicidade. Não vendem conteúdos aos consumidores, mas consumidores (audiências) aos anunciantes.¹⁶

O Napster, que teve gigantesca audiência, foi um negócio lucrativo, não para os titulares de direitos autorais, mas para os seus proprietários. A falácia da gratuidade¹⁷ do Napster foi desmascarada pelo fato de ele ter sido vendido por mais de cinco milhões de dólares. Sean Parker, cofundador do Napster, tornou-se um executivo milionário e presidente fundador do Facebook.

A indústria fonográfica, no mesmo ano de 1999, ajuizou uma ação contra o Napster e logrou êxito.¹⁸ Em julho de 2001, o judiciário norte-americano ordenou o fim desse sistema de compartilhamento de arquivos, no famoso caso – *A&M Records, Inc. v. Napster*.¹⁹

¹⁵ MÜLLER, João Carlos. **Consultor jurídico da ABPD diz que P2P é a desgraça do direito autoral e que falta boa-fé ao Creative Commons**. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/consultor-juridico-da-abpd-diz-que-p2p-a-desgraca-do-direito-autoral-que-falta-boa-fe-ao-creative-commons-222837.html>. Acesso em: 02 jul. 2022.

¹⁶ OLIVENNES, Denis. **La gratuidad es el robo**. Tradução de Henar Pascual Malvar. Barcelona: FNAC, 2008, p 87.

¹⁷ A expressão “falácia da gratuidade” foi utilizada, em 2000, pela professora Claudia Lima Marques, no campo do Direito do Consumidor. MARQUES, Claudia Lima. *Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p. 35-76, 2000.

¹⁸ *A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁹ No REsp. nº 1.512.647 – MG, o ministro relator Luis Felipe Salomão fez uma sinopse do caso Napster.

Tempos depois, a sociedade empresária Napster mudou seu modelo de negócio, passando a atuar no mercado com os devidos licenciamentos. Todavia, sua atuação, no mercado brasileiro, continua ilícito, tendo em vista que essa sociedade empresária confessa expressamente não possuir, “no momento, um campo específico para cadastro da autoria da composição”.

Importante mencionar que o juiz Claudio Salvetti Angelo, da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, na mencionada ação contra a Napster, no dia 28 de julho de 2022, julgou procedente a pretensão do compositor Deni Domenico e condenou a requerida: “a) na obrigação de se abster de retirar as músicas elencadas nesta inicial de sua base de acesso ou de impedir ou dificultar o acesso aos fonogramas pelos usuários, por qualquer meio que seja; b) na obrigação de fazer consistente em divulgar o nome do autor ora compositor, ao disponibilizar todas suas obras musicais, nos termos do art. 108 da Lei nº 9.610/98; c) ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00, a ser corrigido (pela tabela prática do Tribunal de Justiça) a partir desta data (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e acrescido de juros de mora legais (de 1% ao mês) a partir da citação.”²⁰ Assim fundamentou o juiz sentenciante:

Eventual omissão da licenciadora, pela qual transmitidos os dados das músicas, ou a conjeturada falha do próprio autor no tocante ao adequado registro das obras não a eximiam de se inteirar da autoria delas antes de torná-las disponíveis aos usuários de sua plataforma. Procedendo sem essa cautela, a requerida assumiu o risco de violação ao direito autoral, pela qual deve responder. Não obstante a qualificação como provedora de aplicação de internet, a requerida não pode se valer do evocado art. 19 da Lei n. 12.965/2014 para isenção de responsabilidade porque, no caso, trata-se de conteúdo que, embora produzido por terceiro, foi gerado em sua plataforma por ela mesma. O dano moral decorrente do uso das obras sem a informação da autoria é presumido, ou seja, “in re ipsa”, de acordo com o art. 108 da Lei nº 9.160.

²⁰ Ação indenizatória nº 1035983-71.2022.8.26.0002, que corre na 3ª Vara Cível de São Paulo.

Trata-se de alvissareira sentença, que não merece ser reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 O DIREITO MORAL À DESIGNAÇÃO DE AUTORIA NAS PLATAFORMAS DE *STREAMING*

Anunciar os nomes dos compositores, pelas emissoras de rádio, implica perda de espaço publicitário. Eis o antigo discurso das emissoras de rádio, que alegam, ainda, impossibilidade técnica para mencionar os nomes dos autores (falta de funcionários para o turno noturno, falta de conhecimento das autorias das canções, etc.).

Com a chegada das plataformas de *streaming* musical, a omissão continua e se agrava. Sequer o antigo argumento das emissoras de rádio – de “perda de tempo” para o anúncio das autorias – é servível.

No dia 11 de março de 2017, proferi uma palestra – intitulada “A interface da Propriedade Intelectual com o Direito do Consumidor” – no I Congresso da Região Nordeste de Defesa do Consumidor, organizado pela Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON em parceria com o Ministério Público do Estado da Bahia. Na ocasião tive a honra de participar de um painel intitulado “Consumidor, Direitos da Personalidade e Propriedade Intelectual” com a ilustre Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Afirmei que a omissão dos nomes dos compositores gera um duplo ilícito, uma vez que lesa simultaneamente os autores e os consumidores, como é possível depreender dos pontos que elencamos a seguir:

- (i) os inúmeros usuários de plataformas de *streaming* musical não conseguem visualizar os nomes dos compositores; portanto, como consumidores de tais serviços digitais, os usuários são lesados, pois há uma ofensa ao direito à informação, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Os usuários têm o direito de saber quem são os criadores intelectuais das canções

que ouvem. Esse direito à informação é essencial para quem consome música de maneira legal.²¹

(ii) as empresas de *streaming* violam a Lei de Direitos Autorais (arts. 24, II e 108 da Lei 9.610/1998), pois omitem os nomes dos autores, que são a célula embrionária de toda a indústria cultural.

Essa discussão do direito moral de autor não está confinada em território nacional, mas é planetária. No dia 15 de agosto de 2017, quatro importantes entidades – *British Academy of Songwriters, Composers and Authors* (BASCA), *European Composer & Songwriter Alliance* (ECSA), *MusicAnswers* e *Music Creators in North America* (MCNA) – emitiram uma carta aberta à *Recording Industry Association of America* (RIAA), considerando a postura da entidade representativa da indústria fonográfica “irresponsável” por não velar pelo respeito ao direito moral à designação de autoria (*moral right of attribution*).²² Na referida *open letter*, a RIAA foi acusada de, historicamente, nunca ter abraçado a ideia dos direitos morais de autor, e os ter sempre encarado como um “risco de litígio”.²³ No manifesto, foi dito que as informações (metadados) são fundamentais para a proteção dos autores no ambiente digital.²⁴

A quem interessa a invisibilidade dos autores no ambiente digital? As associações autorais, dotadas de legitimação extraordinária para a defesa dessa prerrogativa extrapatrimonial, não podem se omitir. Também pouco o Estado.

Por serem “empresas de tecnologia”, as plataformas de *streaming* possuem, incontestavelmente, ferramentas tecnológicas para que o direito à designação de autoria seja, de fato, respeitado.

²¹ MORAES, Rodrigo. Invisibilidade dos compositores. **Jornal A Tarde**, edição de 31 de julho de 2017, p. A3.

²² Disponível em: <http://www.ciamcreators.org/wp-content/uploads/2017/03/Open-Letter-to-RIAA-15-Aug-2017.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

²³ “We certainly are aware that the RIAA and its members have historically not embraced the idea of moral rights, and have tended to view it as a litigation risk”.

²⁴ “Accurate metadata is essential to the healthy digital future of music creators, it is also critical to the healthy digital future of each and every Citizen Creator”.

Acredito que não há necessidade de alteração da legislação autoral (Lei 9.610/1998) para exigir das plataformas de *streaming* musical o cumprimento do dever de designação de autoria. Vê-se, no art. 108, III, que o legislador a fim de evitar obsolescência, utilizou a expressão “tratando-se de outra forma de utilização” (para diferenciar do uso pela radiodifusão, prevista no inciso I, ou por publicação gráfica ou fonográfica, prevista no inciso II). Sendo assim, utilização de obras musicais pelas plataformas de *streaming* se subsume ao art. 108, III, sendo desnecessária alteração legislativa. Portanto, não há vácuo normativo.

É muito comum a existência de *playlists* (listas de músicas) nas plataformas de *streaming* musical, que podem ser criadas pelas próprias empresas de *streaming*, por artistas ou pelos próprios usuários. Neste último caso, para criar a sua própria *playlist*, o usuário pode fazer uma pesquisa a partir de: o nome de um artista (intérprete); o nome de um álbum; o nome de uma obra. Não é possível, todavia, realizar uma busca a partir do nome de um autor (compositor). Por exemplo, se for colocado, nos sistemas de busca do Spotify, Deezer, Apple Music, YouTube Music e Napster, o nome do compositor mineiro Fernando Brant, aparecerá o álbum *Conspiração dos Poetas*, em que Tavinho Moura e Fernando Brant são os intérpretes. Sabe-se, todavia, que Fernando Brant era um exímio letrista, mas não costumava atuar como intérprete. Sendo assim, se um usuário quiser conhecer todas as músicas de Fernando Brant disponibilizadas naquelas plataformas de *streaming*, terá de pesquisar, nos sistemas de busca, os nomes de suas obras ou intérpretes. Isso, sem dúvida alguma, é algo prejudicial, que fere não apenas o direito à informação do usuário comum, mas, também, o direito à informação do pesquisador da música popular brasileira. Estes, para fazerem uma *playlist* contendo somente músicas de um determinado compositor, terão de pesquisar o repertório através de outros critérios de busca.

Indaga-se: por que o nome de um compositor, célula embrionária de toda a indústria musical, não serve como palavra-chave para a pesquisa de seu repertório? Por que o processo de rastreamento, nas milhões de músicas existentes nas plataformas de *streaming*, não permite

que o nome de um autor (que não é intérprete) seja palavra-chave? Por que a tecnologia do sistema de busca trata com hostilidade os criadores intelectuais?

Ainda que as plataformas de *streaming* sejam consideradas “empresas de tecnologia” e não “empresas de música”, mantêm, sim, um dever para com a cultura e as legislações autorais dos diversos países que oferecem seus serviços.

Carlos Taran, empresário e gestor cultural, traz um importante depoimento:

Em 2014 estive reunido com altos executivos dos diferentes serviços de *streaming* presentes no Brasil. Só agora percebo que parte da conversa com um deles me influenciou bastante na hora de escrever este texto. Enquanto esperava na bonita e arejada sala de reuniões, me detive a ler a letra de uma música escrita em uma das paredes. Era uma música do The Smiths, banda de que sou fã e na época estava lendo a biografia. Imaginem como fiquei contente. Enquanto gravadoras históricas estão quase desaparecendo e outras diminuindo, demitindo e outros “indo’s”. Eu estava em um escritório novo, lindo, dedicado à música e, na parede, estava escrita a letra de uma música de uma das minhas bandas favoritas. Pensei: existe luz no fim do túnel! Só que, ao fim da letra percebi um erro. O nome dos autores estava grafado “Morrissey e Mars”. Morrissey e Mars? Mas, peraí! Não, não é Mars, é Marr. Johnny Marr! Com r no final. Na chegada do meu interlocutor, elogiei o bom gosto do escritório e alertei para o erro de digitação no nome de um dos compositores da música. Comentei com ele que, sendo ali uma empresa que tratava com música e um local de possível grande circulação de artistas, não pegava bem ter nomes de autores errados. E a resposta dele até hoje não saiu da minha cabeça: “Não se preocupe com esses detalhes, Taran. Aliás, você tem que entender que nós não somos uma empresa de música, nós somos uma empresa de tecnologia”.²⁵

²⁵ TARAN, Carlos. **Precisamos falar sobre o *streaming***. Rio de Janeiro, março de 2015, p. 20. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/ctaran/precisamos-falar-sobre-o-streaming>. Acesso em: 01 jul. 2022.

Enfim, os compositores são hostilizados na Era Digital. As entidades de gestão coletiva podem ser o caminho mais eficaz para o enfrentamento desse abominável quadro de indiferença e desrespeito ao direito moral à designação de autoria.

3 A MISSÃO DAS ASSOCIAÇÕES AUTORAIS NA DEFESA DO DIREITO MORAL À DESIGNAÇÃO DE AUTORIA

O art. 97, §1º, da Lei nº 9610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações que integram o Ecad (Abramus, Amar, Assim, Sbacem, Sicam, Socinpro e UBC) “exercem atividade de interesse público”, “devendo atender a sua função social”. Tais associações ocupam um espaço público não-estatal. Há, sem dúvida alguma, interesse público na questão da defesa do direito moral à designação de autoria pelas plataformas de *streaming* e pelas emissoras de rádio e TV.

O Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez, já analisou essa questão do interesse público exercido pelas associações que integram o Ecad. O Ministro Luiz Fux, relator da ADI 5.062, afirmou com precisão:

O art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, ocupando, assim, um espaço público não-estatal, conforme sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 201.819 (red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, rel. Originária, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006).²⁶

Há estatutos de associações que integram o Ecad que preveem, expressamente, a defesa do direito moral.

²⁶ ADI 5062, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017.

O art. 2º, “a”, do estatuto da UBC, por exemplo, afirma que consiste em finalidade desta associação “defender moral e materialmente os direitos autorais ou a propriedade artística e literária de seus associados, representando-os, em Juízo ou fora dele, no Brasil e no estrangeiro”.²⁷ Não se vê na prática, contudo, demonstração cabal, por parte da UBC, de que defende o direito moral à designação de autoria.

O art. 3º da Abramus, por sua vez, afirma que “a Associação terá a função precípua de representar os seus associados no exercício e defesa dos seus direitos autorais de ordem patrimonial, sendo que a defesa dos direitos de natureza moral dependerá de solicitação e mandato específicos e expressos do interessado, em cada caso”²⁸. Deveria haver alteração dessa cláusula estatutária da Abramus, que retrata uma visão que prioriza a defesa dos direitos patrimoniais em relação aos direitos morais. A Abramus não depende “de solicitação e mandato específicos expressos do interessado” para adotar medidas judiciais e extrajudiciais em defesa do direito moral à designação de autoria pelas plataformas de *streaming* e emissoras de rádio e TV.

As associações autorais têm legitimidade extraordinária para o ajuizamento de ação civil pública contra as plataformas de *streaming*. O art. 1º, incisos III e IV, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) prevê a possibilidade de reparação por dano moral coletivo, quando o dano é causado “a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” e “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Os compositores, que costumam não ter voz nem vez, precisam de associações que briguem por seus interesses, não somente patrimoniais como também extrapatrimoniais. A tutela coletiva permite o acesso eficaz à justiça. Existe legitimação extraordinária, na Lei Autoral, para as associações que integram o Ecad defenderem os direitos morais de seus associados. Portanto, o fato de o direito moral à designação de autoria

²⁷ Disponível em: <http://ubc.org.br/ubc/estatuto>. Acesso em: 12 jul. 2022.

²⁸ Disponível em: <https://www.abramus.org.br/estatuto-abramus/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

ser inalienável e irrenunciável (art. 27 da Lei 9.610/1998) não significa que nunca poderá ser exercido pelas entidades de gestão coletiva.²⁹

No Congresso organizado pela ALAI (*Association Littéraire et Artistique Internationale*), em 2014, em Bruxelas, sobre o direito moral no século XXI, a Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA) respondeu ao questionário enviado a diversos países. Eis a sua décima pergunta: “*Em seu país as sociedades de gestão coletiva desempenham um papel no exercício do direito moral?*” A resposta enviada pela ABDA, redigida pela professora Silmara Chinellato, destacou que “a preocupação principal das sociedades de gestão coletiva é com a arrecadação e defesa de direitos patrimoniais”. A despeito de existir, nos estatutos de algumas associações, a previsão de poderes para a defesa de direitos morais, há dificuldades, na prática, e alguns dirigentes autorais alegam que “os juízes geralmente não acolhem o exercício coletivo dos direitos morais, por entenderem que, por serem personalíssimos, só podem ser exercidos individualmente”. Chegou-se à triste conclusão de que, no Brasil, “a gestão coletiva se centraliza em direitos patrimoniais, mas as Associações disponibilizam aos associados serviços específicos para defesa de direitos morais, nos casos concretos”.³⁰ Infelizmente, o Brasil não foi um caso isolado. Diversos outros países, nas respostas enviadas ao questionário, reconheceram que as sociedades de gestão coletiva de seus países não desempenham um papel relevante no exercício do direito moral.³¹

Enfim, as entidades de gestão coletiva, tanto brasileiras quanto estrangeiras, precisam avançar muito nesse quesito da defesa coletiva dos direitos morais de seus associados. Essa luta pela designação de autoria não pode ser individual, quixotesca, sonhadora. Ela tem de ser coletiva e conectada na realidade.

²⁹ O STJ vem decidindo sobre a possibilidade de “dano moral coletivo”, que atinge direitos de personalidade de grupo massificado. Eis algumas decisões: REsp 1269494, REsp 1367923, REsp 1291213, REsp 1221756.

³⁰ CHINELLATO, Silmara. In: MORAES, Rodrigo (Coord.). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador: EDUFBA, 2017, p. 518.

³¹ Disponível em: <http://www.aba-bva.be/Rapports-nationaux-117?lang=fr>. Acesso em: 12 maio 2022.

4 A TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 108 DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS (LEI 9.610/1998)

Em 1973, a Lei 5.988 deu ao Direito Autoral uma autonomia legislativa. Topograficamente, a matéria saiu do Código Civil de 1916 e ganhou lei própria.

O art. 126 da Lei 5.988/1973 trouxe uma importante inovação para a proteção do direito moral à designação de autoria.³²

A vigente Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), que revogou a Lei 5.988/1973, repetiu, em seu art. 108, a norma prevista no art. 126 da revogada Lei Autoral.³³

³² “Art. 126. Quem, na utilização, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, *além de responder por danos morais*, está obrigado a divulgar-lhe a identidade:

a) em se tratando de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por 3 (três) dias consecutivos;

b) em se tratando de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, *sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal, de grande circulação*, do domicílio do autor, do editor, ou do produtor;

c) em se tratando de outra forma de utilização, pela comunicação através da imprensa, na forma a que se refere a alínea anterior.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a programas sonoros, exclusivamente musicais, sem qualquer forma de locução ou propaganda comercial”.

³³ “Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, *além de responder por danos morais*, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, *sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação*, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.”

O legislador, no *caput* do art. 108, afirma: “*além de responder por danos morais*”. Portanto, as tutelas específicas – (i) inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos; (ii) comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação – não excluem a tutela ressarcitória.

Imagine-se que um produtor fonográfico ou editor gráfico tenha distribuído disco ou livro com ilícito autoral (falta de designação de autoria de uma obra musical ou fotográfica) para inúmeros consumidores. A edição de uma nova tiragem, contendo a informação correta de autoria, *não exclui a responsabilidade pelo dano praticado anteriormente*. Pode minorar o *quantum* do dano moral, mas não pode excluir a aplicação do art. 108, II, que diz expressamente: “*sem prejuízo de comunicação*”.

Portanto, o violador é obrigado a incluir errata nos exemplares ainda não distribuídos, mas “*sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor*”. A Lei Autoral, em seu art. 108, não diz que se houver inclusão de errata em nova tiragem, estará extinta a obrigação de comunicar em jornal de grande circulação a autoria da obra. Ao revés, a Lei Autoral diz: “*sem prejuízo de comunicação*”.

Na tutela específica do art. 108 inexistente essa lógica binária: inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos ou comunicação em jornal de grande circulação. Os pedidos não são excludentes entre si, mas cumulativos.

A TV Globo foi condenada, nos termos do art. 126 da Lei 5.988/1973, pelo Juízo de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de São Paulo (processo nº 9073589-77.1997.8.26.0000). Isso porque, na reportagem sobre os carteiros, transmitida em 26 de outubro de 1995, no *Jornal Nacional*, e em 27 de novembro de 1995, no *São Paulo Já*, as fotografias ali veiculadas eram de autoria de Mario Rui Feliciani, cujos créditos não foram a ele atribuídos. A Justiça determinou que a nota retificadora – de anúncio de autoria – fosse lida, por três dias consecutivos, no *Jornal Nacional*, o que foi feito nos dias 09, 10 e 12 de outubro de 2009.

Trata-se de decisão que demonstra que é possível, sim, uma prestação jurisdicional em prol do direito moral à designação de autoria.³⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão exemplar da lavra do desembargador José Carlos Costa Netto, condenou a TV Globo por violação de direito patrimonial e direito moral à designação de autoria. A emissora utilizou indevidamente a música “Despedida”, de autoria de Alda Cavalcante, em dia de eliminação de participante no Programa Big Brother Brasil. Não houve os devidos créditos de autoria. O dano moral foi caracterizado, e a ré foi condenada na publicação dos créditos de autoria da música, por três dias consecutivos, no mesmo horário que ocorreu a violação, nos termos do art.108 da Lei nº 9.610/98.³⁵

Importante registrar, ainda, um fato histórico relevante. José Carlos Costa Netto, quando era presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), nos anos 1981/1982, envidou esforços para que o direito moral à designação de autoria fosse devidamente cumprido pelas emissoras de radiodifusão. Houve a iniciativa de que fossem multadas as emissoras de radiodifusão que não comunicavam os nomes dos autores das músicas apresentadas em suas programações.

5 JURISPRUDÊNCIA ENVOLVENDO O ART. 108 DA LEI 9.610/1998 NAS PLATAFORMAS DE STREAMING

Em relação à aplicação do art. 108 da Lei 9.610/1998 por violação do direito moral à designação de autoria pela plataformas de *streaming*, a jurisprudência brasileira ainda é tímida. Precisa avançar mais.

De qualquer sorte, eis algumas ementas recentes sobre a aplicação do art. 108 no ambiente das plataformas digitais: duas do Tribunal

³⁴ MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o Direito Autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 153.

³⁵ TJSP. Apelação Cível 1002488-76.2019.8.26.0637; Relator (a): Costa Netto; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2021; Data de Registro: 13/07/2021.

de Justiça de São Paulo³⁶ e uma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁷.

³⁶ “INDENIZATÓRIA – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – **VEICULAÇÃO DE MÚSICAS SEM OS DEVIDOS CRÉDITOS PELA RÉ EM PLATAFORMA DIGITAL (STREAMING) – VIOLAÇÃO AO DIREITO MORAL DO AUTOR COMPROVADA - NÃO CARACTERIZADA CULPA DE TERCEIRO – RÉ QUE DISPONIBILIZA AS MÚSICAS E AUFERE LUCRO COM A ATIVIDADE EXERCIDA - CONDUTA ILÍCITA CARACTERIZADA – RESPONSABILIDADE DEVIDAMENTE AFASTADA EM RELAÇÃO ÀS MÚSICAS CUJA AUTORIA FOI PREVIAMENTE INFORMADA À RÉ - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - FUNDAMENTOS DA SENTENÇA QUE DÃO SUSTENTAÇÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR – APLICAÇÃO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, NO ENTANTO, QUE DEVE SER CARREADO EXCLUSIVAMENTE À RÉ - SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E, APELO DA RÉ, NÃO PROVIDO.**

(TJSP; Apelação Cível 1001110-76.2021.8.26.0100; Relator (a): Erickson Gavazza Marques; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 41ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/02/2022; Data de Registro: 24/02/2022).”

“ Apelações. Ação de indenização por danos morais por violação de direitos autorais. Sentença de procedência, condenando a ré Spotify ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$16.500,00. Inconformismo de ambas as partes. Preliminar de falta de interesse processual afastada. No mérito, descabimento dos recursos. **Disponibilização pela ré em sua plataforma de oito canções de autoria do autor sem a indicação do mesmo na condição de compositor.** Autoria inequívoca. **Como exploradora comercial de obras de terceiros a ré tem a obrigação de se assegurar de que os direitos destes estejam sendo respeitados. Obrigação da ré de creditar o nome dos respectivos autores ao disponibilizar as obras em sua plataforma. Violação do direito moral autoral. Direito inalienável e irrenunciável.** Valor da indenização por danos morais mantido em R\$16.500,00, porquanto razoável e proporcional, sem provocar enriquecimento indevido ao autor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (art. 252, do RITJSP). Recursos desprovidos. (TJSP; Apelação Cível 1002762-31.2021.8.26.0100; Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2022; Data de Registro: 18/02/2022).”

³⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONTRAFAÇÃO A DIREITO AUTORAL. REPRODUÇÃO DE MÚSICA NA PLATAFORMA MUSICAL PELO SERVIÇO DE “STREAMING” AOS ASSINANTES, SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR DA OBRA E **SEM ATRIBUIÇÃO DE SUA AUTORIA. DANO MORAL DEVIDO.** VERBA SUCUMBENCIAL ARBITRADA. ADEQUADA AO CASO. 1) No caso dos autos, vislumbra-se claramente a violação do direito autoral do autor, o que, por si só, caracteriza o abalo moral *in re ipsa*. 2) Na fixação do dano moral deve-se ponderar sobre as condições socioculturais e econômicas dos envolvidos, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a gravidade

CONCLUSÕES

As plataformas de *streaming* musical, ao não respeitarem o direito moral à designação de autoria, fomentam o mito de que os intérpretes são também os autores das canções. Na prática, existem muitos intérpretes que não compõem.

Ao desrespeitarem a legislação, as plataformas de *streaming* fomentam a desmemória nacional. Não é à toa que dizem que “brasileiro não tem memória”, que somos amnésicos.

Sou da geração analógica. Comprava muitos LPs e CDs. Gostava de ir às lojas, perguntar sobre os lançamentos, ouvir dicas, conversar com o vendedor. Desde adolescente, amava ler a ficha técnica de um álbum; tinha a curiosidade de saber quem eram os autores das músicas e quem tocava cada instrumento. O encarte do disco era (e é), para mim, algo importante. Mas não tenho, aqui, o intuito de ser saudosista.

A geração digital, da qual meus dois filhos (nativos digitais) fazem parte, quase não compra mais CDs. Mas esta geração ouve muita música. Ama música.

Se a evolução tecnológica é algo inexorável, não se pode dizer o mesmo em relação à mentalidade da indústria de tecnologia em condenar os(a) compositores à invisibilidade nas plataformas de *streaming*. É preciso que essas sociedades empresárias cumpram a Lei Autoral brasileira, dignificando os criadores intelectuais no exercício do direito moral à designação de autoria.

do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico e as finalidades reparatório-tributivas da condenação, de tal forma não seja tão irrisória que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbada a ponto de implicar enriquecimento indevido à parte autora. 3) No caso em espécie, a parte ré ostenta poderio econômico, razão pela qual majoro o dano moral para R\$ 20.000,00. 4) Verba sucumbencial fixada em 10% sobre o valor da condenação, de conformidade com o art. 85, § 2º, do CPC. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA RÉ. (Apelação Cível, Nº 70085024719, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliziana da Silveira Perez, Julgado em: 26-08-2021).”

Chega de fomento à desinformação musical. Chega de invisibilidade dos criadores intelectuais!

REFERÊNCIAS

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

CHINELLATO, Silmara. In: MORAES, Rodrigo (Coord.). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador: EDUFBA, 2017.

MORAES, Rodrigo. O direito moral dos compositores à designação de autoria pelas emissoras de rádio e TV. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO; Silvio Romero (coordenadores). **Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Rodrigo. Invisibilidade dos compositores. **Jornal A Tarde**, edição de 31 de julho de 2017, p. A3.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MORAES, Rodrigo. **Evolução da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil: do rádio ao streaming**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

OLIVENNES, Denis. **La gratuidad es el robo**. Tradução de Henar Pascual Malvar. Barcelona: FNAC, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARAN, Carlos. **Precisamos falar sobre o streaming**. Rio de Janeiro, março de 2015, p. 20. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/ctaran/precisamos-falar-sobre-o-streaming>. Acesso em: 01 jul. 2022.

TEIXEIRA JR. Sérgio. **MP3: A Revolução da Música Digital**. Coleção Para Saber Mais. Super Interessante. São Paulo: Abril, 2002.

CAPÍTULO 2

DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos culturais e a regulamentação dos Direitos Autorais

UMA VISÃO RENOVADA ACERCA DO GHOSTWRITER

DEBORA LACS SICHEL¹

CLARA PASSERI REBOUÇAS DE OLIVEIRA²

RESUMO: Há um tema que permeia frequentemente o Direito autoral, mas que não foi devidamente regulamentado. Esse assunto diz respeito à aceitação da prática do *ghostwriter*, ou escritor-fantasma- uma prática existente desde os primórdios da civilização e que alcançou diferentes manifestações na sociedade contemporânea. Foi sob esse panorama que o artigo se desenvolveu no intuito de investigar nos elementos que compõem uma obra textual, as diferenças entre os tipos de *ghostwriter*. Desta forma, a conclusão gira em torno de uma proposta que concilia o *ghostwriter* com o sistema de proteção autoral adotado pelo ordenamento jurídico do país. A resposta pode estar numa compreensão ampliada do fenômeno, a qual não tem com o condão de vilipendiar o direito moral, mas sim, de apresentar outras classificações que pretendem não afrontar a tutela do autor.

Palavras-Chave: Direito autoral. Classificações de *Ghostwriter*. Regulamentação.

INTRODUÇÃO

O presente artigo insere-se no campo da Propriedade Intelectual. Essa área do Direito reparte-se em dois ramos principais: propriedade industrial e direito do autor. A primeira, por sua vez, estuda e analisa as marcas, patentes, desenhos industriais, indicações geográficas, se-

¹ Doutora em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ/UCAN (2015). Possui graduação em Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1986) e Mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2001). Professora da Universidade Federal no Estado do Rio de Janeiro e também Professora pesquisadora convidada da Universidade Cândido Mendes UCAM/Ipanema. Coordenadora da disciplina de Legislação Comercial no Curso de Administração da UFRRJ na modalidade EaD do CEDERJ.

² Aluna de Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

gredos industriais e a repressão à concorrência desleal. Já o direito do autor aborda a proteção da obra intelectual. Notadamente, o trabalho em questão discorre sobre a figura do *ghostwriter* e por isso, reflete sobre esse segundo ramo: o Direito Autoral.

Não há dispositivo que condene a prática do escritor-fantasma expressamente no nosso ordenamento jurídico como um todo. Em especial, destaca-se que não há previsão nem mesmo na lei que rege o assunto, a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9610/98).

Essa pesquisa se justifica na medida em que os contratos de gaveta do *ghostwriter* crescem consideravelmente e na contramão, pouca solução surge na seara jurídica. A incerteza sobre um assunto de tamanha recorrência na sociedade, pode acabar por gerar insegurança jurídica e gerar um impacto negativo na tutela dos direitos da pessoa humana.

Dentro de tal contexto de pouca ou nenhuma solução para um assunto que repercute constantemente na esfera da coletividade, reside a relevância deste trabalho. Afinal, a reflexão do presente artigo acerca do *ghoswriting* almeja desmistificar certas incompreensões e dúvidas, no sentido de contribuir para uma adequada regulamentação que não coíba diversas manifestações artísticas e que concilie interesses.

Desta forma, o objetivo principal consiste em determinar se o *ghostwriter* merece ser vedado pela legislação. Para tanto, buscar-se-á aprofundar e investigar o conceito e a prática concreta que concerne o direito autoral.

Ao longo do artigo, o conceito fixado de *ghostwriter* no nosso país tentará ser desmistificado. Primeiramente, será feita uma evolução histórica sobre o tema, a qual diz respeito à contextualização do direito autoral como um todo e a consolidação dos sistemas francês e do *copyright*, bem como a influência destes na visão sobre o *ghoswriter*. Em seguida, abordaremos o conceito de *ghostwriter*, bem como, as diferentes visões da doutrina a respeito do assunto.

Além disso, será apresentada sugestão de categorização da prática de escritor-fantasma com vistas a permitir uma regulamentação futura. No tópico sétimo, será analisado o *Leading Case* de lide sobre a temática no Brasil. Por fim, concluiremos a necessidade de uma abordagem menos rígida sobre o assunto, que leve em consideração tipos de *ghostwriter* e não, um conceito único.

Para tanto, aplicar-se-á metodologia dedutiva baseada na fundamentação teórica do tema, comparação histórica e pesquisa de caso fático e conceitos qualitativos para ratificação das informações apresentadas no estudo, através da leitura e análise de uma vasta bibliografia, tais como artigos científicos, livros e palestras de especialistas.

1 CONTEXTO HISTÓRICO

Primeiramente, é necessário realizar uma contextualização histórica quanto ao próprio eixo temático. Na Antiguidade, de um modo geral, não havia um Direito do autor consolidado. Destacamos, desta forma, dois ícones desse período histórico: a Grécia e a Roma Antiga.

Nesse primeiro lugar, berço de diversas criações filosóficas, artísticas e políticas, era comum a transcrição e reprodução de trabalhos intelectuais sem que à prática fosse atribuída o caráter da ilicitude. A título de exemplo, pode-se citar as célebres narrativas da *Ilíada* e da *Odisseia*. Quando pensamos nesses poemas, de pronto, nos vem à cabeça a figura do autor Homero.

No entanto, alguns estudiosos já contestaram esse título e afirmaram ter sido o seu trabalho de compilação e não, de criação. Segundo matéria da Revista *Superinteressante*, “produzidas ou não por Homero, o fato é que esse conjunto de obras realmente ajudou a definir princípios éticos e padrões de comportamento que nortearam a conduta da sociedade grega por muitos séculos”³.

³ Quem foi Homero? da revista **Superinteressante** expõe a problemática da ausência de provas concretas de que Homero teria existido.

A seu turno, os romanos apresentaram um certo avanço quanto a essa preocupação. Realizaram a importante tarefa de distinção da obra física da obra intelectual em: *corpus mechanicum* (elemento físico) e *corpus mysticum* (elemento imaterial). Essa civilização não estava tão focada no aspecto jurídico de proteção ao elemento imaterial e sim, na propriedade do elemento físico. Nesse sentido, J. Pereira aduz:

os romanos, com efeito, não concebiam que os frutos da inteligência pudessem ser objeto de direitos. Não admitiam que o pensamento por si mesmo pudesse ser suscetível de proteção legal e só consideravam a propriedade da sua realização em um corpo material (manuscrito, quadro, estátua e outros tipos de trabalho) (PEREIRA, 1978, p.86 *apud* ALGARVE, 2020, p. 10).

No período da Alta Idade Média, a preocupação continuou a parecer a mesma, ou seja, mais para com o aspecto físico. Afinal, a objetivo principal era a cópia dos manuscritos pelos monastérios para garantir que as ideias fossem preservadas e não, perdidas. Nessa época, o objetivo não era uma preocupação individual com a autoria centrada na figura de um autor e sim, para com a preservação de uma ideia para alcançar uma coletividade *a posteriori*.

O pontapé para uma proteção sistemática ao autor, só acontece no período moderno, iluminista, de forma pioneira na Inglaterra, por meio do documento “O Estatuto da Rainha Ana” que com sutileza, buscou proibir a reprodução não autorizada de livros (*copyright*), o que conferia uma segurança maior ao autor. Esse é o início do sistema autoral que será seguido por países de tradição do *Common Law*, como, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, África do Sul e Austrália. Por volta desse mesmo período, também surge o sistema francês, que lhe faz oposição, de uma certa forma, e no qual a figura do criador intelectual, enquanto detentor dos direitos morais, é rigidamente centralizada.

Uma grande expressão do papel do sistema francês ficou atrelada à defesa do deputado *Chapellier* no âmbito da Revolução Francesa

em 1971 de que: “a propriedade literária é a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e se assim, posso dizer, a mais pessoal das propriedades” (FRAGOSO, 2012, p. 190 *apud* ALGARVE, 2020, p. 13). A partir daí, principalmente no século XIX, a jurisprudência francesa consolidou o alicerce dos direitos morais do autor nesse sentido.

Conforme Vicente, vê-se tamanho foco na figura do criador:

Nos sistemas jurídico alemão, francês e português, sendo uma obra literária ou artística, feita por conta de outrem ou ao abrigo de um contrato de trabalho, os direitos sobre ela pertencem ao autor, os direitos sobre ela pertencem, salvo convenção em contrário, ao criador da obra (VICENTE, 2008, p. 38 *apud* ALGARVE, 2020, p. 30).

Por sua vez, no outro sistema (americano), os direitos autorais sobre determinado processo de criação, nascem com o registro da obra protegida, fixada materialmente em função do ato de registro.

Desta forma, Mello aduz que:

Ora, se o direito nasce com o registro, significa dizer que não há direito sem registro. Significa também dizer que, à luz do direito norte-americano, o direito não nasce em relação ao titular, mas sim em relação à obra. (...) os direitos de titularidade das obras feitas por encomenda ou em execução de um contrato laboral, pertence ao encomendador. O direito é de quem assume o risco financeiro inerente a sua criação (MELLO, 2003, p.2).

Aqui temos lado a lado dois sistemas que se desenvolveram em dois diferentes contextos históricos. O do *copyright* que se desenvolveu numa Inglaterra já modificada pelas Revoluções Inglesas que culminaram numa monarquia não absolutista e constitucional. Por sua vez, temos o *droit de l’auteur*, que se desenvolveu numa forte oposição ao Antigo Regime. Nessa sociedade absolutista, o nobre, muitas vezes, no papel do *mecena*, quase operava uma “chantagem” sobre o plebeu em

virtude do aspecto patrimonial para adquirir a autoria e consequente glória sobre a obra.

A criação do sistema francês deu-se num contexto específico de revolta ao sistema de sociedade formada por estamentos, defendendo-se, assim, uma tutela bastante rígida, pois não havia autonomia da vontade. Historicamente, a prática da encomenda de obras era habitual. Na Roma, já havia cidadãos que declamavam poemas comprados e artistas italianos, na época do mecenato, tais como Leonardo da Vinci e Michelangelo, tiveram suas criações compradas em favor dos patronos.

No entanto, em Repúblicas Constitucionais tais como as que vivemos em que a autonomia da vontade e liberdade estão presentes, em que o Judiciário controla os vícios contratuais, será que interpretar literalmente o *droit de l'auteur* se justifica? Antes de responder, reflitamos sobre o tema.

2 GHOSTWRITER

Como fruto de sua criação intelectual, a lei tutela a autor e sua autoria por meio da previsão dos seus direitos morais, dentre os quais o direito de ter o seu nome vinculado a sua obra está inserido. No entanto, há um caso em que o ordenamento autoriza e de um certo modo, “incentiva” que é o pseudônimo, o qual goza da mesma proteção que se dá ao nome.

Ainda que não se confunda com o *ghostwriter* sobre qual o artigo se debruça, o instituto do pseudônimo também tem a faculdade de garantir um certo “anonimato” do criador da obra intelectual. Afinal, como leciona SCHREIBER (2014), pseudônimo caracteriza-se pela invenção de um nome fictício para facilitar o reconhecimento, tornar o nome mais sonoro ou até mesmo, quando o autor objetiva manter-se oculto.

Muitos autores usaram o anonimato como meio de divulgação de ideias ao longo do tempo. Mulheres, em muitos casos, usavam pseudônimos, para poderem publicar suas obras. Jane Austen, grande autora britânica, a título de exemplo, assinou todos os livros em vida sob o nome “A lady”, em tradução livre, “Uma dama”.

Outro conceito atrelado à ocultação do autor, é o de *ghostwriter*, ou escritor-fantasma. Constitui-se como “a pessoa física (escritor) contratada por um terceiro para, de acordo com um contrato, produzir uma obra intelectual, sendo que a autoria do trabalho será atribuída ao contratante” (SAVIGNON;CESÁRIO, 2014, p. 89).

Desde livros de teoria, a biografias a artigos científicos na área da Medicina, depara-se com uma vastidão de obras, sobre as quais nem se tem a noção que foram fruto da prática do escritor-fantasma. Segundo o autor Chaves, é uma prática bastante frequente.

Ou seja, nessa modalidade, a princípio, há o escritor da obra (o *ghostwriter*) que fica no anonimato em troca de um negócio pautado na autonomia da vontade com o contratante, o qual terá a autoria da obra a si atribuída através do pagamento de um valor determinado.

Nesse sentido, de acordo com CHARTIER (1998), a língua inglesa evidencia bem essas duas figuras, ao distinguir, semanticamente o *writer*, aquele que escreveu uma coisa, e o *author*, aquele cujo nome próprio dá identidade e autoridade ao texto.

O ponto deste artigo é que tratar de *ghostwriter* como um fenômeno global, com um conceito único e imutável, sem analisar seus aspectos, pode dificultar sua regulamentação. Por isso, propõe-se a discussão sobre as diferentes formas de manifestação do *ghostwriter* numa tentativa de chegar a uma categorização, que permita classificar na prática a sua atuação.

Parece que, ao longo do tempo, na seara jurídica, o tema foi trabalhado como um postulado de que o *ghoswriter* é uma exploração, é uma alienação da personalidade, sobre o qual tiraram-se conclusões e a sua consequente vedação em nosso país. Mas aqui pretende-se desve-

lar o axioma para fornecer uma visão renovada sobre o tema de modo a garantir a conciliação de interesses, a proteção mútua de direitos, a justiça e a evolução.

3 BRASIL E QUESTÕES PERTINENTES

Inspirado pelo sistema francês nascido no bojo de uma França em transição do Antigo Regime, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu ao *droit de l'auteur*. Desta forma, já se pode de antemão afirmar que o nosso país dá um enfoque maior ao elemento autor. Afinal, ele busca uma tutela fervorosa da manifestação do espírito do criador, da pessoa criativa por detrás da criação, em detrimento, muitas vezes, do aspecto patrimonial.

Nesse sentido, devemos trazer à tona a noção legal dos direitos morais e patrimoniais que a LDA lhes confere. Os direitos morais, previstos no art. 24, são intrínsecos a pessoa do criador, a seu trabalho intelectual. Aqui busca-se proteger o aspecto imaterial, o qual já está garantido antes mesmo de qualquer divulgação da obra.

Por sua vez, os direitos patrimoniais refletem a utilização econômica de uma determinada obra. Por isso, afirma-se que esse aspecto, para existir, depende da vontade do autor, em comunicar a obra ao público, em fazê-la circular pela sociedade.

Portanto, observa-se que como direitos anteriores à exploração econômica, há três direitos morais “basilares”, fundamentais: o de paternidade, o de nomeação e o de inédito. O direito de paternidade, na lição de Zanini (2015 *apud* ALGARVE, 2020), seria a vinculação jurídica entre o autor e a obra numa espécie de relação entre pai e filho, criador e criatura, ou seja, é o direito de reclamar a qualquer momento a titularidade da obra.

O segundo direito já permite ao autor ter sempre o seu nome (real ou pseudônimo) atrelado à obra e o inédito assegura ao autor a originalidade sobre a obra de acordo sobre o seu consentimento.

O autor Pimenta aduz que o direito moral do autor se revela como um verdadeiro direito da personalidade, por ser personalíssimo. Esse é um dentre diversos juristas que incluem os direitos morais do autor na categoria de direito da personalidade. Eles defendem que como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, são inalienáveis e irrenunciáveis.

Abarcando o pensamento de Pimenta, trazemos uma primeira reflexão. O artigo 11 do CC/2002 estabelece que: “toda e qualquer limitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser vedada”. Tal como afirma, Anderson Schreiber, se levássemos a máxima de forma literal, não seria permitido furar a orelha, participar do Big Brother Brasil ou lutar boxe.

Portanto, “a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica toda vez que atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade se seu titular. Ao contrário, deve ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa” (SCHREIBER, 2014, p 27).

Então, a primeira reflexão está no sentido de que a título de proteção, seria válida uma vigilante cautela, para não se sufocar o direito da personalidade. A autonomia é o conteúdo ético do princípio da dignidade humana. De acordo com Barroso (2014 *apud* KARCK; MASSAÚ, 2020), ela é o fundamento que determina a liberdade de um indivíduo, permitindo-o fazer suas próprias escolhas, de modo a gerir a sua vida conforme seu livre arbítrio. Afinal, pode-se ter a autonomia da vontade também como um traço da personalidade a partir da noção de dignidade da pessoa humana que é mãe de todos os direitos da personalidade.

De qualquer modo, no que concerne o direito da personalidade, temos de pontuar que Anderson afirma que para outros autores a inclusão no “rol” da personalidade é indevida, pois não seria um atributo de qualquer pessoa humana, e somente, da pessoa humana autora de obra. Mas isso são discussões sem fim.

Considerando-se, necessariamente, essa inclusão como direito da personalidade, recai-se no problema do *ghostwriter* como uma negociação da autoria. Quando analisamos essa construção lógica, temos que: O *ghostwriter* seria uma negociação de autoria. Autoria, no entanto, como direito moral, é inegociável. Logo, *ghostwriter* deve ser proibido.

No entanto, é necessária uma certa relativização do que é o *ghostwriter*. Será mesmo ele uma negociação de autoria? Para tanto, antes de pensarmos exclusivamente no Direito, adotando-se aqui uma Teoria Tridimensional do Direito de Reale (fator, valor e norma), antes de qualquer norma, precisamos olhar para a ciência da escrita para compreendermos o fenômeno do *ghostwriter* através dela.

Primeiramente, devemos nos perguntar mais uma vez sobre a autonomia da vontade do autor. É complicado supor que todos os escritores, indistintamente, almejem, o sucesso de público. Como já dito, há casos em que o autor pretende mais a difusão da ideia do que propriamente a propagação de seu próprio nome. Voltemos ao pseudônimo. Na atualidade, por exemplo, a escritora que se apresenta como Elena Ferrante, mantém sua identidade em segredo.

Além disso, deve-se indagar sobre a finalidade com a qual se procura um *ghostwriter*. Um indivíduo que contrata o outro para produzir absolutamente tudo, a criação da ideia à sua adaptação em obra não está no mesmo plano do que um indivíduo que contrata o *ghostwriter* apenas como um formatador, um redator.

Nesse sentido, merece ser abordada a questão das obras de caráter eminentemente pessoal, personalíssimo. Pretender que um outro substitua e escreva monografias, artigos científicos, dissertações e teses já está, definitivamente, mais no campo do “plágio sob encomenda”. Afinal, essas práticas são, em geral, validações no processo de formação. Por isso, é necessário delimitar o assunto através de categorias, sugeridas a seguir com base nos elementos constitutivos de uma obra literária.

4 CATEGORIZAÇÃO

Em uma obra literária, podemos distinguir, sem a pretensão de infinitas sutilidades, três vertentes principais: a ideia, o roteiro e o formato que seria a materialização dessas duas vertentes. Assim, com base nessas três vertentes, o *ghostwriter* poderia ser concebido sob quatro tipos:

- i. O pretenso autor (contratante), simplesmente, paga a um escritor para executar uma obra em que a ideia, o roteiro e o formato linguístico é todo do escritor. Por qualquer razão, o pretenso autor compra uma obra para projetar-se, seja no ambiente literário, intelectual, artístico, científico ou político. Enfim, para revestir-se de uma significância social. O pretendido autor recebe a obra pronta e acabada que apenas leva o seu nome. O trabalho integral neste caso é solitário, isolado, exclusivo do escritor que vende sua obra e outro a compra por inteiro.
- ii. O autor é possuidor de uma ideia ou história genial. Ela é capaz de amplos desdobramentos, mas ele não tem experiência para concatená-los. Falta-lhe uma direção que possa ser agradável ao público-alvo e mais ainda: falta-lhe o conhecimento linguístico capaz de traduzir a ideia e seus desdobramentos de uma maneira agradável, atraente e convincente. Então, entrega esse trabalho de roteiro e de formato a um escritor. O escritor não foi o pai da ideia central e nem de seus desdobramentos. Mas foi a pessoa competente para dar um rumo, uma direção coerente e atrativa a essa ideia central e ramificações. O trabalho aqui poderá manter a característica de criação do autor, mas sua adequação e aperfeiçoamento tem uma participação importante do escritor.
- iii. O autor gera uma ideia. Tem uma noção de clara de como vai desenvolvê-la para chegar a um fim. Um resultado que conhece e já antecipa. Apenas não tem o domínio linguístico e até

exigências de diagramação gráfica e marketing para materializar a ideia e o seu roteiro. O escritor é convidado, contratado apenas para dar um formato linguístico e uma disposição textual ajustada ao gosto dos futuros leitores. Aqui o desenvolvimento da obra tem uma íntima e prolongada participação entre autor e escritor que a cada passo sintonizam e ajustam ideia, roteiro e formato, cabendo ao escritor alguma proeminência apenas na formatação.

- iv. Ainda uma outra modalidade de *ghostwriter* que é a que se revela dentro do modelo entrevista em que autor e escritor passo a passo diria, linha a linha, se influenciam, interferem, condicionam a ideia ou as ideias, o roteiro e o formato, considerando-se o autor como entrevistado e o escritor como entrevistador. Ao final, publica-se uma obra, seja ela artigo, folheto, livro ou coleção, em que o trabalho foi feito, indissociadamente a quatro mãos. Sendo de considerar-se que em tal modelo, tanto a criação quanto os direitos seriam iguais para os dois (cinquenta por cento para cada um).

5 ANÁLISE DAS CATEGORIAS

O primeiro tipo trilha o caminho da farsa, do embuste, onde o pretense autor almeja fama, poder e glória sem qualquer mérito, usurpando e ocultando os valores de um terceiro (*ghostwriter*). Todo mérito do trabalho cabe ao escritor/ redator, embora se possa questionar quais os interesses que o movem em manter-se tão oculto. Apenas interesse econômico? Subordinação ou mesmo coação a uma instância superior? Nesse campo, estaria presente, de fato, o fenômeno que os juristas chamam de plágio sob encomenda.

Para o segundo tipo, estabelece uma associação de capacidades e competências bastante legítimas e compreensíveis. O autor dispõe de uma fértil imaginação criativa ou história original, mas falta-lhe treino,

vivência, habilidades para vislumbrar ramificações da sua ideia, original e inédita. E mais ainda, falta-lhe o traquejo da língua, a desenvoltura da comunicação, que vai encontrar no escritor, o redator.

Assim também no terceiro tipo, torna-se mais marcante a interação entre autor e escritor. Este, o escritor domina a língua, tem o poder da retórica, transita com facilidade pelas trilhas da comunicação, mas o primeiro, o autor detém a criação, a originalidade ou inovação, e mais ainda, usando sua mente fértil, como se fora um feixe de luz que passa por um prisma de cristal e se abre num espectro de várias cores, ele tira da sua ideia central, vários desdobramentos igualmente criativos.

Os tipos dois e três, correspondem ao que mais se coaduna com um conceito renovado de *ghostwriter*, entendendo-se tal ente como um associado ao fruto de uma obra. Tal associação não apenas é muito frequente em inúmeras atividades da vida em sociedade, como é um elemento que pode, em geral, contribuir para o aperfeiçoamento das ideias e coisas. Pode-se se dar como exemplo a associação entre um arquiteto e um engenheiro, para a construção de um monumento ou de um prédio.

O arquiteto prefigura a imagem, cuida da forma, procura integrá-la num determinado ambiente. O engenheiro estuda a sua estrutura, decide o material adequado, estabelece as fases da sua execução e ao fim, temos uma obra acabada em que criação e execução para construção de uma obra boa, um trabalho em busca do primor. Como se julgará a participação de autor e escritor em uma obra, caracterizando-a como um dos tipos antes enumerados?

Como e em que se fundamentará uma prática dessas diferentes categorias para que se possa avaliar sua parcela nos direitos sobre as obras publicadas. Em primeiro lugar, é necessário a lei citar explicitamente o *ghostwriter*, distinguindo-o em categorias compreensíveis. Na sociedade, por um contrato entre as partes onde entre as suas cláusulas, estejam as que definem com clareza a natureza da participação, o grau de participação de cada um, bem como os futuros direitos sobre

o fruto desse trabalho. Caso em que estarão ambos os interessados no pleno uso de sua autonomia da vontade, de sua liberdade de escolha.

Também seria útil o registro prévio em documentos apresentado ao cartório em registro de documentos, seja de apenas uma ideia, seja de uma ideia com seu roteiro e desdobramentos, para que possa ser comprovada em momento oportuno, sua autoria de concepção e originalidade.

A jornalista Tania Carvalho, corrobora com o que falamos sobre tal categoria, ao afirmar: “O ghostwriter incorpora as ideias de quem o contrata, colhendo-as por meio de entrevistas e documentos, e as coloca no papel” (TROMBINI, 2014, p. 3 *apud* ALGARVE, 2020, p. 17).

Por sua vez, Maria Joaquim Botelho, presidente da União Brasileira dos Estudantes (UBE), aduz que “o escritor fantasma produz o texto no seu aspecto formal, obedecendo à intenção, ao desejo e à maneira de pensar de quem pediu para escrever a mensagem” (TROMBINI, 2014, p. 3 *apud* ALGARVE, 2020, p. 19). Por isso, parece-nos que a questão da reivindicação ao nome *a posteriori* ou a vedação total a prática do *ghostwriter* merece especial cautela.

6 LEADING CASE NO PAÍS

Quando o assunto é o *ghoswriting* no Brasil, a Jurisprudência que merece especial atenção é sobre o livro “O doce veneno do Escorpião”. Essa produção literária, lançada, em 2005, conta as aventuras de uma garota de programa, conhecida como “Bruna Surfistinha”.

A lide entre o suposto *ghoswriter* Jorge Roberto Tarquini, Raquel Pacheco (Bruna Surfistinha) e a editora Original Ltda, chegou ao poder Judiciário. Jorge Tarquini ajuizou uma ação, reivindicando ser o único autor e exclusivo titular da obra “O doce veneno do Escorpião”.

Na fase instrutória, mensagens trocadas entre o suposto *ghostwriter* e o sócio da editora, foram divulgadas. Nelas, o escritor Marcelo

Duarte (sócio da editora) escreveu que tinha a ideia de um livro, mas o problema é que a escrita da protagonista era sofrível. Numa das mensagens finais nos autos, ele diz ao suposto *ghostwriter*: “Sem ter mexido muito, você conseguiu dar outro tom ao livro”.

Na época, Raquel mantinha um blog na Internet, no qual contava sua vida. Com base nas suas histórias, almejava-se o livro. Não é objetivo aqui resolver a contenda, mas apontar a argumentação dos magistrados.

A conclusão da sentença de primeiro grau ⁴foi de negar provimento ao autor da ação. Trechos da sentença destacados por ALGARVE (2020) aduzem que:

(...) Não há dúvida de que a personagem e sua estórias, baseadas ou inspiradas em sua vida como prostituta, são criações exclusivas da ré Raquel, anteriores a publicação do livro. Como não criou a personagem e respectivas estórias, contadas ao autor ou redigidas pela própria ré, em seu endereço virtual, antes da publicação do livro, ao autor coube, tão-somente a tarefa de redigir o texto do livro com coesão, correção gramatical e estilística e maior apelo comercial.

A tarefa da redação de estórias alheias relativas a personagem criada por outrem não traduz qualquer desenvolvimento artístico, literário ou criativo.

Bem por isso, o instrumento contratual a fls. 82/4 designa o autor como redator do texto e o instrumento a fls. 286/290 designa a ré Raquel como autora, titular exclusiva dos direitos autorais, responsável pela originalidade e autenticidade da obra.

Embora o trabalho do autor tenha natureza intelectual, não se confunde com criação, que é essencial para definição de autoria (artigo 11 da Lei 9.610/98). A originalidade e a novidade não provieram da atividade do autor, mas sim da ré Raquel.

⁴ Processo nº 0181194-46.2008.8.26.0100 tramitado no Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual houve afirmação de que a noção de criação e esforço intelectual distinguem-se.

“O legislador não considera o coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção, na fiscalização, na pesquisa na edição, na revisão ou na apresentação da obra, por exemplo,” como assinala, ELIANE YACHOUH ABRÃO (...)

O autor prestou serviços como redator. O fato de o contrato cujo instrumento está a fls. 82/4 referir-se a cessão e direitos autorais não faz surgir direitos autorais onde direitos autorais não existem conforme regramento legal.

Trata-se apenas de ajustes sobre prestação de serviços e respectiva remuneração (...)

Em tal contexto, não há cogitar-se de violação de direitos morais e patrimoniais de autor e de aplicação das respectivas sanções. (TJ-SP - 0181194-46.2008.8.26.0100, Data da Sentença: 22/12/2009, 9ª Vara Cível, Data de Publicação: 08/02/2010)

Já nesse primeiro instrumento judicial, destaca-se a noção de que criação e esforço intelectual distinguem-se. Como requisito da autoria, é necessária a característica da novidade. As categorias dois e três, apresentadas em tópico anterior deste trabalho, refletem um *ghostwriter* que não é o inovador único e principal ou sequer é o inovador.

Retornando ao *leading case*, a contenda alcançou o Tribunal de Justiça de São Paulo que ressaltou mais uma vez o direito do encomendante diante das obrigações contratuais que foram cumpridas e da aceitação expressa da incumbência por parte do suposto *ghostwriter*.

Quanto a essa decisão recursal, destaca-se que o papel da autonomia da vontade. Conforme afirmou o acórdão, é fundamental esclarecer que o termo escritor-fantasma designa o profissional especializado em prestar serviços de redação de textos para pessoas que desejam transferir suas experiências de vida para um livro, mas que não possuem tempo ou dom para tanto. A propriedade intelectual da obra fica para quem contratou os serviços. O apelante, no caso, sempre teve ciência de que não seria o autor da obra.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça corroborou e consolidou as decisões dos magistrados precedentes na decisão do Recurso Especial n. 1.387.242 (SP), conferindo uma Jurisprudência no sentido aqui exposto.

Em análise a decisão do acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recorrido, o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino aduziu que:

O acórdão recorrido, confirmando a sentença de improcedência, reconheceu, com base nas provas documentais relativas à fase pré-contratual e com base na interpretação do contrato que acabou por ser celebrado de cessão de direitos autorais, textualmente o seguinte:

“...o apelante foi convidado pela Editora recorrida para prestar serviços de redação na condição de “Ghost writer”, aceitando a incumbência conforme demonstram os documentos anexados (fls. 24 e ss.), e vindo a celebrar contrato definitivo (fls.82/84).”

Estabeleceu que a posição assumida pelo autor da demanda na relação jurídica contratual que exsurgira entre editora, o autor e Raquel Araújo, era de um prestador de serviços, tendo o demandante 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. (STJ - REsp: 1387242 SP 2012/0162477-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 03/02/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2015)

Seu voto, acompanhado pelos demais Ministros, por unanimidade, conclui que:

Revela-se inviável a esta Corte Superior adentrar no exame do conteúdo do contrato ou na análise das provas produzidas no processo, o que seria necessário para deles extrair solução diversa da que fora apreendida pela origem, seja em relação à ex-

tensão da cessão, seja em relação ao tipo de trabalho que fora o autor chamado a realizar quando da confecção do livro, pois há inegável atração dos enunciados sumulares 5 e 7/STJ.

A identificação, no mais, da suficiência dos valores pagos pela ré ao autor em face da cessão de direitos sobre o livro para fins televisivos ou cinematográficos, da mesma forma, insere-se no contexto fático-probatório. Registro apenas que a questão seria mais bem dilucidada mediante o ajuizamento de ação de prestação de contas, até mesmo porque, na petição inicial, o próprio autor admite estar sendo pago pela editora, mas refere a possibilidade de haver diferenças, sem, todavia, ao que se depreende das decisões prolatadas na origem, sequer superficialmente demonstrá-las. (STJ - REsp: 1387242 SP 2012/0162477-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 03/02/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2015).

A partir dos trechos elencados, percebe-se que o Recurso Especial ora exposto enfatizou as decisões anteriores, no sentido a dar destaque à livre pactuação do Direito Contratual.

A sentença que analisou a matéria precisou refletir e chegar ao ponto de que: Ao autor coube, então, a tarefa tão somente de redigir o texto do livro com coesão, correção gramatical e estilística, bem como, maior apelo comercial. Se houvesse na LDA, uma categorização do *ghostwiter*, haveria economia do tempo do juiz num país que tem tantos processos em curso e talvez contribuísse para o Princípio da Razoável Duração do Processo.

Sobre isso, ressalta-se o que o autor Bedaque⁵ expõe sobre uma “lide extensa” no ramo penal, mas que se aplica aos outros nichos do Direito:

o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo

⁵ A exposição do autor Bedaque é encontrada em Malheiros (2004, p. 15 *apud* Amorá, Vítor. 2012).

já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o dano marginal, causado ao agravado pela duração do processo.

Desta forma, nota-se a urgência de uma convergência maior sobre o tema na Academia de Direito, em especial no que tange a regulação do *ghostwriter* na Lei de Direitos Autorais. Afinal, a longa duração do processo, como destacado acima, já prejudicial ao próprio direito da pessoa, poderia ser evitada ou ao menos reduzida se um leque de categorias fosse dado como diretriz.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou realizar uma releitura do conceito de *ghostwriter*, considerando todas as suas possíveis manifestações. Há autores que defendem que o termo implica, necessariamente, a alienação de autoria e outros contestam essa visão.

O fato é que não há dispositivo que condene a prática expressamente no nosso ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, em virtude da relevância e da repercussão jurídica do tema, urge um esforço comum dos juristas e acadêmicos em discutir o tema e trazer à tona uma visão renovada.

Tem-se como resultado desse trabalho uma releitura do conceito global de *ghostwriter*, através da proposta de categorias que possam direcionar os diversos atores sociais, desde o empresário, o escritor, o consumidor e até o jurista de modo a facilitar uma futura regulamentação da matéria.

A partir do *leading case* brasileiro cujo objeto da lide foi o livro “O doce veneno do Escorpião” têm-se uma possível demonstração da evidência da necessidade da categorização do conceito de escritor-fan-

tasma e de como algumas delas já foram, implicitamente, defendidas na argumentação judicial.

Por isso, pode-se considerar o artigo como uma tentativa de solução para o problema proposto. Seria o *ghostwriter* passível de vedação total no nosso sistema brasileiro? A resposta pode ser: Depende. Afinal, de qual tipo de *ghostwriter* estamos no referindo? Isso vai depender do caso concreto e se ele se encaixa nas categorias propostas como conciliáveis com o nosso ordenamento.

Em suma, esse artigo buscou enriquecer o debate sobre o tema à medida em que apenas faz sugestões sobre um assunto marcante. Não se considera como uma categorização ou resposta taxativa, mas o início de uma discussão acadêmica em prol de uma visão renovada acerca do *ghostwriter*.

REFERÊNCIAS

ALGARVE, Marcelo. **Direitos Autorais e Ghostwriter**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

AMORA, Vítor. **Princípio da Duração Razoável do Processo Penal: O limite da justiça**. 2012. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação) – Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília, 2012. Disponível em: repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/830/1/Monografia_Vitor20Amora.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.387.242-SP. Recorrente: Jorge Roberto Tarquini. Recorridos: Raquel Pacheco Machado de Araújo e Editora Original Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 03 fev. 2015. **DJe** 19 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Vara Cível. Processo n. 0181194-46.2008.8.26.0100. Autor: Jorge Roberto Tarquino. Réu: Raquel Pacheco Machado de Araújo e Editora Original Ltda. São Paulo, 22 dez. 2009. Data de Publicação 08 fev. 2010.

KARCK, Liege; MASSAÚ, Guilherme. **A Autonomia como Elemento Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana**, 2020. Disponível em: 1200-Texto do artigo-3098-1-10-20200717.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

MELLO, Roberto. As Diferenças entre as Leis do Brasil e dos EUA nos Direitos Autorais. **Consultório Jurídico**, 2003. Disponível em: conjur.com.br. Acesso em: 22 set. 2022.

MUNDO estranho. QUEM foi Homero? **Revista Superinteressante**, 2011. Editora Abril. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quem-foi-homero/>. Acesso em: 22 set. de 2022.

SAVIGNON, Larissa; CESÁRIO, Kone. Os Direitos Autorais do Ghost-Writer. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 10, 2014. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10>. Acesso em: set. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: O CASO DO GRUPO BOI CALEMBÁ PINTADINHO

LUIZ RENATO DANTAS DE ALMEIDA¹

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO²

RESUMO: Algumas expressões culturais tradicionais, em decorrência de diversos fatores, não conseguiram se integrar ao mercado cultural planejado e fortemente influenciado pelas redes sociais. Muitas dessas expressões, que compõem a identidade cultural do meio onde foi criada, estão gradualmente desaparecendo. É o caso do auto apresentado pelo grupo Boi Calembá Pintadinho, no Rio Grande do Norte. O artigo propõe estudar a proteção que o ordenamento jurídico dispõe para expressões tradicionais, no âmbito dos direitos culturais autoral e, de maneira mais ampla, patrimonial imaterial. Como abordagem metodológica, realiza-se uma revisão bibliográfica multidisciplinar e legislativa. Ao analisar a eficácia da proteção jurídica no caso específico do grupo Boi Calembá Pintadinho, conclui-se que, apesar dos instrumentos disponibilizados pelos direitos culturais, nem a proteção autoral, nem a patrimonial são suficientes para assegurar a permanência dessa cultura tradicional popular.

Palavras Chave: Boi Calembá, Patrimônio Imaterial, Direitos Culturais.

¹ Estudante do sétimo período do curso de Direito da UFRN e integra o GEDAI/UFPR. É também engenheiro mecânico pela UFRN com MBA em Engenharia de Manutenção pela ABRAMAN/UFRRJ.

² Advogada e oficial de chancelaria no Ministério das Relações Exteriores. Foi Vice Cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Ela é mestranda em direito no PPGD/UFPR e pesquisadora sênior no GEDAI/UFPR. Possui MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte pela UCAM, é especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston; especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo e especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). É também coordenadora do GT Direito e Arte da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento de todos a importância dos direitos culturais para a formação de uma identidade nacional, assim como para a configuração da cidadania, sendo elementos básicos de inclusão e coesão social. Tristeza e preocupação nos tomam quando nos deparamos com manchetes como: “Línguas indígenas estão morrendo – e, com elas, o conhecimento sobre plantas medicinais” (COSTA, 2021, p. internet); ou, “Tradições populares estão ameaçadas” (GONÇALVES, 2013, p. internet). Notícias como essas documentam o progressivo desaparecimento de culturas tradicionais.

O auto do boi potiguar, o boi de reis ou boi calemba, não foge ao risco de desaparecimento. Percebe-se, no estado do Rio Grande do Norte, tanto a redução do número de grupos fazedores de cultura tradicional quanto o minguar do interesse das novas gerações pela expressão, que compete com a indústria cultural (ADORNO; HORKHEIMER, 2002, p. 6). Manifestações da cultura de massa convivem de maneira assimétrica com celebrações tradicionais. As expressões culturais de cunho popular resistem, buscando não serem absorvidas pelo mercado massificado e planejado “e quem não se adapta é massacrado pela impotência econômica” (FARIA, 2012, p. 28).

Pretende-se, neste estudo, analisar como funciona a rede de proteção jurídica disponibilizada pelo poder público, para que se impeça ou ao menos minimize o desaparecimento dessas culturas. Como metodologia, realiza-se pesquisa bibliográfica multidisciplinar, além de análise de legislação vigente.

Busca-se, para tanto, compreender o que seja a cultura do boi calemba, especificamente o Boi Pintadinho, e os aspectos dos direitos culturais que podem alcançar a sua proteção. De maneira breve, investiga-se como a proteção autoral se relaciona com essa expressão cultural. Em seguida, realiza-se uma análise da eficácia dos direitos atinentes ao patrimônio cultural imaterial, especificando como ocorre a proteção em âmbito federal e estadual de maneira ampla, para então especificar

a situação contemporânea de proteção da expressão cultural objeto deste artigo.

1 O BOI CALEMBIA (OU BOI DE REIS POTIGUAR)

Variante potiguar do auto do bumba-meu-boi, o boi calemba, ou boi de reis, tem longa tradição no estado do Rio Grande do Norte (RN). O auto bumba-meu-boi, em suas variadas configurações, se espalhou por todo o Brasil, tem origem nos festejos portugueses em época de celebrações natalinas e desenvolveu-se com a pecuária nordestina, essa que criou um complexo cultural ao seu redor (GURGEL, 1985, p.15).

Com o objetivo original de celebrar o nascimento de Cristo, em resumo, o auto representa a história da morte e da ressurreição do melhor boi da fazenda, abatido para satisfazer o desejo de Mãe Catirina, grávida. Nas apresentações atuais do boi calemba, esse enredo quase não se percebe ao longo do ato, que se resumiu a danças e cânticos, com os diversos personagens se alternando, quase sem vinculação entre si.

Diversos são os figurantes que compõem um grupo do boi calemba: personagens de características humanas, animais e fantásticas, que se entremeiam para contar (e cantar) o enredo. A única restrição é que todos os participantes diretos sejam do sexo masculino, inclusive as personagens femininas. Essas figuras variam entre as espécies de bumba-meu-boi, mas também variam entre grupos da mesma espécie, a depender do gosto do mestre e das “posses” do grupo (GURGEL, 1985, p.19), além das influências locais. Por sua vez, as cantigas utilizadas na apresentação são, de uma forma geral, criações coletivas, sendo possível a utilização de cantigas de um determinado grupo na apresentação de outros.

Apesar da relevância cultural, percebe-se um declínio na presença da expressão nas comunidades potiguares. O Ponto de Cultura Boi Vivo, que avalia ações de impacto sociocultural dessa moda-

lidade criativa, tem registro de que, em 1994, havia em torno de 37 grupos de boi de reis no RN, enquanto em 2018, conhecia-se apenas 10 grupos.

A grande referência de cultura popular no RN é a cidade de São Gonçalo do Amarante, que deu origem ao grupo de boi calemba Boi Pintadinho, objeto deste estudo. O Boi Pintadinho, atualmente comandado pelo Mestre Dedé, possui 118 anos de história, o mais antigo do RN, e que realiza apresentações por todo o estado. O grupo se apresenta tradicionalmente no Dia de Reis, porém fazem apresentações ao longo do ano, especialmente em festivais folclóricos e de cultura popular, principalmente contratados pelo poder público. É composto pelos brincantes e pela banda que os acompanha.

O auto original completo tem duração de várias horas, mas não é apresentado há mais de 15 anos, tendo se perdido na memória do mestre e seus contramestres. As apresentações atuais, de no máximo uma hora, são compostas por cenas, músicas e poesias criadas ainda na origem do grupo, ou seja, são peças artísticas já centenárias, em que o grupo tem como suas, sem poder definir um compositor em específico. Relata-se, ademais, um conhecimento de 40 músicas relacionadas ao auto do boi que são ainda de conhecimento dos componentes do grupo, ainda que haja escassos registros.

2 DIREITOS CULTURAIS

Bactérias num meio é cultura

Arnaldo Antunes

A Constituição Federal brasileira de 1988 inova no ordenamento jurídico brasileiro quando dedica uma seção exclusiva – a Seção II do Capítulo III do Título VIII – aos direitos culturais, criando como consequência um ramo autônomo da Ciência do Direito. Situando esses direitos entre educação, esporte, comunicação social, dentre outros topo-

graficamente próximos, o constituinte originário atribuiu importância significativa à tutela desses direitos à sociedade brasileira.

Improvável é, porém, chegar-se a um conceito único do que seja cultura, objeto, portanto, dessa tutela constitucional. O próprio vocábulo, antes mesmo de se aludir em conceito, já traz na sua polissemia como traço fundamental, transitando entre práticas agrícolas à qualificação quanto à escolaridade individual. Entretanto, por não ser objetivo do presente estudo o debate etimológico ou filosófico a respeito do conceito de cultura e sua abrangência, utilizaremos a delimitação feita pela própria CF/88 que, trazendo os bens que compõem o patrimônio cultural nacional, nos indica os limites da definição de quais direitos culturais o constituinte buscou tutelar:

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 (BRASIL, 1988, art. 216).

Como salienta Costa (2008, p.28), a cultura no sentido constitucional pátrio, está diretamente relacionada às questões de identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Partindo, então, da delimitação do que seja patrimônio cultural para a CF/88, Francisco Humberto Cunha Filho, trouxe um conceito jurídico para cultura como sendo:

[...] cultura para o mundo jurídico é a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos (CUNHA FILHO *apud* COSTA, 2008, p. 33).

Como consequência da definição de cultura no âmbito jurídico, pode-se dizer que os Direitos Culturais são “o sistema legal de proteção ao gozo e fruição desse tipo de manifestação” (AMORIM, 2019, p. internet).

2.1 Princípios orientadores dos Direitos Culturais

Fundamental à completa fruição dos direitos culturais é a “ampla liberdade de expressão e de manifestação de qualquer cultura” (COSTA, 2008, p.39), amplo acesso à possibilidade de transmissão dos saberes e dos fazeres. Tendo isso em mente, a questão que se põe é como deve ser o comportamento do Estado frente a esses direitos.

A instauração de um Estado social pretendido pela CF/88 presuppõe prestações realizadas pelo poder público no sentido da garantia dos direitos. Essa tutela estatal é ainda mais importante quando tratamos de direitos fundamentais, classificação a que uma leitura integrada do ordenamento jurídico nos leva incluir os direitos culturais (CARVALHO, 2018, p.43). Assim, a participação do Estado deve ser no sentido apenas de proteção a esses direitos e o patrimônio cultural (COSTA, 2008, p.19).

Francisco Humberto Cunha Filho, através da interpretação constitucional sistemática (incluindo dispositivos infraconstitucionais), destaca do texto normativo cinco princípios basilares dos direitos culturais: pluralismo cultural; participação popular; atuação estatal como suporte logístico; respeito à memória coletiva; e universalidade (FERREIRA; MANGO; 2017,

p. 90). Esses princípios darão a tônica de como deve ser a atuação estatal. De uma forma geral, eles nos informam que a atuação do poder público deve ser de apoio logístico- institucional ao exercício dos direitos culturais pela coletividade, assim como a tutela do patrimônio cultural, incluindo a memória da nossa sociedade.

O ordenamento jurídico nacional traz dois caminhos que possibilitam, por meios diferentes, a tutela das expressões culturais tradicionais: um através do microsistema de direitos autorais; o outro, através das políticas de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Ao dar continuidade a este artigo, serão analisadas a tutela jurídica das expressões culturais por meio dos direitos autorais e dos instrumentos jurídicos relacionados ao patrimônio cultural imaterial.

3 A TUTELA JURÍDICA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS POR MEIO DOS DIREITOS AUTORAIS

A legislação brasileira que regula os direitos autorais (Lei 9.610, de fevereiro de 1998/LDA), trata o assunto sob espectro predominantemente individualista, sendo a criação do espírito tutelada como um bem móvel (art. 3º). Os direitos autorais seriam, portanto:

(...) um conjunto de regras destinado a regular a produção e a circulação de obras intelectuais (artísticas, científicas e literárias). É uma legislação voltada para a proteção individual do autor, das participações individuais em obras coletivas e do mercado de obras intelectuais (FARIA, 2012, p. 22).

Neste sentido, a efetividade dos direitos autorais relaciona-se aos ganhos econômicos e à proteção dos direitos morais dos autores. Haveria uma demanda comercial pela obra criativa concretizada e uma expectativa de utilização comercial daquele bem pelo autor. Essa expectativa nem sempre é uma realidade nas expressões culturais tradi-

cionais, as quais, muitas vezes, têm maior cunho simbólico, religioso e afetivo. Os seus autores e intérpretes não possuem um sentimento de propriedade sobre aquelas, mas uma relação de identidade, configuração fática que não se enquadra à dinâmica prevista na LDA.

Além dessas características, as obras utilizadas em expressões tradicionais são de indeterminável momento de criação, de indeterminável atribuição de aperfeiçoamentos; e indissociáveis de um habitat de uma coletividade culturalmente diferenciada (WACHOWICZ, 2013, p. 221), o que as afasta ainda mais do escopo da LDA. Ainda, os grupos tradicionais utilizam-se de obras originárias de outros grupos e expressões que passaram a incorporar o repertório de um e de outro ao longo do tempo. Há, portanto, espontaneamente, um livre trânsito dessas obras entre os grupos e até entre as expressões, outro fator que dificulta a definição inequívoca de uma autoria original (FARIA, 2012, p.23).

Observa-se, assim, uma dificuldade de proteção das criações dos grupos tradicionais por meio do sistema dos direitos autorais. Essa especificidade de criação é reconhecida e recebe ressalva protetiva da LDA (Art. 45, §3). No entanto, essa ressalva não foi disciplinada para conferir proteção adequada. Da forma como está atualmente regulamentada, sob enfoque protetivo individual, a LDA é insuficiente para proteger a criação de espírito realizada por grupos como o Boi Pintadinho.

Na verdade, observa-se o contrário, como cita FARIA (2012, p. 68-69), existe um desequilíbrio brutal de forças quando a indústria apropria-se da expressão cultural tradicional em seus produtos massificados, sem que haja qualquer benefício à comunidade que detém a expressão, protegendo a lei, em regra geral, a indústria que se utilizou desses bens imateriais.

Cabe destaque que algumas expressões culturais do mesmo tronco do boi calemba, por exemplo, as expressões de bumba-boi do Maranhão, acabaram por se tornar, por motivos que fogem ao escopo

deste trabalho, produtos de ampla apreciação e demanda comercial pela população local. Apesar de manterem sua estrutura tradicional, essas manifestações, com o tempo, adaptaram-se às práticas da indústria cultural, incluindo novas composições com atribuição de autoria e registros fonográficos, indicando uma conformação da expressão tradicional operada, também, com a legislação autoral.

4 A TUTELA JURÍDICA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS POR MEIO DA PATRIMONIALIZAÇÃO

As flores frágeis da humanidade
Claude Lévi Strauss

Para o presente estudo, é importante esclarecer o que engloba o denominado Patrimônio Cultural Imaterial (PCI). A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, documento da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), cujo Brasil é signatário,³ define como PCI:

(...) as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural (UNESCO, 2003).

O *caput* do já referido art. 216 da CF/88 inclui no patrimônio cultural nacional tanto os bens materiais, quanto os imateriais, e exemplifica, no rol dos bens elencados, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas, típicos de bens imateriais.

³ Recepcionado no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo nº 22, de 1º de fevereiro de 2006.

É claro, portanto, à luz do ordenamento jurídico nacional, o que significa patrimônio cultural e, por consequência, quais bens efetivamente devem estar sob tutela do Estado, incluindo os de ordem imaterial.

4.1 Um “dever ser” do Estado face ao Patrimônio Cultural Imaterial (PCI)

*Boiar no mar é de graça, é de graça
Eu vou fazer uma ciranda
Pra botar o disco na lei de incentivo à cultura*
Karina Buhr

O comportamento do Estado frente a vários setores diferentes que compõem a sociedade recebe expectativas diversas e muitas vezes antagônicas. Uma abordagem liberal indicará que a esfera cultural é eminentemente privada, sendo ilegítima qualquer interferência estatal (CUNHA FILHO, 2017, p. 181), que poderia acabar no uso estatal da cultura para fins políticos. Porém, argumentos contrários afirmam que a ausência estatal também é responsável por distorções e desigualdades (CUNHA FILHO, 2017, p. 180). Assim, o comportamento do Estado deve equilibra-se na dialética entre a atuação negativa, a omissão, e a intervenção estatal nos direitos culturais, e seus riscos de uso político, revestindo-se tanto dos anseios liberais quanto dos sociais (BITTAR, 2015, p. 21).

Muitas das expressões culturais tradicionais que compõem o patrimônio imaterial, ainda que não registradas e não conseguiram se integrar à sociedade informacional, seja por suas características inerentes de expressão, seja pela sua manifestação periférica. Percebe-se, assim, situações em que não são absorvidas no mercado cultural, hoje amplamente digitalizado e veiculado nas redes eletrônicas.

Pode-se pensar que, diante dessa realidade, uma omissão estatal acabaria por impor uma política pública⁴⁴ (CUNHA FILHO, 2017, p. 179-180) de extinção dessas expressões ao mercado cultural altamente estruturado, complexo e planejado que impõem a sociedade informacional. Decorre que a proteção dessas expressões demanda um estado fortemente prestacional, sobretudo nos estados em desenvolvimento, como o nosso (COSTA, 2008, 37).

Antes de entrar no sistema jurídico da tutela do patrimônio imaterial propriamente dito, faz-se necessário inferir um desenho do que se deve esperar do comportamento do Estado na tutela dos direitos culturais, e do patrimônio imaterial, em termos de princípios.

O texto do art. 215 (CF/88) resolve a discussão entre a omissão e atuação do poder público, determinando que o Estado deve ser prestacional, ou seja, deve ser ativo no apoio, na valorização e na difusão das manifestações culturais. O parágrafo primeiro prioriza na tutela estatal “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, ou seja, a CF/88, notando a fragilidade dessas manifestações, dá às expressões tradicionais especial atenção.

Com o art. 216-A, que cria um Sistema Nacional de Cultura, a CF/88 indica que a atuação será coordenada, descentralizada, por meio de políticas públicas, pactuadas entre os entes federativos e a sociedade. Extrai-se do texto que a atuação do estado deve ser estruturada por meio de políticas públicas. A descentralização traz a possibilidade de percepção local, sendo capaz de proteger as expressões que tenham abrangência geográfica limitada. Determina também que haja coordenação, e, interpretando esse dispositivo dentro da estrutura constitucional, extrai-se que a coordenação geral caiba à União e que a execução local seja dos estados e municípios.

⁴⁴ Política Pública: “atuação estatal planejada, omissiva ou comissiva, que tem por objetivo o desenvolvimento de determinado setor integrante das relações sócio-políticas, em cumprimento ao que legitimamente determina a legislação (CUNHA FILHO, 2017, p. 179-180).

Para definir ainda melhor os contornos desse comportamento estatal esperado, utilizaremos o catálogo de princípios informativos dos direitos culturais sintetizado por Cunha Filho (*apud* FERREIRA; MANGO; 2017, p. 90), já discutidos anteriormente, quais são: o pluralismo; a participação popular; do estado como suporte logístico; do respeito à memória coletiva; e, a universalidade. Alguns desses princípios são expressos no texto constitucional (ex: universalidade), outros precisam ser extraídos do texto (ex. suporte logístico).

O pluralismo informa que o plano cultural é extremamente diverso. A tutela estatal deve reconhecer legítimas as mais diversas expressões culturais que se espraiam pelo território nacional, ou seja, a diversidade em si, como um patrimônio, deve ser protegida. O Estado deve reconhecer também a autonomia dessas expressões, sem nelas interferir, mas oferecendo *suporte logístico* ao fomento às expressões. A participação popular, por fim, informa que o estado deve garantir o protagonismo das ações culturais à sociedade civil, disponibilizando mecanismos para sua participação ativa.

Em síntese, destacam-se oito características fundamentais enumeradas no enunciado: o Estado prestacional (1) deve fomentar as manifestações culturais, em especial as tradicionais (2) de forma coordenada entre todos os entes federativos (3), porém regionalizada (4), com políticas públicas (5) estruturadas, reconhecendo sua expressiva diversidade e a necessidade de tutelá-la (6), atuando como apoio e suporte logístico (7), sem atuação direta na realização da expressão cultural e propiciando intensa participação popular na formulação das políticas e ações culturais (8).

4.2 O Decreto 3.551/2000 e o PNPI

O Decreto Presidencial 3.551 de 2000 instituiu o Registro dos Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), ambos com sistemática já adequada à prevista na futura Convenção de Salvaguarda do Patrimônio

Imaterial que o Brasil se tornaria signatário seis anos à frente. Para o registro, o Decreto prevê quatro grandes modos de apresentação dos bens imateriais e, para cada um, instituiu um livro: saberes; celebrações; as formas de expressão e lugares. Legitima o Ministro de Estado da Cultura, instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal e sociedades ou associações civis para iniciar o processo de registro de um determinado bem.

O PNPI⁵ define cinco linhas de atuação: pesquisa, documentação e informação; reconhecimento e valorização; sustentabilidade; promoção e difusão; e, capacitação e formação institucional. Institui, ademais, três macroprocessos de atuação: Identificação de Bens Culturais de Natureza Imaterial; Reconhecimento de Bens Culturais de Natureza Imaterial; e Apoio e Fomento a Bens Culturais de Natureza Imaterial.

As ações previstas no programa são muito fortemente guiadas pelo processo de registro dos bens. De forma idêntica ao ponto levantado na Convenção de Salvaguarda, o registro é o instrumento adequado para a direção dos principais recursos do Estado para salvaguarda desses bens. Entretanto, o programa, dentro do macroprocesso de apoio e fomento, institui também o apoio e fomento a bem ainda não reconhecidos ou em processo de reconhecimento (Portaria IPHAN 100/2016, art. 9^o, §1^o, II).

4.3 Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

Um importante diploma para a instrumentalização da tutela do patrimônio imaterial, que compõe os Direitos Culturais e Sociais como vimos acima, é a Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (Unesco/2003), incorporada ao ordenamento jurídico

⁵ Regulamentado pela Portaria 200/2016 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 22/2006 e consequente Decreto Presidencial nº 5.753/2006. Hoje a Convenção conta com 180 países signatários.

A Convenção reconhece o papel fundamental que o patrimônio imaterial tem como fonte da diversidade cultural e de desenvolvimento sustentável (UNESCO, 2003). Ela também expõe o contraponto existente entre a sociedade globalizada e em rápida transformação, que, por vezes, apresenta-se intolerante a certas expressões tradicionais, levando a risco de desaparecimento. Esse reconhecimento figurou-se como uma guinada no pensamento da UNESCO “no sentido de mudar da busca de elemento de uma cultura universal, partindo para o reconhecimento da diversidade cultural como riqueza humana” (CUNHA FILHO, 2021, p. 359).

A referida Convenção traz a seguinte definição sobre o que seria salvaguarda:

(...) medidas que visam garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão – essencialmente por meio da educação formal e não-formal - e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos (UNESCO, 2003).

Sant`Anna (*apud* QUEIROZ, 2020, p.23) traz a noção de salvaguarda como um conjunto de processos envolvendo não só a documentação e registro, mas também e fundamentalmente o fomento para que esse patrimônio imaterial permaneça viável, vivo. Traduz-se, portanto, em ações estatais efetivas para que se viabilize sua presença ao longo do tempo nas comunidades.

Apesar de não haver na Convenção força coercitiva expressa, característica que deriva do caráter voluntário e consensual de adesão desse tipo de norma internacional, ela traz obrigações aos Estados-membros. Das obrigações dos Estados, a de maior destaque no

texto é a de realização de inventário do patrimônio cultural imaterial (Artigo 12). Porém, como vimos, apenas o registrar não significa salvar. São, portanto, as demais ações, que têm formas genéricas (como adotar medidas para garantir, adotar política geral, designar organismos), que efetivamente se encarregam da proteção do patrimônio inventariado. O inventário, portanto, é apenas a indicação de para onde serão dirigidos os esforços estatais de proteção do patrimônio imaterial, ficando a cargo dos Estados a definição exata das ações a serem tomadas.

A Convenção também dá outras providências, como a criação de um Comitê para fomentar as ações de salvaguarda e manter um registro do patrimônio imaterial da humanidade e de patrimônio que requer salvaguarda urgente. Para efeito ilustrativo, a lista de registro do patrimônio imaterial da humanidade traz as seguintes expressões relacionadas ao Brasil (UNESCO, 2022): Complexo Cultural do Bumba-meu-boi do Maranhão; Círculos de capoeira; Círio de Nazaré de Belém do Pará; Frevo; Yaokwa, o ritual de manutenção da ordem social e cósmica do povo Enawene Nawe; Expressões Orais e Gráficas do povo Wajapi; Samba de Roda do Recôncavo baiano.

4.4 As leis esparsas estaduais e municipais de titulação

Além das formas de patrimonialização já relatadas, no âmbito dos poderes legislativos estadual e municipais, percebe-se a elaboração de leis esparsas que atribuem títulos de patrimônio a diversas expressões. Desde ano de 2016, um total de 18 leis estaduais foram aprovadas e publicadas no RN. Só em 2022, na cidade de São Gonçalo do Amarante, tramitam 12 projetos de leis instituindo patrimônios culturais imateriais.

O que se percebe é que essas leis não partem de qualquer estudo científico, sem qualquer embasamento teórico, e acabam por não se configurarem em política pública, mas sim meramente como um reco-

nhecimento simbólico político, sem qualquer efeito prático na conservação do bem patrimonializado. Essa característica foi notada em estudo semelhante sobre a patrimonialização da expressão “Ginga com Tapioca” (SILVA; PESSOA, 2021, p. 16).

4.5 O Registro do Patrimônio Vivo no Rio Grande do Norte (RPV-RN)

O Rio Grande do Norte instituiu, através da Lei Estadual Ordinária nº 9.032/2007, o Registro de Patrimônio Vivo. Essa forma de salvaguarda de patrimônio visa a proteger o bem dando suporte financeiro às pessoas ou grupo de pessoas que detenham aquele conhecimento ou aquela forma de expressão. A metodologia difere das preconizadas pela Convenção e pelo Decreto, que se concentram no bem cultural e não nas pessoas. O RPV-RN disponibiliza uma pecúnia de caráter personalíssimo e atribui responsabilidades à pessoa ou ao grupo que vise a manutenção da manifestação, oferecimento suporte financeiro aos fazedores de cultura, muitas vezes em situação de pobreza, o que lhe dá feição, por vezes, de um certo assistencialismo (QUEIROZ, 2020, p. 23).

O RPV é feito por concurso público organizado pela Fundação José Augusto⁶, órgão de cultura do Governo Estadual. Essa política foi implementada em 2007, com a expectativa de realização de cinco novas inscrições anuais. O último concurso (2021), contemplou duas pessoas físicas (uma ligada ao auto do boi de reis e outra à literatura de cordel) e três pessoas jurídicas (um grupo de dança, um grupo de boi caemba e um grupo de rendeiras). Apenas três concursos foram realizados até o momento, descumprindo o determinado de entradas anuais e fragilizando consideravelmente a função de tutela buscada pela política pública.

⁶ O último edital encontra-se disponível no site da Fundação José Augusto: http://ad-con.rn.gov.br/ACERVO/secretaria_extraordinaria_de_cultura/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&T_ARG=267237&ACT=&PAGE=0&PARM=&LBL=EDITAIS. Acesso em: 12 ago. 2022.

5 AS METODOLOGIAS DE TUTELA E O ACESSO AO REGISTRO

Como visto, os bens que compõem o patrimônio imaterial estão sob tutela de três sistemas legais independentes entre si (a metodologia da Convenção de Salvaguarda, o Registro do Patrimônio Vivo e as leis esparsas de titulação) e com características díspares, mas que poderiam, em caso de as ações serem coordenadas, o que não se percebe, apresentarem, mesmo que minimamente, alguma complementaridade entre as políticas – com diferentes níveis de acesso ao registro e a abrangência das ações de tutela.

Enquanto as ações previstas ao nível federal, guiadas pela Convenção de Salvaguarda e pelo Decreto 3.551/2000, são amplas e estruturadas, apesar de eventualmente esparsas e genéricas, o acesso a elas através dos registros é complexo, com a necessidade de elaboração de estudos aprofundados e detalhados que subsidiem o pedido. Esta necessidade estrutura e capacidade técnica dos grupos tradicionais, o que nem sempre é possível.

A sistemática do PVN, adotada pela esfera do executivo estadual, traz a ação isolada de fornecimento de bolsa às pessoas envolvidas com a expressão, o que é obviamente insuficiente para salvaguarda do bem. Porém, o acesso a essa ação se dá de forma muito mais simplificada, lembrando que parte importante dessas expressões acontecem em comunidades carentes e de baixa taxa de escolaridade.

Já a sistemática adotada pela esfera legislativa estadual, por meio de títulos de patrimônio, tem valor meramente simbólico e não se configura como uma política pública, ou seja, não gera consequências práticas de salvaguarda dos bens imateriais.

Quando verificamos os três inventários (detalhados a seguir), vemos muito pouca coordenação e congruência entre eles, não havendo um direcionamento comum à salvaguarda dos bens imateriais. Não se verifica uma política pública unificada para a salvaguarda desses bens.

6 OS INVENTÁRIOS POTIGUARES

Longe de propor ter um inventário conclusivo e definitivo de todos os bens culturais imateriais do RN, é importante que se tenha uma noção da amplitude do que temos de expressões, saberes e manifestações, para possibilitar que se tenha uma política coordenada, efetiva e ampla de salvaguarda.

Helder Macedo, em seu estudo “Levantamento do Patrimônio Imaterial no Rio Grande do Norte”, catalogou 146 manifestações do patrimônio imaterial no estado (MACEDO, 2006, p.8). Com um conceito bem mais abrangente de bens catalogáveis, o livro “Patrimônio Imaterial de Natal”, publicado pelo SEBRAE, em 2017, é exemplo de catalogação de expressões, saberes e lugares de uma determinada comunidade - no caso o levantamento se deu por bairros de Natal. A catalogação dos bens se deu através de diversas entrevistas com os moradores da comunidade, que indicavam as referências culturais daquela localização, e com os relatos recebidos, e conheciam outras pessoas, formando assim uma “rede social” desses ofícios e expressões (SEBRAE, 2017).

Entre ofícios, lugares, expressões e celebrações, catalogou-se 2.257 bens. É certo que parte importante desses bens participam da identidade apenas localmente, de forma muito restrita, e em vários casos sem caráter tradicional (como o registro de expressões, lugares, extremamente recentes), até mesmo efêmero, o que não é crítica ao trabalho, uma vez da já vista dificuldade de conceituação bens culturais imateriais, e a sua constante transformação.

Essa influência restrita geograficamente, e a conseqüente diferente abrangência dos bens catalogáveis, explica a brutal diferença entre a quantidade de registros feitos no levantamento do Estado (146) em face o municipal (2.257).

6.1 O inventário do IPHAN

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), órgão federal responsável pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, mantém basicamente três tipos de registro:

- o inventário de referências culturais, que abrange bens “*que enfatizam a diversidade não só da produção material, como também dos sentidos e valores atribuídos pelos diferentes sujeitos a bens e práticas sociais*” (IPHAN, 2000, p.13). O IPHAN denomina esses bens como inventariados. Neste âmbito, no Rio Grande do Norte, o sítio do IPHAN apresenta duas iniciativas: o inventário da pesca artesanal do litoral do RN (onde vinculam-se dois bens, os ranchos de pesca da Lagoa do Sal e a carpintaria naval) e o Mapeamento de referências culturais do Seridó;
- o registro de bens imateriais, nos seus diversos livros, traz 6 bens: o ofício das baianas de acarajé; Roda de Capoeira; Ofício dos Mestres de Capoeira; Festa de Sant’Ana de Caicó; Teatro de Bonecos Popular do Nordeste; e, Literatura de Cordel. Sendo a festa de Sant’Ana de Caicó o único que tem abrangência local;
- o inventário nacional de diversidade linguística, que apesar de importância fundamental, não é objeto do estudo, não sendo pormenorizado.

Como já descrito ao longo do texto, o registro é apenas uma etapa do processo de salvaguarda. O registro deve iniciar uma série de outras ações que devem afetar diretamente o bem imaterial registrado. Verificando o recorte regional do RN, tem-se a Festa de Sant’Ana como único bem registrado.

Para esse bem em específico julgamos as ações excessivamente esparsas e genéricas. Entretanto, não havia de ser diferente, uma vez que essa festa já possui grande apoio do poder público e da iniciativa

privada na época de sua realização. Em outros bens relacionados na mesma publicação, há ações mais efetivas, como apoio a reparo de infraestrutura, por exemplo, porém sempre esparsas.

6.2 O Patrimônio Vivo do Rio Grande do Norte

Como já relatado, o registro das pessoas e grupos como Patrimônio Vivo ocorre por concursos públicos. Há dificuldade em saber quantas, quais e a que expressão se ligam os contemplados, não havendo lista que mencione os PV (PEREIRA, 2018, p. 51).

Desde a entrada em vigor da Lei do RPV- Registro do Patrimônio Vivo no RN, de nº 9.032, de 27 de novembro de 2007, foram realizados três concursos (2009, 2012 e 2021), em que pese, como visto, a lei recomendar a sua ocorrência anual. Compilando o último resultado e os dados colhidos por Pereira (2018, p. 53), têm-se seis pessoas físicas ativas no programa e sete grupos (sendo o grupo Boi Pintadinho um deles), com as seguintes expressões culturais:

- a. Boi de reis ou boi calemba – com duas pessoas físicas e dois grupos;
- b. Cordel – duas pessoas físicas;
- c. Escultura – com uma pessoa física;
- d. Teatro de bonecos – uma pessoa física;
- e. Chegança – um grupo;
- f. Caboclinhos – um grupo;
- g. Fandango – um grupo;
- h. Renda – um grupo;
- i. Dança Araruna – um grupo.

Mesmo em detrimento da menor quantidade de contemplados frente ao previsto na lei, há uma razoável diversidade de expressões

locais contempladas. Percebe-se também que a atuação da esfera local, representada pela Secretaria de Cultura (Fundação José Augusto - FJA), consegue abarcar bem mais expressões tradicionais (e/ou seus mestres) do que a atuação federal, através do IPHAN, que apenas um bem cultural local está abarcado em sua atuação.

Verifica-se, além disso, que há um descompasso entre a percepção da importância dos bens imateriais locais por essas instituições responsáveis diretamente pela tutela, IPHAN e FJA, uma vez que não há coincidência entre as expressões locais nos dois inventários, que são independentes entre si. As coincidências acontecem apenas nas expressões de amplitude regional como o cordel e o teatro de bonecos.

Esse descompasso pode decorrer da diferença entre as formas de acesso à tutela – um com cunho acadêmico (IPHAN), outro com cunho concorrencial (FJA) -, porém demonstra que há uma descoordenação entre as duas entidades. Exemplo é o boi de reis (ou calemba) com maior número de contemplados no RPV sem qualquer ação na esfera federal.

6.3 O patrimônio Imaterial por leis estaduais esparsas no RN

Com intuito ilustrativo da atuação do legislativo estadual na concessão de títulos de patrimônio imaterial, lista-se os bens culturais contemplados através de leis estaduais esparsas. Por fugir do escopo do presente trabalho não serão detalhados seus aspectos culturais. São oito festas religiosas, duas bandas de música, duas iguarias culinárias, saberes medicinais populares, três locais, um espetáculo de Natal e, até mesmo, um serviço turístico, como os passeios de buggy:

- a. Festa Comemorativa de Santa Luzia no município de Caraubais.
- b. Festa de São Miguel Arcanjo, Padroeiro da Cidade de Extremoz

- c. Festa de Nossa Senhora do Ó – Padroeira de Serra Negra do Norte.
- d. Festa de Nossa Senhora da Apresentação, padroeira do município de Natal.
- e. Festa de Santos Reis do Município de São José do Campestre
- f. Festa de São João Batista, no município de Açu/RN.
- g. Festa de Santa Luzia
- h. Festa de Santa Rita de Cássia, realizada na cidade de Santa Cruz/RN.
- i. Filarmônica Honório Maciel.
- j. Banda de Música da Polícia Militar
- k. O grude de Extremoz.
- l. Ginga com tapioca.
- m. Os saberes, os conhecimentos e as práticas tradicionais de saúde popular e cura religiosa das benzedadeiras.
- n. A Feira do Alecrim.
- o. O Santuário do Monte do Galo, localizado no Município de Carnaúba dos Dantas.
- p. Oratório de Santa Luzia de Mossoró/RN
- q. Espetáculo Natalis, do Grupo Diocecena do Colégio Diocesano Santa Luzia.
- r. O passeio de buggy.

6.4 O grupo Boi Calemba Pintadinho

Como veremos a seguir, o grupo Boi Pintadinho foi contemplado em algumas ações governamentais no intuito de sua proteção.

No âmbito municipal de São Gonçalo do Amarante no Rio Grande do Norte, a Lei nº1.959, de 10 de novembro de 2021, atribui ao Boi

Pintadinho o título de patrimônio imaterial. Entretanto, esse reconhecimento é meramente simbólico, não havendo apoio material envolvido.

Já no âmbito estadual o grupo foi contemplado no programa do Patrimônio Vivo e percebe mensalmente uma determinada quantia de recursos financeiros enquanto perdurar a atividade do grupo. Apesar de ser um apoio importante atualmente nas finanças do grupo, não há qualquer critério na aplicação desse recurso e acaba, por mais paradoxal que possa parecer, trazendo embates internos. Os integrantes do grupo são, em geral, agricultores que raramente tiveram possibilidades de proporcionar algum conforto para si e para sua família, sendo legítima a utilização desse recurso para tal. Não há no programa qualquer diretriz quanto ao uso da verba, acaba que um recurso importante tem pouco efeito na conservação da expressão.

Por fim, não há nenhuma iniciativa do grupo junto à sistemática de registro do IPHAN. A elevada complexidade do processo no Instituto face à precária escolarização dos líderes do grupo é uma barreira que se percebe intransponível num primeiro momento, o que impede, desde o nascedouro, um possível registro mais completo da expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo teve por finalidade investigar a tutela das expressões tradicionais tendo como base o caso particular do grupo Boi Pintadinho. O estudo constatou que o ordenamento jurídico prevê duas possibilidades de tutela das expressões tradicionais por meio dos direitos culturais: os direitos autorais e a salvaguarda do patrimônio imaterial.

No âmbito dos direitos culturais, percebeu-se uma obrigação prestativa (um ‘dever ser’) do Estado frente à tutela dessa expressão, com base nos seus princípios orientadores, como forma de proteção do bem cultural imaterial. Um poder público prestacional com ações coordenadas e estruturadas, com políticas públicas que privilegiem a

diversidade e o protagonismo popular, são algumas das características esperadas na atuação estatal.

Percebeu-se que expressões tradicionais, com as características do boi calemba, gênero em que se enquadra o Boi Pintadinho, não são eficazmente protegidas pelo sistema dos direitos autorais, uma vez que suas criações são de autoria coletiva e de data indeterminada, sistemática criativa não tutelada pela legislação vigente. Além disso, nem se verifica uma demanda externa de consumo das criações do grupo, nem o grupo tem a expectativa de utilização comercial massificado de suas criações, por não as entenderem como um produto, mas sim como parte da própria identidade daquele grupo. Esse fato afasta a expectativa da proteção patrimonial relacionada aos direitos autorais, ainda que essa proteção seja importante também em seus aspectos morais.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais, observou-se que há instrumentos jurídicos de proteção, em esferas internacional, nacional, estadual e municipal. Analisaram-se os tipos jurídicos de proteção existentes assim como esses instrumentos são aplicados em diversas manifestações culturais no RN.

Entretanto, verificou-se que o Estado tem assumido apenas parcialmente o comportamento esperado, pois apesar de se perceber uma certa rede de proteção que se propõe a tutelar as expressões tradicionais, especialmente em âmbito regional, trata-se de uma rede frágil e vulnerável, com ações descoordenadas, descontraídas e muitas vezes de eficácia meramente simbólica, com políticas públicas estruturadas de proteção (quando existem) quase inacessíveis aos grupos tradicionais, em decorrência da complexidade para propositura de ações de salvaguarda. Ações que poderiam até se complementar perdem drasticamente sua eficácia quando aplicadas isoladamente, demonstrando muito pouca ou, às vezes, nenhuma eficácia na proteção dessas expressões.

O resultado final é que essa rede frágil de proteção jurídica, na forma que está posta atualmente no ordenamento, não tem sido capaz de impedir o gradual, porém dramático, desaparecimento da expressão do Boi Pintadinho, restando aos componentes e seus familiares uma luta inglória distante e em contradição à hegemonia de manifestações da indústria cultural e de massa.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Indústria Cultural e Sociedade: O iluminismo como mistificação das massas**, 5a ed. São Paulo, Paz e Terra, 2002.

AMORIM, Anaximandro. **Os Direitos Culturais, sua importância e proteção**. OAB/ES, 2019. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/os-direitos-culturais-sua-importancia-e-protecao> —34.html. Acesso em: 20 maio 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 08 ago 2022.

CARVALHO, Marcella Souza. Cultura, Constituição e Direitos Culturais. **Direitos culturais**, p. 35-55. Salvador: EDUFBA, 2018.

COSTA, Luísa. Línguas indígenas estão morrendo – e, com elas, o conhecimento sobre plantas medicinais. **Superinteressante**, Brasil, 10 jun. 2021. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/linguas-indigenas-estao-morrendo-e-com-elas-o-conhecimento-sobre-plantas-medicinais/>. Acesso em: 07 ago. 2022.

COSTA, Rodrigo Vieira. Cultura e patrimônio cultural na Constituição da República de 1988 – a autonomia dos direitos culturais. **Revista CPC**, São Paulo, n. 6, p. 21-46, maio 2008/out. 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINA, José Roberto. Direitos Culturais: centenários mas ainda desconhecidos. **Direitos culturais**, p. 27-34. Salvador: EDUFBA, 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Políticas Públicas como Instrumental de Efeivação de Direitos Culturais. **Seqüência** (Florianópolis), n. 77, p. 177-196, nov.

2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n77p177>. Acesso em: 08 jun. 2022.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A tutela jurídica do patrimônio cultural imaterial: Um estudo de direito comparado. **RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Curitiba, v. 1 n. 2, p. 357-362, 2021.

FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. Organização da coleção Lia Calabre. – São Paulo : Itaú Cultural : Iluminuras, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed; MANGO, Andrei Rossi. Cultura como direito fundamental: regras princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília v. 3 n. 1 |p. 80 – 98: Jan/Jun. 2017.

GALVÃO JÚNIOR, José Leme. **A preservação do patrimônio cultural como direito à memória**. Patrimônio Cultural Brasileiro. Brasília: TJDFT, 2022.

GONÇALVES, Lêda. Tradições populares estão ameaçadas. **Diário do Nordeste**, Brasil, 14 dez. 2013. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/tradicoes-populares-estao-ameacadas-1.793756>. Acesso em: 07 ago. 2022.

GURGEL, Deífilo. **Manual do boi calemba**. Natal: Nossa Editora, 1985.

IPHAN. **Inventário nacional de referências culturais**: manual de aplicação. Brasília, 2000. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Manual_do_INRC.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

MACEDO, Helder Alexandre Medeiros de. **Levantamento do patrimônio imaterial no Rio Grande do Norte**. XIII Encontro Estadual de História. João Pessoa, 2008. Disponível em: http://www.anpuhpb.org/anais_xiii_eeph/textos/ST%2013%20-%20Helder%20Alexandre%20Medeiros%20de%20Macedo%20TC.PDF. Acesso em: 06 jun. 2022.

PEREIRA, Maria das Graças Cavalcanti. **A trajetória da lei do registro do patrimônio vivo do RN – RPV (2007-2017)**: uma avaliação de implementação. Tese (Doutorado) – UFRN. Natal, 2018.

QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. O Patrimônio Cultural Imaterial e a força normativa da Convenção para (da) Humanidade. **Cadernos Nauí: Núcleo**

de Dinâmicas Urbanas e Patrimônio Cultural, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 14-37, jul-dez 2020. Semestral.

SEBRAE-RN. **Patrimônio Imaterial de Natal**. Natal, 2017.

SILVA, Victor Augusto Martins Lima da; PESSOA, Nara da Cunha. **Concepções e representações do título de patrimônio cultural imaterial da gíngua com tapioca**. Encontro de Estudos Multidisciplinares de Cultura. Salvador, 2021. Disponível em: <http://www.enecult.ufba.br/modulos/submissao/Upload-568/132301.pdf>. Acesso em: 06 jun 2022.

UNESCO. **Browse the Lists of Intangible Cultural Heritage and the Register of good safeguarding practices**. Disponível em: [https://ich.unesco.org/en/lists?text=&country\[\]=00033&multinational=3&display1=inscriptionID#tabs](https://ich.unesco.org/en/lists?text=&country[]=00033&multinational=3&display1=inscriptionID#tabs) Acesso em: 21 set 2022.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos culturais e saberes: o reconhecimento de um direito de propriedade intelectual de natureza difusa. **Políticas Culturais em Revista**, 1 (6), p. 220- 234, 2013.

O DIREITO AUTORAL DO INTÉRPRETE CRIADOR NA DANÇA CONTEMPORÂNEA

MARIA CLARA MAIA LE BOURLEGAT¹

RESUMO: Com o advento da dança contemporânea e sua essência subversiva em relação ao processo criativo dominante até então, surge com ela novos questionamentos sobre a caracterização da obra e sua autoria. A partir do momento em que o sentimento dá origem à coreografia e a improvisação se torna uma técnica de elaboração coreográfica, o intérprete assume uma postura ativa, expandindo seu papel no resultado criativo. É urgente a necessidade de reconhecimento da contribuição do intérprete na criação da obra, sendo igualmente necessária a salvaguarda de sua autoria. Inicialmente portanto, necessário entender no que consiste o intérprete criador e qual a sua origem. A partir daí, com um estudo relativo ao sistema de direitos autorais vigente hoje no Brasil, vê-se a possibilidade de proteção do direito autoral desse sujeito na coautoria.

Palavras-chave: Direitos Autorais, Dança Contemporânea, Intérprete-Criador.

INTRODUÇÃO

A dança contemporânea surgiu num contexto de desconstrução. A finalidade era apresentar a dança não mais como algo estético, representado por uma junção de passos sincronizados que formam uma coreografia bela. Trata-se, agora, da formação de um movimento a partir do estudo do corpo, a partir de diferentes estímulos externos e internos que formam uma sequência de movimentos, não de passos. Buscou-se o afastamento da forma e da busca pela estética ideal e a aproximação da pesquisa e da relação com o ambiente exterior (OLIVEIRA, 2008).

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da mesma instituição. Técnica em Dança formada pela Escola de Dança do Teatro Guaíra.

A dança deixa de ser a simples junção de movimentos detalhadamente organizados para a criação de uma forma pré-estabelecida, mas passa a permitir a manifestação de sentimento através da expressão do bailarino. A partir daí, a dança como arte agrega cada vez mais significado – as coreografias não buscam apenas entreter o espectador, mas têm o objetivo de dizer sem palavras, de instigar, de comunicar.

Nesse contexto, o processo de criação é completamente transformado: em primeiro lugar, não há mais a necessidade de um resultado esteticamente agradável. Essa mudança paradigmática permite uma enorme abertura para influências na formação de uma coreografia. Diversas são as técnicas que surgem com esse leque de oportunidades: de relações anatômicas a figuras geométricas virtualmente observadas no espaço, de contato improvisação à dança teatro – são inúmeras as possibilidades de fundamento para a criação coreográfica.

Percebe-se, nesse contexto, uma figura essencial e presente na maioria das novas formas de criar: a improvisação. A técnica é um marco da nova percepção de dança, sendo a principal forma de descoberta e desenvolvimento de sequências coreográficas. Sua importância é tão latente na dança contemporânea que se percebe ela mesma como criação finalizada. Nesse sentido, muitas são as coreografias que não ficam formatadas a um único modelo, mas podem ser reinventadas a cada apresentação ao público.

É nesse cenário que se insere o criador intérprete. O próprio nome já explica seu papel: ele é aquele que dá vida à coreografia através de seu próprio corpo, trazendo materialidade à ideia do coreógrafo. Entretanto, ele mesmo é o responsável pela criação do que está sendo apresentado – não necessariamente ele é o dono da ideia que deu origem à obra, porém ele é essencial para criar o que está ali sendo apresentado.

O que se verifica é que o indivíduo que assume esse papel tem também uma contribuição intelectual na criação da obra. Essa intelectualidade materializada na forma de coreografia, como direito fundamental do indivíduo, deve ser protegida. O papel do direito, nessa situação, é garantir que não haverá confusão no resultado que teve origem na mente do coreógrafo e do que teve origem na mente do criador intérprete.

Na relação clássica de dança, em que o bailarino fica adstrito a agir conforme o que foi orquestrado pelo coreógrafo, basta o direito de intérprete para protegê-lo – há o resguardo de sua interpretação através desse direito personalíssimo. A problemática na situação do intérprete criador é que sua contribuição não se restringe à mera realização de movimentos pré-estabelecidos. Há, pelo contrário, efetiva participação no resultado criativo que precisa ser reconhecido e feito objeto de proteção.

Aqui se faz necessária a análise das condições atuais de proteção à propriedade intelectual. Fazendo um recorte sobre o contexto brasileiro, temos o direito autoral previsto no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal (CF/88).

Além disso, o artigo 20 do Código Civil (CC) também prevê proteção de tal direito, compreendido no rol de direitos da personalidade (BRASIL, 2002). Ainda, tem-se a legislação própria de direitos autorais (Lei 9610/98), criada após a nova ordem constituinte. O texto normativo veio para regulamentar a proteção ao direito fundamental previsto nos incisos XXVII e XXVIII da Constituição.

A partir do estudo da obra coreográfica, da identificação do intérprete criador, é preciso, portanto, verificar sua efetiva contribuição à criação da coreografia. Em seguida, é imprescindível uma leitura do direito autoral de forma completa, para que seja verificada a melhor forma de dar amparo àquele que utiliza sua intelectualidade para a criação de uma obra artística na dança contemporânea.

1 O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CRIATIVO NA DANÇA

1.1 A dança contemporânea e sua essência

Para compreender o cenário atual da dança contemporânea e suas problemáticas, inclusive no que toca ao direito, é preciso fazer um apanhado histórico.

De forma paradoxalmente restrita (pois especialmente eurocêntrica) e panorâmica (pois diz respeito às transformações no decorrer de diferentes momentos históricos), é possível visualizar três grandes movimentos artísticos na dança: clássico, moderno e contemporâneo. Embora os dois primeiros não sejam objeto do estudo deste trabalho, é importante analisarmos seus principais conceitos e características justamente para que, de forma mais informada, seja possível enxergar as peculiaridades da dança contemporânea - o que impacta diretamente na especificidade de seu processo criativo.

Pois bem. O ballet clássico tem sua origem nas danças de corte, praticada pelos nobres em festas do palácio, como forma de destacar o requinte e a finesse classe social dominante. A partir de Luís XIV², a dança deixou de ser exclusiva dos salões e passou a constituir um grande espetáculo, como forma de apresentar o poder e o luxo do rei.

² Chamado de Rei Sol, Luís XIV (Saint-Germain-en-Laye, França, 5 de setembro de 1638 – Versalhes, França, 1 de setembro de 1715) representou o apogeu do absolutismo francês, sintetizado na frase “Eu sou o Estado”, uma declaração apócrifa atribuída ao monarca francês. Seu reinado de 72 anos, o mais longo da história, consolidou a França como a primeira potência europeia de seu tempo. Desenvolveu uma enérgica atividade diplomática. Um exemplo claro foi o papel decisivo que desempenhou durante a Guerra da Sucessão Espanhola. Ele era um grande protetor das artes e transferiu a corte de Paris para Versalhes, um movimento que trouxe controle e obediência da fragmentada nobreza francesa. Suas inúmeras guerras engrandeceram o país, embora representassem uma grande carga econômica que ele tentou aliviar com aumentos de impostos, algo que trouxe fome e inquietação entre as classes mais baixas. Isso acabaria causando a queda do absolutismo que ele tanto se esforçou para consolidar. (HISTÓRIA NATGEO, 2022, tradução nossa).

Vê-se, portanto, considerando o contexto de sua criação, que a dança clássica tem como principal finalidade a apresentação de um espetáculo esteticamente agradável. Pode-se dizer, de forma geral, que todo movimento no ballet clássico é feito para que resulte em algo belo aos olhos, com atenção àqueles que assistem.

Em contraposição (até certo ponto, como será abordado), iniciou a dança moderna buscando romper de vez com o paradigma da forma. Nesse sentido, várias figuras importantes resolveram pensar a forma a partir de aspectos diferentes, sendo que todos chegaram a um ponto em comum: o movimento, e não a forma, como essência da dança. De Delsarte³ a Laban⁴, de Isadora Duncan⁵

³ Investigando algumas dessas mutações do corpo, do movimento e do pensamento – tendo o campo da dança como referência –, curiosamente, alcançamos as interpelações de um músico, orador e teórico autodidata, que é anterior a Loïe Fuller. Trata-se do francês François Delsarte (1811-1871) que, interessado na compreensão e no desenvolvimento de um esquema que indicasse associações entre os gestos e emoções humanas, acaba tendo sua obra apropriada pela dança moderna, influenciando assim toda uma geração de artistas ao longo do século. (ANDRADE, 2016, p. 127)

⁴ Rudolf Laban (1879-1958) é internacionalmente conhecido como teórico da dança. Esse reconhecimento é devido, mas oculta as origens de um pensamento invulgar que ultrapassa as delimitações de um campo exclusivo de conhecimento. Todas as extensões da obra labaniana, quais sejam: a Coreologia, a Corêutica, a Cinetografia ou a Eucinética, nasceram de uma visão cosmológica de mundo, dada pela Coreosofia. Em Laban (1966, p. vii), Coreosofia, do grego clássico Choreosophia, indica “a sabedoria dos círculos” ou “o estudo de todos os fenômenos do círculo existentes na natureza e na vida”. Ainda em Laban (ibidem), a Coreosofia “é tão antiga quanto as montanhas” e está associada a aspectos ritua-lísticos e mágicos dos povos ancestrais, especialmente do oriente, e de suas formas geométricas perfeitas, as mandalas. Mandala, a propósito, no contexto linguístico original (sânscrito), significa “círculo”. A Coreosofia de Laban, conforme Vieira (2017, p. 47), “pode ser entendida como a ontologia do pensamento sobre o movimento humano”, realizando-se como “um campo multidisciplinar que dialoga com a antropologia, a sociologia, a música, a anatomia, a ergonomia, a educação, dentre outros campos do conhecimento humano”. (MADUREIRA, 2020, p. 3)

⁵ Americana de São Francisco, Isadora Duncan não recebeu educação formal. No entanto, com apenas 11 anos começou a ensinar dança. Adolescente, se apresentava acompanhada dos três irmãos ao som do piano da mãe, Mary Dora. Em sintonia com a família, criou o próprio sistema de dança, que privilegiava os movimentos

a Marta Graham⁶, todos se dedicam à arte do movimento, ao mesmo tempo em que “concebem o gesto a partir do princípio de que todo corpo é mobilizado pelo movimento” (MELLO; SANTOS; AMARAL, 2016).

Enquanto um ramo busca uma movimentação rígida e milimetricamente coreografada, com linhas bem definidas e passos preestabelecidos que se juntam, o outro almeja a liberdade do movimento, a possibilidade de fluidez pélvica, a descentralização da coluna, os pés descalços que se orientam pelo sentimento. Os dois, porém, não

livres, motivados pela emoção. “Tive três grandes mestres, os três grandes precursores da dança no nosso século: Beethoven, Nietzsche e Wagner”, costumava dizer, citando o filósofo Friedrich Nietzsche entre os grandes compositores alemães. Em busca de reconhecimento, aos 18 anos trocou São Francisco por Chicago. Passou por Nova York e Londres, mas a fama só chegaria cinco anos depois, em Paris e Berlim. Rodeada de seguidores e amiga dos gênios de seu tempo, como o escultor francês Auguste Rodin, Isadora aprimorou sua dança à perfeição e acabou por influenciar gerações. (ISTOÉ, 2004)

- ⁶ Graham foi responsável pelo desenvolvimento de uma técnica que associava intrinsecamente a respiração ao movimento – através da contração e relaxamento. Também é sua marca pessoal os gestos amplos e o contato com o chão, abandonando, desta forma, alguns dos princípios básicos da dança tradicional. Contrário ao que muitos pensam, ela não era exatamente contra o ballet, mas a superficialidade com que essa arte se expressava, principalmente em relação à intensidade, o drama e a paixão. Por não conseguir se expressar através dele, estruturou seu trabalho no por meio de uma expressão mais livre e honesta do seu mundo interior, revelando suas emoções como alegria ou dor, desejos e sonhos, através da dança. Graham criou uma nova linguagem de movimento, usada para revelar todas essas emoções e sentimentos comuns à experiência humana. Em 1926, fundou a Martha Graham Dance Company, e desde então, ela coreografou mais de 200 trabalhos sobre diversos assuntos, como, a mitologia grega, os antigos rituais, as questões sociais e o folclore norte-americano e a sensibilidade feminina. Como mestra, Graham treinou gerações de grandes bailarinos e coreógrafos. Dentre eles estão Alvin Ailey, Twyla Tharp, Paul Taylor, Merce Cunningham, além de ter colaborado com alguns dos mais conceituados artistas de seu tempo, como o compositor Aaron Copland e o escultor Isamu Noguchi. Dançou e coreografou por mais de 70 anos, e foi a primeira bailarina a se apresentar na Casa Branca, viajar para o estrangeiro como embaixadora cultural, e receber o maior prêmio civil do EUA: a Medalha Presidencial da Liberdade. (DANÇA MODERNA, 2014)

abrem mão do movimento (e, por que não, do que é belo e agradável aos olhos dos espectadores).

Aí encontra-se a originalidade da dança contemporânea: o movimento não é mais o foco, mas sim a comunicação. O artista tem algo que quer comunicar ao público, e a forma como fará isso nem sempre prescinde de movimentação, muito menos de uma apresentação esteticamente bela.

Nesse sentido, surge o conceito de performance na dança. Não tem a ver com a habilidade com qual o artista se apresentou, mas sim uma apresentação que não necessita de palco ou de movimento, apenas de uma ideia e um corpo. Eduardo Romero Lopes Barbosa⁷ bem coloca que “nas ações performáticas o Corpo é o condutor de metáforas da linguagem, onde sujeito e objeto se fundem numa ação que muitas vezes desafiam os códigos culturais estabelecido” (BARBOSA, 2010).

Jérôme Bel⁸ é outro artista que demonstra bem essa desconexão entre o que se convencionou chamar de dança e o que é propos-

⁷ Possui graduação em Licenciatura em Desenho e Plástica pela Universidade Federal de Pernambuco (2000), Especialista no Ensino de História da Arte pela Universidade Federal Rural de Pernambuco (2003), Mestre (2005) e Doutor (2014) em Antropologia Cultural pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenou o Laboratório de Fotografia do Agreste - FotoLab/CAA/UFPE. Coordena o grupo de pesquisa Symbolismum - Estudos sobre o Imaginário e Complexidade. É professor Adjunto III do Departamento Teoria da Arte, curso de Artes Visuais do Centro de Artes e Comunicação da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pesquisa as relações entre o Homem e a Imagem, seus desdobramentos históricos e influência na Cultura e na Educação, assim como a abordagem empírica do impacto das imagens técnicas e pós-industriais através da fotografia na sociedade contemporânea. Análise prática-teórica da construção do imaginário sociocultural através da História da Arte, da Estética e do Corpo. (DOMESTIKA, 2021).

⁸ Jérôme Bel, nasceu em 1964 em França. Estudou dança no Centro Coreográfico Nacional de Angers. Entre 1985 e 1991 dançou com diversos coreógrafos, incluindo Angelin Preljocaj, Régis Obadia e Caterina Sagna. Em 1992 foi assistente de Philippe Découflé na cerimônia dos Jogos Olímpicos de Inverno em Albertville. Trabalhou doze anos com Frédéric Seguet. Tornou-se uma das figuras centrais do movimento artístico conhecido como “non-dance”. O seu trabalho tem sido apresentado não só em salas de teatro e festivais internacionais de artes performativas

to como dança pela dança contemporânea. Uma de suas coreografias –*Shirtology* (1997) – aparentemente abandona tudo o que se poderia achar necessário para uma dança. O bailarino entra no palco e fica parado, encarando o público. Começa então a tirar a camiseta e percebe-se que há ainda outra camiseta por baixo daquela. E assim procede, tirando várias camisetas, e sempre com outra por baixo. Cada camiseta tem um símbolo, alguma marca - ou brasão de time, ou bandeira de um país. Até que tira a última camiseta, na qual está escrito, em inglês, “uma camiseta para a vida”, ficando com o tronco nu. Por último, veste outra camiseta, com o fundo preto e um esqueleto desenhado.

Vã a tentativa de conceituar a dança contemporânea, portanto. Trata-se de um movimento complexo que abrange a conexão real entre o corpo e pensamento - resultando em movimento visível ou não. Possível, ainda assim, traçar seu perfil. Diante do que foi apresentado até o momento, percebe-se algumas características suficientes para nos guiar no desenvolvimento deste trabalho: o rompimento com os paradigmas da forma e do movimento e a supervalorização da comunicação por meio do corpo.

Nessa perspectiva, temos a essência da dança contemporânea, o que ajudará em muito no momento de entender quem é o intérprete criador, essa nova figura que surgiu com esse novo conceito.

1.2 A improvisação e o processo criativo

Diante da estrondosa transformação na mentalidade da dança, logicamente, a sua forma de criação também se transforma. O caminho antes presente, dado pela vertente clássica, era relativamente simples: os passos eram preestabelecidos - bastava agrupá-los em uma sequência que se encaixasse na música escolhida.

como também em diversos museus e bienais de arte contemporânea (Tate Modern, MoMA, Documenta 13, Louvre). Em 2005 ganhou o Bessie, em Nova York, com a obra *The Show Must Go On*. Em 2013, ganhou o prêmio suíço “Present-Day Dance Creation”, com a peça *Disabled Theater*. (DE LIMA TEIXEIRA, 2021)

Aqui, necessária uma importante ressalva: é claro que essa simplicidade é meramente aparente. A dança clássica também se preocupava com a comunicação de uma história e de sentimentos. Noverre⁹ é prova de que a dança clássica objetivava também a transmissão de emoções através de movimentos que deveriam ter sentido, realizados por bailarinos que deveriam ter expressão, corporal e facial. Da mesma forma, no surgimento da dança clássica, foram criados os movimentos que, delimitados, nos dão os passos preestabelecidos de hoje.

Entretanto, a fim de facilitar a compreensão das diferenças entre os estilos de dança, que, como qualquer arte, têm uma carga imensa de complexidade, é necessário atentar às características principais de cada um desses estilos. À vista disso, verifica-se que a criação na dança clássica parte da existência de movimentos predefinidos e a criação de uma nova coreografia será o resultado do sequenciamento desses movimentos.

Ao romper o paradigma da forma, a dança moderna abandonou os movimentos tradicionais para dar espaço a uma nova forma de criação. A intenção não era mais atribuir expressão e sentimento aos pas-

⁹ Noverre afirmava que esse conhecimento deveria ser levado aos palcos através da pantomima, do respeito às proporções naturais na montagem do cenário, no cuidado com a escolha dos figurinos e até na escolha dos bailarinos que deveriam, segundo ele, ter o físico adequado às personagens representadas. Noverre queria uma representação que afetasse, emocionasse o espectador. Por isso, preocupou-se também com a expressividade dos bailarinos, que considerava fundamental para a criação das personagens e para a compreensão e afetação do público. Noverre retirou as máscaras dos bailarinos e abriu mão das vestimentas pesadas e luxuosas, levando para a cena o bailarino por trás das máscaras. Questões bastante representativas da valorização do indivíduo característica do período iluminista, como citado anteriormente. As revoluções que marcaram o século XVIII propiciaram a alteração de uma ordem social que podia valorizar mais as conquistas físicas e expressivas em vez da elegância (Caroline Castro). As propostas de Noverre foram revolucionárias para a dança, inaugurando o “balé de ação” e dando conta de um período de transformações do pensamento social propiciado pelo iluminismo. Suas ideias reverberaram ainda por muito tempo e foram precursoras das transformações que o balé clássico sofreu durante os séculos seguintes e, até mesmo, segundo alguns estudiosos da dança, renunciadoras das ideias que inauguraram a dança moderna no século XX. (PESSÔA, 2021)

so selecionados, mas criar passos a partir da expressão de sentimentos. Uma vez que se tratava de expressões do íntimo, as coreografias em solo ganharam grande espaço – consistia em um indivíduo buscando se comunicar com o público através da dança, do seu próprio corpo.

Esse entendimento trazido pela dança moderna na concepção de novas coreografias foi essencial para o artista na dança contemporânea. Isso porque a criação da dança, agora, passa a ser feita a partir de experimentações com seu próprio corpo visando à comunicação de uma mensagem. A diferença é que essas experimentações poderão resultar em movimento que não necessariamente será visível e não necessariamente será o que a sociedade até então entendia como dança.

Diante desse novo contexto de processo criativo, uma ferramenta muito utilizada é a improvisação. Importante ressaltar uma questão: a dança contemporânea tem diversas técnicas de criação, dentre elas a improvisação. Da mesma forma, a improvisação pode servir à dança contemporânea de inúmeras formas, inclusive no processo criativo. Assim, apresenta-se aqui uma junção das duas coisas, mas cientes que se trata apenas de uma pequena parte desse mundo complexo que é a arte contemporânea em forma de dança.

Em seu texto *Improvisação, descobrir camada por camada* (2014), Zilá Muniz¹⁰ conceitua improvisar como “imaginar e inventar eventos que acontecem no momento de formador, relacional e transindividual” (MUNIZ, 2014). De acordo com o dicionário de língua portuguesa, improvisar tem vários significados, dentre eles: fazer, arranjar, sem preparação; inventar; criar com os recursos do momento.

¹⁰ “Doutora em Teatro pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2014), Coreógrafa do Ronda Grupo desde 1999, desenvolve pesquisa em improvisação como processos de composição em dança. Explora possibilidades e estratégias de co-composição emergente de eventos coreográficos em espaços da cidade. Realizou estágio doutoral na Concordia University em Montreal, durante o doutorado com bolsa da Capes. Passou a integrar o SenseLab Laboratory for Thought in Motion, Montreal/CA, como colaboradora internacional. Professora Colaboradora na graduação Licenciatura em Teatro - UDESC desde 2017.”

Retirando do contexto de dança, a improvisação no cotidiano acontece quando surge uma situação inesperada na qual o sujeito é obrigado a responder, de alguma forma. Logo, pode-se dizer que a improvisação é a reação a um estímulo inesperado. Na dança o conceito se aplica de forma idêntica - a partir de estímulos, internos ou externos, o corpo reage, criando um movimento.

O importante, nesse momento, é entender que a criação através da improvisação demanda a atuação efetiva de um corpo dançante que pode, ou não, ser o mesmo que se apresenta ao público (MUNIZ, 2014).

Esse é o ponto chave da improvisação como processo criativo que permitirá fazer entender, no presente estudo, quem é o intérprete criador na dança contemporânea.

1.3 O intérprete-criador

Todo esse caminho traçado até aqui é essencial para constatar a questão central deste trabalho: (i) quem é o intérprete criador e (ii) por que esse deveria ter sua criação protegida nos mesmos moldes do coreógrafo.

Retomando o que foi visto, tem-se que a dança moderna, a qual abriu espaço para a dança contemporânea dos dias de hoje, quebrou com os paradigmas da época. Nesse sentido, transformou o intento do próprio corpo: não se tratava mais de um objeto que se movimentaria retratando uma história criada por outrem. Agora, o corpo e o intelecto estavam juntos, fazendo com que aquele expressasse os sentimentos da pessoa que está dentro. Essa noção surge principalmente com as propostas de Isadora Duncan, no início da dança moderna.

É exatamente esse o papel do intérprete-criador - coreografar com o seu próprio corpo e para o seu próprio corpo, ou para outro artista. Esse conceito é muito importante e complexo, pois resulta em uma movimentação muito particular, criada e moldada de forma única.

A abertura trazida pela dança contemporânea permite ao bailarino explorar novas artes e mitigar cada vez mais as barreiras havidas entre elas. Assim, são diversas possibilidades de estudo e fontes de inspiração para novas experimentações, que dão origem a criações coreográficas surpreendentes. A partir da improvisação, todos esses elementos externos são utilizados pelo artista para criação de sua obra.

O intérprete-criador, portanto, surge a partir de uma possibilidade horizontal de criação, da qual advém dois possíveis cenários: no primeiro, o artista cria para ele mesmo e a coreografia é completamente criada a partir do seu intelecto; no segundo, há uma comunicação entre o artista e o coreógrafo, de modo que as ideias se complementam a fim de constituir uma nova coreografia¹¹.

Trata-se, portanto, de uma criação que parte de experimentações feitas pelo próprio intérprete, que resultarão em uma movimentação muito específica - feita pelo intérprete e para o intérprete. Entretanto, nada impede que a coreografia nascida em um processo de criação que tem como criador um determinado intérprete seja executada por outro artista. É claro que nenhuma execução será igual à outra. Contudo, pretende-se aqui delimitar a forma como a obra foi criada, e não como será executada posteriormente.

Nesse sentido, o mesmo indivíduo é, na maior parte das vezes, bailarino e criador. Aqui já temos uma realidade em que o direito brasi-

¹¹ Alexandre Ferreira coloca bem esse caminho do bailarino ao intérprete-criador e da possibilidade de co-criação: O bailarino continua a beber em várias fontes, porém as fronteiras entre as artes se tornam mais rarefeitas, permitindo que este não só mergulhasse na prática e estudos de outras técnicas corporais como também de outras áreas da arte, tais como música, teatro, artes visuais. O processo de hierarquização se desloca da vertical para a horizontal, onde os coreógrafos passam a dialogar com o bailarino e a dar voz para sua criação. Dessa forma, já não cabe mais a denominação bailarino e outra surge, intérprete-criador, como possibilidade de abarcar este sujeito que não mais é um executor, mas um que dialoga com a criação nos mais diversos níveis, passa a ser participante na construção cênica, interferindo de forma direta no processo criativo exigido pelo coreógrafo/diretor, ou seja, atinge um status do co-criador, tornando-se “pesquisador- intérprete” (FERREIRA, 2012).

leiro atual encontra dificuldade: não se separa o intérprete do autor e, dessa forma, a mesma pessoa merece proteção pelos dois campos distintos. Nesse caso, não há um grande problema - as questões aparecem quando há um trabalho conjunto de criação, que parte do intérprete e do coreógrafo e, após, poderá ser executado por outro artista. É que, como visto, a improvisação em si é uma técnica coreográfica, podendo ser usada em um processo colaborativo. Para tornar mais papável essa abstração, veja-se uma situação hipotética.

O coreógrafo pretende, com a dança, comunicar ao público uma história superação. Para tanto, pede ao bailarino que improvise uma movimentação a partir do seu próprio sentimento do que seria ultrapassar barreiras - um estímulo externo. A partir desse comando, o bailarino inicia sua movimentação baseando-se em seu próprio sentimento. O coreógrafo observa e seleciona os movimentos, ordenando-os.

Note-se, a coreografia foi criada a partir da ideia do coreógrafo, que pretendia comunicar algo ao público a partir da dança. Entretanto, os movimentos utilizados foram criados a partir da movimentação do bailarino e foram resultado de sua vivência pessoal, o que trouxe singularidade à sequência.

Nesse cenário, quem é o autor da obra? Para responder à questão, é essencial definir o que é a obra na dança contemporânea - ela se restringiria à ideia inicialmente lançada e posteriormente finalizada com a ordenação dos movimentos ou abrangeria também o próprio movimento que, nesse caso, foi criado pelo intérprete? Passa-se, portanto, a analisar o conceito de coreografia e como esta tem sido protegida pelo direito atualmente.

2 PROTEÇÃO DA AUTORIA NA DANÇA CONTEMPORÂNEA

2.1 Panorama geral dos direitos autorais no Brasil

Em essência, no direito brasileiro atual, o direito de autor é o instituto destinado à proteção da obra criativa de um indivíduo. Por mais que as implicações práticas desse direito aparentemente tenham maior relação com seu aspecto patrimonial, não se pode mitigar a importância do seu caráter personalíssimo. Isso porque é protegido o intelecto do sujeito, parte essencial do próprio indivíduo.

Como direito da personalidade, o direito autoral também é dotado de suas características: extrapatrimoniais, indisponíveis e absolutos. Entretanto, algumas dessas características, como a indisponibilidade e a *extrapatrimonialidade* são mitigadas em razão da possibilidade de *patrimonializar* o direito autoral.

É preciso, ainda, fazer menção à proteção patrimonial referente ao direito de autor. A natureza patrimonial dos direitos de autor compreende o conjunto de prerrogativas que permitem ao seu titular a utilização econômica da obra intelectual, ou seja, lhe dá faculdade de fruir e dispor de sua obra.

José de Oliveira Ascensão afirma, entretanto, que a faculdade de utilizar uma obra não se constituiu, necessariamente, de um direito patrimonial. A essência do direito patrimonial se encontra na exploração econômica da obra. Ou seja, a lei não se refere a qualquer utilização, mas à utilização com intuito de lucro, pois essa está condicionada à autorização do autor (ASCENSÃO, 1980).

As atividades que são possibilidades de utilização econômica da obra estão listadas na lei de direitos autorais (Lei 9610/98), art. 29¹².

¹² 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;

A possibilidade de cessão, especialmente, é essencial para que haja a propagação do trabalho do artista. A exploração da obra muitas vezes demanda circulação, algo que o autor não pode fazer sozinho na maioria das vezes. Por isso a cessão de direitos autorais.

Superada a explicação sobre a teoria utilizada majoritariamente para análise do direito autoral, é preciso centralizar seu objeto. Por esse ângulo, verifica-se que a preocupação central dos direitos autorais é a proteção do criador da obra, independente de legislação existente. A atividade de criação é protegida.

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. (BRASIL, 1998)

Reforça-se que a obra em si não é protegida pelos direitos autorais, e sim o autor e sua capacidade criativa. Os direitos patrimoniais derivados do direito de autor, bem como sua possibilidade de cessão, nada tem a ver com a valorização da obra, e sim com características inerentes ao direito protetivo do titular.

Quanto à Lei 9610/98, esta define o objeto de proteção dos direitos autorais, em seu artigo 7, como “as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (BRASIL, 1998), e, após, lista possibilidades de formas de fixação da obra. Destaca-se: tais possibilidades, por óbvio, não são restritivas, uma vez que o próprio legislador considerou a hipótese de existência de suportes ainda sequer conhecidos.

Após, a lei descreve com maiores detalhes os vários direitos ligados ao autor e as formas como podem ser exercidos, inclusive com a monetização da obra – o que, em realidade, acaba sendo a questão principal na prática.

Importa dizer, portanto, que o direito autoral tem grande relevância, uma vez que protege o intelecto do sujeito, que faz parte de sua dignidade como pessoa humana. Até para que possa ser elevada ao máximo grau, essa proteção mitiga a indisponibilidade do direito, mesmo como direito personalíssimo, para permitir sua cessão, fazendo com que o direito seja plenamente exercido.

2.2 A obra na dança contemporânea

Como visto no capítulo anterior, para se entender quem deve ser protegido pelo direito autoral e como deve ser feito, é preciso antes analisar o que pode ser considerado obra autoral na dança contemporânea. É necessário entender o que é a obra e quais são seus principais elementos, para então ser possível compreender quem a criou e, portanto, quem deve ser abarcado pela proteção do direito autoral.

A obra é o resultado do processo criativo. Tome-se como exemplo um livro. A ideia surge e começa a ser traduzida em forma de texto pelo autor, que, da sua própria maneira, organizará as palavras e dará vida ao abstrato que iniciou em seu intelecto. Pode-se dizer que apenas a ideia é criação do autor? Não. A forma como essa foi concretizada também tem sua singularidade e resultou do trabalho do autor. Da mesma forma, não haveria o que ser escrito se não fosse a ideia.

Essa mesma concepção se repete em tantas outras formas de expressão artística: surge uma abstração que será concretizada. Conclui-se, portanto, pela existência de dois elementos principais da obra autoral: a ideia e sua tradução.

Pois bem. Na dança o caminho se repete: existe uma ideia que, porém, de nada tem valor se não for trazida à realidade. Se a tradução da ideia no autor da obra literária é o texto, na dança é a coreografia. Coreografia, etimologicamente, significa exatamente isso: escrita (grafia) da dança (orqueste). Ou seja, é a forma como a criação é traduzida na dança.

Confirmando a tese apresentada até o momento, a própria lei de direitos autorais prevê expressamente como obras que serão objeto de proteção do direito autoral as “obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução se fixe por escrito ou por qualquer outra forma” (BRASIL, 1998). Aqui, percebe-se, portanto, a coreografia como obra legalmente protegida, em que pese a dificuldade e complexidade do tema.

Mesmo depois de se conseguir chegar ao conceito do que seria a obra na dança, as dificuldades continuam. Isso porque, diferente de outras artes, o resultado da criação na dança não é um objeto palpável, como uma tela de pintura ou uma escultura. Entendia-se, então, a obra na dança como a sequência de movimentos que eram dançados por um ou mais bailarinos e buscavam transmitir algo - uma história ou um sentimento. A dança contemporânea dificultou ainda mais o conceito quando rompeu com o paradigma da estética e apresentou ao público algo totalmente diferente do que se entendia como dança.

Veja-se que a noção de dança esperada pelo público nem sempre corresponde ao significado de dança na contemporaneidade. As coreografias não têm mais o mesmo sentido que tinham antes do advento da dança contemporânea: a tradução da ideia do coreógrafo não precisa mais ser feita através de uma sequência de movimentos esteticamente agradáveis ao som de uma música. A dança é o resultado de uma pesquisa corporal intensa, que resultaria em movimentos ou pausas, que poderiam ou não ser visíveis a olho nu, movidos por música ou silêncio.

Essa concepção é essencial, pois a obra na dança contemporânea é a coreografia, independentemente se essa “se pareça com dança” ou não. Aquela sequência de movimentos foi idealizada por alguém que pretendeu, com ela, comunicar algo ao público. Por conseguinte, merece proteção aquele que a criou.

3 O DIREITO AUTORAL DO INTÉRPRETE CRIADOR

3.1 Direito de intérprete x direito de autor

O direito se preocupou também com a proteção daqueles que tornam a obra única, não apenas por sua criação, mas também sua execução. Esse é o caso dos intérpretes, uma vez que cada um, a sua maneira, executará a obra e a tornará distinguível das demais execuções da mesma criação. Ou seja, a cada interpretação, temos uma obra diferente.

Esse o caso do intérprete de qualquer criação artística que exija a participação de outras pessoas para sua materialização, como a dança, a música e as artes cênicas, por exemplo. O reconhecimento desse direito é fundamental, pois também diz respeito à personalidade daquele que executa a obra, uma vez que seu trabalho é, também, intelectual, e resulta em algo novo.

Os direitos conexos dos intérpretes e executantes se tornou necessário a partir do momento que o avanço tecnológico permitiu a fi-

xação da execução de uma obra no tempo, através de vídeos e áudios (DUARTE; PEREIRA, 2009). Nesse sentido, percebe-se que o direito alcança não a obra, mas a execução específica de uma obra, quando reproduzida através de um meio audiovisual.

Previsto na lei de direitos autorais, o direito de intérprete é um direito conexo ao direito de autor. Nesse sentido, o artigo 89 da Lei de Direitos Autorais prevê 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” (BRASIL, 1998). Verifica-se, portanto, o reconhecimento da singularidade trazida à obra por aquele que a executa¹³.

Apesar de pertencer à categoria de direitos conexos ao direito de autor, verifica-se que, na realidade, o direito do intérprete é independente (ASCENSÃO, 1980). Isso porque uma obra pode continuar existindo sem aquela interpretação específica, ou seja, pode ser interpretada por outra pessoa, sendo que o direito de autor sobre a obra continua o mesmo, enquanto muda o direito do intérprete.

Da mesma forma, ainda há o direito do intérprete mesmo a partir de uma interpretação de obra que já caiu em domínio público - ou seja, não está mais sendo protegida, pois aquela interpretação conti-

¹³ 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.

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações (BRASIL, 1998).

nua sendo única e apenas poderá ser fixada e reproduzida diante do consentimento do artista.

Após entender o que é o direito do intérprete e qual seu alcance, necessário agora delimitar quem é o detentor desse direito.

Aqui, percebe-se a clara distinção: o intérprete não cria a obra, apenas a executa. A obra precisa do intérprete para existir, entretanto, não precisa de uma pessoa específica para fazê-lo – pode ser feito por qualquer indivíduo que tenha a capacidade necessária. Por essa razão, seu direito não acompanha a obra, mas a execução. Há, portanto, uma distância e independência entre o direito do autor e o direito de intérprete.

A partir da análise sobre o direito de intérprete, tal qual demonstrado ao longo deste trabalho, verifica-se sua insuficiência para proteger o intérprete-criador. Conforme explicado anteriormente, não se trata mais da execução de uma obra criada pelo coreógrafo, mas da participação ativa do bailarino para criação daquela obra.

Ascensão¹⁴ coloca que “na generalidade dos casos, a atividade do intérprete se centra sobre uma obra preexistente à qual o intérprete dá uma concretização pessoal” (ASCENSÃO, 1980, p. 271). O próprio autor reconhece que pode haver uma confusão entre a autoria e a interpretação nos casos de improvisação. Entretanto, conclui que, ainda assim, é possível distinguir a obra criada (e, portanto, protegida pelo direito autoral) da improvisação, uma vez que outro intérprete poderá criar algo quando interpretar a mesma obra.

¹⁴ O Professor Dr. José de Oliveira Ascensão nasceu em Luanda, 1932, foi o mais renomado professor e jurista luso-brasileiro. Licenciou-se em Direito, em 1955, e doutorou-se em Ciências Histórico-Jurídicas, em 1962, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde foi Professor catedrático da Faculdade, no Brasil, foi professor de Direito da Universidade de Pernambuco na década de setenta. Grande intelectual, construiu sólida carreira ao longo das décadas de sua profícua produção acadêmica, principalmente escrevendo obras de referências na área da Teoria do Direito e do Direito Autoral, publicou centenas de artigos em revistas especializadas no mundo inteiro. (WACHOWICZ, 2022).

Entretanto, essa é uma situação distinta do que ocorre no processo de criação do qual participa o intérprete-criador. Como visto, a improvisação pode ser usada de diversas formas na arte. No exemplo de Ascensão, a improvisação aparece como parte da execução, de modo que a cada apresentação da obra ela vai ser executada de forma diferente (ASCENSÃO, 1980). Nesse sentido, correta a conclusão do autor ao restringir essa improvisação à proteção dada pelo direito de intérprete.

No caso do intérprete-criador, a improvisação é utilizada como ferramenta no processo de criação. Desta maneira, a improvisação originará uma obra que, no geral, será sempre a mesma quando for executada – claro, considerando as particularidades de cada execução.

Nesse sentido, não há dúvida de que o intérprete-criador participa ativamente do processo criativo da obra. Observe-se o exemplo hipotético mencionado anteriormente: o coreógrafo pretende criar uma coreografia sobre superação e sugere ao artista que improvise movimentos a partir do que ele sente quando pensa no tema. Desses movimentos, o coreógrafo seleciona os que entende mais adequados e os ordena, criando a coreografia.

Percebe-se que, nesse exemplo, há um diálogo entre o coreógrafo e o bailarino, de forma que o resultado da coreografia não poderia ser o mesmo sem a contribuição feita pelo bailarino, o qual, nesse momento, assume o posto de intérprete-criador. A obra criada poderá ser posteriormente interpretada por outro bailarino, o que resultará em uma interpretação diferente e única, mas continua sendo a mesma obra¹⁵.

É preciso se atentar, portanto, à distinção fundamental entre o direito de autor e o direito de intérprete: o autor recebe proteção por-

¹⁵ Sob este ponto de vista, aquele que dança não mais tem a Dança, mas é a própria porque torna-se disponível para o processo de criação dentro de uma parceria entre aquele que propõe o trabalho (coreógrafo, diretor, regente de cena) e aqueles que propõem caminhos (coreógrafo/diretor/regente de cena e intérprete-criadores) (FERREIRA, 2012, p. 6).

que seu intelecto foi utilizado para a criação de uma obra; o intérprete utilizou-se de sua personalidade para a execução desta obra. Então, o direito de autor está relacionado à obra (ainda que tenha como objeto a proteção do autor, sujeito), enquanto o direito de intérprete está relacionado com a execução daquela obra (tendo como objeto de proteção o artista intérprete ou executor).

Com essa distinção, é simples entender por que o direito de intérprete não é suficiente para o intérprete criador: esse participa da criação da obra, não de sua mera execução. A obra criada com a contribuição do intérprete-criador continuará sendo a mesma independentemente de quem a interprete.

Assim, no caso de uma obra que é criada especificamente para aquele corpo, seria direito de intérprete, pois a coreografia muda de corpo para corpo. Entretanto, no caso em que são criados movimentos a partir da improvisação do bailarino e esses movimentos são alinhados para a formação de uma coreografia, esse trabalho tem, sem sombra de dúvidas, uma autoria colaborativa e, nesse sentido, deve ser protegido pelo direito de autor.

3.2 A proteção do intérprete-criador a partir da obra coletiva

Restou demonstrado anteriormente que o intérprete-criador na dança contemporânea participa da criação da obra como autor, e não apenas como executor bailarino. Desta forma, a proteção conferida a ele deve se dar em relação à autoria da própria obra, pois seu intelecto e personalidade fizeram parte disso.

Nos casos em que o próprio intérprete-criador é, de fato, o único intérprete e o único criador, não parece difícil chegar a uma conclusão. Aplica-se o direito de autor e o direito de intérprete, no que couber. As dificuldades aparecem quando mais pessoas estão envolvidas no processo de criação, o que geralmente é o caso.

Ao falar do conceito de intérprete criador, viu-se que ele surge, principalmente, da possibilidade de interação entre o coreógrafo e o bailarino, possibilitando uma criação com mais pesquisa corporal e, portanto, mais substância, na maior parte das vezes. Assim, a obra é resultado de um esforço conjunto do coreógrafo e do intérprete-criador.

A colaboração, dessa forma, não se restringe ao auxílio na criação da coreografia, mas sim na efetiva participação na criação dessa obra.

Volte-se novamente ao exemplo que tem guiado a compreensão do intérprete-criador até o momento: o coreógrafo tem a ideia do que se quer comunicar e pede para que o intérprete improvise, utilizando-se da ideia (estímulo externo) dada pelo coreógrafo. O intérprete-criador origina a movimentação a partir de sua própria improvisação e pesquisa corporal, ao passo que o coreógrafo seleciona o que lhe parece mais interessante para comunicar sua ideia.

Percebe-se, portanto, que não se trata de mero auxílio, uma vez que a movimentação criada pelo intérprete-criador é efetivamente utilizada na obra. Para compreender melhor essa questão, vale retornar ao conceito de obra na dança contemporânea, como discutido anteriormente. Nele, concluiu-se pela existência de dois elementos fundamentais: a ideia e a materialização dessa ideia.

Assim, o que se quer comunicar é essencial, uma vez visto que a dança contemporânea tem como paradigma principal não a forma ou o movimento, mas a comunicação em si. Entretanto, a forma como se dará tal comunicação também é de extrema importância, pois é a própria obra. Nesse sentido, os movimentos originados da criação do intérprete-criador são a obra, não se podendo afirmar que ele teria sido um mero colaborador na criação da coreografia.

Essa distinção é relevante para identificarmos o instituto de proteção do direito do intérprete-criador como autor da obra. A lei de direitos autorais, em seu artigo xxx, dispõe que “não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica” (BRASIL, 1998).

Da mesma forma, não se pode falar em co-autoria, uma vez que é definida pela legislação como obra que é criada em comum, por dois ou mais autores. Isso porque, de fato, há participação tanto do coreógrafo quanto do intérprete-criador no processo criativo da coreografia. Entretanto, a ideia, que ainda é parte essencial do conceito de obra no direito do autor, é apenas do coreógrafo.

Já o conceito de obra coletiva parece abarcar todos os elementos da criação realizada no processo criativo do qual participa o intérprete-criador. Isso porque há alguém que tem a iniciativa, organização e responsabilidade sobre a obra – o coreógrafo – ao mesmo tempo que a obra é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma intérprete(s) criador(es).

Assim, temos que o melhor conceito existente na atualidade para garantir a proteção de todos aqueles efetivamente envolvidos na criação seria o da obra coletiva, na qual o coreógrafo é o detentor da ideia que inicia o processo criativo, da mesma forma que é o organizador do processo e responsável por sua propagação e, da mesma forma, o intérprete-criador é parte essencial da constituição da coreografia. A proteção, portanto, será dada conforme o art. 17 da Lei 9610/98¹⁶.

Tendo chegado a esta conclusão, alguns apontamentos são importantes. Em primeiro lugar, ressalta-se que a participação do bailarino, agora intérprete-criador, na constituição da coreografia não retira seu papel como intérprete da obra. Ou seja, os direitos de intérprete

¹⁶ 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 (BRASIL, 1998).

continuam assegurados, uma vez que o sujeito será, de fato, quem irá executar a criação, da mesma forma que criou.

Como já vimos, trata-se de direitos independentes, de forma que a participação em uma fase da obra não impede a participação em outra, motivo pelo qual há necessidade de proteção a ambas as formas de participação.

Outro apontamento necessário é o de que os direitos patrimoniais provenientes da criação de obra serão exclusivos do organizador, conforme disposto em lei. É preciso ressaltar que, se isso é verdadeiro, é verdadeiro também que cada participante do processo criativo será detentor dos direitos morais sobre a criação da obra.

Assim, verifica-se que o anúncio do nome do intérprete-criador como autor participante é direito do artista e dever do organizador, sendo-lhe facultada a possibilidade de abrir mão desse direito, impedindo o anúncio de seu nome como criador.

Por último, o mais importante dessa conclusão é entender que o intérprete-criador tem direito de autor como participante de obra coletiva. A relevância desta conclusão advém do fato de que os produtores artísticos devem se preocupar em firmar contratos levando em consideração esses direitos. Devem ser acordadas entre os participantes da criação as condições de execução da obra, tal como disposto em lei. Da mesma forma, a remuneração do artista tem que ser estabelecida de acordo com a sua atividade, que não é apenas de intérprete, mas também de autor.

Assim, importante definir que o intérprete-criador é também autor da obra e deve ter seu direito personalíssimo garantido. Isso se dará a partir de um contrato justo e claro, que não se restringirá ao direito de imagem ou reprodução da interpretação, mas também abrangerá as condições de execução da obra.

CONCLUSÃO

A dança percorreu um longo caminho até chegar ao que é apresentado nos dias de hoje: dos templos às praças, das praças aos palácios, dos palácios aos palcos. A dança contemporânea surge após esse caminho, quebrando não apenas *oparadigma da forma* colocado pelo ballet clássico, mas também o do movimento, fixado pela dança moderna.

O artista contemporâneo tem como objetivo comunicar algo ao público, utilizando-se da dança para fazê-lo. Nesse sentido, o próprio conceito de dança é questionado: aquilo que a maioria entende como dança não necessariamente corresponde ao seu verdadeiro significado. Inclusive, o seu próprio significado não pode ser exposto como algo único e simples, pois está inserido num universo extremamente complexo de criatividade e intervenções.

Assim sendo, a dança contemporânea mitiga as barreiras havidas com diversas áreas da arte. A criação nesse novo estilo, portanto, se concentra na pesquisa corporal a fim de transmitir uma mensagem. Não importa tanto *ocomo*, maso *quevai* ser comunicado ao público. Por isso, chocou a muitos em seu tempo.

Nessas novas possibilidades de criação, a dança contemporânea traz a improvisação. Aqui, o artista parte de experimentações que se iniciarão a partir de estímulos internos (sentimentos, pensamentos, paixões) e externos (toque, palavra, ordem). Nisso, a coreografia não mais é criada a partir de uma junção de passos preestabelecidos, mas os próprios movimentos surgem a partir das experiências do artista.

Nesse contexto, surge o intérprete criador. É o conceito daquele que deixa de ser apenas o executor da obra, ouvindo ordens e obedecendo comandos a fim de formar uma coreografia pensada por outrem. Pelo contrário, o intérprete-criador participa ativamente da criação dessa obra, fazendo com que sua movimentação seja única.

Mas não só para si mesmo. O intérprete-criador faz parte da construção de uma coreografia que poderá ser executada por diversos outros artistas. Isso não retira, de forma alguma, sua contribuição essencial para a montagem daquela coreografia. Isso porque a coreografia nada mais é que a materialização de uma ideia. Dessa forma, tão essencial quanto a própria ideia é a forma como ela será traduzida para a realidade.

Nesse aspecto encontra-se a participação fundamental do intérprete-criador como próprio autor da obra, uma vez que não é responsável por sua mera execução. Poderia se pensar que sua atuação se limita à interpretação, uma vez que se trata de uma sequência criada a partir de suas experimentações e, portanto, será executada de forma especial pelo artista. Entretanto, sabe-se que o direito de intérprete não acompanha a obra, mas a sua execução. Ou seja, só haverá proteção até a reprodução daquela interpretação específica.

Assim, não se confunde o direito do intérprete-criador com o direito de intérprete, uma vez que foi responsável pela própria constituição da obra em si, não apenas de sua execução.

Já constatado que o direito de intérprete não é suficiente para a proteção do intérprete-criador, necessário verificar, então, o que seria. Identificam-se situações distintas onde este artista aparece: na criação que teve origem em seu próprio intelecto e foi materializada por e para o seu próprio corpo. Nessa, não há dúvidas de que ele é o autor tanto quanto é o intérprete.

A segunda possibilidade, mais complexa, ocorre quando o bailarino participa da criação dialogando com o coreógrafo, permitindo que seu corpo e seu próprio intelecto sejam campo de criação e contribuindo efetivamente para o resultado final da obra. Nesse caso, ele não é detentor da ideia, nem de sua materialização completa – é parte de um conjunto de pessoas que constituiu a obra.

Após analisar as possibilidades de proteção que o direito autoral brasileiro oferece hoje, tem-se que a melhor solução para garantir o

direito do intérprete-criador é a autoria coletiva. Isso porque não se pode falar em coautoria, uma vez que não participou da ideia, ainda elemento essencial para a criação. Da mesma forma, não é possível pensar em uma mera colaboração, pois o artista contribui efetivamente para a criação, não apenas como um auxiliador do coreógrafo. As movimentações que serão usadas na obra, ou seja, parte essencial da materialização da ideia e, portanto, da própria obra, foram fruto do intelecto do intérprete-criador.

Percebe-se, portanto, que os elementos necessários para a configuração da obra coletiva, tais quais dispostos em lei, podem ser identificados no processo criativo do qual o intérprete criador participa juntamente com um coreógrafo para a constituição de uma obra que poderá ser interpretada, posteriormente, por outros bailarinos. Nesse sentido, o coreógrafo seria o detentor da ideia e responsável pela organização, enquanto o intérprete-criador é participante da constituição da coreografia.

Assim, aplica-se a essa obra criada em conjunto os direitos previstos para a obra coletiva. Os direitos do coreógrafo ficam intactos, enquanto se reconhece a relevância da contribuição do intérprete-criador para o resultado final da obra.

REFERÊNCIAS

A MUSA MODERNA Martha Graham: um pouco da sua história. **Dança Moderna**. 24 jun. 2014. Disponível em: <http://dancamoderna.com.br/2014/musa-moderna-martha-graham-um-pouco-da-sua-historia/>. Acesso em: 26 out. 2022.

ANDRADE, G. Movimentos em curso: questões da dança no século da invenção teórica do corpo. **Revista da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 22, n. 1.2, p. 124–141, 2016. DOI: 10.35699/2316-770X.2015.2742. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistadaufmg/article/view/2742>. Acesso em: 26 out. 2022.

ANDRADE, Mario de. **Danças dramáticas do Brasil. (1º Tomo)** Edição organizada por Oneida Alvarenga – 2ed. Belo Horizonte/Brasília: Itatiaia/INL – Fundação Nacional Pro- Memória, 1982.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BLOM, L.; CHAPLIN, L. T. **The intimate act of choreography.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1982.

BRASIL. **Código Civil.** Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos – 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos – 1988.

BRITTO, Fabiana Dultra (Org.). **Cartografia da dança:** criadores-intérpretes brasileiros. São Paulo: Itaú Cultural, 2001.

BOURCIER, Paul. **História da Dança no Ocidente.** Tradução Marina Appenzeller. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOURRIAUD, Nicolas. **Pós-produção:** como a arte reprograma o mundo contemporâneo. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Martins, 2009.

CAMARGO, Mariana Vaz de. **O fazer artístico como catálise:** experiências do corpo e da dança. Mestrado em psicologia (psicologia social). Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: PUC/SP

CAMINADA, Eliana. **História da dança:** evolução cultural. Rio de Janeiro: SPRINT, 1999.

DE LIMA TEIXEIRA, C. Arte Sensorial e o sentido nu. **ARJ – Art Research Journal: Revista de Pesquisa em Artes**, [S. l.], v. 8, n. 1, 2021. DOI: 10.36025/arj.v8i1.25276. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/artresearchjournal/article/view/25276>. Acesso em: 26 out. 2022.

EDUARDO ROMERO Lopes Barbosa. **Domestika**, 2021. Disponível em: https://www.domestika.org/pt/eduardoromero_lbarbosa . Acesso em: 26 out. 2022.

ESCAVADOR. Sobre: Zilá Maria Muniz. 26 abril 2022. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/620177/zila-maria-muniz> . Acesso em: 25 out. 2022.

FARO, Antonio José. **A Dança no Brasil e seus construtores**. Coleção Documentos. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura/FUNDACEN, 1988.

FERREIRA, Rodrigo Moraes. **Os Direitos Morais do Autor**: Repersonalizando o Direito Autoral. Mestrado em DIREITO. Instituição de Ensino: Universidade Federal da Bahia, Salvador Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFBA.

FREITAS, Waldete Brito Silva de. **A Poética da Improvisação e o Acaso no Processo Cênico do Espetáculo O Seguinte é Isso**. Doutorado em ARTES CÊNICAS Instituição de Ensino: Universidade Federal da Bahia, Salvador. Biblioteca Depositária: Biblioteca Nelson Araújo-Escola de Teatro.

IANNITELLI, Leda M. **Explorações coreográficas**. 1998. (Texto didático, mimeo.).

IANNITELLI, Leda M. **Gipe-cit, corpo, movimento e criação**. 1998. (Texto didático, mimeo.).

KATZ, Helena. **Um, Dois, Três: a dança é o pensamento do corpo**. Belo Horizonte: FID Editorial, 2005.

KIRSTEIN, Lincoln. **Dance – a short history of classic theatrical dancing**. New York: Dance Horizons, 1997.

LUIS XIV. **Historia NatGeo**, set. 2022. Disponível em: <https://historia.national-geographic.com.es/personajes/luis-xiv> . Acesso em: 25 out. 2022.

MADUREIRA, J. R. A Coreologia de Rudolf Laban e o ensino de artes corporais: uma síntese de conceitos-chave. **Pensar a Prática**, Goiânia, v. 23, 2020. DOI: 10.5216/rpp.v23.60104. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/fef/article/view/60104>. Acesso em: 26 out. 2022.

MARKONDES, Elaine de. **O movimento que se especializa e dança**. 1999. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Semiótica) - Pós-Graduação em Comunicação e Semiótica, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

MUNIZ, Zilá. **Improvisação em dança: um diálogo do corpo**. 2000. Monografia (Pós- Graduação “Lato Sensu” em Dança Cênica) - Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

MUNIZ, Zilé. **Improvisação como processo de composição na dança contemporânea**. Mestrado em Teatro. Instituição de Ensino: Centro de Artes da Universidade do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

NAGRIN, Daniel. **Dance and the specific image: improvisation**. London: University of Pittsburg Press, 1994.

OLIVEIRA, Adriana da Silva. **Apontamentos para uma história evolutiva do movimento**: uma colaboração com as questões contemporâneas da dança. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Escola de Dança, Salvador, 2008.

PESSÔA, Luiza. Noverre e as reformar do balé de ação. **Ao Redor**. 08 jun. 2021. Disponível em: <https://www.aoredor.blog.br/post/noverre-e-as-reformas-do-bal%C3%A9-de-a%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 25 out. 2022.

SANTOS, J. Ferreira dos. **O que é pós-moderno?** São Paulo: Brasiliense, 1986.

SERRANO, Leonardo Sebiani. **Corpografias**: uma leitura corporal dos intérpretes-criadores do grupo dimenti. Doutorado em artes cênicas instituição de ensino: Universidade Federal Da Bahia, Salvador. Biblioteca Depositária: Biblioteca Nelson Araújo - Escola de Teatro

SILVA, Carmi Ferreira da. **Por uma história da dança**: reflexões sobre as práticas historiográficas para a dança, no Brasil contemporâneo. Orientadora: Profª Drª Fabiana Dultra Britto. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Escola de Dança, Salvador, 2012.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Direitos autorais**: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

VILLAMÉA, Luiza. Mito descalço. **Revista Istoé**. 21 jun. 2004. ed. nº 1815. Disponível em: <https://revista.istoe.com.br/mito-descalco/>. Acesso em: 26 out. 2022.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Estudos de direito de autor**: revisão da lei de direitos autorais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral?**: estudos e pareceres. Organizador: Marcos Wachowicz. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. Nota de falecimento do prof. Dr. José de oliveira Ascensão. **GEDAI**. 06 mar. 2022. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/nota-de-falecimento-do-prof-dr-jose-de-oliveira-ascensao/>. Acesso em: 25 out. 2022.

A ATUALIDADE DA LITERATURA DE CORDEL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL E A IMPORTÂNCIA DE UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS AUTORAIS SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS CULTURAIS

MARIA HELENA JAPIASSU MARINHO DE MACEDO¹

LUIZ RENATO DANTAS DE ALMEIDA²

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar a literatura de cordel como expressão tradicional da diversidade cultural brasileira e a sua relação com os direitos autorais na sociedade informacional. Como abordagem metodológica, o estudo é embasado em revisão bibliográfica multidisciplinar e análise de instrumentos normativos nacionais e internacionais. Para tanto, o artigo inicialmente dedica-se a um estudo conceitual e histórico do cordel, atentando-se para a sua disseminação no Brasil. Em seguida, busca-se compreender o significado da qualificação jurídica do cordel como expressão cultural tradicional. A partir de então, analisa-se a classificação do cordel como patrimônio cultural imaterial no Brasil, para então observá-lo na atualidade, considerando a sua dinamicidade e importância de compreendê-lo sob uma perspectiva de direitos humanos culturais. Conclui-se que a atualidade do cordel, por meio do acesso a novas tecnologias, do registro patrimonial e do reconhecimento de autorias representantes da diversidade cultural brasileira, parece estar contribuindo para uma sociedade mais democrática, republicana e inclusiva.

Palavras-chave: Cordel. Sociedade Informacional. Direitos Autorais.

¹ Advogada e oficial de chancelaria no Ministério das Relações Exteriores. Foi Vice Cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Ela é mestranda em direito no PPGD/UFPR e pesquisadora sênior no GEDAI/UFPR. Possui MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte pela UCAM, é especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston; especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo e especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). É também coordenadora do GT Direito e Arte da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR.

² Estudante do sétimo período do curso de Direito da UFRN e integra o GEDAI/UFPR. É também engenheiro mecânico pela UFRN com MBA em Engenharia de Manutenção pela ABRAMAN/UFRJ.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado, com base nos estudos preliminares do subgrupo temático “Direitos autorais e direitos fundamentais”, do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR), a respeito da atualidade da arte de cordel no Brasil. Como resultado preliminar, foram escritos dois artigos introdutórios: I. “Fanfic de Cordel: repercussões sobre os direitos culturais”, de Clara Beatriz Prestes Barbosa e Maria Helena J. M. de Macedo (DA ROSA; MACEDO, 2022); e, II. “Direitos autorais da arte de Cordel: de prática folclórica à atualidade digital”, de Lianne Mendes Amorim e Maria Helena J. M. de Macedo (AMORIM; MACEDO, 2022).

A partir dos estudos iniciais, percebem-se aspectos importantes da arte de cordel, na Sociedade Informacional, que poderiam ser aprofundados. Dessa forma, este artigo visa a desenvolver os argumentos iniciais, de maneira científica e multidisciplinar, atentando-se para o cordel como expressão tradicional e dinâmica, patrimônio cultural imaterial brasileiro inclusivo.

Foi possível verificar que a atribuição de autoria na arte de cordel nem sempre foi clara, sendo objeto de disputa. Essa expressão cultural derivou de uma cultura de oralidade e, com o tempo, a poesia foi sendo impressa juntamente à ilustração em gravura. A partir do início das suas publicações, de um lado, estava a presença dos pequenos editores da expressão tradicional, que atuavam na venda das publicações e, muitas vezes, encomendavam a literatura aos artistas. De outro, por sua vez, estavam os artistas de cordel, que, para firmar a sua autoria, se utilizavam da prática dos acrósticos. Além disso, havia também a rivalidade entre os cordelistas, que disputavam a autoria de histórias entre si, reiterando a importância dos acrósticos.

Além da problematização da autoria, outra questão importante a ser mencionada, que foi trazida pelos estudos iniciais, foram as práticas digitais de cordel. Essas novas modalidades da expressão do cordel têm repercussões na forma de sua materialização, por meio digital

(*ebooks*, artes gráficas, além da gravura, e performances); na identificação de autoria, de forma explícita e não necessariamente por acrósticos; na preservação da cultura, por meio de acervo digital, bem como na derivação criativa da cultura por outras formas de expressão, como a *fanfic* de cordel.

Ainda que a cultura provenha da península ibérica, a relevância do cordel brasileiro é hoje inestimável, tendo sido objeto de registro como patrimônio cultural imaterial no Livro de Registro das Formas de Expressão, em setembro de 2018, no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN (IPHAN, 2022). O processo de registro trouxe informações atuais relevantes sobre a cultura contemporânea do cordel, como a participação de autorias femininas, muitas vezes invisibilizadas ao longo da história da expressão.

A partir dessas constatações, busca-se, neste artigo, perceber a atualização da arte de cordel possibilitada pela sociedade informacional e seus impactos nos direitos autorais, compreendidos como direitos humanos. O conceito de sociedade informacional, cunhado por Manuel Castells, foi sintetizado, por Staut Jr. e Wachowicz, como aquela que “indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade de bens intelectuais e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico” (STAUT JR; WACHOWICZ, 2021, p. 20).

Nessa sociedade, conforme os autores citados, “uma nova tutela dos Direitos Intelectuais deve ser percebida de forma mais ampla, como uma amálgama da proteção da criatividade e a promoção da diversidade cultural” (STAUT JR; WACHOWICZ, 2021, p. 21). Nesse sentido, informam que “é axiomático que sem direitos autorais inexistente diversidade cultural, como também sem diversidade cultural não é possível se falar em direito autoral, mas tão somente em regras de proteção de investimento”.

A preocupação deste artigo será então perceber como o cordel, como expressão tradicional da diversidade cultural brasileira, se rela-

ciona com os direitos autorais, na sociedade informacional. Para tanto, realiza-se, inicialmente, um breve estudo conceitual e histórico do cordel, atentando-se para a sua disseminação no Brasil. Em seguida, busca-se compreender o significado da qualificação jurídica do cordel como expressão cultural tradicional. A partir de então, analisa-se a classificação do cordel como patrimônio cultural imaterial no Brasil, para então observá-lo na atualidade, considerando a sua dinamicidade e importância de compreendê-lo sob uma perspectiva de direitos humanos culturais.

1 O CONCEITO DE CORDEL, A SUA ORIGEM IBÉRICA E A DISSEMINAÇÃO NO BRASIL

Corde fina, barbante, são alguns dos sinônimos que o dicionário Priberam atribui ao verbete cordel (CORDEL, 2008-2021). Entretanto, não é esse o primeiro significado que vem à mente do brasileiro, mas sim o da vertente de literatura popular em versos, acompanhada de ilustração de gravura, muito difundida por todo Brasil, porém característica marcante do nordeste brasileiro.

O ser humano desde sempre foi afeito a criar histórias que explicassem os acontecimentos e fenômenos ao seu redor, que justificassem algum tipo de organização social ou que simplesmente entretenham sua audiência. Dessa forma, é improvável a determinação de uma definição precisa do surgimento de algo que possa se chamar de literatura popular - inclusive essa é uma característica corriqueira em muitas manifestações populares e folclóricas.

Registra-se que, antes do século XVII, já havia, em Portugal, a difusão das folhas soltas ou volantes, oriundas de romances tradicionais, com versos impressos (PROENÇA, 1977, p. 23). Há registros de envio para a América espanhola de “vinte resmas” do *pliego de cordel* Pierres e Magalona nos idos de 1.600 (MACHADO, 1980, p.27). Entretanto, a maioria dos pesquisadores sustenta que as histórias cruzaram o Atlântico majo-

ritariamente na sua forma oral, na voz dos portugueses que as mantiveram e as contaram em solo brasileiro (CAVIGNAC, 2006, p. 82).

O cordel de hoje seria, então, consequência, materializado nos folhetos, dessa cultura lusitana, que sobreviveu ao tempo nos recantos brasileiros (CAVIGNAC, 2006, p.37). Com base nessa origem, pode-se definir o cordel como “a literatura popular ibérica vendida nas ruas penduradas em barbantes” (BAROJA *apud* CAVIGNAC, 2006, p. 77). Os folhetos eram expostos em barbantes à venda, já em Portugal, característica que se renovou no Brasil, especialmente no Nordeste.

Como toda expressão cultural passa por alterações ao longo do tempo, essa definição parece incompleta para definir o que é a literatura de cordel atualmente. Por certo que alguma essência se mantém – expressada hipoteticamente na forma poética da narrativa e na frequente presença de temas de fábulas europeias nos textos, como os enredos sobre heróis (CAVIGNAC, 2006, p. 80). Ocorrem, ademais, de novos elementos trazerem forte renovação, sem descaracterizar a forma tradicional (MAIA, 2018, p. 40).

É, no fim do século XIX, que começa surgir a literatura de cordel na forma como conhecemos contemporaneamente: relatos feitos em versos e publicados em forma de folhetos de oito, dezesseis ou trinta e duas páginas (CAVIGNAC, 2006, p. 77), reflexo da maior liberdade de imprensa, e da consequente instalação de gráficas, advinda da proclamação da independência no Brasil (CAVIGNAC, 2006, p. 88). Não há, contudo, um marco inicial definido. Câmara Cascudo, por exemplo, atribui ao romance “Zezinho e Mariquinha ou a Vingança do Sultão” o primeiro registro de folheto de cordel, com fortes influências árabes; já Ariano Suassuna atribui o feito ao folheto “Romance d’A Pedra do Reino, de 1836 (MACHADO, 1980, p. 30); dentre outros registros.

Nas suas diversas formas, os cordéis tinham (e ainda têm) a função de informar, quando versam sobre assuntos atuais, e de entreter, quando contam histórias por vezes fantásticas, engraçadas ou heroicas. Alguns estudiosos tentam criar uma classificação para os estilos,

assunto que não cabe adentrar neste artigo. O uso da xilogravura, característica ubíqua do cordel no imaginário nacional, é recente, começando apenas por volta de 1935, quando se tem o primeiro registro do uso da técnica em folhetos (CAVIGNAC, 2006, p. 78).

2 O CORDEL COMO EXPRESSÃO CULTURAL TRADICIONAL (ECT)

Apesar de não buscar um enunciado definitivo, dada a complexidade da questão, é necessário que se obtenha algum contorno do que se trata a expressão cultural tradicional (ECT) e como o cordel se relaciona com essa definição. O ordenamento jurídico nacional nos indica uma direção: a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ratificada por meio do Decreto Legislativo 485/2006, define expressões culturais como sendo aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural” (UNESCO, 2005, p. 6).

Essa mesma Convenção elucida que o conteúdo cultural “refere-se ao caráter simbólico, dimensão artística e valores culturais que têm por origem ou expressam identidades culturais” (UNESCO, 2005, p. 6). Com base na Convenção, pode-se entender que as expressões culturais são manifestações de indivíduos, grupos e sociedades que possuem caráter simbólico ou artístico e se relacionam com a identidade daquele grupo.

A tradição, por sua vez, é uma invenção social, que pode decorrer da tentativa de garantir a existência de um determinado grupo social (MAIA, 2018, p. 40), tentativa essa que traz, em seu bojo, conhecimentos e saberes acumulados de vivência daquele determinado grupo. Assim, os conhecimentos tradicionais podem ser definidos, de acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), como:

Trabalhos literários, artísticos ou científicos; invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos; informa-

ções confidenciais baseadas na tradição (que foram transmitidas de geração em geração e pertencem a um povo ou seu território) (TEDESCHI, 2009, p. 246).

Podemos dizer então, resumidamente, que ECTs são aquelas manifestações diretamente ligadas à identidade de uma determinada coletividade e que são transmitidas entre gerações. O termo abrange “uma enorme variedade de costumes, tradições, formas de expressão artística, conhecimentos, crenças, produtos, processos de produção e espaços que se origina, em muitas comunidades ao redor do mundo” (WIPO *apud* PEQUENO *at al.*, 2019, p. 2-3) e, neste rol, não há dúvida que se enquadra o cordel.

Aqui, a mitologia indígena e o folclore mágico de proveniência negro-africana se mesclam à bagagem de contos, lendas e motivos arquetípicos, frequentemente de origem medieval, que atravessaram o oceano há mais de quatro séculos, trazidos pelos primeiros colonos, para a seguir fragmentarem-se em um contexto absolutamente novo, nos fogos de artifício das variantes que dão vida ao popular (PELOSO, 2019, p. 9).

Inês Virgínia P. Soares e Cecília N. Rabêlo informam o conceito de tradição, a partir da Resolução 001/2016, que regulamenta o Decreto 3.351/2000, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial, em que o termo é utilizado “em seu sentido etimológico de ‘dizer através do tempo’, significando práticas produtivas, rituais e simbólicas que são constantemente reiteradas, transformadas e atualizadas, mantendo, para o grupo, um vínculo do presente com o passado” (SOARES, RABÊLO, 2021, p. 155).

As expressões culturais tradicionais (ECTs), assim, não estão presas a um passado longínquo inalcançável, elas fazem parte do amálgama que dá identidade a determinado grupo a qualquer tempo da história e, por isso, tanto alimentam quanto são alimentadas pelo tempo presente, os infortúnios e as belezas da contemporaneidade, transfor-

mando e sendo transformadas juntamente com a sociedade em que se inserem. Não poderia ser diferente com a literatura de cordel, em que “o poeta, embora possa ser considerado como o detentor de um saber tradicional, trabalha com suas referências culturais e torna-se um *bricoleur* da tradição” (CAVIGNAC, 2006, p.86).

O Nordeste brasileiro se mostrou uma área fértil para o surgimento e desenvolvimento do cordel como expressão de forte cunho tradicional,

Não somente pelo fato de ser uma das regiões de mais antiga colonização, mas também porque aqui o encontro e a miscigenação entre o português e o escravo africano se realizaram de maneira estável e contínua, enquanto as características da organização social, baseada no latifúndio e na sociedade patriarcal, favoreciam a perpetuação das tradições e a fixação de um cenário substancialmente imóvel de aspectos culturais destinados a permanecer. (PELOSO, 2019, p. 18)

Assim, a tradição ibérica das folhas volantes (ou cordel) encontrou, no Nordeste, área propícia para seu desdobramento, desenvolvimento e manutenção na forma dos cordéis que hoje conhecemos. Ainda, foi através das grandes migrações de nordestinos, especialmente para o sudeste do Brasil, à procura de melhores condições de vida, que o cordel ganhou abrangência nacional.

3 O CORDEL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

A Constituição Federal informa do dever de tutela do Estado no que diz respeito às expressões culturais tradicionais. O §1º do art. 215 determina a proteção das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, além de qualquer outra que tenha origem em grupos participantes do processo civilizatório nacional. A Carta Mag-

na institui o Plano Nacional de Cultura que deve objetivar a defesa do patrimônio cultural do Brasil e a valorização de sua diversidade. Traz também uma definição ampla de patrimônio cultural, abrangendo os bens imateriais (as formas de expressão, os modos de criar e fazer) e os materiais (obras, objetos, documentos, etc).

3.1 O registro do Patrimônio Cultural Imaterial (PCI)

Um dos mecanismos de tutela é o registro do patrimônio cultural. Essa metodologia foi instituída no Brasil, por meio do Decreto Presidencial 3.551/2000, que originou também o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial - PNPI. Posteriormente, em 2006, o Brasil torna-se signatário da Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), de 2003, que possui metodologia similar à prevista no Decreto citado.

Os países signatários da Convenção reconhecem o PCI como fundamental para a garantia de desenvolvimento sustentável e para a diversidade cultural. A Convenção de salvaguarda informa que o processo de globalização têm papel dialético, no que diz respeito às culturas tradicionais, reconhecendo que a sua valorização pode abrir espaço para conhecimento e diálogo, mas também podem gerar intolerância e graves riscos ao patrimônio imaterial (UNESCO, 2003, p. 3). Neste sentido, a Convenção prevê uma série de ações a serem realizadas pelos Estados signatários no sentido da salvaguarda de seus patrimônios imateriais: além do registro, uma série de comandos abertos e genéricos orientam as ações de tutela estatal.

Em território nacional, o órgão responsável pela política de salvaguarda do PCI é o IPHAN. Como mencionado anteriormente, a literatura de cordel foi inserida no Livro de Registro das Formas de Expressão do IPHAN, em setembro de 2018. O início do processo de registro foi

requerido pela Academia Brasileira de Literatura de Cordel (ABLC), contando com a assinatura de 85 poetas (MINC, 2018, p.6). No Dossiê de Registro o cordel é descrito como uma:

Forma de expressão, linguagem, gênero literário, veículo de comunicação, ofício e meio de sobrevivência para inúmeros cidadãos brasileiros: poetas, declamadores, editores, ilustradores (desenhistas, artistas plásticos, xilogravadores) e folheteiros (como são conhecidos os vendedores de livros de cordel) (MINC, 2018, p. 8).

O plano de trabalho para o registro previu diversas etapas de mapeamento da expressão, inclusive diversas entrevistas com poetas e pesquisadores em diversos estados do Brasil, não só no Nordeste. Uma das perspectivas dessas entrevistas foi a de recuperar as matrizes históricas do cordel e compreender a situação atual.

A intenção era mapear essa prática cultural em suas particularidades, atravessada por conflitos, resistências e negociações, com vistas a entender os processos sociais implicados na criação poética, na produção editorial, nas estratégias envolvidas na circulação, consumo e sua força simbólica na elaboração de representações sociais. (MINC, 2018, p. 12)

Ao fim, o dossiê propôs algumas abordagens no sentido da salvaguarda da expressão, em resumo: a promoção de encontros de poetas com o público, para favorecer a oralidade da expressão (MINC, 2018, p.190), característica fundamental do cordel; a proteção do folheto e de seus locais de distribuição (MINC, 2018, p. 191); a proteção dos direitos autorais (MINC, 2018, p. 196); e, o fomento à presença do cordel nas escolas (MINC, 2018, p. 197).

3.2 O Patrimônio Vivo

Outra metodologia aplicada na tutela dos bens imateriais é a do Patrimônio Vivo. O foco desse tipo de iniciativa é garantir a continuidade das expressões culturais através do apoio pecuniário aos mestres e grupos dessas expressões. No âmbito federal, o Ministério da Cultura do Brasil entendeu que esse tipo de metodologia não seria adequado e que, indiretamente, os mestres seriam beneficiados com ações mais abrangentes que “visariam a melhora das condições de produção, reprodução, circulação, difusão, consumo e fruição desses bens culturais” (IPHAN, 2014, p. 43).

Esse entendimento nacional seguiu em contraponto à iniciativa de 1993 da UNESCO chamada “Tesouros Humanos Vivos”, inspirada em iniciativas de países asiáticos. A iniciativa busca incentivar os países a conceder auxílio financeiro a pessoas ou grupos detentores de saberes tradicionais e é adotada em diversos países mundo afora (COSTA, 2015, p. 32).

No entanto, diversos mestres de cultura popular vivem em estado de carência material, muitas vezes trabalham na agricultura e vivem à margem da sociedade de consumo. Além disso, a frequente baixa escolaridade dos mestres os afastam de qualquer iniciativa de ações mais complexas, como a metodologia aplicada pelo IPHAN, que requer um nível de burocracia e organização social complicado, resultando na exclusão de inúmeras expressões populares da tutela no âmbito federal.

Em detrimento da inexistência de norma federal no sentido de regulamentar essa metodologia de tutela de ECTs, diversos estados desenvolveram legislações específicas em relação ao patrimônio vivo e têm aplicado concursos no sentido de promover seleção de mestres e grupos para receberem um auxílio pecuniário. O estado de Pernambuco foi precursor em relação ao assunto, elaborando a primeira lei sobre patrimônio vivo, em 2002.

Como consequência dessa regionalização, não há um registro único a nível federal sobre os “tesouros vivos” contemplados nos di-

versos estados e a sua catalogação foge ao escopo deste artigo. Fato relevante é a presença de cordelistas contemplados em diversos estados do Nordeste, compondo, mesmo que de forma descoordenada, uma certa rede de proteção à expressão por meio da patrimonialização. Neste sentido, destacam-se, no Ceará, os mestres João Pedro de Juazeiro e Antônio Rafael (FUNDAÇÃO DEMÓCRITO ROCHA, 2022 p. 376-377); no Rio Grande do Norte, os mestres Xexéu (PEREIRA, 2018, p. 50); em Pernambuco, os mestres J. Borges e José Costa Leite (VALENÇA, 2014, p. 34). Não se verifica ainda, no entanto, a contemplação de cordelistas mulheres como patrimônio vivo.

4 ATUALIZAÇÃO DO CORDEL NO CONTEXTO DIGITAL E A IMPORTÂNCIA DE UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS AUTORAIS SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS CULTURAIS

4.1 Direitos Humanos Culturais

A Constituição Federal brasileira de 1988 vem, de forma inovadora, consagrar os Direitos Culturais no nosso ordenamento jurídico, criando, como consequência, um ramo autônomo da ciência do Direito. O legislador optou por um Estado prestacional na tutela dos direitos culturais, um Estado que garanta a todos o exercício de seus direitos culturais e o acesso às fontes culturais, assim como um Estado que incentive a valorização e a difusão cultural (BRASIL, 1988).

A definição de cultura é tarefa complexa, requer que se considere uma análise contextual e mesmo antropológica, podendo extrapolar a discussão jurídica. Desta forma, para este artigo, restringe-se o conceito, a partir de contornos oferecidos pelo constituinte ao patrimônio cultural:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em con-

junto, 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 (BRASIL, 1988, art. 216).

Ainda que a CF/88 nos indique o sentido de patrimônio cultural, não é expresso - e nem tão claro - o que seriam os direitos culturais como um todo, uma vez que se trata de um conceito jurídico aberto. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001, patrocinada pela UNESCO, reconhece a dificuldade do entendimento completo desses direitos, havendo o comprometimento dos Estados Membros de “avançar na compreensão e no esclarecimento do conteúdo dos direitos culturais” (UNESCO *apud* CUNHA FILHO et al., 2018, p. 29). No sentido dessa recomendação e procurando delimitar esses direitos, com base na interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, Francisco Humberto Cunha Filho observa:

Que os direitos culturais operacionalizáveis, ou seja, que podem ser materializados ou violados e, neste caso, juridicamente recompostos, são os atinentes a três campos muito claros: o das artes, o da memória coletiva e o do fluxo dos saberes, fazeres e viveres” (CUNHA FILHO *apud* CUNHA FILHO et al., 2018, p. 30).

José Afonso da Silva, aprofundando o esclarecimento do que são os direitos culturais, enumera-os como:

(a) Liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; (b) direito à criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público (SILVA *apud* FERREIRA; MANGO, 2017, p. 83-84).

Além da classificação constitucional dos direitos culturais, diversos autores os consideram como direitos fundamentais. Bonavides define como fundamental o direito “essencial para a garantia de uma vida digna e para o exercício da cidadania, os quais estariam vinculados essencialmente com os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana” (BONAVIDES *apud* FERREIRA; MANGO, 2017, p. 87). A mera distância entre a seção dos direitos culturais e o art 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 não significa a exclusão desses direitos como fundamentais, uma vez que diversos direitos previstos no art. 5º - como a liberdade de expressão artística, direito à proteção do patrimônio cultural, etc - tem relação estrita com os direitos culturais (FERREIRA; MANGO, 2017, p. 88-89). Não há como se pensar diferente, considerando que expressões culturais tradicionais, como o cordel, têm relação direta com a identidade dos grupos sociais em que se inserem e, portanto, a privação dessas expressões é, em geral, afronta à dignidade da pessoa humana.

4.2 Direitos autorais como direitos humanos culturais

Os direitos autorais fazem parte do rol dos direitos culturais. Nesse sentido, tem dimensões de direitos humanos. Este entendimento foi enfatizado pela Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos

Culturais, Farida Shaheed (SHAHEED, 2014), ao tratar de políticas de direitos autorais e direito à ciência e à cultura:

The term “author” has a particular meaning, borrowed by human rights documents from copyright law. “Author” refers to the creator of any work eligible for copyright protection. Thus, writers, painters, photographers, composers, choreographers, storytellers, graphic designers, scholars, bloggers and computer software designers will all be considered as “authors” under copyright law. From the human rights perspective, the term “author” is to be understood as including individuals, groups or communities that have created a work, even where that work may not be protected by copyright. Within both the human rights and the copyright framework, both professional and amateur authors/artists may qualify for recognition as an author (SHAHEED, 2014, p. 7).

Percebe-se, pela declaração de Shaheed (.....), que os direitos autorais ultrapassam a dimensão de retribuição patrimonial pela criação artística, científica ou literária, mas diz respeito também à dignidade humana e a valorização de grupos e indivíduos, sendo instrumento de promoção da cidadania e da diversidade cultural. A relatora informa, ademais, que os direitos autorais são uma forma de participação cultural, tanto na dimensão de acesso à cultura como na de expressão criativa:

The human rights perspective calls for recognition of the social and human values inherent in copyright law and a heightened regard for fundamental rights and the needs of marginalized groups. The emphasis on active participation in cultural and scientific life, rather than simply the ability to access cultural and scientific works, recognizes the dual importance of accessing the knowledge and expressive creations of others and of selfexpression within the broader cultural context (SHAHEED, 2014, p. 13).

Além da dimensão patrimonial e da dimensão moral, que diz respeito também à personalidade do indivíduo, verifica-se também a importância dos direitos autorais para o grupo e a coletividade. Como informado acima, é instrumento de promoção da diversidade, mas também uma forma de construção de identidade coletiva, quando da expressão individual vão se consolidando práticas formadoras de tradição ou de patrimônio cultural imaterial.

Nesse sentido, Shaheed chama a atenção para o equilíbrio entre os direitos morais autorais e o direito de reinterpretar a criatividade. Para a autora, “the moral right to object to distortions or modifications of a work must be interpreted in balance with the right of others to reinterpret cultural inheritance and exercise their own creativity”. (SHAHEED, 2014, p. 8). Este raciocínio parece apontar para a função social da propriedade intelectual, na medida em que ressalta a necessidade de haver um equilíbrio entre a retribuição necessária ao empreendimento criativo e a possibilidade social de compartilhamento do bem intelectual.

4.3 Atualização dos direitos autorais do cordel sob a perspectiva dos direitos humanos culturais

Na introdução deste artigo, mencionou-se que a atribuição de autoria na arte de cordel nem sempre foi clara, sendo objeto de disputa. Como observado, o cordel iniciou-se de forma oral, com contações de histórias, sem a preocupação do registro em meio tangível. Sua prática foi se consolidando como cultura popular, com dimensões coletivas e folclóricas, com elementos de tradição, como a transmissão do conhecimento entre gerações. De acordo com Amorim e Macedo, “essas características distanciam a proteção pelo direito autoral concebido a partir de uma criação individual, expressa em meio tangível e com data precisa de publicação” (AMORIM; MACEDO, 2022).

Nas décadas de 1960 e 1970, havia grande preocupação, no Brasil, em proteger a cultura do cordel, mas na perspectiva patrimonial,

como expressão do saber coletivo. A preocupação com os direitos autorais dos autores de cordel é mais recente, tornando-se facilitada pela sua impressão, cuja tecnologia “permitiu analisar o cordel como obra intelectual protegida. Atualmente, por meio da transmissão virtual do cordel, observam-se também outras formas de fixação de suas práticas, como, por exemplo, a partir do registro de performances audiovisuais” (AMORIM; MACEDO, 2022).

As controvérsias acerca dos direitos autorais ocorriam entre autores da literatura e os editores, bem como entre os cordelistas. Conforme Amorim e Macedo:

Ao longo da história do cordel, era comum observar a publicação sem a devida atribuição de autoria aos seus criadores, demonstrando a apropriação indevida pelas tipografias de direitos morais e patrimoniais de autor. Isso ocorria majoritariamente porque os cordelistas tinham condições precárias de alfabetização, muitas vezes, trazendo histórias, mas desconhecendo a escrita e conseqüentemente seus direitos; outras vezes porque as obras dos cordelistas eram feitas sob encomenda das tipografias, caracterizando modalidade contratual diferente da cessão de direitos patrimoniais. Ademais, existia, por vezes, rivalidades entre autores que publicavam em uma mesma tipografia (AMORIM; MACEDO, 2022).

As autoras informam que uma estratégia de atribuição de paternidade sobre a criação artística do cordel era realizada de maneira dissimulada, por meio do uso de acrósticos, ou seja, os poetas iniciavam as rimas com as letras iniciais dos seus nomes, possibilitando a identificação de autoria e inibindo o plágio. Com o tempo e maior acesso à educação, os cordelistas passaram a compreender os seus direitos patrimoniais sobre suas criações, passando a exigir direitos autorais.

Na sociedade informacional, em que há também maior atribuição de valor a obras intelectuais, o cordel apresenta novas formas de registro, recuperando traços de oralidade e de performance, como por

meio do recurso audiovisual, digital ou, até mesmo, pela derivação em *fanfics*. Nesse sentido, “a partir dessas novas possibilidades de expressões, ampliou-se a dimensão jurídica protetiva do cordel. Não apenas os ‘direitos do autor’ propriamente dito são relevantes, mas também aqueles que lhes são conexos, ou seja, os direitos assegurados àqueles que acrescentem valor à obra como intérpretes e executantes” (AMORIM, MACEDO, 2022).

As tecnologias da Sociedade Informacional repercutiram também sob o aspecto patrimonial, possibilitando a criação de acervos digitais, como o consolidado pela Biblioteca Virtual Cordel (BVC) da Universidade de Poitiers na França, com mais de 4 mil folhetos brasileiros disponibilizados de forma eletrônica. A BVC apresenta uma política de direitos autorais em relação às consultas realizadas ao seu acervo, disponibilizando gratuitamente apenas obras em domínio público e restringindo o acesso a obras, sob a proteção de direitos autorais.

No que diz respeito às derivações do cordel pelo audiovisual ou por novas tecnologias criativas como as *fanfics* (abreviação para um tipo de narrativa ficcional em que fãs dão continuidade ao enredo de uma obra literária original), percebe-se que elas se relacionam com as três dimensões dos direitos culturais apontadas por Humberto Cunha filho, ou seja, como expressão artística (arte), patrimônio vivo (memória) que inter-relaciona uma prática tradicional em um ambiente tecnológico e globalizado (fluxo dos saberes) (CUNHA FILHO, 2018, p.28).

Na atualidade, percebe-se então o cordel não mais apenas uma cultura tradicional, mas uma cultura híbrida. Rosa e Macedo utilizam esse conceito trabalhado pelos teóricos Nestor García Canclini e Homi Bhabha, para enfatizar o cordel como uma forma de literatura que hoje apresenta elementos tradicionais e contemporâneos e um “discurso que combina duas ou mais identidades sem privilegiar hierarquias, como, por exemplo, componentes de origem portuguesa e brasileira, regionais e globalizadas” (DA ROSA; MACEDO, 2022).

Ainda no que diz respeito à perspectiva de perceber-se os direitos autorais de cordel sob a perspectiva de direitos humanos, é impor-

tante enfatizar a invisibilidade de gênero e de raça da autoria, bem como a representação deturpada de sujeitos em enredos literários. A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou a igualdade material, preconizando como direito fundamental e valorizou a diversidade cultural. Essa perspectiva é analisada por Soares e Rabêlo, quando analisam, por exemplo, o processo administrativo do registro do cordel como patrimônio cultural imaterial pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Informam as autoras que “não obstante tenha suas origens na Europa, é possível dizer que a literatura de cordel tal como é hoje no Brasil tem vínculos tanto europeus quanto indígenas, africanos, árabes, sendo uma adaptação da poesia dos romances em prosa trazido pelos portugueses durante a colonização” (SOARES; RABÊLO, 2021, p. 163). Aqui novamente se percebe uma hibridização cultural, em que o cordel é apropriado pelos diversos sujeitos do território brasileiro.

A perspectiva de gênero esteve presente no dossiê de registro do cordel, que dedicou um capítulo para referir-se ao assunto, qual seja:

“Das representações ao protagonismo: presença das mulheres na literatura de cordel”, no qual é mostrada a literatura de cordel a partir da perspectiva de gênero, problematizando o papel da mulher no cordel sob duas óticas: as diferentes formas como a mulher é representada nos cordéis e a autoria feminina (SOARES; RABÊLO, 2021, p.164)

No dossiê, como relatam as autoras citadas, foi observado como a mulher fora representada de maneira deturpada e estereotipada, sob um ponto de vista machista e patriarcal, decorrente do “próprio papel de submissão imposto à mulher à época” (SOARES; RABÊLO, 2021, p. 164). Por outro lado, o dossiê também colocou a perspectiva da autoria feminina, a qual começou a ser estudada recentemente, no século XXI. Ressalta assim que:

Diversas das antologias de cordel publicadas excluíram totalmente os cordéis de autoria feminina, sendo que apenas em 2013 a Academia Brasileira de Literatura de Cordel, organizou a sua vigésima Antologia e, ao contrário da publicação anterior, na qual não havia nenhuma mulher, apresentou a obra de cordelistas mulheres tais como Anilda Figueiredo, Alba Helena Corrêa, Maria de Lourdes Aragão Catunda (Dalinha Catunda), Maria Rosário Pinto e Regina Costa (SOARES, RABÊLO, 2021, p. 165).

Outra autora que deve ser mencionada é Cora Coralina, filha de pai nordestino, nascida em Goiás, que publicou o volume “Meu livro de Cordel”, com a intenção de valorizar essa forma poética tradicional (CORALINA, 2013, p. 5).

Entende-se, por fim, importante mencionar a autoria de Jarid Araes, mulher negra e nordestina, de família de cordelistas de Juazeiro do Norte. A sua literatura tem, como um dos gêneros, o cordel. Por meio dessa prática, que iniciou intergeracionalmente, a autora dedicou-se a enfrentar o machismo e o preconceito. Além de imprimir a cultura de mulher negra do Cariri, a memória e a tradição de sua família, Jarid dedicou um livro para homenagear, em 15 cordéis, personagens negras brasileiras (ARRAES, 2021).

O livro, publicado pela editora Seguinte, selo de publicações de jovens autores da editora Companhia das Letras, tem como prefácio o título “Resgatar nossa memória”, de Jaqueline Gomes de Jesus. Nele, Jaqueline recorda o apagamento histórico sofrido por mulheres e negros no Brasil, fato que não feriria apenas a esses sujeitos, mas a toda a cultura brasileira. Nos dizeres da autora, o problema “é de todos os brasileiros, que, ao menosprezarem a participação de uma parcela da população na construção desta sociedade, quem somos como brasileiros, também fraturam a própria tradição e preservam a alienação (ARRAES, 2020, p. 9).

CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, pode-se perceber como a literatura de cordel, surgida na Europa, foi apropriada pela cultura brasileira ao longo de sua história, ganhando identidade própria e novas formas de materialização. A literatura sedimentou-se como expressão cultural coletiva e tradicional, tendo o saber transmitido ao longo de gerações e formado um rico patrimônio cultural imaterial.

Identificou-se o cordel como forma de expressão cultural tradicional e verificou-se como o direito conceitua e discute a proteção dessas expressões. Percebeu-se como o seu tratamento jurídico não é pacífico e requer atenção especial. Nesse sentido, foi dada relevância ao consenso internacional estabelecido por meio da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, a qual valorizou as expressões culturais, como manifestações da criatividade individual e coletiva.

A partir dessa contextualização, analisou-se a importância do cordel como patrimônio cultural imaterial brasileiro e os seus processos de salvaguarda, tanto por meio de registro nacional no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), como por meio do reconhecimento de patrimônio vivo, em âmbitos regionais. Ampliou-se, então, o âmbito de análise, para compreender o cordel sob a perspectiva contemporânea da sociedade informacional e sob enfoque dos direitos autorais, concebidos como direitos humanos culturais.

Foi possível perceber o cordel como cultura viva e dinâmica, a qual remete a uma forma de cultura híbrida, tanto em relação a interações tradicionais e contemporâneas, como regionais e globalizadas, como artesanais e tecnológicas. Além disso, pode-se observar a agência dos sujeitos produtores e seu engajamento na consecução do registro junto ao IPHAN. Essa agência foi fundamental não apenas para a concretização do reconhecimento oficial como PCI brasileiro, mas também em relação à atribuição de direitos autorais.

Verificou-se que a proteção autoral da literatura de cordel foi objeto de disputa ao longo de sua história e permanece sendo discutida na sociedade informacional. Essa discussão vai além de ambições patrimoniais, sendo relevante para a correção de injustiças sociais que repercutiram na invisibilidade dos sujeitos fazedores da cultura. Em um primeiro momento, perceberam-se disputas entre cordelistas e editores, e o desejo dos autores em ter o seu direito de atribuição reconhecido, por meio dos acrósticos. A partir do momento em que os cordéis se tornam mais comerciais, percebe-se então a necessidade da assinatura da autoria.

Na sociedade informacional, outras formas de materialização dos cordéis possibilitadas pelas tecnologias digitais ensejam novas formas de proteção autoral, como a tutela de direitos conexos. Ademais, ao analisar os direitos autorais sob a perspectiva dos direitos humanos culturais, verificou-se a necessidade de elevar a autoria de sujeitos historicamente subalternizados, sobretudo mulheres, negros e indígenas, visando a valorizar a diversidade dos atores, ou autores, responsáveis pela construção do patrimônio cultural imaterial brasileiro. Este, como preconiza a Constituição Federal brasileira de 1988, deve ser necessariamente democrático, republicano e inclusivo. A atualidade do cordel, por meio do acesso a novas tecnologias, do registro patrimonial e do reconhecimento de autorias representantes da diversidade cultural brasileira, parece estar contribuindo para essa valorização.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, L. M.; MACEDO, M. H. J. M. Direitos autorais da arte de Cordel: de prática folclórica à atualidade digital. **Boletim GEDAI**. Curitiba, 15 jul 2022. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/cordel-direitos-autorais/>. Acesso em: 20 set. 2022.
- ARRAES, J. **Heroínas Negras Brasileiras em 15 cordéis**. São Paulo: Seguinte, 2020.
- BHABHA, H. K. **O local da cultura**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2014. Introdução.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 1 out. 2022

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

CAVIGNAC, J. **A literatura de cordel no nordeste do Brasil: da história escrita ao relato oral**. Tradução de Nelson Patriota. Natal: EDUFRN, 2006.

CORALINA, C. **Meu livro de Cordel**. São Paulo: Editora Global, 2013.

CORDEL. In: **Priberam**, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/cordel> Acesso em: 27 set. 2022.

COSTA, R. V. Análise jurídica das leis sobre “tesouros vivos” no Brasil e no mundo: a experiência do Ceará. **PIDCC**, Aracaju, Ano IV, Edição nº 08/2015, p.25 a 39 Fev/2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6723850.pdf>. Acesso em: 25 set 2022.

CUNHA FILHO, F. H. **Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições SESC São Paulo, 2018.

CUNHA FILHO, F. H.; BOTELHO, I.; SEVERINO, J. R. Direitos Culturais: centenários mas ainda desconhecidos. In: **Direitos culturais**. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. BOTELHO, Isaura. SEVERINO, José Roberto (Org). Salvador: EDUFBA, 2018.

DA ROSA, C. B. P; MACEDO, M. H. J. M. Fanfic de Cordel: repercussões sobre os direitos culturais. **Boletim GEDAI**. Curitiba, 15 jul 2022. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/fanfic-de-cordel/> Acesso em: 20 set. 2022.

FERREIRA, G. A.; MANGO, A. R. Cultura como direito fundamental: regras princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília v. 3 n. 1 |p. 80 – 98: Jan/Jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2108>. Acesso em: 27 set. 2022.

FUNDAÇÃO DEMÓCRITO ROCHA. **Anuário do Ceará 2022**. Fortaleza, 2022. Disponível em: https://www.anuariodoceara.com.br/wp-content/themes/anuario_2022/assets/anuario-22-23.pdf. Acesso em 28 set. 2022.

IPHAN. **Literatura de Cordel**. Brasília, 2022. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1943>. Acesso em: 28 set 2022.

IPHAN. **Patrimônio Imaterial**: fortalecendo o Sistema Nacional. Brasília, 2014

MACHADO, F. **O que é literatura de cordel?** Rio de Janeiro: Codecri, 1980.

MAIA, M. E. **Práticas Autorais do cordel no contexto da propriedade intelectual**. 2018. Tese (Doutorado) – PPGCI/UFPB. João Pessoa. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13869/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Literatura de Cordel**: Dossiê de Registro. Brasília, 2018.

PELOSO, S. **Medievo no sertão**: tradição medieval europeia e arquétipos da literatura popular no Nordeste do Brasil. Natal: EDUFRN, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/27101>. Acesso em: 24 set. 2022.

PEQUENO, S.; BARROS, D.; PEDERIVA, P. L. M. Expressões Culturais Tradicionais e a Noção de Autoria: Outros Modos de Vida e Criação. In: **Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, XV**. Salvador, 2019. Disponível em: <http://www.enecult.ufba.br/modulos/submissao/Upload-484/111679.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.

PEREIRA, Maria das Graças Cavalcanti. **A trajetória da lei do registro do patrimônio vivo do RN – RPV (2007–2017)**: uma avaliação de implementação. Tese (Doutorado) – UFRN. Natal, 2018.

PROENÇA, Ivã Cavalcante. **A ideologia do Cordel**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1977.

SHAHEED, F. Copyright policy and the right to science and culture. **Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. A/HRC/28/57**. United Nations Human Rights Council, 24 dez. 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListRepor ts.aspx>. Acesso em: 20 set. 2022.

SOARES, I. V. P.; RABÊLO, C. N. Registro de mulheres (in)visíveis no patrimônio imaterial brasileiro. In: **Patrimônio Imaterial e Políticas Públicas no Brasil**: Trajetórias e Desafios. SOARES, I. V. P.; CAMPOS, Y. D. S. e LANARI, R. A. O. (Org.). Belo Horizonte: Letramento, 2021.

STAUT JUNIOR, S. S.; WACHOWICZ, M. Rumos e Desafios para uma Funcionalidade dos Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional. In: **Sociedade Informacional e Propriedade Intelectual**. Wachowicz, M.; Cortiano, M. (Org). Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2021.

TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194959/000881717.pdf?sequence=3> Acesso em: 23 set. 2022.

UNESCO. **Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 20 outubro de 2005. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150224?posInSet=2&queryId=ebd94a0b-c112-4200-af5f-0acc5c449277>. Acesso em: 23 set. 2022.

UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. 17 out de 2003. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_por. Acesso em: 25 set. 2022.

VALENÇA, Nilton Oliveira. **Patrimônios Vivos de Pernambuco: uma análise sobre a cessão dos direitos patrimoniais de autor**. Monografia (Curso de Formação de Gestores Culturais dos Estados do Nordeste). Fundação Joaquim Nabuco: Olinda, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/17404/1/Nilton%20Oliveira%20Valen%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

CAPÍTULO 3

DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS: Acesso à cultura e ao conhecimento

A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO

JOELSON GOMES PEQUENO¹

DÉBORA LACS SICHEL²

RESUMO: O direito autoral, que protege o autor de ter suas criações intelectuais exploradas por terceiros sem sua prévia permissão, e o direito de acesso à cultura e ao conhecimento, essencial para a formação identitária de um povo, são complementares e interdependentes, ainda que à primeira vista possam parecer antagônicos. Considerando que ambos são direitos fundamentais, esse trabalho tem por objetivo analisar, através de pesquisa legislativa e jurisprudencial, baseada em uma metodologia qualitativa-exploratória, o tratamento previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro para que estes direitos coexistam harmonicamente. Os resultados encontrados pela pesquisa sugerem que há suficiente previsão constitucional e em diplomas internacionais. Entretanto, a legislação doméstica volta-se mais à proteção dos direitos do autor, enquanto a garantia do acesso à cultura é apenas timidamente regulada, fenômeno que também se reflete na jurisprudência. Parece que o país carece de uma maior política de valorização da cultura para que o direito fundamental de acesso ao patrimônio cultural seja eficientemente regulamentado no território nacional.

Palavras-chave: direito autoral; acesso à cultura.

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio. Técnico em Propriedade Industrial e Chefe Substituto da Divisão de Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. E-mail: joelson.gomes@edu.unirio.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em direito econômico pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Doutora em sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – IUPERJ. Membro do Comitê Científico de Congresso de Gestão Empresarial da Universidade de Economia de Wroclav – Polônia. Professora Associada da Escola de Ciências Jurídicas da Unirio. E-mail: debora.sichel@unirio.br

INTRODUÇÃO

De inquestionável importância para a humanidade, o direito autoral regula relações jurídicas oriundas de criações do intelecto humano, voltadas a finalidades artísticas, científicas e culturais. Com inúmeros exemplos, dentre os quais pintura, música, texto, desenho, software, escultura, as criações intelectuais são de tamanha essencialidade que sua proteção transcende os interesses individuais dos criadores, sendo considerada de interesse público e, nas palavras de Fragoso (2009, p. 204) “Não obstante a obra pertencer a um autor, ela se torna, pelo fato de sua criação, um patrimônio cultural a ser preservado, um bem espiritual coletivo, cuja integridade se faz necessário proteger”.

Do outro lado, e não menos importante, está o direito de acesso à cultura, que além de englobar o conjunto de conhecimentos de um povo, também abrange o conjunto de crenças, pensamentos, costumes e padrões de comportamento que identificam aquele povo. A cultura também pode ser compreendida como o complexo de atividades e expressões ligadas à criação artística, como filmes, livros, música, pintura e moda. Muito além de funções utilitaristas como entreter, ornamentar, vestir, a cultura tem o condão de educar, fazer refletir, inspirar e perpetuar a identidade e a história de um povo. Vygotsky afirma que a cultura é “parte constitutiva da natureza humana, já que sua característica psicológica se dá através da internalização dos modos historicamente determinados e culturalmente organizados de operar com informações.” (VYGOTSKY apud REGO, 2008, p. 42).

Embora possam parecer antagônicos, em uma análise superficial, o direito autoral e o direito de acesso à cultura e ao conhecimento são complementares e interdependentes, haja vista que só é possível se acessar cultura e conhecimento se houver produção. Decorre daí a importância do direito autoral no que tange ao incentivo dos criadores, garantindo-se a eles uma contrapartida pelo importante trabalho intelectual desempenhado em favor do desenvolvimento artístico,

científico e cultural. Da mesma forma, é fundamental que se garanta o acesso ao conhecimento produzido, uma vez que o desenvolvimento humano, que em última análise pode ser tido como função social da criação intelectual, está diretamente associado a esse acesso. Sem ele sequer produção haveria, posto que o autor só consegue criar por ter tido acesso ao conhecimento, o que deixa em evidência a interdependência desses dois direitos fundamentais. Sobre o assunto, o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial (REsp) nº 1.343.961 - RJ do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³ ressalta que:

[...] não se pode perder de vista que toda legislação sobre direito autoral tem como propósito o equilíbrio entre interesses igualmente relevantes: de um lado, o fomento da produção intelectual e científica, por meio da proteção eficaz e uniforme dos direitos materiais e morais dos autores e de outro lado, o desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade, alcançado a partir do acesso às obras protegidas, constatação que justifica a imposição de limitações aos direitos autorais.

Considerando a não hierarquização entre ambos os direitos, não apenas por serem fundamentais, como também por sua complementaridade e interdependência, este artigo pretende analisar, a partir de pesquisa legislativa e jurisprudencial, com o auxílio doutrinário de autores que se debruçaram sobre o tema, baseando-se em uma metodologia qualitativa-exploratória, se o tratamento previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro é suficiente para que o direito autoral coexista harmonicamente com o direito de acesso à cultura e ao conhecimento.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.343.961/RJ. Quarta Turma. Recorrente: Flávia Silveira Serejo. Recorrido: Arquivo Contemporâneo LTDA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 06/10/2015, DJE 09/11/2015 RD-TJRJ vol. 105 p. 109. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864165333/inteiro-teor-864165343>. Acesso em: 14 out. 2022.

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PROTEGIDA PELO DIREITO AUTORAL

A propriedade intelectual se refere às criações do espírito humano e aos direitos de proteção dos interesses dos criadores sobre suas criações. Ela engloba a propriedade industrial (patentes, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas), a proteção *sui generis* (que protege os cultivares, os conhecimentos tradicionais e as topografias de circuitos integrados) e o direito autoral, que será objeto de estudo deste trabalho.

O direito autoral além de dar proteção ao criador da obra, que é o detentor dos direitos morais (paternidade, não anonimato, integridade da obra etc.) e ao titular dos direitos patrimoniais (ligados à exploração econômica da obra), que pode ser o próprio autor ou alguém para quem ele tenha cedido tais direitos (e seus herdeiros), também protege os direitos conexos de artistas intérpretes, executores, empresas de radiodifusão e produtores fonográficos.

Muitos são os exemplos de bens intangíveis protegidos pelo direito autoral, dentre os quais podem ser citados os desenhos arquitetônicos, as esculturas, as composições musicais, os softwares, os filmes e os textos (livros, artigos, periódicos). O que todos os criadores desses bens têm em comum é que eles não se limitaram a ter uma ideia, mas a materializaram, quando da criação, propiciando desenvolvimento científico, artístico ou cultural, devendo, pois, receber proteção do Estado, para ter garantida uma contrapartida pelo bem criado, visto que “A razão da reserva ao autor da utilização pública encontra-se sobretudo na garantia a este de um exclusivo aproveitamento econômico da obra.” (JABOUR; ASCENSÃO; SANTOS, 2021).

A vigência da proteção dada pelo Estado aos titulares dos direitos patrimoniais de determinada criação autoral é, em regra, de 70 anos, contados a partir, de 1º de Janeiro do ano subsequente à morte do

criador, sendo o software uma exceção, pois para este bem, o prazo é de 50 anos contados a partir de 1º de Janeiro do ano subsequente à data de publicação ou de criação, na ausência daquela. Esse lapso temporal garante proteção também aos herdeiros, já que os bens intangíveis protegidos pelo direito autoral, por serem propriedades (intelectuais), são a eles transmitidos no momento da abertura da sucessão, com a morte do titular.

Passado este intervalo de tempo em que o uso da obra está sujeito à prévia autorização do titular, a criação cai em domínio público, significando que a obra, a partir deste momento, poderá ser utilizada por qualquer pessoa, que terá acesso irrestrito, sem necessidade de nenhuma autorização prévia, já que não existirá mais titulares de direitos patrimoniais referentes àquela obra. De acordo com Barbosa “Domínio público significa que já não há um titular exclusivo da obra. Todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular e sem ter que pagar algo pela utilização.” (HAMMES, B.J. apud BARBOSA, 2006, p. 3).

A propriedade, consagrada no Art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, é o direito real que permite ao titular de um bem usar, fruir ou dele dispor, além de garantir a ele o direito de reaver o bem de quem o possua ou detenha sem sua autorização. Em outras palavras, a propriedade sujeita o bem à vontade daquele que o titulariza, permitindo ao titular que dele possa tirar proveito econômico, se assim o desejar, além de opor a todos, em uma relação *erga omnes*, o dever de abster-se daquele bem, exceto se por ele autorizado.

Entretanto, como ocorre com qualquer outro direito, a propriedade não é um direito absoluto, pois ela não serve apenas para garantir a satisfação dos interesses individuais do proprietário de um bem. A propriedade deve melhor ser vista como uma situação jurídica complexa, pois além dos interesses individuais do proprietário, ela também deve ser conveniente para a coletividade, devendo compatibilizar seu exercício com outros centros de interesses, também mercedores de tutela.

Considerando que o direito autoral protege bens intangíveis, que são propriedades intelectuais do criador ou daqueles para quem ele tenha cedido os direitos patrimoniais, tal direito também está submetido às limitações decorrentes da função social da propriedade, que é fundamento da ordem econômica e social brasileira, conforme a Constituição Federal. Barbosa (2003, p. 11) afirma que “o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – função social da propriedade de que fala o art. 5º, XXIII, da Carta de 1988”.

Mas qual seria a função social da propriedade intelectual protegida pelo direito autoral e quais são os centros de interesses com os quais essa propriedade precisa ser compatibilizada?

Para responder a esses questionamentos, este trabalho analisou o que diferentes autores já escreveram sobre o tema, destacando Isabel Vaz (1998, p. 461), para quem as criações do espírito humano são necessárias à satisfação de um interesse social e que se multiplicam com o avanço tecnológico e cultural. Já Sousa afirma que:

A chamada função social do direito autoral tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura. (SOUSA, 2011, p. 665)

Na mesma esteira, Vitalis (2006, p. 45) considera que a função social do direito autoral está diretamente ligada ao desenvolvimento cultural do país, enquanto Piovesan (2007, p. 37) defende que a propriedade intelectual deve considerar sua função social, saindo do paradigma meramente individualista, que visa à proteção tão somente do criador da obra, para um modelo coletivista, contemplando as dimensões sociais do direito autoral.

Carboni (2008, p. 236), por sua vez, pontua que, partindo de uma perspectiva em que se considere a quarta dimensão dos direitos fun-

damentais, observando a democracia e o pluralismo, a função social do direito autoral deve ser vista como uma garantia de equilíbrio entre os interesses individuais do autor e os interesses coletivos de acesso à cultura e à informação.

Por fim, Allan Rocha (2006, p. 283) observa que o direito autoral pode entrar em conflito com outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito dos consumidores, a livre concorrência, o direito ao entretenimento, à educação, à informação e à cultura.

Em consonância com os autores supracitados, este trabalho segue o entendimento de que a função social da propriedade intelectual protegida pelo direito autoral se revela, em última análise (para além dos interesses econômicos, individuais do criador), na promoção de conhecimento e informação em favor do desenvolvimento artístico, científico e cultural do país e do mundo. Como observado, são muitos os centros de interesses, com os quais o direito autoral precisa dialogar, para que este importante direito fundamental possa coexistir harmonicamente com outros direitos fundamentais de igual importância, partindo-se do pressuposto de que não há hierarquização entre os direitos fundamentais.

Este trabalho, no entanto, dentre os muitos centros de interesse que podem conflitar com o direito autoral, terá como foco apenas o direito de acesso ao conhecimento e à cultura, que será melhor explorado no capítulo que segue.

2 A CRIAÇÃO COMO INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO

O conhecimento no passado era algo muito restrito, sendo privilégio de apenas alguns membros da sociedade, que podiam acessar os poucos exemplares de livros manuscritos e que detinham o poder da leitura. Outros poucos afortunados estavam no momento certo e na

hora exata para escutar os discursos de sábios, em uma época em que a transmissão do conhecimento se dava, principalmente, através da oralidade. Essa transmissão oral do conhecimento foi de suma importância para o desenvolvimento social tanto da época em que ocorria quanto dos dias atuais, conforme a colocação de Maurice Tardif:

A cultura grega clássica se inicia com Homero e a educação 'poética' que é nada mais do que a retomada das velhas tradições de educação oral. Essa cultura encontra na Atenas dos séculos V e IV a.C. a sua primeira expressão acabada e duradoura, graças ao ensino e às doutrinas novas dos sofistas e dos filósofos, dos oradores e dos sábios. Mas ela não se limita às concepções daqueles que se chamam hoje de 'intelectuais'. Ela também beneficia a contribuição prodigiosa e variada de toda a sociedade grega. As artes e as ciências têm um desenvolvimento sem precedentes e raramente igualado em toda a história humana. (TARDIF, 2014, p. 38)

Hodiernamente, com o imensurável avanço tecnológico desfrutado pela humanidade, o conhecimento é potencialmente acessível à maior parcela da população, seja através de escolas, bibliotecas, museus, teatros ou da rede de computadores.

O conhecimento é o bem mais precioso da sociedade moderna. No passado a força das nações era medida pela extensão territorial, daí as inúmeras guerras por conquista de espaço, enquanto atualmente é o conhecimento que dita qual nação tem mais ou menos poder. Ou seja, é a força da mente, a capacidade de criar e inovar, que diferencia as nações nos dias modernos. Stewart (2002, p. 31-35) considera que o conhecimento é um acúmulo de dados e informações envoltos por expertise e que, às vezes, pode ser eterno.

O conhecimento integra algo maior, a que se denomina cultura. Em uma de suas acepções, a palavra cultura significa cultivo, ou seja, melhoramento, crescimento e desenvolvimento. Em outra, ela está relacionada à devoção, significando que representa algo bom; algo que merece atenção e respeito; algo que precisa ser valorizado.

A cultura é essencial para uma sociedade, pois é a partir dela que os indivíduos criam um senso de unidade, empatia e afeto. Ela proporciona ao indivíduo uma satisfação em ser e fazer parte, o que eleva o sentido da vida, e engloba os costumes, as tradições, as crenças, os padrões de comportamento de determinado povo, bem como as criações artísticas e científicas. Miguel Reale (2015, p. 213), de forma muito abrangente afirma que cultura é tudo que se realiza na “objetividade de fins especificamente humanos”.

Criações e culturas são tão intrinsecamente ligadas que não se pode haver dissociação entre elas, pois como bem colocou Sílvia (1998, p. 13), “A criação artística e a cultura em geral se alicerçam a um só tempo sobre raízes perenes de natureza trans-histórica e matrizes periodísticas relativas ao tempo datado e particular em que se inserem”. Essas criações estão por toda parte (música, teatro, pintura, dança etc.) e são de extrema importância para a formação identitária do povo.

De acordo com Hall (2004, p. 51), “As culturas nacionais, ao produzir sentidos sobre ‘a nação’, sentidos com os quais podemos nos identificar, constroem identidades”. Por se tratar de algo fundamental para o desenvolvimento humano, os direitos culturais tem garantia constitucional, que se ramifica em quatro vertentes: a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; a preservação do patrimônio histórico e cultural; o direito à diversidade e identidade cultural; e o direito de acesso à cultura e ao lazer.

Como se pode ver, o direito autoral e o direito de acesso à cultura e ao conhecimento têm como elemento comum a criação, que precisa ser protegida pelo direito autoral, como forma de fomento ao desenvolvimento criativo e deve ser acessível, a fim de propiciar transformação social e desenvolvimento humano.

Considerando que ambos os direitos são de igual relevância, uma vez que sem criação não há desenvolvimento e sem acesso ao conhecimento não há criação (o processo criativo intelectual humano depende de referencial), o próximo capítulo deste trabalho tem como objetivo

fazer uma análise legislativa e jurisprudencial, a fim de verificar se o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao direito autoral e ao direito de acesso à cultura e ao conhecimento, viabiliza uma coexistência harmônica entre esses direitos fundamentais.

3 COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO GARANTE UMA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE AMBOS OS DIREITOS?

Para responder a essa pergunta, este capítulo traz os dados provenientes de uma pesquisa legislativa e jurisprudencial a respeito das questões que circundam a temática. Pretende-se apresentar os principais pontos da legislação relativa ao direito autoral e ao direito de acesso à cultura e ao conhecimento (que doravante será designado apenas como direito de acesso). Pretende-se ainda descobrir como a jurisprudência dos tribunais superiores decide os conflitos de interesse entre autor e sociedade, identificando se, na prática, há uma tendência à hierarquização entre esses dois direitos.

Iniciando a análise legislativa pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, percebe-se que logo no Art. 1º (Título I), o constituinte destacou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais. É possível perceber que tanto o direito autoral, que protege as criações do espírito, que são de livre iniciativas de seu criador, quanto o direito de acesso a essas criações, o que valoriza a importância social do trabalho de criar, são essenciais para uma existência humana digna, que é fundamento do nosso ordenamento jurídico, regido por uma constituição cidadã.

No título seguinte (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Art. 5º, o constituinte garante a propriedade (inciso XXII), como direito fundamental, mas adverte que ela deverá atender à sua função social (inciso XXIII), que, no caso das propriedades intelectuais protegidas

pelo direito autoral, pode ser compreendida, não afastando outros entendimentos, como promoção de conhecimento e informação em favor do desenvolvimento artístico, científico e cultural.

Admitindo que não se promove conhecimento, parte inseparável da cultura, sem que a ele seja dado acesso, não é difícil inferir que a proteção aos interesses individuais do criador não pode inviabilizar o acesso ao conhecimento gerado, sob risco de violação do dever constitucional de atendimento à função social da propriedade intelectual criada.

Ainda no mesmo artigo, o constituinte garante, ao criador da obra intelectual e seus herdeiros, exclusividade temporária de utilização da obra, incluindo o direito de fiscalização de seus proveitos econômicos (incisos XXVII e XXVIII).

No Art. 215 a Constituição trata da cultura com exclusividade e impõe ao Estado o dever de garantir a todos acesso às fontes da cultura nacional, além de determinar o estabelecimento do Plano Nacional de Cultura, tendo como um de seus objetivos a difusão de bens culturais (parágrafo 3º, II) e a democratização de acesso a esses bens (parágrafo 3º, IV).

Já no Art. 216, as criações científicas, artísticas e tecnológicas (que façam referência à identidade e memória “dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”), sejam elas bens de natureza material ou imaterial, são incluídas como patrimônio cultural brasileiro. O Art. 218, por sua vez, determina ao Estado que promova e incentive “o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. O acesso à informação e ao conhecimento já existente é fundamental para o cumprimento dessa determinação, por isso, o constituinte atribuiu tanto à família e à sociedade, quanto ao Estado o dever de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito... à educação” e “à cultura,” (Art. 227).

Com relação aos tratados internacionais, relacionados ao direito autoral e ao direito de acesso, serão feitos breves comentários a res-

peito da Convenção de Berna (1886), da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002) e do Tratado de Marraqueche (2013).

Aprovada em 1886 na Suíça, a Convenção de Berna é o instrumento internacional mais antigo e abrangente no que concerne à proteção dos direitos autorais. Dos 192 Estados Nacionais, que têm sua soberania reconhecida no mundo atualmente, 176 são signatários da Convenção, incluindo o Brasil. Conforme o Art. 1º, todos esses países constituem uma “União para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas.” e, em decorrência disso, todas as obras autorais criadas em qualquer desses países gozam de proteção na totalidade dos países unionistas (Art. 2, 6). Para a proteção estabelecida pela Convenção, não é necessário que as obras autorais tenham sido publicadas (Art. 1, a), nem é exigida qualquer formalidade (Art. 5, 2), por isso, a facultatividade do registro de obras autorais.

Em que pese este documento internacional estar mais voltado à garantia dos direitos autorais, a proteção ao direito de acesso não foi ignorada; ao contrário, importantes ferramentas destinadas a viabilização do acesso às obras criadas são encontradas no conteúdo da Convenção, podendo ser mencionados, como exemplos, os seguintes trechos:

- Art. 7, 1 - A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte - Ao se fixar este lapso temporal para a proteção do autor, cria-se também uma importante ferramenta para a garantia do direito de acesso, qual seja, o domínio público, significando que a obra deixa de ter titulares de direitos patrimoniais, e pode ser acessada por qualquer pessoa, sem necessidade de autorização.
- Art. 10, 1 - São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de

jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.

Em Novembro de 2001 a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) adotou, em Conferência Geral, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que foi publicada em 2002. Este documento, muito importante para a afirmação dos direitos culturais, a nível mundial, considera a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade, tão importante para o gênero humano quanto “a diversidade biológica para a natureza” (Art. 1º) e vincula o acesso à cultura com a garantia dessa diversidade cultural:

Artigo 6 – Rumo a uma diversidade cultural acessível a todos

Enquanto se garanta a livre circulação das idéias mediante a palavra e a imagem, deve-se cuidar para que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas. A liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, o multilingüismo, a igualdade de acesso às expressões artísticas, ao conhecimento científico e tecnológico – inclusive em formato digital - e a possibilidade, para todas as culturas, de estar presentes nos meios de expressão e de difusão, são garantias da diversidade cultural. (UNESCO, 2001)

O Tratado de Marraqueche (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 9.522, de 8 de Outubro de 2018), por sua vez, é o tratado internacional que visa “facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso” (ementa do Decreto). Contando atualmente com 79 signatários, dentre eles o Brasil, esse tratado internacional, fundado sobre os princípios universais “da não discriminação, da igualdade de oportunidades, da acessibilidade e da participação e inclusão plena e efetiva na sociedade, proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (preâmbulo do Tratado), tem o objetivo de viabilizar o direito de acesso às pessoas com dificuldades visuais, limitando para tanto o direito autoral pelas obras impressas e obrigando

os Estados-membros a assegurarem a disponibilização de exemplares das obras em formato acessível (Art. 4º, 1.(a)).

O Tratado de Marraqueche privilegia o direito de acesso das pessoas com deficiência visual, em detrimento do direito autoral pelas obras textuais impressas, sendo um bom exemplo da igualdade de importância na proteção de ambos os direitos fundamentais, que quando, de fato, colidem (uma pessoa cega não pode ler um texto convencionalmente impresso), um precisa ser restringido em favor do outro, após um trabalho de sopesamento para se chegar a conclusão daquele que deve ter seu exercício privilegiado em determinada situação. Canotilho (1999, p. 1191) explica que a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um desses direitos pelo seu titular obsta o exercício do direito do outro titular.

Já Alexy (2008, p. 93) afirma que se dois direitos fundamentais são colidentes, um deles terá que ceder, não significando, entretanto, que aquele que cede para o outro seja considerado inválido, mas apenas que o direito que teve seu exercício privilegiado teve precedência naquela situação.

No que tange à legislação infraconstitucional, a Lei 9.610/98, popularmente conhecida como Lei de Direitos Autorais, é o diploma legal nuclear na regulamentação dos direitos autorais “e os que lhes são conexos” (Art. 1º) no Brasil. Para a análise a que esse trabalho se propõe só serão aqui mencionados trechos da lei que delimitam os direitos autorais ou, de qualquer outra forma, se relacionam com o direito de acesso.

O Art. 7º traz um rol exemplificativo de obras intelectuais que são protegidas pelo direito autoral, dentre as quais “os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as obras dramáticas e dramático-musicais; as composições musicais, tenham ou não letra; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza”. A não taxatividade do elenco de obras protegidas pelo direito autoral visa à proteção da infinitude de possibilidades criativas inerentes ao intelecto humano.

O parágrafo 3º deste artigo esclarece que “No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico”. Tal dispositivo protege o direito de acesso ao conhecimento, o que é de suma importância para o desenvolvimento de um povo, já que sem esse acesso sequer novas produções haveriam, posto que, como já mencionado, a criação intelectual é dependente de referencial do conhecimento já existente.

Seguindo esse mesmo entendimento, o artigo seguinte (Art. 8º) traz uma série de exemplos (o rol aqui também é exemplificativo, haja vista a separação dos itens todos por ponto-e-vírgula) do que não é protegido pelo direito autoral:

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; II – os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III – os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI – os nomes e títulos isolados; VII – o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras. (BRASIL, 1998)

Percebe-se que o legislador se preocupou em deixar claro que não se pode restringir o acesso aos meios que viabilizam as novas criações, destacando-se a não proteção das ideias, que por mais brilhantes que possam ser, apenas trarão qualquer benefício social após materializadas e devem, pois, permanecer livres para que outras mentes possam a elas aplicar procedimentos criativos gerando diversidades de produtos advindos da criação humana.

Do Art. 24, onde estão elencados os direitos morais do autor, destacam-se aqui o direito “de conservar a obra inédita”, direito auto-

ral que limita o direito de acesso, restringindo-o ao conhecimento já publicado e “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 [do autor] reputação e imagem”, que protege o autor do mau uso da obra por terceiros, o que poderia afetar sua dignidade. O parágrafo 2º deste artigo garante tanto o direito de acesso, ao determinar que o Estado defenda a obra caída em domínio público, quanto o direito moral do autor, que, ao contrário do direito patrimonial, não se extingue com o decurso do tempo, devendo o Estado atuar para que seu nome permaneça ligado à obra enquanto existir exemplares ou registros da mesma.

A Lei de Direitos Autorais reconhece o direito de exclusividade do autor para o uso, fruição e disposição da obra (Art. 28), bem como vincula a sua utilização à prévia autorização do autor (Art. 29), seja a utilização se dando através de qualquer modalidade já existente ou que venha a ser inventada, no futuro (Art. 29, X). Em uma primeira análise (literal) este ponto da lei parece exceder na amplitude do alcance do direito do autor, o que pode dar margem a interpretações incorretas, havendo a necessidade de uma análise sistemática, considerando outros pontos deste mesmo diploma, bem como do ordenamento jurídico como um todo, certo de que assim como nenhum direito é absoluto, não o seria o autoral.

No Art. 41, o legislador, em conformidade com a Convenção de Berna, estipula importante limite temporal⁴ aos direitos patrimoniais pela obra, em benefício do direito de acesso, já que após esse lapso temporal as obras caem em domínio público e podem ser acessadas por qualquer pessoa, como já mencionado. O Art. 46, por sua vez, assegurando o direito de acesso, elenca uma série de limitações aos direitos autorais, correspondentes a atos que não constituem ofensa a esses direitos, dentre os quais destacam-se:

⁴ No Brasil, o legislador optou por um maior lapso temporal; 70 anos a partir da morte do autor, do que aquele determinado, como mínimo, pela Convenção de Berna; 50 anos.

- I, d - a reprodução 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; - Este dispositivo é de grande importância, haja vista a universalidade do direito de acesso, que deve ser a todos viabilizado.
- II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; - Aqui o legislador não foi preciso, deixando em aberto o que seria considerado pequeno trecho. Tal imprecisão gera dúvidas quanto à parte de uma obra não caída em domínio público que pode ser copiada sem que haja violação dos direitos autorais de seu criador, cabendo ao Poder Judiciário dirimir as dúvidas suscitadas. Sobre o assunto, o Ministro Luis Felipe Salomão, relator no Recurso Especial nº 1.343.961 do STJ embora não delimite o pequeno trecho da obra passível de ser copiado, ressalta seu caráter de acessoriedade:

No que diz respeito a *pequenos trechos*, ou seja, quanto ao dimensionamento da reprodução não autorizada pelo autor, permitida pelo ordenamento, a intenção do legislador, quando da fixação da limitação, era o de fixar a natureza de acessoriedade da obra reproduzida, a ponto de não prejudicar, não desfigurar a obra nova, caso seja dela retirada. (BRASIL, 2015)

- 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; - Essa permissão para se fazer citações referenciadas é uma grande ferramenta para a pesquisa e, conseqüentemente, para a produção de novos conhecimentos. De modo claro,

o legislador ao limitar o direito patrimonial do autor, reconhece a necessidade da proteção ao direito de acesso para viabilizar a produção cultural.

Em 23 de Dezembro de 1991 é sancionada a Lei 8.313, popularmente conhecida como Lei Rouanet, que é uma ferramenta de vital importância para o incentivo à cultura, pois restabelece princípios da Lei 7.505 de 1986, que “Dispõe sobre benefícios fiscais na área do imposto de renda concedidos a operações de caráter cultural ou artístico”. A Lei Rouanet, além de reafirmar os princípios da Lei 7.505, também institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura - Pronac (Art. 1º), cuja finalidade é a captação e o direcionamento de recursos financeiros para o setor artístico e cultural brasileiro.

Dentre os objetivos buscados com o advento dessa lei, são destacados para esse trabalho os de:

- Art. 1º, I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais; - Por livre acesso é de se entender que nenhuma barreira deve obstar o acesso, nem mesmo a financeira, devendo o acesso ao patrimônio artístico e cultural ser gratuitamente viabilizado para aqueles que por ele não podem pagar.
- Art. 1º, III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores; - Além do direito de acesso, a lei também visa garantir a proteção aos direitos dos criadores, o que evidencia o reconhecimento da interdependência entre esses direitos.
- Art. 1º, V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira; - Existe uma grande preocupação relacionada tanto com a produção, quanto com a manutenção e guarda do conhecimento produzido, o que vai ao encontro da tutela dos direitos autorais (que funciona como estímulo para a criação), bem como do

direito de acesso (que propicia novas criações, dando acesso ao suporte referencial).

Em cumprimento à determinação constitucional para a instituição do Plano Nacional de Cultura (CF, 215, §3º), é promulgada a Lei 12.343 de Dezembro de 2010, outro importante instrumento para a proteção e disseminação cultural no país, da qual são destacados para este trabalho os seguintes pontos:

- Dentre os princípios (Art. 1º) que regem a lei, estão a diversidade cultural (o que indica uma proteção abrangente a várias formas de expressão cultural); o direito de todos à arte e à cultura e o direito à informação, à comunicação e à crítica cultural (o que fortalece a ideia de garantia ao direito de acesso) e a valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável (o que explicita a essencialidade do direito de acesso para a viabilização do surgimento de novas criações culturais).
- Dentre os objetivos (Art. 2º) para os quais o Plano foi criado, a lei aponta os de valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais (estimulando a atividade criacional) e universalizar o acesso à arte e à cultura, demonstrando a preocupação em diminuir a distância entre as camadas sociais menos privilegiadas, que representam boa parte da população brasileira, e os bens artísticos e culturais.
- Para garantir o atingimento dos objetivos e o respeito aos princípios, a Lei outorga (Art. 3º) uma série de atribuições ao poder público, dentre as quais:

III - fomentar a cultura de forma ampla, por meio da promoção e difusão, da realização de editais e seleções públicas para o estímulo a projetos e processos culturais, da concessão de apoio financeiro e fiscal aos agentes culturais, da adoção de subsídios econômicos, da implantação regulada de fundos públicos e privados, entre outros incentivos, nos termos da lei;

VI - garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira;

XII - incentivar a adesão de organizações e instituições do setor privado e entidades da sociedade civil às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura por meio de ações próprias, parcerias, participação em programas e integração ao Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC. (BRASIL, 2010)

No que tange à jurisprudência, para assegurar que as decisões judiciais relacionadas à temática ora discutida não correspondem a precedentes isolados ao invés de entendimentos verdadeiramente recorrentes, este trabalho optou por apresentar tão somente os precedentes que deram origem a súmulas, tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

No âmbito do STJ, no REsp 11718 PR (1992)⁵, a Quarta Turma, tendo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira como relator, entendeu que “a utilização de música em estabelecimento comercial, mesmo quando em retransmissão radiofônica, está sujeita ao pagamento de direitos autorais, por caracterizado o lucro indireto, através da captação de clientela”. Já a Terceira Turma, de relatoria do Ministro Dias Trindade, no REsp 16131 SP (1992)⁶, concluiu que “a retransmissão de música,

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 11.718/PR**. Quarta Turma. Recorrentes:

Restaurante Peking LTDA e outros. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 28/04/1992, DJ 01/06/1992, p. 8051. Disponível em: https://arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superior-tribunal-de-justica/9/4/0/94001cfc221e0c43cd0042789e969e580bd2a6e5381ad4bb4cf3819245622cc/RESP_11718.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 16131/SP**. Terceira Turma. Recorrente:

para a sonorização de ambiente, em estabelecimento comercial, pela evidência de lucro, está sujeita a autorização, estando a aprovação da transmissão condicionada a prova do pagamento do valor correspondente aos direitos autorais”. Esses e outros entendimentos no mesmo sentido levaram à edição, em 1992, da Súmula n. 63 do STJ - “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”.

No REsp 131091 RS (2000)⁷, a Terceira Turma do STJ, tendo como Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, entendeu que são “devidos direitos autorais pela retransmissão de músicas em quartos de hotéis, impondo-se, no caso, a liquidação por arbitramento, quando se deve levar em conta a taxa média de utilização dos respectivos aparelhos”. A Quarta Turma, com relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, no REsp 115662 RJ⁸, firmou entendimento no sentido de que “é válida a cobrança de direitos autorais em caso de transmissão” em quarto de motel e o pagamento é devido de acordo com a “média da utilização efetiva dos aparelhos instalados nos apartamentos”. Esses

Churrascaria Vitelo de Leite LTDA. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Dias Trindade. Julgado em 04/02/1992, DJ 05/10/1992, p. 17097. Disponível em: https://arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superiortribunaldejustica/6/a/c/6ac95ecaab4835ea6b7eeda609a44c3d7c364b5729953ae7077c8ca2cac2089f/RESP_16131.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 131.091/RS**. Terceira Turma. Recorrente:

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Hotelaria do Sul S/A. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 01/06/2000, DJ 01/08/2000, p. 257. Disponível em: <https://silo.tips/download/revista-de-sumulas-publicacao-oficial-superior-tribunal-de-justia-7>. Acesso em: 14 out. 2022.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 115.662/RJ**. Quarta Turma. Recorrente: Escritório

Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Posto Planície LTDA – Fly Motel. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 18/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 32. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/author/proofGalleyFile/7597/7715https://arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superior-tribunal-de-justica/9/4/0/94001cfcfd221eoc43cd0042789e969e580bd2a6e5381ad4bb4cf3819245622cc/RESP_11718.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

precedentes junto com outros levaram à edição, em 2002, da Súmula n. 261 do STJ - “A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação”.

Outras decisões recorrentes deram origem a súmulas relacionadas à proteção de direitos autorais:

- Súmula n. 502 do STJ - Presentes a materialidade e autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.
- Súmula n. 574 do STJ - Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.
- Súmula n. 386 do STF - Pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores.

Como se pode ver, a proteção aos direitos autorais é bem solidificada inclusive com entendimentos sumulados. Ao passo que, realizadas buscas nos portais do STF e STJ com as palavras “cultura”, “conhecimento” e “informação” nenhuma súmula foi localizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das pesquisas realizadas se conclui que a Constituição Federal de 1988 bem como os tratados internacionais relacionados ao tema têm previsão satisfatória no que tange à proteção tanto dos direitos autorais quanto do direito de acesso à cultura e ao conhecimento. Por esses dispositivos, entende-se que o acesso à cultura corresponde

a um direito universal e essencial para o desenvolvimento da humanidade, devendo as mitigações desse acesso pelo direito autoral serem tidas como privações temporárias e inevitáveis, com a finalidade de estimular o surgimento de novas criações intelectuais, favorecendo a própria cultura.

Ocorre que a legislação infraconstitucional não deu tratamento igualitário para ambos os direitos, ficando evidente que o direito autoral está muito mais solidamente sedimentado que o direito de acesso. Ainda que haja falhas na legislação, como a não indicação clara do que se deve considerar pequeno trecho, para fins de cópias não autorizadas, a legislação brasileira regula melhor o direito autoral, fixando inclusive sanções civis e penais para sua violação. Por outro lado, o acesso à cultura é muito timidamente regulamentado na legislação doméstica, o que também causa reflexos na jurisprudência.

Nesse sentido, pode-se dizer, contrariando as determinações constitucionais e internacionais, que na prática existe uma hierarquização entre ambos os direitos, fazendo com que o direito autoral predomine, enquanto o direito de acesso seja adequadamente tutelado apenas na teoria. Parece que essa hierarquização seja resultante da escassa política de valorização da cultura existente no país.

Esse trabalho tenta lançar uma luz sobre o tema, que ainda carece de muita discussão e interesse para que um dia o Brasil possa reconhecer o devido valor e garantir regulamentação adequada para a cultura, que é bem de primeira importância para o desenvolvimento de seu povo.

REFERÊNCIAS (doutrina)

ALEXY, R. **Theorie der Grundrechte**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANSPACH, Sílvia. **Entre Babel e o Éden: criação, mito e cultura**. São Paulo: Annablume, 1998. 222 p.

BARBOSA, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. Disponível em: <http://www.gestioncultural.org/boletin/2006/bgc15-DBorges.pdf>. Acesso em: 23 agosto 2022.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

Direito Autoral books.google.com > books WILSON PINHEIRO JABUR, Jose Oliveira Ascensão, MANOEL J. PEREIRA DOS SANTOS · 2021.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GAUTHIER, Clermont.; TARDIF, Maurice. **A PEDAGOGIA - Teorias e práticas da Antiguidade aos nossos dias**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 9 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. Cultura Livre, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REGO, Teresa Cristina. **Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação**. 19 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.42.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil constitucional dos limites da proteção jurídica**: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4).

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. **Liinc em Revista**. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/428>. Acesso em: 23 ago. 2022.

STEWART, Thomas A. **A riqueza do conhecimento – o capital intelectual e a organização do século XXI**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 461.

VITALIS, Aline. **A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/52724947/12/A-FUNCAO-SOCIAL-DA-PROPRIEDADE-INTELLECTUAL>. Acesso em: 23 ago. 2022.

Legislação e jurisprudência

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991 – Lei Rouanet**. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8313cons.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais SNIIC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

UNESCO. **Declaração universal da UNESCO sobre a diversidade cultural**. [Paris]: UNESCO, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

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.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 11.718/PR**. Quarta Turma. Recorrentes: Restaurante Peking LTDA e outros. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 28/04/1992, DJ 01/06/1992, p. 8051. Disponível em: <https://>

arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superior-tribunal-de-justica/9/4/0/94001cfc-d221e0c43cd0042789e969e580bd2a6e5381ad4bb4cf3819245622cc/RESP_11718.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 16131/SP**. Terceira Turma. Recorrente: Churrascaria Vitelo de Leite LTDA. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Dias Trindade. Julgado em 04/02/1992, DJ 05/10/1992, p. 17097. Disponível em: https://arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superiortribunaldejustica/6/a/c/6ac95ecaab4835ea6b7eeda609a44c3d7c364b5729953ae7077c8ca2cac2089f/RESP_16131.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 115.662/RJ**. Quarta Turma. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Posto Planície LTDA – Fly Motel. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 18/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 32. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/author/proofGalleyFile/7597/7715https://arquivocidadao.stj.jus.br/uploads/r/superior-tribunal-de-justica/9/4/0/94001cfc-d221e0c43cd0042789e969e580bd2a6e5381ad4bb4cf3819245622cc/RESP_11718.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 131.091/RS**. Terceira Turma. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Hotelaria do Sul S/A. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 01/06/2000, DJ 01/08/2000, p. 257. Disponível em: <https://silو.tips/download/revista-de-sumulas-publicacao-oficial-superior-tribunal-de-justia-7>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.343.961/RJ**. Quarta Turma. Recorrente: Flávia Silveira Serejo. Recorrido: Arquivo Contemporâneo LTDA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 06/10/2015, DJe 09/11/2015 RD-TJRJ vol. 105 p. 109. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864165333/inteiro-teor-864165343>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 63**. São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais. Segunda Seção, julgado em 25/11/1992, DJ 01/12/1992, p. 22728. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2006_4_capSumula63.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 261.** A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação. Segunda Seção, julgado em 13/03/2002, DJe 19/03/2002, p.189. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-261-do-stj/1289710826>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 502.** Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas. Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-502-do-stj/1289711093>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 574.** Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem. Terceira Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=s%C3%BAmula+574%C+do+stj>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 386.** Pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores. Julgado em 03/04/1964, DJ de 08/05/1964, p. 1238; DJ de 11/05/1964, p. 1254; DJ de 12/05/1964, p. 1278. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/sumulas/sumula-n-386-do-stf/1289712561>. Acesso em: 14 out. 2022.

ONDE ESTÁ WARHOL? DIÁLOGO ENTRE DIREITOS AUTORAIS DA POP ART À RESSURREIÇÃO DIGITAL

MARIA HELENA JAPIASSU M. DE MACEDO¹

GUSTAVO FORTUNATO D'AMICO²

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar aspectos de direitos autorais das criações da *pop art* de Andy Warhol; do livro “Diários de Andy Warhol”, de Pat Hackett; e do seriado homônimo em cartaz na Netflix, que se utiliza de elementos da ressurreição digital do artista. Coloca-se, em contexto, a vida e a obra de Warhol, situados em uma cultura de massa e em uma sociedade informacional. Os objetos de análise escolhidos permitem pormenorizar a investigação entre direitos da propriedade intelectual e arte contemporânea - de caráter conceitual -, biografia, audiovisual e inteligência artificial. Como método de estudo, buscaram-se referências bibliográficas de caráter multidisciplinar, legislativas e jurisprudenciais, no Brasil e nos Estados Unidos. Privilegiando a argumentação, a partir da legislação autoral brasileira, os autores tentam explicar como ocorre a atribuição de autoria nas obras analisadas e concluem pela impossibilidade de atribuir direitos autorais a criações realizadas por inteligência artificial.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Pop Art. Inteligência Artificial.

¹ Advogada e oficial de chancelaria no Ministério das Relações Exteriores. Foi Vice-cônsul, chefe do setor cultural e educacional do Consulado-Geral do Brasil em Boston. Mestranda em direito no PPGD/UFPR e pesquisadora sênior no GEDAI/UFPR. Possui MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Arte pela UCAM, é especialista em Gestão de Arte e em Captação de Recursos pela Universidade de Boston; especialista em Museus, Galerias e Acervos pela Universidade Positivo e especialista em Negociações Econômicas Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (PUC-SP/Unicamp/Unesp). É também coordenadora do GT Direito e Arte da Comissão de Assuntos Culturais da OAB/PR.

² Advogado. Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo PROFNIT/UFPR, pós-graduado em Propriedade Intelectual e Comércio eletrônico pela Universidade Positivo. Bacharel em Direito pela Unicuritiba. Pesquisador Sênior do GEDAI/UFPR. Certificado no Curso CopyrightX promovido pela Harvard Law School e no curso Understanding U.S. Intellectual Property law pela Stanford Law School.

INTRODUÇÃO

A plataforma de *streaming* Netflix lançou a minissérie documental biográfica “Diários de Andy Warhol”, baseada no existente diálogo entre a celebridade e a sua amiga Pat Hackett por telefone. Esta conversa, que consistia em um verdadeiro diário do artista, a partir de 1976, foi publicada em livro por Pat postumamente. Na minissérie, a voz de Warhol é recriada por meio de inteligência artificial (IA), permitindo uma forma de ressurreição digital. O espectador pode, a partir dessa recriação, que mescla suas imagens originais e interpretadas com os recursos de voz em *deepfake*, ter a experiência de testemunhar o diário narrado pelo próprio Warhol. Este estudo busca trazer elementos de reflexão acerca de direitos autorais na *pop art* de Warhol, na biografia publicada por Pat Hackett e na ressurreição digital verificada na minissérie da Netflix, a partir de referências bibliográficas de caráter multidisciplinar, legislativas e jurisprudenciais, no Brasil e nos Estados Unidos.

Antes de discorrer sobre os direitos autorais, é interessante contextualizar a *pop art*, compreender o que significou o movimento para a história da arte ocidental e no que ele se diferencia de outros precedentes. Até a famosa exibição da obra “A Fonte”, do dadaísta Marcell Duchamp, em 1917, predominava o formalismo e a busca pela beleza na história da arte. Isto significa que a forma de uma obra de arte e o aprimoramento estético eram mais importantes do que o seu conceito ou significado. Duchamp, ao apresentar um urinol como objeto artístico descontextualizado de sua utilidade e recontextualizado em uma exposição, inaugurou a arte dos *ready made*.

Quarenta anos depois, a *pop art* trouxe outra crítica ao formalismo e ao esteticismo. Houve um debate filosófico sobre a arte acerca de como distinguir objetos comuns e cotidianos de uma obra. O filósofo Arthur Danto chegou a pensar sobre o fim da arte e entendeu que Warhol ressignificou o que se entendia por arte. A partir de sua obra, a arte passou a ser percebida por meio da análise dos significados a ela

incorporados, considerando interpretações sociais e históricas, e não apenas as propriedades aparentes dos objetos. Os “predicados relacionais” da obra de arte tornaram-se mais relevantes (DANTO, 2020, p. 19).

O movimento da *pop art* tem sua origem nos Estados Unidos e na Inglaterra, tendo se consolidado na década de 1960. Teve como inspiração os objetos da vida cotidiana urbana e apropriou-se de elementos culturais populares e publicitários, que representavam o imaginário capitalista pujante daquela época e lugares. Conforme o dicionário de termos artísticos da famosa Galeria Tate de Londres, a *pop art*:

começou como uma revolta contra as abordagens dominantes em relação à arte, à cultura e às visões tradicionais do que a arte poderia ser. Jovens artistas entendiam que o que eles tinham estudado na escola de arte e visto em museus não tinham a ver com as suas vidas e assuntos de seu dia-a-dia. Ao invés disso, viravam seu imaginário para fontes como filmes de Hollywood, propagandas, embalagens industriais, música *pop* e quadrinho (POP ART, 2022)³.

A cultura do consumo, a linguagem publicitária, o apelo à cultura de massa e as cores industriais serviam de substrato para a criatividade dos artistas. Além de Andy Warhol, outros artistas sobressaíram-se no gênero, como Richard Hamilton, Jasper Johns, Peter Blake entre outros. Como aponta Conrado, “se o momento foi de fortalecimento da indústria, isso inclui também a força da indústria cultural” (CONRADO, 2013, p. 103).

³ No texto original em inglês “It began as a revolt against the dominant approaches to art and culture and traditional views on what art should be. Young artists felt that what they were taught at art school and what they saw in museums did not have anything to do with their lives or the things they saw around them every day. Instead they turned to sources such as Hollywood movies, advertising, product packaging, pop music and comic books for their imagery”.

Essa nova economia da cultura, evidenciada e criticada por teóricos como Adorno e Horkheimer, tinha como características a mercantilização das formas culturais, sua padronização e racionalização, tendo como objetivo, além do lucro, a formação da cultura de massa. Os artistas da *pop art* foram contemporâneos do contexto de otimismo da indústria cultural após a 2ª Guerra Mundial, situando-se no cenário de maior hegemonia e expansão do capitalismo. Como será analisado, o trabalho de Warhol acompanha essa tendência produtiva em massa. A admiração do artista por essa forma de produção serial e abundante foi expressa por meio de sua célebre frase “eu quero ser uma máquina!”.

Na elaboração deste artigo, situaremos os diferentes tratamentos dos direitos autorais, em sua categoria ampla, em relação à *pop art*, à obra biográfica “Diários de Andy Warhol”, de Pat Hackett, e à minissérie homônima, televisada pela Netflix. Neste último caso, contextualizaremos os direitos autorais e sua relação com a ressurreição digital.

1 ASPECTOS DE DIREITOS AUTORAIS NA *POP ART*

Andy Warhol foi um dos principais artistas norte-americanos que consagraram a *pop art*. Como visto, o movimento caracterizou-se pela apropriação de referências cotidianas do design, da propaganda e mesmo de celebridades em sua proposta estética.

Seu atelier foi chamado de “The Factory” (“A Fábrica”, em português), local de verdadeira divisão de trabalho entre o artista e seus assistentes, que produziam obras quase que de forma industrial, em razão da organização e do volume de produção. Conforme descreve o filósofo da arte, Arthur Danto:

a Factory não se definia somente pelo trabalho, mas por um tipo de labor repetitivo, quase fabril, onde Andy e uns poucos assistentes produziam em grandes mas administráveis quantidades uma variedade de objetos tridimensionais, que o artista chamava de esculturas, e que se assemelhavam a

produtos industriais – objetos que são normalmente produzidos para fins utilitários por máquinas especialmente projetadas; objetos impessoais, fabricados mecanicamente, desprovidos de toda aura estética (DANTO, 2012, p.76).

A lógica da arte de Warhol contrariava o modo de produção artística que se vira até então, pois não era mais concentrada na elaboração de um objeto de forma e significado únicos, distinto por uma “aura única” (BENJAMIN, 1994, p. 170). Ao contrário, a *art pop* iniciava-se a partir de um objeto referencial existente do mundo cotidiano e ressignificava-o. Isso foi o que permitiu uma simples réplica de caixa de sabão em pó, como a *Brillo Box*, se tornar um objeto de arte consagrado em uma galeria de arte. Além disso, o processo de produção assemelhava-se ao industrial, uma vez que “parodiava a produção em massa” (DANTO, 2012, p.76). Não foram feitas apenas uma *Brillo Box*, mas várias, as quais se tornaram marca registrada do artista em qualquer retrospectiva de sua obra.

Esse aspecto da reprodutibilidade do objeto artístico causou também impactos jurídicos, uma vez que, após a morte de Warhol, novas caixas *Brillo* foram feitas e atribuídas com o nome da celebridade, sendo, depois, verificada a sua falsificação. Na década de 1990, uma nova série da *Brillo Box* foi feita pelo artista Mike Bidlo, que a assinou e a denominou de “*Not Andy Warhol*” (“Não é um Andy Wahrol”). Percebe-se, assim, a imaginação e a criatividade em constante desafio às atribuições autorais. Conforme Danto, “as caixas de Bidlo, como parte do movimento apropriacionista, são obras de arte de pleno direito, suscitam indagações próprias, mas não são mais falsificadas que as caixas de Warhol” (DANTO, 2012, p.80).

Interessante notar que o designer da caixa de papelão original do produto de limpeza era um artista visual que não alçou sucesso, tendo se dedicado alternativamente ao desenho industrial. O mesmo desenho que fez para a embalagem do sabão em pó, que obteve um significado ordinário às inúmeras famílias norte-americanas, foi apro-

priado por Warhol, que reconstituiu a embalagem em material mais duradouro e o situou em um contexto artístico. Essa reconstituição e recontextualização do objeto também repercutiu na propriedade intelectual. Enquanto o designer James Harvey teve seu nome associado ao desenho industrial do produto para o qual foi contratado, Warhol tornou-se o detentor de direitos autorais sobre a obra de arte.

Outra questão a pensar era o modo de produção compartilhado de Warhol. Para a confecção de suas obras, o artista utilizava-se de assistentes contratados para o desenvolvimento de suas ideias. Essa prática tem sido muito frequente na arte contemporânea, como se percebe na execução de obras como de Jeff Koons, Damien Hirst, Ai Weiwei e Vik Muniz. No entanto, seria possível questionar se os assistentes não teriam também direitos autorais sobre as obras, se essas não seriam feitos coletivos.

A esse respeito, é importante recorrer à redação da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA). Primeiramente, deve-se compreender que os contratos de direitos autorais são interpretados restritivamente (Art. 4) e diferenciar o conceito de co-autoria ao de auxiliar da produção artística. Conforme o Art. 15 da LDA, “a co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.” O mesmo artigo ressalva, no §1º, 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.”

Pode-se pensar, ainda, na realização de uma obra por encomenda, em que há cessão dos direitos patrimoniais de autor. Essa cessão econômica é admitida, enquanto os direitos morais de autor são sempre indisponíveis (Art. 49, I, da LDA). No caso das obras de arte de Warhol, parece que o papel dos seus assistentes foi apenas o de auxiliá-lo, não sendo estes considerados co-autores. Nesse sentido, Warhol, apesar de não ter a habilidade da marcenaria ou da artesanaria, se consagra como artista conceitual. A esse respeito, Danto observa que “ele não era artesão, era artista plástico. O artista tinha as ideias, não havia

razão alguma para que ele próprio tivesse de materializar essas ideias” (DANTO, 2012, p.81). No contexto brasileiro, no entanto, tais responsabilidades deveriam ser pormenorizadas contratualmente por escrito, para evitar confusão acerca da titularidade da autoria.

A originalidade da arte é também questionada na *pop art*. Conforme Danto “já não faz parte do conceito de obra original que ela tenha sido confeccionada pelo artista que leva o crédito. Basta que ele tenha concebido a ideia” (DANTO, 2012, p.82). No que diz respeito à *Brillo Box*, Danto nos informa que

não cabe a Warhol o mérito pela genialidade do projeto gráfico da *Brillo Box*; o mérito é todo de Harvey, mas cabe a Warhol o crédito por transformar em arte o que não passava de um objeto absolutamente corriqueiro da vida cotidiana. Foi ele quem transformou em escultura o que ninguém considerava arte (DANTO, 2012, p.93).

Tendo em conta que a *Factory* reproduziu várias caixas de *Brillo Box*, para empilhá-las como caixas de sabão em pó em galerias, tal como ocorria em supermercados, essa instalação seria uma ou seriam várias obras de arte? Essa configuração expositiva não foi permanente. Conforme Danto, “a maioria dos estudos críticos e filosóficos sobre a *Brillo Box* trata cada embalagem como uma obra individual devido à sua relação com as caixas individuais dos supermercados” (DANTO, 2012, p.97).

Outra questão jurídica se refere a questões de tributação de obras de arte que se assemelham a produtos comerciais. Esse é um problema verificado pelas alfândegas desde o início do modernismo, como exemplifica o caso *Brancusi x United States*, de 1928. Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou se o conjunto de esculturas de Brancusi, entre elas a *Bird in Space*, poderia ser entendido e taxado como obras de arte ao entrar naquele país, a partir da França. A escultura *Bird in Space* era uma peça de bronze com a representação

minimalista de um pássaro. Aos olhos dos servidores da Alfândega, a escultura foi tida como objeto utilitário e, portanto, taxada como tal. Após longo debate, em que se discutiu no judiciário o próprio conceito de arte, a Suprema Corte deu decisão favorável a Brancusi.

Em relação às *Brillo Box*, o caso foi semelhante. Como relata Danto,

No começo de 1965, um negociante de arte de Toronto tentou importar oitenta caixas para o Canadá, mas esbarrou em entraves da alfândega canadense. Na condição de esculturas, as caixas poderiam entrar no país sem ter de pagar taxas de importação, mas a alfândega canadense classificou-as como mercadorias e exigiu o pagamento da tarifa de 4 mil dólares (DANTO, 2012, p.98).

Importa a este artigo, no entanto, sobretudo as questões relacionadas à propriedade intelectual e, de acordo com Marcelo Conrado, “a *pop art* causou impactos nos direitos autorais, pois a produção artística diferencia-se do que foi feito no século XIX e nos séculos anteriores”. Como visto, é, sobretudo, uma arte de apropriação e de citação, confirmando que “na autoria isolada há sempre colaboração coletiva” (CONRADO, 2013, p. 103).

A *pop art* traz a apropriação e a originalidade como duas principais questões frente aos direitos autorais. A apropriação pode significar tornar próprio o que seria alheio ou pode ser interpretada como o esvaziamento de sentido de determinado objeto (WILLIAM, 2020). Neste sentido, os artistas *pop* utilizavam-se descaradamente da imagem de outros produtos ou pessoas como material para a sua produção, justamente querendo enaltecer a cultura da reprodutibilidade e da valorização do ordinário ou da celebridade, mas não necessariamente esvaziando o sentido originário dos objetos, mas os dotando de artisticidade.

Diante da possibilidade da cópia configurar-se também como objeto artístico, a originalidade deixa de ser requisito para a elaboração

de uma obra. Em síntese, “de alguma forma os direitos autorais tiveram de compreender o pensamento de que em algumas situações a originalidade para a arte está justamente na cópia” (CONRADO, 2013, p. 107).

2 ASPECTOS DE DIREITOS AUTORIAIS DO LIVRO BIOGRÁFICO “DIÁRIOS DE ANDY WARHOL”

A vida de Andy Warhol tornou-se uma obra de arte. Sua imagem virou ícone de um modo de vida norte-americano pautado em efemeridades e consumo. O artista, que se encantava e representava celebridades, tornou-se ele mesmo uma celebridade em vida. Apesar de ter tido ampla publicidade em jornais, vídeos e documentários, Warhol quis contar uma versão sobre si mesmo.

O seu relato biográfico foi iniciado, em 1976, após ter tido problemas na declaração de impostos junto ao órgão da Receita Federal dos Estados Unidos. A intenção era que sua narração servisse talvez de documentação para o conteúdo a ser declarado para fins tributários. Conforme o jornal *The New Yorker*, o artista tinha um problema de dislexia ao escrever e, portanto, teria preferido contar suas histórias pessoais e cotidianas para posterior transcrição por Pat Hackett (MENAND, I. 2022). Após a morte de Warhol, ocorrida em 22 de fevereiro de 1987, houve uma publicação autorizada pelos herdeiros do diário do artista, ainda que outras versões não autorizadas também tivessem sido publicadas.

Heckett descreve o início do processo de escuta das narrativas de Warhol da seguinte forma:

In the fall of 1976 Andy and I established a weekday morning routine of talking to each other on the phone. Ostensibly still for the purpose of getting down on record everything he had done and every place he had gone the day and night before and logging the cash business expenses he had incurred in the process, this account

of daily activity came to have the larger function of letting Andy examine life. In a word, it was a diary (HACKETT, 2009, p. 21).

Escrever biografias é uma tarefa complexa. Descreve-se a vida de um personagem real e seus relacionamentos, trazendo preocupações com dados reais e com direitos de imagem e privacidade. Biografias, no entanto, são discursos e, neste sentido, são pontos de vista ou construções sociais que não necessariamente correspondem a veracidade e a inteireza dos fatos. Podem haver inúmeras versões dos sujeitos biografados, assim como pode não haver identificação do biografado com a versão oferecida por outrem.

Por serem as biografias obras literárias baseadas em vidas reais, podem ser publicadas com ou sem a autorização da pessoa biografada ou de seus herdeiros. No Brasil, houve vários questionamentos jurídicos acerca da possibilidade de publicações de biografias não autorizadas, o mais famoso sendo a realizada por Paulo César de Araújo sobre a vida do cantor e compositor Roberto Carlos.

Nessa problematização, dois direitos constitucionais se contrapõem: por um lado, há o direito da liberdade de expressão, que seria garantidor da publicação, mesmo sem autorização da pessoa biografada; por outro, o direito à privacidade, que inibiria a publicação. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento pela possibilidade da publicação não autorizada, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4815. A decisão, tomada por unanimidade no plenário, garantiu, por sua vez, o direito de resposta à pessoa biografada. Para informação, copia-se a ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E IN-

VIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO (BRASIL, 2015).

No que diz respeito aos direitos autorais da obra biográfica, estes pertencem ao autor do relato ou a seus herdeiros, ainda que o assunto envolva direitos à privacidade da pessoa biografada, sobretudo direitos à honra e à imagem. No caso da obra literária “Diários de Andy Warhol”, pode-se pensar em um conflito entre Warhol e Hackett, uma vez que houve a narrativa oral do artista para a sua amiga e secretária, que transcreveu o conteúdo de seu diário e o formatou em um livro posteriormente publicado após a morte do autor.

A publicação de Hackett é, portanto, uma autobiografia ditada, suscitando indagações acerca da identificação da autoria, se do autobiografado ou de Hackett, que transcreveu, consolidou e editou a biografia. Apesar do conflito aparente, percebe-se clara a autoria de Hackett quando se verifica que o livro condensou informações de mais de 20 mil páginas de conversas. Logo nas páginas iniciais do livro, há a ressalva “PAT HACKETT editor of THE ANDY WARHOL DIARIES, condensed the diaries from its original twenty thousand manuscript pages” (HACKETT, 1989, p. 4).

Importante ressaltar que a publicação dos diários conferem à Hackett a assinatura do relato. No Brasil, este seria considerado um direito moral, mais especificamente o direito à paternidade da obra, também conhecido como direito de atribuição (Art. 24, II. da LDA). No entanto, pela lei estadunidense, baseada no sistema de *Copyright*, em que há maior proteção à obra do que ao autor da obra, nem todos

os direitos morais são reconhecidos. Apenas no caso das artes visuais (VARA ACT) são assegurados o direito de atribuição.

Os direitos autorais patrimoniais de “Os diários de Andy Warhol”, no entanto, pertencem aos herdeiros do artista, conforme descrito no livro:

Copyright © 1989 by estate of Andy Warhol

All rights reserved. Except as permitted under the U.S. Copyright Act of 1976, no part of this publication may be reproduced, distributed, or transmitted in any form or by any means, or stored in a database or retrieval system, without the prior written permission of the publisher (HACKETT, 1989, p. 5).

Em relação aos herdeiros, o artista deixou um testamento em que deixava a maior parte de seu legado para a Fundação Andy Warhol Pelas Artes Visuais, até então o maior acervo patrimonial destinado por um artista norte-americano, estimado em mais de US\$ 100 milhões. O seu amigo Fred Hughes foi indicado como gerente da fundação, a qual permanece em funcionamento. Conforme Hughes, “the foundation idea was going when Andy was still alive. There’s a statement of purpose: To support and award grants to both cultural institutions and organizations, and individuals in the United States and abroad” (Hughes apud LEWIS, 1988). Ainda nas páginas iniciais de “Os diários de Andy Warhol”, Heckett explicitamente dirige-se a Fred Hughes, agradecendo-o pela compreensão e defesa pela publicação da biografia (HACKETT, 1989, p.7).

Com base no livro de Heckett, o diretor de audiovisual Andrew Rossi resolveu fazer uma minissérie, em homenagem à vida e à obra de Andy Warhol. Rossi fez um documentário, com base em registros filmados previamente existentes do artista, de contemporâneos seus ainda vivos, de seu contexto social em Nova Iorque. No entanto, não apenas se utilizou de montagens reais, mas também de encenações fictícias e

recursos artificiais, os quais permitiram a ressurreição digital de Andy Warhol. Esses aspectos serão analisados na próxima seção.

3 ASPECTOS DE DIREITOS AUTORAIS DA RESSURREIÇÃO DIGITAL NO DOCUMENTÁRIO “DIÁRIOS DE ANDY WARHOL”

Antes de passar para a análise específica da minissérie documental e dos aspectos referentes à ressurreição digital de Warhol, convém trazer alguns aspectos preliminares sobre a obra audiovisual. Em termos genéricos, ela pode ser definida por registros que combinam sons e imagens. A arte contemporânea incluiu a obra audiovisual entre suas modalidades de expressão. Cinema, vídeo-arte, grafite virtual, performance, hologramas, obras interativas, mídia, NFT e games são vocabulários que se aproximam da ampliação do conceito de audiovisual. Andy Warhol soube utilizar desse meio em algumas oportunidades, tendo produzido e dirigido mais de 150 filmes.

Um dos filmes dirigidos pelo artista foi “Empire”, de 1965. A montagem experimental é parte do movimento audiovisual norte-americano considerado *underground*, que desafiava a tendência *mainstream* do cinema produzido em Hollywood. A novidade do filme estava em uma montagem sem enredo, em que Warhol “filme durante oito horas ininterruptas o Empire State Building, sem movimentação da câmera e sem som; e o espetáculo” são os acidentes que podem ocorrer (a passagem de um avião), as variações de luz e a granulação da própria película” (BERNARDET, p. 118).

Percebe-se, novamente, no documentário, a provocação de Warhol, em relação ao critério de originalidade para a proteção autoral de uma obra de arte. Como diretor, o artista reitera sua busca por uma arte de significado conceitual, desafiando critérios formalistas de criação. Pode-se pensar, conforme a legislação autoral brasileira, em direitos autorais de Warhol pelo filme documental, considerando ser ele

o diretor da montagem. No entanto, onde estaria o contributo mínimo de originalidade do enredo ou da produção sonora?

Em relação à série “Diários de Andy Warhol”, dirigida por Andrew Rossi e produzida por Ryan Murphy, Warhol figura como personagem, sendo retratado em toda a sua complexidade e multi-artisticidade. No documentário, foram utilizadas imagens e voz do próprio artista. No entanto, para recriar toda a narrativa do diário biográfico, recorreu-se a alguns recursos artificiais, como dublagem de imagens, por atores figurantes, e de voz, por meio da IA.

Diante da complexidade do fazer artístico cinematográfico, que pode envolver diferentes técnicas e a contribuição de diversos sujeitos, a LDA restringiu a autoria da obra audiovisual, estabelecendo que “são co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor” (Art. 16, LDA). No caso do seriado, o roteiro e a direção foram feitos por Andrew Rossi, ainda que baseado na obra de Pat Hackett, havendo criatividade própria e autônoma, ou seja, um contributo mínimo de originalidade, em relação à descrição e organização do livro biográfico.

Importante, neste contexto de exposição documental de personagens reais, diferenciar direitos de imagem e direitos autorais. Os primeiros são considerados personalíssimos e indisponíveis, referindo-se à imagem de determinada pessoa. Os segundos, no que lhe concerne, relacionam-se à obra ou atividade criativa de um indivíduo.

No documentário, porém, existe um elemento que se destaca, mesmo em meio a todo o turbilhão da vida e obra do artista, o fato de proporcionar ao seu público algo que até então havia sido um privilégio exclusivo de Hackett: ouvir os relatos diretamente de Warhol.

Esse processo para recriação de pessoas falecidas é conhecido como ressurreição digital. Um fenômeno que começou muito mais associado à recriação da imagem das pessoas, como foi no caso de Peter Cushing, Paul Walker e Salvador Dalí, mas que, conforme a tecnologia

avançou, passou a ser possível a sua aplicação para reprodução da voz também⁴.

Isso é possível graças à aplicação de sistemas de IA em um processo conhecido como *deepfake*, que nada mais é do que a aplicação de uma metodologia de *machine learning*⁵, conhecida como *deep learning*. Esse processo, por sua vez, consiste na utilização de redes neurais para encontrar padrões em meio aos dados analisados (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019).

O sistema de *deepfake*, de forma bem simplificada, costuma funcionar com duas redes contraditórias, a primeira tem o trabalho de desenvolver o material de forma a enganar a segunda. Assim, todo o material que não consegue passar pela segunda é descartado, servindo como um filtro para aquele material que consegue reproduzir, quase com perfeição, os dados base inseridos no sistema (WESTERLUND, 2019).

Para clonar a voz, geralmente, são inseridos dados compostos de gravações originais de falas da pessoa que se pretende recriar - o que não foi difícil na série documental analisada, considerando a grande quantidade de entrevistas e aparições midiáticas que Warhol teve ao longo de sua carreira - as quais serviram de meta para a IA.

Após este passo, o sistema irá analisar e identificar os padrões que compõem a forma de falar do indivíduo que será simulado. Uma vez realizado esse levantamento, a máquina consegue ler os textos informados da forma com que a pessoa recriada falaria em vida (MARTIN, 2020).

⁴ Nesses casos, a voz da pessoa recriada sempre ficou a cargo de um outro artista intérprete que buscava desenvolver uma imitação da forma do artista falar ou, pelo menos, utilizar outras gravações da pessoa recriada (D'AMICO, 2021). Entre os exemplos de recriação da voz por máquina, é válido apontar o caso da reconstituição da voz do ator Val Kilmer, que perdeu sua voz em decorrência de um câncer na garganta (ETIENNE, 2021).

⁵ “Machine learning, ou aprendizado de máquina, pode ser definido, de forma simplificada, como o processo pelo qual se ensina o computador a realizar atividades simples, com base em experiência. Ou seja, a partir de um conjunto de informações base, a máquina analisa estatisticamente as informações para prever cenários possíveis.” (D'AMICO, 2021, p. 47).

No documentário, é quase imperceptível perceber que se trata de uma reprodução artificial de voz. Causa estranhamento, a modulação da fala ao narrar, pois parece manter um ritmo constante. No entanto, se não fosse a informação explicitada no início dos episódios, um espectador leigo poderia nem se atentar ao fato de que a voz é uma recriação realizada por uma máquina.

Por mais incrível que pareça o uso dessa tecnologia, alguns questionamentos são extremamente pertinentes. Quem pode autorizar essa recriação e, conseqüentemente, existe algum direito autoral sobre essa recriação?

3.1 A voz de Warhol

A série documental deixa claro, logo nos créditos, que a voz de Warhol foi recriada com autorização da Fundação Andy Warhol, a qual, como já mencionado, é a encarregada de gerir o espólio do artista. Vale destacar, inclusive, que a Fundação “faz a diferenciação entre uso comercial, de um lado, e didático/cultural de outro, como critério para o licenciamento de imagens”, sendo bom exemplo na gestão de direitos culturais (CONRADO, 2013, p. 104).

Isso ocorre, pois nos Estados Unidos existe a figura dos *right of publicity*, direito de publicidade em tradução livre. Esse direito confere ao seu titular, o direito de controlar a exploração econômica da sua imagem, nome, voz ou qualquer outro indício de identidade. Esse direito é um direito patrimonial, sendo perfeitamente possível que o seu titular o transfira para terceiros (D’AMICO, 2021).

Nesse sentido, Bela Lugosi (2000, p.261) escreve:

O *right of publicity* é o direito de propriedade intangível de um indivíduo para controlar os usos exploratórios comerciais do valor associado à sua própria identidade ou características. *Rights of publicity* surgem sob a lei estadual e protegem especificamente

contra o uso puramente comercial de qualidades como nome, voz, assinatura ou semelhança de celebridades.⁶

Nota-se, portanto, que esse direito é reconhecido apenas para pessoas cujos atributos protegidos pelo direito de publicidade tenham algum valor econômico quando do evento morte, ou que passaram a ter valor em razão dela (DENTOS, 2020).

É válido destacar que, em tese, a autorização sequer era necessária, considerando que Warhol faleceu em Nova York, em 1987, o que significa que os seus direitos de publicidade encerraram quando da sua morte. Afinal, esse era o posicionamento da legislação do estado até maio de 2021, época em que entrou em vigor uma reforma na legislação sobre o tema. Essa reforma, muito impulsionada pelo crescimento das tecnologias que permitem a ressurreição digital, reconheceu a existência e a possibilidade da transmissão dos direitos de publicidade após a morte de seu titular (D'AMICO, 2021).

Essa possibilidade legislativa norte-americana é algo muito diferente do tratamento brasileiro, vez que, em nosso ordenamento, imagem, nome e voz fazem parte dos chamados direitos de personalidade, os quais são reconhecidos a partir do nascimento da pessoa e que possuem a característica de serem inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis (BITTAR, 2015). Esta diferença na abordagem jurídica deixa, no Brasil, a situação da permissão e da recriação por terceiros um tanto quanto controversa. Afinal, os herdeiros são os guardiões do legado construído em vida e não donos do falecido, fazendo com que a reconstrução póstuma possa ser vista como algo que excede esse papel (D'AMICO, 2021).

⁶ Traduzido livremente de: “*The right of publicity is an intangible property right of an individual to control the commercial exploitative usages of the associative value of his or her own identity or characteristics. Rights of publicity arise under state law and protect specifically against the purely commercial use of qualities such as the name, voice, signature or likeness of celebrities*”. (LUGOSI, 2000, p. 261)

Para o presente exercício, porém, será considerado que a autorização da Fundação Andy Warhol seja suficiente para a realização de um projeto de ressurreição digital. Fica, portanto, em aberto, a questão sobre a voz recriada pela IA: haveria algum direito autoral nessa “interpretação” e, em caso afirmativo, a quem pertencem esses direitos? Estas questões serão tratadas a seguir.

3.2 Direitos autorais na voz recriada

O direito autoral é, basicamente, o direito que busca tutelar aquelas criações artísticas, científicas e literárias que tenham sido fixadas em algum suporte, seja ele tangível ou não. Essa categoria de direitos é dividida entre direitos de autor e direitos conexos. O primeiro se refere àqueles assegurados aos artistas que criam as obras, enquanto o segundo versa sobre aqueles que, de alguma forma, auxiliam na criação, produção ou difusão das obras intelectuais (BITTAR, 2008).

Exemplos de atividades criativas auxiliares capazes de conferir direitos conexos seriam as de intérpretes, atores e cantores. Os direitos conexos relacionados às interpretações, como afirma Bittar (2008), tem a função de amparar as criações intelectuais de artistas, que colocam em suas interpretações características pessoais próprias, ao mesmo tempo em que ajudam a divulgar a obra interpretada.

Considerando que será analisada a voz recriada de Warhol, e não o conteúdo do livro de Pat Hackett, tem-se como foco a atividade realizada pela IA. Como visto, esta recria a voz do artista. Dessa forma, busca-se identificar se a leitura feita pelo sistema de IA daria origem a uma atividade interpretativa e se, conseqüentemente, haveria direitos conexos sobre ela.

Por se tratar de uma voz idêntica à de Warhol, que lê as palavras do próprio artista, pode-se pensar inicialmente, que o detentor de direitos sobre a voz, obviamente, seria o próprio Warhol, mais precisamente de seu espólio. Acontece, que não se trata de um registro do artista

falando, mas sim de uma recriação feita por IA, logo essa interpretação é de um terceiro que não Warhol e, por esse motivo, é possível compará-la a uma imitação. Como consequência, isso afastaria a titularidade de Warhol sobre essa interpretação, haja vista que ao intérprete são concedidos direitos apenas sobre aquelas interpretações que foram efetivamente realizadas por ele, não sendo possível estender o controle de um intérprete sobre as interpretações de outros, mesmo que essa interpretação consista em sua mera imitação (ASCENÇÃO, 1997).

Para que a Fundação herdeira pudesse reivindicar um eventual controle sobre esse direito interpretativo, salvo disposição contratual, haveria a necessidade de que a obra documental tivesse utilizado gravações feitas pelo próprio Andy Warhol ainda em vida, o que não foi feito. Sendo assim, tal como acontece em outros casos de ressurreição digital, o direito autoral sobre a interpretação pertence ao artista intérprete.

A título de exemplo, na recriação digital de Salvador Dalí, uma IA foi utilizada para criar a aparência do artista, mas um ator foi contratado para imitar a forma de falar de Dalí, logo pertencendo a ele a interpretação sobre as falas de Dalí (D'AMICO, 2021). Importante aqui também citar que, na série documental analisada, há imagens que simulam a figura filmada de Warhol, mas que, em verdade, são simulações. Nessas imagens retratadas, a pessoa que simula o artista aparece, na maior parte das vezes de costas, sem realmente figurar uma interpretação, aproximando-se de uma atuação de dublê.

Ocorre que, diferentemente do caso de Dalí, no presente caso, ao que se refere à recriação da voz, a interpretação não é feita por um ator, mas sim por um sistema de inteligência artificial, o que traz uma série de questionamentos sobre as criações geradas por esse tipo de sistema e sobre quem são seus titulares. Com base nisso, pode-se questionar se tal direito caberia para o desenvolvedor do sistema, ao usuário da máquina que alimentou as informações que seriam utilizadas, ou, até mesmo, a máquina em si (SCHIRRU, 2020).

Porém, ao analisar o instituto dos direitos autorais, tal qual como se encontra atualmente, nota-se que, para ser concedida a proteção autoral para uma obra, é preciso que ocorra um exercício criativo, algo que costuma ser atribuído de forma exclusiva aos seres humanos. Por sua vez, isso faz com que não seja possível conferir às criações advindas da máquina a proteção da autoral, colocando, conseqüentemente, esses conteúdos em domínio público.

Considerando a origem estadunidense do documentário, é válido destacar que esse é o entendimento presente na sua jurisprudência, ao atestar que o trabalho só pode ser considerado criativo quando desenvolvido por um ser humano (DEVARAPALLI, 2018). Há, inclusive, informação expressa no serviço de registro de direitos autorais do país de que só serão registrados aqueles trabalhos que tenham sido desenvolvidos por um humano (GUADAMUZ, 2017).

Esse entendimento é corroborado pela legislação brasileira, pois, ao tratar das obras intelectuais protegidas e da definição de autor, contidas nos artigos 7 e 11, a Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998) traz a seguinte redação:

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

(...)

Art. 11. **Autor é a pessoa física** criadora de obra literária, artística ou científica. (**grifo nosso**)

A partir da simples leitura do artigo, duas informações saltam aos olhos: as obras protegidas são “criações do espírito” e o autor é a “pessoa física”; ou seja, não existe no texto legal qualquer previsão para obras criadas por IA, vez que, ambas as expressões estão atreladas a figura do ser humano. Como fundamento para esse posicionamento, é possível observar a posição de José Oliveira Ascensão, para quem os resultados indeterminados obtidos pelas aplicações de IA não pode-

riam ser conferidos ao operador da máquina, pois a criação intelectual seria um ato individualizado, com um conteúdo específico, à concretização de uma ideia (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019).

Nesse modelo, portanto, haveria direitos autorais sobre os elementos que compõem a obra – o texto e a curadoria do material base analisado pelo sistema –, mas não sobre a voz de Andy Warhol recriada pela aplicação de IA. Dessa forma, a IA não teria um titular para exercer o controle sobre as utilizações, sendo permitido a qualquer pessoa, sob a perspectiva dos direitos autorais, utilizar e até mesmo criar obras com base no material. Desde que essa utilização da voz não atinja outros elementos que compõem a obra audiovisual na qual ela está inserida.

É interessante questionar, se caso fosse possível conceder direitos autorais para esse uso do sistema de IA, poderia, ainda assim, o resultado atingido pela máquina ser classificado como uma interpretação? Afinal, como se observa na obra de Victor Drummond (2020, p.17), a interpretação é a “união entre as palavras, o sentimento e a verdade do intérprete e do espectador.”. A partir disso, parece que a simples leitura mecânica das frases, não poderia ser uma interpretação, pois falta esse ânimo à máquina. Afinal, ela apenas entrega o texto da forma com que foi escrito, sem qualquer entonação ou interpretação. É, portanto, apenas uma máquina, que consegue aplicar os padrões de voz de Warhol e replicá-lo, sem que exista um esforço criativo.

CONCLUSÃO

Como inicialmente proposto, este artigo buscou relacionar aspectos de direitos autorais e criações da *pop art*, do livro “Diários de Andy Warhol”, de Pat Hackett, e da ressurreição digital de Warhol, verificada no seriado homônimo em cartaz na Netflix. Os objetos de análise permitiram pormenorizar a investigação entre direitos da propriedade intelectual e a arte contemporânea - de carácter conceitual -, a biografias, ao audiovisual e à inteligência artificial.

Colocou-se em contexto a vida e a obra de Andy Warhol, situados em uma cultura de massa e cada vez mais informacional. De sujeito criador, a vida do artista também se tornou objeto de criação. A *pop art* trouxe a possibilidade de transformação simbólica de um objeto comum em obra de arte. Warhol, por sua vez, utilizou-se da própria imagem e da imagem de celebridades para a transformação de sujeitos em produto. Por meio da ressurreição digital, possibilitada pela utilização de inteligência artificial, notou-se a possibilidade, por fim, da personificação da máquina como ser humano.

No que diz respeito aos direitos autorais, analisou-se como a *pop art* questionou aspectos da titularidade de autoria e da originalidade da obra. Esses elementos trouxeram implicações relacionadas à reprodução de obras de arte em modos fabris, à relação de artistas e meros executantes, bem como à tributação. As obras de artes tornaram-se mais conceitual, a partir da materialização de ideias e não apenas da submissão estético-formal.

Em relação ao livro de Pat Hackett, percebeu-se como um enredo biográfico é capaz de oferecer a narrativa da vida de Warhol como obra de arte. Para tanto, verificou-se a complexidade da elaboração desse gênero literário, tendo em conta os direitos de imagem e de privacidade envolvidos em contraposição à liberdade de expressão do autor. Analisou-se a legislação e a jurisprudência brasileira, que interpreta obras biográficas como versões e não narrativas absolutas de sujeitos singulares. No entendimento local, o direito da liberdade de expressão assegurado aos autores do gênero é acompanhado do direito de resposta de personalidades retratadas. Ainda sobre a obra de Pat Hackett, a qual consolidou um diálogo com o biografado, cogitou-se a titularidade do direito de atribuição da obra na interpretação brasileira, se da escritora ou de Warhol, concluindo-se que ela teria o direito autoral moral sobre a biografia, enquanto os direitos patrimoniais ficaram assegurados à Fundação herdeira.

Buscou-se, em seguida, compreender as relações de direitos autorais e a ressurreição digital de Warhol por meio da produção au-

dióvisual e de recursos de *deepfake*. Conforme a leitura da LDA, resta clara que a autoria do audiovisual pertence ao diretor e ao autor do argumento literário e musical. Como visto, Warhol trouxe novos questionamentos com relação ao contributo mínimo de originalidade em uma montagem audiovisual, com o filme conceitual “Empire”, tornando desnecessária a autoria de um enredo. Por outro lado, a série audiovisual “Diários de Andy Warhol”, demonstrou enredo independente da obra literária homônima de Hackett, apresentando contributos mínimos de originalidade, permitindo ser considerada obra autônoma.

A ressurreição digital de Warhol foi considerada importante para a investigação de direitos autorais. Tanto a imagem como a voz do artista foram recriadas, a esta por meio de inteligência artificial, e aquela por um dublê. Concernente à recriação da voz, recorreu-se à legislação norte-americana para compreender os direitos de publicidade atribuídos aos herdeiros, que permitem essa ressurreição (“rights of publicity”), inexistentes no Brasil, que entende os direitos de imagem, como atributos da personalidade e, portanto, inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis. Optou-se, para fins de análise, por considerar possível a ressurreição digital pela legislação brasileira, pensando-se como seria então a titulação de autoria sobre a voz conferida pela IA.

Examinou-se a legislação norte-americana e brasileira acerca de *copyrights* e direito de autor. Em ambos os sistemas jurídicos, baseados na Convenção de Berna de 1886, há explicitamente a conceituação de autoria como criação humana. Este entendimento exclui a possibilidade de atribuição de autoria a máquinas. Neste sentido, a IA, que recria a voz de Andy Warhol, não poderia ser sujeito de direitos autorais. Ademais, argumentou-se que, pela atividade de leitura mecânica das frases, a ação realizada pela IA não poderia ser considerada uma interpretação, reforçando a inexistência da possibilidade de atribuição de direitos conexos.

Ao assistir o documentário, o enredo nos apresenta, por diversas vezes, o desejo de Warhol em ser uma máquina sem sentimentos. De forma criativa, conclui-se que a série conseguiu tornar realidade essa

intenção do artista. Mais do que isso, colaborando para o permanente desafio de Warhol acerca do que poderia ser considerado arte, o seriado, por meio da imagem do artista, nos apresenta uma nova possibilidade de materialização artística: a ressurreição digital.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. L. W., ALMEIDA, J. M. B. **Indústria cultural e sociedade**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2021.

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

BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. **Obras escolhidas: Magia e técnica, arte e política**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994

BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2012. (Coleção Primeiros Passos).

BERNARDO, A. **A difícil arte de escrever biografias**. 29 jun 2022. In: ItaúCultural. Disponível em: <https://www.itaucultural.org.br/difical-arte-escrever-biografias> Acesso em: 22 jul. 2022.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 Distrito Federal. Rel. Min. Carmem Lúcia: 10 jun 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fev. de 1997.

CONRADO, M. **A arte nas armadilhas dos direitos autorais: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade**. Curitiba: 2013.

D'AMICO, Gustavo Fortunato. **Ressurreição digital: aspectos jurídicos e repercussões**. 1 ed. Curitiba: IODA. 2021.

DANTO, A. C. **Andy Warhol**. São Paulo: Cosac & Naify; 1ª edição (6 agosto 2012)

DANTO, Arthur. **“O que é arte?”** Belo Horizonte: Relicário Edições, 2020.

DENTONS. **New York’s new post-mortem publicity rights law**: What does it mean for your estate? What does it mean for your advertising campaign? Publicado em 09 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/december/8/new-yorks-new-post-mortem-publicity-rights-law-what-does-it-mean-for-your-estate>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DEVARAPALLI, Pratap. Machine learning to machine owning: redefining the copyright ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU law. **European Intellectual Property Review**, London, v. 40, n. 11, p. 722-728, Dez. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3293518. Acesso em: 29 jul. 2022.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Autor e o seu “não direito”**: o criador inominado no sistema de direito de autor. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

ETIENNE, Val Kilmer Gets His Voice Back After Throat Cancer Battle Using AI Technology: Hear the Results. **People**. Publicado em 19.ago.2021. Disponível em: <https://people.com/movies/val-kilmer-gets-his-voice-back-after-throat-cancer-battle-using-ai-technology-hear-the-results/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

GUADAMUZ, Andrés. Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works. **Intellectual Property Quarterly**, 2017(2). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2981304>, 2017. Acesso em: 29 jul. 2022.

HECKETT, P. **The Andy Warhol Diaries**. New York, NY: Grand Central Publishing, 2009.

IRISH, Anni. AI uncovers Warhol’s true voice in Netflix documentary. In: **The Art Newspaper**. 11 abr 2022. Disponível em: <https://www.theartnewspaper.com/2022/04/11/ai-uncovers-warhols-true-voice>. Acesso em: 10 ago. 2022.

LEWIS, A. **Warhol The \$100 Million Morass**. 22 abr 1988. In. The Washington Post. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1988/04/22/>

warhol-the-100-million-morass/4578cf4e-e4d6-4a5e-ba2a-ee25d20acf09/. Acesso em: 22 jul. 2022.

LUGOSI, Bela G. California Expands the Statutory Right of Publicity for Deceased Celebrities While Its Courts Are Examining the First Amendment Limitations of That Statute. **De Paul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law**. Volume 10, n. 02, 2000. p. 259-282.

MARTIN, Kim. What is Voice Cloning?. **ID R&D**. 11. mar. 2020. Disponível em: <https://www.idrnd.ai/what-is-voice-cloning/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

MENAND, L. **The Very Public Private Life of Andy Warhol**. The New Yorker. 20 abr 2022. Disponível em: <https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/the-very-public-private-life-of-andy-warhol>. Acesso em: 20 jul. 2022.

POP ART. In: **Tate Art Terms**. Disponível em: <https://www.tate.org.uk/art/art-terms/p/pop-art>. Acesso em: 22 jul. 2022.

RIBEIRO, Teté. 'Diários de Andy Warhol' reforça atualidade do gênio enigmático do pop. **Folha de S. Paulo**. 12 mar 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2022/03/diarios-de-andy-warhol-reforca-atualidade-do-genio-e-nigmatico-do-pop.shtml>. Acesso em: 9 ago. 2022.

SCHIRRU, Luca. **Direito Autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos de IA**. Orientador: Allan Rocha de Souza. 2020. Tese (Doutorado) – Programa de PósGraduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

VINCENT, Steven. The Andy Warhol Foundation joins up with leading licensing agency to develop products for the mass market. **The Art Newspaper**. 01 feb 2002. Disponível em: <https://www.theartnewspaper.com/2002/02/01/the-andy-warhol-foundation-joins-up-with-leading-licensing-agency-to-develop-products-for-the-mass-market>. Acesso em: 10 ago. 2022.

YABLONSKY, Linda. Netflix's Andy Warhol Diaries has taken the art world by storm. We asked some of its subjects what they really think about the documentary. **The Art Newspaper**. 24 mar 2022. Disponível em: <https://www.theartnewspaper.com/2022/03/24/warhol-diaries-netflix>. Acesso em: 10 ago. 2022.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Reuthes. **Inteligência Artificial e Criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI. 2019.

PRIVACY BY DESIGN COMO POSSÍVEL MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO SÉCULO XXI

MILLENA GABRIELE GENSO¹

GABRIELA REGINA NARDI PICOLI²

PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo propor o *Privacy by Design* como uma possível medida para a efetivação da proteção dos dados pessoais no século XXI. Para isso, será apresentado a concepção contemporânea de privacidade como autodeterminação informativa, trazendo-se à tona como ocorreu a emergência da edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto de dados pessoais brasileiro. Também será abordado sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia criada pela LGPD e responsável pela fiscalização e imposição de sanções em caso de violação da legislação. Por fim, será exposto o conceito de *Privacy by Design* e será indicado como pode ser uma alternativa para promover efetividade à LGPD. Serão utilizados os métodos hipotético-dedutivo e empírico, além da técnica de pesquisa documental indireta. Como resultados, conclui-se que o *Privacy by Design* pode ser uma medida que, aliada às leis voltadas ao tema, pode promover a efetividade da cultura de proteção de dados.

Palavras-chave: *Privacy by Design*; Lei Geral de Proteção de Dados; direito à autodeterminação informativa.

INTRODUÇÃO

A informação é o elemento central para o desenvolvimento da economia na sociedade contemporânea, a qual recebe, para Manuel

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: millenaggenso@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: gabriellanardipicoli@gmail.com.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: pedrohmluz@gmail.com.

Castells, a definição de sociedade da informação. (CASTELLS, 2007). A atual forma de organização social foi consolidada em razão do crescimento da utilização das tecnologias de comunicação e informação, haja vista a criação de mecanismos hábeis a processar e tratá-las em uma quantidade e velocidade nunca antes vista, fator determinante para a geração de riquezas. (BIONI, 2021, p. 3-9).

Neste contexto, a partir dos anos de 1990, com o desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, com maior dependência dos fluxos internacionais de base de dados, proporcionada pelos avanços tecnológicos e pela globalização, tornou-se latente a necessidade de regulamentações de proteção de dados pessoais. (PINHEIRO, 2021, p. 21).

No ordenamento jurídico brasileiro, em 14 de agosto de 2018, houve a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a qual se propõe a dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, a serem manejados tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, com o intuito de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

De acordo com o artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, os dados pessoais são aquelas informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável. Nas palavras de DONEDA (2006, p. 100 *apud* BIONI, 2021, p. 96), “Tais dados, além de consolidar uma nova forma de prolongamento da pessoa, passam a interferir em sua própria esfera relacional, reclamando, por isso, uma normatização específica [...]”.

Denota-se, assim, a relevância da proteção dos dados pessoais. Isso porque a coleta de dados pessoais permite a realização de um mapeamento da personalidade dos titulares, evidenciando seus gostos, desejos e pensamentos (TOLEDO, 2020). Apesar disso, tal fluxo informacional não pode ser prejudicial ao livre desenvolvimento da personalidade humana (BIONI, 2021, p. 105), de modo a manipular seus interesses.

Assim, atendendo à necessidade de adequação na coleta, no processamento e no tratamento de dados pessoais por todos aqueles que controlam tais dados - os denominados agentes de tratamento -, a LGPD, no Capítulo VIII, intitulado “Da Fiscalização”, previu uma série de sanções àqueles que descumprirem os dispositivos desta legislação. Essas sanções, de cunho coercitivo, visam a efetivar a norma abstrata no plano concreto, atingindo o modo de agir de agentes privados e do Poder Público, principais agentes de tratamento de dados na atualidade.

Ocorre que, passado mais de um ano da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, autarquia responsável pela aplicação de tais sanções, conforme artigo 55-J, contido no Capítulo IX, Seção I, da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como demais medidas fundamentais à efetivação da LGPD, ainda não se verificou a atuação adequada do órgão, fato que tem o condão de instaurar dúvidas relativas aos rumos da proteção de dados no país.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar como o *Privacy by Design* pode ser uma alternativa para a efetivação da proteção aos dados pessoais no século XXI, a fim de que essa proteção não dependa tão somente de uma legislação (*hard law*), mas que, de outro modo, seja estimulada já na criação dos *softwares*.

Sendo assim, os objetivos específicos da pesquisa são: analisar a concepção contemporânea de privacidade como autodeterminação informativa; explicar como se deu a emergência da edição da LGPD no contexto de dados pessoais brasileiro; expor o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados no tocante à fiscalização no tratamento de dados pessoais, explanando sobre o papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e as sanções previstas; apresentar o conceito de *Privacy by Design* e indicar como pode ser uma alternativa para promover efetividade à LGPD.

No que concerne ao método de abordagem, escolheu-se o hipotético-dedutivo, haja vista que se partiu de uma análise geral do con-

texto da proteção de dados e da emergência da LGPD no Brasil, a partir da revisão bibliográfica de autores expoentes do direito digital, com pesquisa documental de doutrinas, artigos e legislação. Além disso, é feito um estudo empírico acerca da atuação da ANPD, por intermédio de regulamentos e medidas tomadas públicas que a Autarquia vem adotando.

1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PRIVACIDADE COMO AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

A privacidade, desde a criação do termo no final do século XIX, passou por mudanças e por adaptações aos diversos cenários e demandas sociais. Nesse sentido, a ampliação dos meios tecnológicos de informação e de comunicação e, por consequência, a facilitação da produção, da coleta e do tratamento de dados públicos e privados, contribuíram para a concepção contemporânea de privacidade, sob a ótica da autodeterminação informativa.

Originalmente, o conceito de privacidade deriva da obra denominada *The Right to Privacy*, sob a autoria dos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicada no ano de 1890, na instituição de ensino superior estadunidense *Harvard Law Review*. O artigo citado teve origem pelo incômodo de a imprensa americana saber e retratar os fatos referentes às suas vidas privadas, tendo sido divulgadas informações sobre a vida conjugal de Warren. A partir disso, com a obra, os autores visaram estabelecer certos limites para a atuação da imprensa na vida particular dos indivíduos. (NOJIRI, 2005, p. 99-100).

A partir desta obra, “compreende-se o direito à privacidade como o direito de ser deixado só, sem qualquer interferência externa (BULOS, 2008, *apud* BIONI, 2021, p. 92), bem como o direito de escolher quais informações suas estarão sob o domínio público”. (DOTTI, 1980, p. 71 *apud* BIONI, 2021, p. 92). Isto se explica pela lógica da privacidade

que consiste na “[...] liberdade negativa de o indivíduo não sofrer interferência alheia”. (BIONI, 2021, p. 93).

Nesse viés, à época, a privacidade era vista como um direito de propriedade, uma vez que somente uma classe, a burguesia, tinha consciência e condição de usufruir desse direito. Em vista disso, era um privilégio poder isolar-se da sociedade, tanto por opção quanto por necessidade, a fim de obter privacidade plena sobre a vida. Com isso, infere-se que o nascimento, de fato, da privacidade se mostra como uma aquisição de privilégios por parte de um determinado grupo e não como uma exigência orgânica e natural de cada indivíduo. (MACHADO, 2014, p.342-343 *apud* RODOTÁ, 2008, p. 27).

Contudo, a tecnologia, apesar de proporcionar óbvios benefícios à sociedade, também traz uma série de preocupações relativas a direitos fundamentais historicamente conquistados, principalmente quando a aceleração na transferência de informações e de dados pessoais impactam diretamente no controle da privacidade do indivíduo. Assim, atualmente, a definição clássica de privacidade como “o direito de ser deixado só” demonstra-se insuficiente, pois o debate a respeito desse direito não se pauta apenas na defesa da esfera privada contra invasões externas, mas se amplia em outros sentidos, como na ideia de cada indivíduo controlar o uso das próprias informações. (MACHADO, 2014, p. 345).

Nesse viés, entende-se que o conceito de privacidade evoluiu de forma qualitativa e, segundo Maria Celina Bodin, em apresentação do autor e obra de RODOTÁ (2008, p. 7 *apud* BIONI, 2021, p. 94), a concepção clássica, da privacidade como um “direito de ficar só”, se difere qualitativamente da nova ideia de privacidade, como um “direito à autodeterminação informativa”, ao passo que essa última definição concede a cada um dos indivíduos o real poder sobre as próprias informações e sobre os próprios dados.

O conceito de autodeterminação informativa tem origem com o jurista Stefano Rodotá, o qual propôs esse novo conceito à privacidade

de, com base na necessidade de reivindicação da autonomia do indivíduo na sociedade de informação. Nota-se que o conjunto de dados pessoais, hoje, atua como um forte controlador dos aspectos essenciais à personalidade (2008 *apud* ELER, 2016, p. 190), enquanto características que definem o indivíduo.

Diante disso, urge a demanda aos indivíduos de terem o direito de controle sobre as próprias informações, de escolherem o que será revelado para um terceiro, inclusive o que deve ser “esquecido” pela ótica pública, além de outros aspectos condizentes apenas à vida privada, que, sem necessidade ou interesse não precisam e/ou devem ser revelados. (ELER, 2016, p. 190).

Ainda, para Rodotà, dentre os direitos fundamentais contemporâneos, a proteção de dados é o mais significativo. O autor também defende que a proteção à privacidade, ao contrário da concepção clássica, hoje busca tutelar a personalidade do indivíduo e não mais a propriedade. Desse modo, o indivíduo apenas consegue construir plenamente sua personalidade a partir da consciência de que a privacidade consiste em um direito de manter o controle sobre as próprias informações. (2008 *apud* ELER, 2016, p. 191).

Concomitantemente à consciência desse cenário, é essencial que o indivíduo tenha efetivamente poder, com respaldo jurídico, a fim de exercer um controle direto sobre todas e quaisquer informações fornecidas no cotidiano. Rodotà explica que é comum o indivíduo ser forçado a fornecer algum dado pessoal, ainda mais diante da dependência crescente entre o fornecimento de informações e uso de serviços. Todavia, é preciso compreender a necessidade e a periculosidade de algumas coletas, pois a coleta de informações permite o surgimento de novas formas de poder ou fortalecimento das que já existem exercidas sobre os indivíduos. (2008 *apud* ELER, 2016, p. 192).

Assim, infere-se que o direito à privacidade como autodeterminação informativa consiste em um importante instrumento de controle do indivíduo sobre o fornecimento de informações pessoais e íntimas

e, a partir disso, conseguir construir com plena liberdade a própria personalidade.

2 A EMERGÊNCIA DA EDIÇÃO DA LGPD NO CONTEXTO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRO

Sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a sociedade sofreu diversas modificações na forma de sua organização, mediante avanços tecnológicos que operaram a partir dos EUA e que compõem, atualmente, as maiores empresas de tecnologia do mundo, chamadas de *big techs*. Nesse novo modelo de sociedade, a informação possui um papel central, a qual “[...] é o (novo) elemento estruturante que (re) organiza a sociedade [...]”. (BIONI, 2021, p. 5).

Com o crescimento do fluxo de informações, isto é, com a maior capacidade técnica de se recolher, processar e utilizar a informação, aumentou-se também a importância dessa informação. Nesse sentido, dado ao crescimento do tratamento dos dados pessoais, não eram mais somente determinadas figuras de grande relevo social que poderiam ter sua privacidade ofendida, mas também uma parcela maior da população. (DONEDA, 2021).

Em um primeiro momento, o Estado detinha e se utilizava predominantemente das informações pessoais da população. Contudo, nas últimas décadas, a partir do desenvolvimento de tecnologias que facilitam a coleta e processamento de informações pessoais, com custos reduzidos e oferta de uma nova gama de possibilidade de utilização dessas informações, os organismos privados começaram a se utilizar das informações pessoais. (DONEDA, 2021).

Ao se ter acesso a informações como os hábitos de consumo dos cidadãos, a título exemplificativo, o setor empresarial pode empreender de forma mais eficiente no mercado, aumentando-se “[...] as possibilidades de êxito junto à audiência, seja melhorando a concepção e a segmentação de um produto ou serviço, seja no que pertine à abor-

dagem publicitária para promovê-los”. (BIONI, 2021, p. 11). Eis o porquê dos dados pessoais dos cidadãos corresponderem a um fator vital para que a economia da informação se movimente.

Ressalta-se também que o uso da tecnologia informática e da ampla digitalização assumiram caráter onipresente, afetando todas as esferas da vida, seja social, econômica ou cultural a nível mundial. (SARLET, 2022, p. 78).

Em decorrência desta economia da informação, em que os dados são encarados como mercadorias e se configuram como principais ativos econômicos das empresas (LGPD 4.0, 2020), ou seja, os dados pessoais dos consumidores serem elementos utilizados para a promoção de bens de consumo (BIONI, 2021, p. 42), capazes de interferir no livre desenvolvimento da personalidade do sujeito, é que foram criadas as legislações voltadas à proteção dos dados pessoais.

O tema da proteção de dados não é uma discussão restrita ao Brasil. Do mesmo modo, a criação de normas regulamentadoras para o tratamento de dados pessoais não é uma inovação originária do país. Contudo, evidencia-se que pela sociedade tecnológica atual, urge a necessidade de haver amparo legal efetivo para a proteção dos indivíduos.

No Brasil, em relação à informação, a Constituição brasileira contemplava apenas através das garantias à liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX) e do direito à informação (artigo 5º, inciso XIV). Ainda, estabelece a inviolabilidade da vida privada e a intimidade (art. 5º, inciso X); a inviolabilidade especificamente para a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, inciso XII), a instituição da ação de habeas data (art. 5º, inciso LXXII), que constitui uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais. (DONEDA, 2021).

No aspecto relacionado à privacidade, no sentido da concepção clássica, dispôs sobre a proibição da invasão de domicílio (art. 5º, inciso XI) e a violação de correspondência (art. 5º, inciso XII). (DONEDA, 2021).

A despeito da existência da tutela constitucional da privacidade, não havia até então uma proteção específica de dados pessoais à nível constitucional, já que o direito à proteção de dados é uma pauta que demanda uma análise específica e o texto constitucional tutelava apenas o sigilo das comunicações, mas não os dados em si. Nesse sentido, Danilo Doneda explica que (2021):

Havia um hiato entre a tutela da privacidade, esta constitucionalmente protegida, e a tutela das informações pessoais em si – que, para a corrente mencionada, gozariam de uma proteção mais tênue. E esse hiato possibilitava a perigosa interpretação que podia eximir o aplicador de levar em conta os casos nos quais uma pessoa é ofendida em sua privacidade – ou tem outros direitos fundamentais desrespeitados – não de forma direta, porém por meio da utilização abusiva de suas informações pessoais em bancos de dados.

Assim, no que concerne ao direito à proteção de dados, noticiam-se no Brasil, desde 2010, discussões sobre o tema, como no I Seminário de Proteção à Privacidade e os Dados Pessoais, organizado pelo Comitê Gestor da Internet no mês de setembro de 2010; e na primeira consulta pública de um anteprojeto de lei conduzida pelo Ministério de Justiça em novembro daquele ano. (BIONI, p. 126, 2021).

Em 13 de junho de 2012, o deputado federal Milton Monti apresentou o Projeto de Lei nº 4.060, com o objetivo de trazer ao ordenamento jurídico matéria legislativa acerca do tratamento de dados pessoais, bem como a proteção dos direitos individuais das pessoas, sob a justificativa de que, diante da realidade vivenciada, em que há a maior presença de dados com o avanço da tecnologia, em especial da internet, fazia-se necessária a criação de normas legais que pudessem proteger a individualidade e a privacidade das pessoas, sem impedir a livre iniciativa comercial e da comunicação. (BRASIL, 2012).

Após passar por várias Comissões e sofrer emendas, o Projeto de Lei nº 4060/2012 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 30

de maio de 2018, sendo enviado ao Senado Federal, o qual também aprovou nos termos do conteúdo votado na Câmara de Deputados. (BRASIL, 2012).

Assim, após veto parcial em 25 de julho de 2018 pelo Presidente à época, Michel Temer, o Projeto de Lei retornou ao Congresso, culminando na edição da Lei nº 13.708, em 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados, considerada marco legal brasileiro para o uso, tratamento e transferência adequados dos dados. (SENADO, 2020).

De acordo com o texto original da LGPD, a lei entraria em vigor 18 meses após sua publicação, ou seja, em fevereiro de 2020. Não obstante, posteriormente, a Medida Provisória nº 869/2018, do então Presidente da República Michel Temer, que foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, prorrogou a entrada em vigor da Lei por mais 06 (seis) meses, ficando estabelecida sua vigência após 24 meses da publicação, isto é, na data de 14 de agosto de 2020. (BRASIL, 2019).

No dia 30 de abril de 2020, publicou-se a Medida Provisória nº 959/2020, convertida na Lei nº 14.010/2020, em que restou estabelecido que a LGPD entraria em vigor de forma imediata na data de 18 de setembro de 2020. Todavia, as sanções administrativas só estariam vigentes a partir de 1º de agosto de 2021 (artigos 52, 53 e 54 da LGPD). (BRASIL, 2020).

De acordo com Danilo Doneda, a entrada em vigor da LGPD (2022, p.114):

[...] consolida, no ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento da importância capital dos dados pessoais, com a formulação de um marco regulatório de natureza geral, que procura estabelecer condições para o tratamento de dados pessoais, nas mais variadas circunstâncias a partir de um conjunto unificado de princípios com o objetivo de garantir os direitos do cidadão em relação aos seus dados de forma isonômica nos diversos setores e situações.

Os fundamentos para a proteção de dados pessoais foram elencados no artigo 2º da LGPD, sendo: o respeito à privacidade (inciso I); a autodeterminação informativa (inciso II); a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III); a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV); o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (inciso V); a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (inciso VI); e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (inciso VII). (BRASIL, 2018).

A LGPD não é absolutamente inovadora no que concerne à proteção de dados pessoais, tendo sofrido forte influência da legislação europeia sobre a matéria, qual seja o GDPR (Regulamento Geral de Proteção de Dados), promulgado no ano de 2016 e vigente a partir de 2018. Esse Regulamento é único e geral para todos os 27 Estados-Membros do continente europeu. Tem como intuito oferecer proteção no tratamento de dados pessoais, sendo uma medida essencial para a era digital em que a sociedade está inserida atualmente. Apesar de possuir algumas diferenças quanto à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), as duas legislações têm a finalidade principal de regulamentar o tratamento de dados pessoais. (LIMA, 2020, p. 38)

Cita-se que, com a Emenda à Constituição nº 115, o direito à autodeterminação informativa ganhou semblante de direito e garantia fundamental, especificamente no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição, o qual prescreve: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. (BRASIL, 2022a). Portanto, tornou-se um direito fundamental explícito, isto é um direito intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição Federal, além de ser histórico, universal, cumulável (ou concorrente), irrenunciável, inalienável, imprescritível e relativo. (BULLOS, 2020, p. 534).

3 SANÇÕES E MEDIDAS DE COERÇÃO LEGAL EXISTENTES NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Os indivíduos podem ser identificados por meio de dados pessoais, por meio dos quais constrói-se uma identidade singular para cada pessoa. Hoje, com o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs) e o vasto uso de canais online de comunicação e de informações, é comum o fornecimento de dados pessoais, para a realização de cadastro, compras online e celebração de contratos. Contudo, há uma necessidade de observar certos requisitos para as coletas e para os tratamentos por quem solicita os dados pessoais.

Nesse viés, considerando a ampla coleta e tratamento de dados pessoais da atualidade, a Lei Geral de Proteção de Dados foi criada com a finalidade de regularizar qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou jurídica, em meio presencial ou digital. Publicada em 01 de agosto de 2018, a referida lei encerrou, depois de 03 anos, na data de 01 de agosto de 2021, o período de *vacatio legis*, ou seja, período para adequação às normas e de ausência de punições, em caso de inadequação. (BRASIL, 2018).

É possível verificar que a lei visa a promover um cenário de segurança jurídica para todo o país na matéria, mas para que isso seja efetivado se faz necessária a fiscalização da aplicação dos mecanismos de adequação pelos agentes de tratamento dos dados. A dizer que a coerção tem caráter fundamental ao bom funcionamento do diploma legal. Para prover essa necessária coerção, há dispositivos que preveem sanções e medidas aos que a inobservarem.

O Capítulo VIII dispõe acerca da fiscalização da lei; no artigo 52 e seguintes da Lei nº 13.709/2018, encontra-se o rol de sanções possíveis aos que descumprirem a LGPD. Contudo, cabe analisar, inicialmente, para quem se aplicam as sanções e medidas de coerção, quem as aplica e quais os requisitos para aplicação. (BRASIL, 2018).

Assim, em geral, conforme o artigo 3º da Lei Geral de Proteção de Dados, as normas são aplicáveis a todos os que realizam tratamento de dados pessoais, pessoa natural ou jurídica, organizações públicas ou privadas. Em contrapartida, a lei não se aplica quando o tratamento dos dados é realizado, por exemplo, por a) uma pessoa física, para fins exclusivamente particulares e não econômicos; b) para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos; e c) para tratamentos realizados para fins de segurança pública e defesa nacional, conforme o artigo 4º, I, II, III e IV e seguintes⁴. Dessa forma, não haverá incidência de sanção ou de medidas de coerção sobre as situações previstas no último artigo citado (BRASIL, 2018).

No tocante a aplicação das sanções e das medidas de coerção, especificamente, serão penalizados os agentes de tratamento, conforme previsto no artigo 52, *caput*, da Lei Geral de Proteção de Dados. Por agentes de tratamento, a própria Lei específica se tratar de duas figuras: o controlador e o operador, ambos descritos no artigo 5º, incisos VI e VII, respectivamente, da LGPD. (BRASIL, 2018). Apesar do critério autônomo ser essencial para diferenciar o controlador do operador, ainda pairam dúvidas sobre o enquadramento dos tratadores de dados nessas categorias.

Ricardo Oliveira observa que o terceiro que não participar do tratamento de dados pessoais não sofrerá com imposição de sanção; no mesmo sentido, o encarregado e os empregados do controlador e do operador, uma vez que não se enquadram na definição de agentes de dados pessoais nos termos da Lei. (2021, p. 09).

Quanto ao responsável pela aplicação das sanções administrativas e das medidas de coerção, serão aplicadas por uma autarquia de natureza especial, com autonomia técnica e decisória, denominada Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de acordo com

⁴ Nota-se que pela ausência de previsão legal, nesta ou em outra lei, para proteção de dados pessoais às situações dispostas nos incisos deste artigo, as atividades ficam sob o risco de tratamento inadequado, desrespeito à privacidade e da violação da intimidade, da honra e da imagem.

o previsto no artigo 52, *caput*, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tendo regulação própria a partir do artigo 55, da referida lei. (BRASIL, 2018).

O parágrafo primeiro do artigo 52 prevê os critérios a serem observados no momento de aplicação das sanções, sendo itens que podem ser considerados a favor da minimização da pena imposta. (BRASIL, 2018). Ressalta Oliveira que, no momento da aplicação das sanções administrativas, devem ser respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da punição, uma vez que não se objetiva, com as sanções, levar o infrator à falência ou interromper as atividades econômicas, salvo exceções, tendo como única finalidade punir o infrator pelo descumprimento das normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (2021, p. 10). Em síntese, a lei objetiva equilibrar os direitos fundamentais de proteção à personalidade humana com o desenvolvimento econômico a partir da economia de dados.

As sanções previstas na Lei Geral de Proteção de Dados estão elencadas, segundo Oliveira (2021, p. 08), de forma exaustiva, o que limita a Autoridade de Proteção de Dados a aplicar sanções diferentes ou não previstas na Lei (2021, p. 8). As sanções consistem em: a) advertência; b) multa simples de até 2% do faturamento anual da empresa, limitada a 50 milhões de reais; c) multa diária nos moldes da pena “b”); d) publicização da infração; e) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração; f) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; g) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados; h) suspensão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais; e i) proibição parcial ou total do exercício de atividade relacionadas a tratamento de dados. (BRASIL, 2018).

Diante do rol apresentado, verifica-se a existência de sanções de natureza pecuniária, restritiva de atividades e advertência, cabendo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados aplicar, de acordo com cada caso em concreto, a melhor sanção, a fim de garantir a proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, nota-se a presença de sanções que visam a estimular o cumprimento de uma determinada regra,

bem como há aquelas sanções que buscam a repreender o infrator, dotadas de caráter pedagógico. (OLIVEIRA, p. 8, 2021).

A adoção de um programa adequado e eficaz para a proteção de dados pessoais, em concordância à legislação, tem capacidade de reduzir significativamente os riscos e os danos comumente verificados na matéria, como, por exemplo, o vazamento de dados pessoais para terceiros.

Portanto, acerta o legislador ao definir um rol de sanções aplicáveis aos agentes de tratamento. Contudo, conforme se verá no item seguinte, a totalidade da coerção legal está nas mãos de uma Autarquia recentemente criada, a qual está incumbida da essencial tarefa de conferir concretude aos ditames da LGPD.

4 ATUAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EFETIVAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Para a finalidade de efetivar a Lei Geral de Proteção de Dados, foi criada, junto a ela, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a qual se consubstancia em uma autarquia de natureza especial, tendo sido assim erigida por natureza por meio da Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022 (BRASIL, 2022b). Além disso, a autarquia possui autonomia técnica e decisória, de acordo com o artigo 55-A, a fim de executar as mudanças necessárias para que a legislação brasileira tenha aderência e efetividade na sociedade. (BRASIL, 2022b)

Na própria Lei Geral de Proteção de Dados há previsão, pelos dispositivos incluídos pela Lei nº 13.853/2019, de que é competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a efetivação e eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados. Destacam-se as extensas competências da ANPD, contidas no rol do artigo 55-J da LGPD, as quais podem ser organizadas em competências de coordenação das políticas para a implementação da lei, bem como as de natureza fiscalizatória, normativa e sancionatória. (BRASIL, 2019).

Com isso, a maior gama de competências está concentrada na função de coordenação aos agentes responsáveis pela coleta e tratamento de dados pessoais. Cabe à Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda elaborar diretrizes; promover à população o conhecimento da legislação sobre o tema, bem como elaborar estudos sobre as condutas nacionais e internacionais de proteção de dados e privacidade; estimular que sejam aplicados padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre os próprios dados pessoais; promover cooperação com outras autoridades de proteção internacionais; ouvir tanto os agentes de tratamento, quanto a sociedade no geral sobre o que for relevante acerca da matéria e prestar contas à eles sobre as atividades exercidas; comunicar o órgão competente sobre qualquer descumprimento da Lei; e articular-se com autoridades reguladoras. Isto, conforme exposto nos incisos III, VI, VII, VIII, IX, XIV, XXI e XXIII, do artigo 55-J, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). (BRASIL, 2019).

Outro ponto relevante é quanto ao caráter normativo da atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, competindo-lhe a disposição sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, a edição de normas, orientações e procedimentos e promover a deliberação, no âmbito administrativo, sobre a interpretação, as competências e os casos omissos da Lei, de acordo com o disposto nos incisos X, XVIII e XX, do artigo 55-J, da LGPD. (BRASIL, 2019).

Ademais, pontua-se o papel essencial da ANPD quanto à fiscalização das normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados. Com isso, de acordo com os incisos I, IV, XI, XVI e XIX do artigo 55-J, compete zelar pela proteção de dados pessoais; solicitar informações sobre o tratamento de dados ao Poder Público, prezando pelo exercício do princípio da transparência; realizar ou determinar a realização de auditorias; garantir que o tratamento de dados de idosos seja feito de forma simples. (BRASIL, 2019).

Conexa à competência anterior, outra característica essencial para a efetivação da Lei Geral de Proteção de Dados é quanto ao cará-

ter sancionatório da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Diante disso, compete-lhe aplicar sanções sobre o descumprimento das formas de tratamento de dados disposta nesta Lei, apreciar pedidos de titulares de dados contra os controladores, celebrar com agentes de tratamento de dados, a qualquer momento, com o intuito de afastar qualquer irregularidade e implementar mecanismos simplificados para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com a Lei, com fulcro nos incisos IV, V, XVII e XXIV, do artigo 55-J, da Lei Geral de Proteção de Dados.(BRASIL, 2019).

Diante do exposto acima, nota-se a importância e as diversas possibilidades que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados tem de promover a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. De fato, trata-se da guardiã da LGPD. Sendo uma figura independente de qualquer outro órgão, Cíntia Rosa Pereira de Lima, explica se tratar de uma vantagem na atuação, tendo atribuições específicas e que podem ser exercidas plenamente, a fim de garantir o fiel cumprimento das normas e, por conseguinte, atingir a eficácia almejada pelo legislador. (LIMA, 2020, p. 129).

Lima enfatiza outra vantagem: a possibilidade de tutela administrativa. Essa característica tende a permitir a celeridade dos procedimentos decorrentes do descumprimento de algum dispositivo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pois evitará que a lide seja encaminhada ao Poder Judiciário, o qual já se encontra com numerosas demandas e carece de conhecimento técnico sobre o funcionamento da sociedade de dados. Também, com o benefício de ser um órgão especializado e com profissionais experientes na área, as soluções apresentadas tendem a ser mais adequadas, técnicas e efetivas quando bem conduzidas pela ANPD. (LIMA, 2020, p. 129).

Dessa forma, diante da análise das diversas possibilidades de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na efetividade da LGPD, as atividades de fiscalização, orientação à implementação, normativa e sancionatória permitem, cada qual em uma perspectiva, a efetivação da LGPD. Luís Roberto Barroso (2007 *apud* LIMA, 2021, p.

97) explica que a efetividade configura a necessária aproximação do “dever ser”, aquilo instituído pela norma, com o “ser”, a própria realidade, a fim de tornar as normas, especificou quanto às constitucionais, mas a ideia se aplicam a todas, aplicáveis direta ou indiretamente, com o máximo de extensão que a interpretação cabível à norma.

Cumpra ressaltar que o estabelecimento de normativos para aplicação do art. 52 e seguintes da LGPD consta no rol de ações a serem priorizadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados nos anos de 2021 e 2022, à luz da Agenda Regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), aprovada para o biênio 2021-2022 por intermédio da Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021. (BRASIL, 2022a).

Nesse sentido, seguindo o disposto no art. 55-J, § 2º da LGPD e no art. 51, inciso V e parágrafo único de seu Regimento Interno, além de visar a participação social mais efetiva, a ANPD promoveu uma consulta pública do Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, o qual foi aberto em 16 de agosto de 2022 e encerrado em 15 de setembro de 2022. (BRASIL, 2022a). Como resultado, obteve-se 2.504 (duas mil, quinhentos e quatro) contribuições. (BRASIL, 2022b).

Ainda assim, mesmo com o número significativo de contribuições e da necessidade da aprimoração das sanções da ANPD, a fim de, enfim, produzirem efeitos, não há previsão para o momento quando haverá a aplicabilidade das sanções previstas na LGPD pela ANPD. Ademais, é de certo modo criticável a demora da ANPD em estabelecer essa salutar normativa, tendo em visto que, conforme já aventado, a coerção da LGPD pela aplicação de multas a seus infratores é essencial para que seus objetivos sejam cumpridos em matéria de proteção de dados pessoais.

5 **PRIVACY BY DESIGN: ALTERNATIVA PARA A TUTELA DA PRIVACIDADE**

Consideradas ferramentas para a proteção de dados pessoais, as *Privacy Enhancing Technologies* (PETs) são tecnologias que visam a reforçar e/ou melhorar a privacidade dos usuários. (BIONI, 2021, p. 167). Dentre elas, está o *Privacy by Design* (PbD).

Criado na década de 90 pela Comissária de Informação e Privacidade de Ontário, Canadá, PhD Ann Cavoukian (SIMONETTE, 2021), o PbD é uma metodologia em que a proteção de dados pessoais é o norteador na concepção de um produto ou de um serviço, “[...] devendo eles ser abarcados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais”. (BIONI, 2021, p. 167).

Faz-se imprescindível esclarecer que o *Privacy by Design* ultrapassa a mera manutenção da segurança. Isso porque inclui a ideia de que os sistemas devem ser projetados e construídos de forma a evitar, ou ao menos minimizar, a quantidade de dados pessoais que serão processados, haja vista que muitos usuários não possuem conhecimento de sistemas tecnológicos de informação (em inglês, *IT systems*), de forma que não estão na posição de tomar as medidas adequadas para a proteção de seus dados. Recomenda-se, a fim de minimizar a quantidade de dados, separar os dados identificados ou identificáveis (dados pessoais) dos demais; utilizar pseudônimos ou a anonimização; ou excluir os dados logo que for possível. (SCHARR, 2010).

Sobre o tema, o professor Marcel Simonette tece importante esclarecimento (2021, p. 1):

Na prática, as iniciativas das empresas devem garantir que a privacidade e a proteção de dados sejam consideradas desde a idealização de qualquer iniciativa que envolva dados pessoais, seja por iniciativa da área de TI ou de qualquer outra área da empresa. Projetos internos, desenvolvimento de produtos, desenvolvimento de software e sistemas de TI são alguns exemplos de iniciativas de empresas.

Com a utilização da metodologia PbD, torna-se nítido o ganho mútuo entre as empresas e os titulares: além das empresas oferecerem maior segurança e privacidade aos dados, estes conseguem exercer o controle acerca de seus dados pessoais, pois ganham controle sobre quais dados serão fornecidos e quais não serão, tomando conhecimento de quais dados são necessários e qual a finalidade de sua coleta. (SIMONETTE, 2021, p. 2).

Em suma, os titulares podem exercer seu direito à autodeterminação informativa, direito fundamental constitucionalmente previsto e que influi diretamente em sua personalidade, fazendo-o sem depender diretamente da efetivação de leis, o que demanda uma atuação do Estado mediante provocação judiciária, medidas do Poder Executivo e outras, havendo, portanto, economia de tempo e maior ganho em efetividade ao se construir hipóteses factíveis ao direito com o PbD.

Com o intuito de guiar como o PbD poderia ser aplicado a tecnologias específicas, operações de negócios, arquiteturas físicas e infraestrutura de rede, Ann Cavoukian criou sete princípios de gerenciamento de informações, os quais são denominados Princípios Fundamentais do *Privacy by Design*, quais sejam: 1) Proativo não Reativo; Preventivo não corretivo; 2) Privacidade como configuração padrão; 3) Privacidade incorporada ao design; 4) Funcionalidade completa - Soma Positiva, não Soma Zero; 5) Segurança de ponta a ponta – proteção completa do ciclo de vida; 6) Visibilidade e Transparência – Mantenha-o Aberto; e 7) Respeito pela privacidade do usuário – Mantenha-o centrado no usuário. (2009).

O primeiro princípio fundamental do PbD enuncia a importância de ser proativo ao invés de reativo, ou seja, sempre optar por prevenir eventos invasivos de privacidade antes mesmo que ocorram. *Privacy by Design* é um mecanismo preventivo destinado a antever e resolver quaisquer possíveis problemas relacionados à proteção de dados pessoais antes mesmo de haver o risco de um problema - portanto, não é empregado tendo em mente um gerenciamento de crise, mas sim um gerenciamento de risco. (CAVOUKIAN, 2009).

Por sua vez, o princípio fundamental “Privacidade como configuração padrão” reclama pela adoção da privacidade como padrão em qualquer sistema de TI ou negócio da empresa. Assim, em razão da privacidade ser incorporada no negócio, nenhuma ação é necessária por parte do titular para fins de proteção de seus dados. (CAVOUKIAN, 2009).

Deste modo, como consequência do PbD, tem-se o *Privacy by Default* (em português, Privacidade por padrão), em que todos os produtos, serviços, sistemas e práticas comerciais da empresas devem prezar, como requisito básico, a proteção dos dados pessoais, sem exigências externas, uma vez que a privacidade sempre será levada em consideração. Ao adotar o *Privacy by Default*, a empresa demonstra a transparência, empoderando o titular dos dados. (SIMONETTE, 2021). A título exemplificativo, pode-se citar os casos em que produtos ou serviços exigem os dados pessoais para permitir seu uso ideal mas, assim que a finalidade e a necessidade se esvai, tais dados são excluídos do banco de armazenamento de dados, balanceando a necessidade de coleta de dados com a proteção do usuário.

O terceiro princípio fundamental do PbD, isto é, “Privacidade incorporada ao design” enuncia que a privacidade deve se incorporar ao projeto, sendo parte do projeto a ser desenvolvido. (CAVOUKIAN, 2006). Já o quarto princípio estipula que deve haver um ganho mútuo entre os titulares de dados e as empresas, harmonizando todos os interesses e objetivos legítimos.(CAVOUKIAN, 2009).

Em seguida, o quinto princípio, nomeado “Segurança de ponta a ponta – proteção completa do ciclo de vida”, aduz ser a segurança o guia de todos os procedimentos do tratamento de dados, isto é, desde a captura até a exclusão de dados, bem como na hipótese de compartilhamento, a segurança deve preponderar, protegendo todo o ciclo de vida do dado. (CAVOUKIAN, 2009).

Com a “Visibilidade e Transparência – Mantenha-o Aberto”, sexto princípio fundamental do PbD, a ideia é garantir a todos os interes-

sados que o agente de tratamento de dados está manipulando-os de acordo com a finalidade e necessidade compactuadas, sendo viabilizado ao titular a verificação independente. (CAVOUKIAN, 2009).

Por fim, o sétimo princípio, “Respeito pela privacidade do usuário”, assevera que os interesses do indivíduo com relação a sua privacidade devem prevalecer em detrimento aos demais interesses, oferecendo medidas que o beneficiem. (CAVOUKIAN, 2009).

Muito embora o *Privacy by Design* esteja previsto na GDPR, a LGPD não apresenta os princípios supracitados explicitamente. Entretanto, nada impede que as empresas se utilizem dos princípios da *Privacy by Design* e da *Privacy by Default* a fim de garantir a melhor segurança dos dados de seus consumidores, conferindo maior grau de concretude ao primado da proteção de dados pessoais. (SIMONETTE, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados não é suficiente para conferir um grau ideal de proteção, já que se faz necessário educar e capacitar tanto os titulares quanto os agentes de tratamento. Assim sendo, vislumbra-se a importância da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, na medida em que possui um papel orientativo, pedagógico e disciplinar, devendo agir de forma proativa, junto à sociedade e às instituições com o intuito de buscar medidas para a implementação de nova regulamentação que possa promover o menor impacto aos agentes de tratamento de dados.

Nesta toada, o *Privacy by design* (PbD), metodologia em que a proteção de dados pessoais é o norteador na concepção de um produto ou de um serviço, corresponde a uma ótima alternativa para implementar a cultura de proteção de dados, a qual deve ser somada às leis existentes que versam sobre a temática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Despacho de 15 de agosto de 2022a.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-de-15-de-agosto-de-2022-422584343>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.060, de 13 de junho de 2012.** Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01bkfs7rtche491toh6g865p114224176.node0?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda à Constituição nº 115, de 10 de fevereiro de 2022a. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 11 fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Governo Federal. **Participa + Brasil.** Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas.2022b. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/regulamento-de-dosimetria-e-aplicacao-de-sancoes-administrativas>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 20 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art2. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 08 set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Medida provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022b. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados em autarquia de natureza especial e transforma cargos em comissão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 14 jun. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1124.htm#art9. Acesso em: 21 ago. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASTELLS, Manuel; ESPANHA, Rita. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2007.

CAVOUKIAN, Ann. Privacy by design: The 07 foundational principles. **Information and Privacy Commissioner of Ontario, Canada**, v. 5, 2009. Disponível em: www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. A proteção de Dados na UE. **The General Data Protection Regulation (GDPR), the Data Protection Law Enforcement Directive and other rules concerning the protection of personal data**. [s/l], [s/d]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt. Acesso em: 21 ago. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais** [livro eletrônico]: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos Sobre Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

ELER, Kalline Carvalho Gonçalves Eler. (2016). A New Understanding of Privacy: From the Right to Be Alone to the Informative Self-Determination. **TECHNO REVIEW. International Technology, Science and Society Review /Revista Internacional De Tecnología, Ciencia Y Sociedad**, vol. 5, nº 2, 185–196. Disponível em: <https://doi.org/10.37467/gka-revtechno.v5.1351>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. **Senado**. 18 set. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 21 ago. 2022.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: desafios e perspectivas**. Coordenação Cíntia Rosa Pereira de Lima. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a Efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados: de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018 e as alterações da Lei n. 13.853/2019), o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e as sugestões de alteração do CDC (PL 3.514/2015)**. São Paulo: Almedina, 2020.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS** – v. 41 – n. 134 – Junho 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/206>. Acesso em: 20 ago. 2022.

NOJIRI, Sérgio. O Direito à Privacidade na Era da Informática: algumas considerações. **R. Jur. UNIUS**, Uberaba, Minas Gerais, V.8, nº 8, p. 99-106, maio 2005. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/privacidade_informatica.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

OLIVEIRA, Ricardo. **LGPD: como evitar as sanções administrativas**. São Paulo: Expressa, 2021.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de Dados Pessoais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHARR, Peter. Privacy by Design. **The Federal Commissioner of Data Protection and Freedom of Information**, Berlin, Germany. 1 April 2010. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12394-010-0055-x.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

SIMONETTE, Marcel. *Privacy by Design e Privacy by Default*. **CEST - Boletim** - Vol. 6, N° 06, Agosto/2021. Disponível em: http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2021/08/Privacy-By-Design-e-Default_pt_final.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

TOLEDO, Mariana de. **LGPD 4.0**. 2020. Disponível em: <https://lgpdquatropontozero.club.hotmart.com/lesson/qV7yyQqM7J/como-meadequar-a-lgpd>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NO MUNDO DO ENSINO À DISTÂNCIA, O DIREITO AUTORAL TEM PROTEGIDO O PROFESSOR-AUTOR?

MARCOS WACHOWICZ¹

OSCAR CIDRI²

PRISCILA PUGSLEY GRAHL DE MIRANDA³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir a cessão de direitos autorais em EAD e como ela impacta no mercado de trabalho de autores e professores. Apresenta o contexto de trabalho do professor-autor ou professor conteudista, contratos que mostram como é feita a cessão de direitos e suas consequências para o autor. Também discute alternativas para deixar as relações entre autores e editoras menos desiguais.

Palavras-chave: EAD; precarização do trabalho do professor; Direitos Autorais.

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

² Mestrando de Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR. Pesquisador Sênior do Grupo de Estudo de Direito Autoral e Industrial – GEDAI vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq. Membro do Conselho do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA. Advogado.

³ Priscila é licenciada, bacharel e mestre em História pela UFPR. Atualmente cursa Direito na Uninter e desde 2021 participa como aluna pesquisadora do GEDAI-UFPR. Foi autora e editora de materiais didáticos digitais da disciplina de História por mais de 14 anos.

A INTERNET, UM PROFESSOR E UM COMPUTADOR

No início do segundo milênio, vivemos uma revolução. A Internet se popularizou bem como surgiram e conquistaram o público as plataformas de redes sociais⁴. Os *smartphones* chegaram alguns anos depois⁵ e angariaram usuários rapidamente, possibilitando acessar navegadores de internet, e-mails e as redes sociais em um mesmo aparelho, móvel e pequeno. Cada novidade que se desenvolvia trazia impactos gigantescos para a sociedade, e isso não ficou longe da educação.

Por volta dos anos 2000, o mercado editorial descobriu que poderia faturar com a revolução tecnológica e não perdeu tempo. Grandes grupos começaram a lançar portais na internet. Eles vendiam uma assinatura de pacotes de serviços como “professor online” – que respondia dúvidas em tempo real - e objetos de aprendizagem, entre muitos outros recursos para escolas particulares e municípios⁶.

Professores podiam usar esses materiais, caso tivessem uma boa rede de internet, em laboratórios de informática, ou mesmo, quando tinham acesso, em lousas interativas ou projetores na própria sala de aula. Outra estratégia das editoras era, em seus livros didáticos impressos, inserir links para conteúdos exclusivos na internet. Atualmente, essa prática ainda está presente no mercado editorial e é acessada inclusive utilizando-se de QR Code.

Professores de todas as matérias, se tivessem afinidade com a internet, experiência na escrita e boas ideias, podiam encontrar trabalho

⁴ A versão inicial do *Orkut*, rede social de relacionamentos que se popularizou no Brasil, surgiu em 2004. O *Facebook* surgiu no mesmo ano. O *Instagram* já é mais jovem, nasceu em 2010. O *LinkedIn* nasceu em 2003.

⁵ A Apple anunciou o *iphone* em janeiro de 2007. Não demorou para que diversas outras empresas corresse para desenvolver modelos “similares” do aparelho.

⁶ Os objetos de aprendizagem tiveram um caminho interessante. As editoras, a princípio, os comercializavam em CD-Rom ou DVD. Com o crescimento da Internet e popularização dos portais passaram a disponibilizar esses conteúdos de modo on-line. O CD-Rom passou a ser uma exceção, só disponibilizado para regiões do Brasil que ainda não tinham acesso de qualidade à internet.

nesse novo nicho. Os cargos variavam entre autores, editores, e consultores pedagógicos geralmente com contratos modelo CLT. Outros profissionais tinham espaço como iconógrafos, revisores, biblioteconomistas, assessores, etc.

A cadeia produtiva era assim: o autor, a partir do currículo de determinada matéria, ou mesmo, partindo do conteúdo de um livro didático, tinha uma ideia para o desenvolvimento de um objeto de aprendizagem. A proposta era discutida com o editor, chefe e equipe de trabalho. Eles analisavam se a ideia era interessante pedagogicamente, se tinha condições de ser realizada tecnicamente e que impacto monetário iria ter no orçamento da empresa. Se aprovada, a ideia virava conteúdo didático e era redigida pelo autor. Posteriormente, passava por uma espécie de linha de montagem. Eis algumas fases:

1. Revisão de conteúdo escrito específico da área feito por um editor ou colega (da mesma área ou área similar).
2. Revisão de texto.
3. Avaliação do departamento de Iconografia (que verificava os direitos autorais de imagens, textos, áudios ou vídeos sugeridos pelo autor e pedia autorização para uso, caso necessário).
4. Departamento de Designer/Ilustração (que criava o layout do material, animava e ilustra).
5. Departamento de Programação (que “dava vida” ao layout criado pelo designer e inseria no portal da internet ou em outra plataforma o conteúdo depois de finalizado). Quase sempre era necessário a existência de um estúdio de áudio com a função principal de gravar locuções que, posteriormente, seriam inseridas em vídeos, narrações, etc. Também havia uma pesquisa de efeitos sonoros que depois eram colocados por um programador na tela, e davam o toque final para o trabalho.

Um autor era contratado por uma empresa no modelo CLT e prestava serviços presencialmente no local, cumprindo a carga horária para a qual foi contratado. Participava de todo o processo de produção. Lia o material quando retornava da revisão. Percebia se havia alguma alteração no texto que mudasse o sentido original e ajustava com o revisor. No próprio documento de autoria ele já sugeria como gostaria que fos-

se feito certo cenário ou personagem. Portanto, observava o trabalho do designer, aprovando o layout, acompanhando o roteiro da animação e conferindo as ilustrações. Para terminar, depois de programado, ele checava o conteúdo do início ao fim, escutando os áudios, testando cada botão, verificando se as referências de cada imagem ou texto estavam colocadas de forma correta. Depois de publicado na internet, testava novamente. O produto da autoria, enfim, estava completo e podia ser utilizado por professores ou alunos que assinavam o serviço.

Um autor de material didático digital, na época, era artigo raro, pois não existiam profissionais formados para isso. Ele ia aprendendo a função enquanto criava um objeto de aprendizagem. A maior parte dos contratados era composta por professores, profissionais com especialização ou mestrado que, para essa função, ganhavam um salário relativamente atraente se comparado ao de um professor da rede pública em início de carreira. Como criava os conteúdos dentro da empresa e para ela, todos os objetos de aprendizagem eram cedidos a ela por contrato de trabalho. A contratante, por outro lado, para proteger os direitos morais do autor, tinha a obrigação de inserir seu nome como criador de cada conteúdo que fosse produzido.

1 BEM VINDO AO MUNDO DOS “FREELAS!”

Esse panorama foi mudando, principalmente, após a década de 2010. Entre os diversos motivos, vemos o impacto da crise de 2007 que demorou para chegar ao Brasil, mas chegou afetando as editoras. A crise das escolas particulares que desistiram de assinar serviços de portais educacionais na internet⁷. Diminuição de alguns subsídios do governo

⁷ Existem diversos fatores que explicam o fim de um contrato de prestação de serviços de um portal educacional com uma escola que vão além da crise financeira. Pode ser desde dificuldades da cidade onde a escola se localiza em oferecer uma internet de qualidade (que rode simuladores e outros conteúdos), até a aversão de certos professores em inserir recursos digitais em suas aulas já consolidadas. Com a pandemia esse panorama se modificou, mas, era comum há mais de uma

em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). Muitos autores e programadores eram contratados modelo CLT por centros de pesquisa, prestando serviços para setores de tecnologia de grupos educacionais e sendo pagos com verbas de P&D que foram diminuindo.

Não demorou para que os profissionais experientes que iniciaram nesse mundo digital, fossem demitidos. Como eram ainda profissionais raros, algumas vezes eram contratados como CLT por outras empresas menores, e com salários menores. Também eram convidados por outras editoras para trabalharem como freelancers, ou, pela mesma instituição que os demitiu, mas agora, prestando serviços, como terceirizado, para outra empresa.

O trabalho terceirizado, é solitário. Não conta com a companhia dos colegas, dos pares que em uma troca de ideias, sugeriam o uso de um texto, uma imagem, um tema, enriquecendo o conteúdo final. É feito em casa e os materiais, antes fornecidos pela empresa, agora são de responsabilidade do contratado. Mesa, cadeira confortável, computador, plano de internet e luz devem ser pagos pelo freelancer, que necessita abrir um CNPJ e uma conta empresarial em um banco⁸, para poder prestar os serviços e receber os pagamentos (apenas quando o conteúdo estiver pronto ou publicado). Agora não goza mais de 13º salário, férias e seguro saúde. Aliás, se ficar doente, vai perder sua força de trabalho e se tornar inútil para a empresa que tem prazos a cumprir

década, uma escola, depois de assinar por alguns anos algum serviço desse tipo cancelá-lo por falta de uso de seu corpo docente ou dos alunos.

⁸ O autor quando abre um CNPJ em categoria de MEI ou Micro-empresa tem menos desconto de Imposto de Renda do que um autor sem CNPJ. Porém, para receber das editoras nessa modalidade, ele necessita de uma conta jurídica. Alguns bancos digitais, já oferecem essa conta, sem anuidade para a pessoa jurídica. A Caixa Econômica, oferecia uma conta com essa condição apenas para a modalidade Poupança Jurídica, cujas movimentações são praticamente online, sem cartão. A maior parte dos outros bancos, cobram uma taxa que vai de 75 a mais de 100 reais mensais para a manutenção. Portanto, um freelancer tem um gasto mensal para manter a conta, mesmo que não esteja trabalhando ou recebendo ainda pelo material realizado. Digamos que ele receba cerca de 1100 reais pelos documentos de autoria naquele mês, o “dízimo”, fica com o banco.

e precisa do conteúdo entregue na data combinada. Enfim, é a “uberização” do profissional da educação.

Quanto à complexidade, os trabalhos de um freelancer variam. Uma autoria de um conteúdo robusto, que demanda muita pesquisa e criação, normalmente não é paga do mesmo modo que seria para um trabalhador contratado via CLT. O tempo gasto em pesquisa e aprofundamento no conteúdo não é levado em conta. Os objetos de aprendizagem são tabelados, então um material interativo de uma matéria já consolidada e universal, como a Matemática, vai receber o mesmo valor de um conteúdo de História. Materiais dessa última disciplina, demandam uma pesquisa maior em novos livros, teses e até descobertas arqueológicas recentes, para que estejam atualizados, portanto, normalmente, tem um tempo de pesquisa mais longo que outras matérias. Fazendo os cálculos, o autor freelancer chega a receber cerca da metade, por objeto de aprendizagem, que receberia quando contratado em modelo CLT.

O que mais muda no mundo do terceirizado é que agora, o autor não ganha um salário pela sua produção mensal, ele ganha por produto entregue e/ou publicado. Cada produto é regido por um contrato. Pode ser um pacote de gravação de aulas modelo EAD⁹, um objeto de aprendizagem, um conjunto de questões, etc. Tudo isso está disposto em um contrato de cessão de direitos, e é aqui que entra o tema do artigo e a preocupação com o direito autoral.

⁹ O decreto N° 9.057, de 25 de maio de 2017 descreve, em seu art. 1° “Para os fins deste Decreto, considera-se educação a distância a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos”.

2 O DIREITO AUTORAL PROTEGE MESMO O PROFESSOR/AUTOR?

Atualmente é a Lei 9.610 de 1998, Lei de Direitos Autorais (LDA), que protege esses direitos no Brasil, bem como a Constituição no art. 5º, inciso XXVII e XXVIII. Para os operadores do Direito, esses artigos são bem conhecidos, mas para autores e professores não necessariamente, portanto, vão ser aqui inseridos.

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar¹⁰;

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;

Ao ler este trecho é importante refletir sobre quais direitos a norma brasileira protege¹¹. “Existem dois tipos de direitos cobertos pelos direitos de autor: **direitos patrimoniais**, que permitem ao titular dos direitos extrair um benefício financeiro em virtude da utilização de sua obra por terceiros, e **direitos morais**, que permitem ao autor adotar certas medidas para preservar o vínculo pessoal existente entre ele e a obra” (OMPI/IMPI, 2020, p. 10).

¹⁰ O art. 41 da Lei 9610 afirma que: “Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”. “No Brasil, em geral as obras são protegidas por 70 anos após a morte dos autores, com exceção das obras fotográficas, audiovisuais e coletivas, que duram por 70 anos contados da publicação (data do evento).” (IMPI/OMPI, 2020, p. 22).

¹¹ O artigo 49 da Lei 9610 e seus incisos, tratam da cessão de direitos autorais.

A legislação brasileira estabelece que os Direitos Morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, são eles: (i) **Direito de personalidade ou paternidade:** que é o direito personalíssimo de sempre poder o autor reivindicar a autoria da obra¹²; (ii) **Direito de nomeação:** que é o direito de atribuir à obra o seu nome, pseudônimo ou sinal; (iii) **Direito de divulgação:** que é o direito do autor de oferecer a obra ao público, seja através da publicação ou de qualquer outro meio de divulgação; (iv) **Direito de inédito:** que é o direito do autor em manter a obra sem conhecimento do público; (v) **Direito de integridade:** que é o direito de opor-se contra quaisquer modificações não autorizadas na obra; (vi) **Direito de modificação:** que é o direito que o autor detém de poder modificar a obra, antes ou depois de utilizada; (vii) **Direito de retirada ou arrependimento:** que é o direito de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicar em afronta à sua reputação e imagem; (viii) **Direito de Repúdio de Projeto:** que é o direito do autor de projetos arquitetônicos de retirar seu nome quando a obra for modificada pelo dono da construção; (ix) **Direito de acesso:** que é 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. (WASHOWICZ, p. 15)

Já, entre os direitos patrimoniais, estaria o direito de extrair um benefício financeiro em virtude da utilização da obra por terceiros, mas, raramente, o autor consegue usufruir desses direitos, pois, os direitos patrimoniais são considerados alienáveis, e são cedidos ou vendidos,

¹² Atualmente, como se sabe, os princípios mais elementares das leis de direitos autorais vedam a transmissão da autoria da obra, independentemente do meio pelo qual se dê a cessão. Mesmo no caso de obras caídas em domínio público, o nome do autor, se conhecido, deve permanecer a elas vinculado eternamente. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 14).

por meio de um contrato, para uma editora, faculdade ou grupo educacional que passa a ser o titular da obra. Autores especialistas em direito autoral explicam o que é a titularidade.

Muito diferente, contudo, é a questão da titularidade. Ainda que apenas uma pessoa física possa ser autora, ela pode transferir a titularidade de seus direitos para qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica. Nesse caso, ainda que a pessoa física seja para sempre a autora da obra, o titular legitimado a exercer os direitos sobre esta pode ser uma pessoa jurídica ou física distinta do autor”. (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p. 39)

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). [...] Ou seja, a cessão assemelha-se a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita), [...]. (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p. 94)

É importante ressaltar também que a Lei de Direitos Autorais

não determina a quem pertencem os direitos autorais de obras produzidas a partir de contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Dessa forma, em geral as partes devem determinar, por meio contratual, a quem pertencem esses direitos (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p. 95).

Para que essa questão fique clara, é necessário observar o anexo ao final do artigo. Ele apresenta um contrato. Um *Termo de Cessão de Direitos*¹³.

¹³ O contrato está disponível na internet tendo sido postado em 2016 e até a data em que esse artigo foi escrito, poderia ser encontrado por qualquer pessoa com acesso a rede. A busca foi feita a partir das palavras-chave: “direitos autorais” “ead” “contrato”. **CONTRATO de Cessão de Direitos Autorais e Patrimoniais**. Disponível em: <https://ead.unicentro.br/npa/wp-content/uploads/sites/4/2016/09/CONTRA->

São partes a Unicentro (Universidade Estadual do Centr-Oeste), localizada em Guarapuava e a UAB. A sigla faz referência a *Universidade Aberta do Brasil*. O site do MEC a descreve como um programa que busca ampliar a oferta de cursos de educação superior por meio do EAD. (UAB)

Para tal finalidade, a UAB não propõe a criação de novas instituições de ensino, mas a articulação das já existentes, objetivando levar o ensino superior público aos municípios brasileiros que não possuem nenhum curso de formação superior ou cujos cursos superiores não são suficientes para atender a todos. Logo, a UAB não é uma universidade, mas sim um projeto político de articulação entre cursos a distância. (PEREIRA, 2017, p. 206)

Isto é, apesar de usar o nome de Universidade, devido ao prestígio que essa instituição tem, a UAB é na realidade um sistema integrado, que cumpre apenas o quesito ensino dos três pilares que caracterizam uma universidade: ensino, pesquisa e extensão¹⁴.

Pereira (2017, p. 209), cita Mancebo e Martins que se referem a UAB ao estudarem a Expansão do Ensino à Distância no Brasil:

A UAB possui um grande potencial para a oferta de vagas no ensino superior, ademais porque não considera os mesmos padrões de investimentos das IES; todavia, ao fazê-lo, muda estruturalmente o perfil da universidade, os rumos de sua valorização e prestígio por meio do sucateamento desse nível de ensino. Em acréscimo, contribui para a intensificação do trabalho docente e a dissociação entre ‘ensino-pesquisa-extensão’, o que, em conjunto com outros fatores, parece estabelecer fortes indícios de um reordenamento do ensino superior público, na mesma lógica

TO-DE-CESS%C3%83O-DE-DIREITOS-AUTORIAIS-PATRIMONIAIS.odt. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁴ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), em seu capítulo 43 descreve as funções do Ensino Superior, em que está presente o tripé: ensino, pesquisa e extensão.

do ensino superior privado e com apoio de uma política que carrega em seu núcleo o instrumental da educação pública. Conforme a Coordenação geral do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (Andes/SN: 2007), a UAB representa uma das maiores ameaças à universidade brasileira, além de levar ao descrédito o próprio sentido do ensino superior a distância, que funciona com boa adequação em outros países, pois no Brasil a UAB não representaria nem mesmo uma universidade em sentido pleno, uma vez que a pesquisa e a extensão inexistem. (Mancebo & Martins, 2012, p. 140)

UAB e Unicentro são definidas no contrato como “cessionários”. É para elas que o “cedente”, isto é, o autor, está cedendo seus direitos patrimoniais sobre os materiais didáticos que produzir. Pode se observar que o contrato é um modelo standard, isto é, um contrato da espécie dos de adesão em que não há a possibilidade de modificar cláusulas ou inserí-las.

Não se sabe exatamente o status do professor conteudista que irá assiná-lo. É um professor da Unicentro? Ou um tutor? O contrato afirma que: “houve uma seleção de profissionais aptos e competentes”. Também que “Para a elaboração do material, foram imprescindíveis estudos e pesquisas de caráter científico na sua área de conhecimento,[...]”.

É importante ressaltar que muitos dos professores da UAB são bolsistas, que não tem vínculo de trabalho com quaisquer das universidades, portanto, não ganham como um professor universitário. Os professores que exercem o cargo de tutor, por exemplo, necessitam ter no mínimo um ano de experiência nas áreas exigidas, podem ser inclusive mestres e doutores e ganham uma bolsa fomento realmente baixa. Em 2022 um tutor a distância pela CAPES recebia R\$ 765,00¹⁵, para 20 horas de trabalho semanais dando suporte a atividade docente.

¹⁵ Na internet existe uma série de editais para a seleção de professores tutores que tratam de diversos temas entre eles a qualificação exigida, funções e remuneração. Para esse artigo foi consultado o seguinte edital que busca a seleção de tutor para o curso de Pedagogia da UDESC. Disponível em: <https://www.udesc>.

Fabiano L. Pereira, foi tutor no curso de Licenciatura em Música na UAB/UnB, em 2014 e 2016, época em que já era mestre em Música. Ele narra um pouco de sua experiência:

Cabe destacar que, no caso da UAB UnB, no mês de janeiro os tutores são obrigados a participar de curso a distância de formação continuada não-remunerada em tutoria oferecido pela instituição e nos meses de fevereiro e julho os tutores são solicitados a realizar tarefas como buscar textos complementares, avaliar o material ou criar textos e vídeos. Nos meses de julho e dezembro, há também pedidos de revisão de menção ao tutor. Essas atividades não são remuneradas adicionalmente. (PEREIRA, 2017, p. 210)

Agora que já se conhece sobre a UAB, é importante regressar ao contrato e perceber quais direitos a cessionária está obtendo com a assinatura dele, isto é, com a cessão. Ainda na página 1 percebe-se esse texto: “Resolvem, de **comum acordo**, firmar e subscrever o presente **CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS PATRIMONIAIS**, doravante denominado simplesmente de ‘Contrato’”.

Duas questões são pertinentes neste trecho. A primeira é a palavra “comum acordo”. Existe uma série de definições para um contrato. Carlos Roberto Gonçalves traz em sua obra a definição de contrato de dois autores clássicos:

Segundo a lição de Caio Mário, o fundamento ético do contrato é a **vontade humana**, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. **O contrato é, pois, “um acordo de vontades**, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Desde Beviláqua o contrato é comumente conceituado de forma sucinta, como o **‘acordo de vontades** para o fim de adquirir, res-

br/arquivos/cead/id_cpmenu/1636/Edital_001_2022_Tutor_a_dist_Pedagogia_16401160618788_1636.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

guardar, modificar ou extinguir direitos””. (GONÇALVES, 2020, p. 23 - grifos dos autores)

Gagliano e Pamplona afirmam que: “o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a **autonomia das suas próprias vontades.**” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2021, p. 183 - grifo dos autores).

Pamplona e Gagliano falam da autonomia da vontade, na assinatura do contrato. Os civilistas Caio Mario e Beviláqua utilizam a palavra “acordo de vontades”. A definição de Pamplona e Gagliano, também fala que, em um contrato, **as partes:** “autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir”. Esse trecho, levanta a seguinte pergunta: será que o autor de um material didático ou aula em EAD, que assina um contrato de adesão, realmente quer atingir os efeitos patrimoniais que o contrato pretende? Ou por ele ser hipossuficiente na relação com um grande grupo educacional, resta pouco poder de escolha? Adiante, abordaremos essa temática.

Pelo presente Contrato, o CEDENTE cede e transfere à CESSIONÁRIA de forma exclusiva, integral, definitiva, irrestrita, irrevogável e irreatável todos os direitos autorais patrimoniais relacionados com o material didático da disciplina [NOME DA DISCIPLINA] produzido para o Curso de **(escrever o nome do curso)**, Modalidade de Educação a Distância, da UNICENTRO, doravante denominado simplesmente de “Material Didático”, [...]

O autor está cedendo de forma “exclusiva” (ninguém mais poderá utilizar esse material além da Unicentro/UAB), “integral” (na totalidade), “definitiva” (conclusiva, decisiva), “irrestrita” (sem restrições), “irrevogável” (isto é, que não se pode anular, nem voltar atrás) e “irreatável” (não pode ser alterado posteriormente) seus direitos patrimoniais sobre o conteúdo que criou. Mais adiante novas características aparecem:

- Pela presente cessão dos direitos autorais patrimoniais do Material Didático, NÃO será pago ao CEDENTE valor líquido financeiro de espécie alguma. A cedência constitui caráter gratuito.

- A vigência para a divulgação e/ou veiculação do Material Didático, além da cessão dos direitos autorais patrimoniais relacionados, por serem totais e definitivas por sua natureza, se darão por prazo indeterminado.

Neste trecho, percebe-se que o autor está fazendo uma cessão gratuita, sem remuneração, e por tempo indeterminado.

Abaixo, serão reproduzidos trechos de um outro contrato, agora de um material sob encomenda¹⁶ para uma editora de materiais didáticos, isto é, é um contrato para uma empresa com fins educacionais lucrativos. O contrato tem o título de **Contrato de encomenda de obra audiovisual (videoaulas), com cessão definitiva de direitos patrimoniais de autor e outras avenças**. No início do documento estão presentes os dados do professor, que, para poder realizar esse trabalho, teve que abrir um CNPJ. As videoaulas, pelo contrato, foram cedidas para um projeto específico da editora, e outros que poderão ser criados no futuro.

O contrato é recente, de 2021 e foi pago ao professor R\$ 50,00 pela elaboração da aula que será ministrada para Ensino Fundamental II no modelo remoto, mais cinquenta reais pela cessão e licenciamento de imagem, som e voz. As aulas não são longas, são pacotes de cerca de 8 minutos, porém, para elaborar cada aula, o professor gastou horas pesquisando, escolhendo os melhores recursos audiovisuais para acompanhá-lo e relendo os clássicos do tema. É sua imagem e reputação que está sendo veiculada para milhares de alunos, então, não podem haver erros.

¹⁶ Para preservar os dados do autor, que assinou o contrato, não disponibilizaremos o material por inteiro, apenas citaremos trechos do contrato que são importantes para o artigo.

Para que fique claro, o autor não entrega a obra escrita e está livre. O produto precisa da aprovação de um editor. O professor contedista se compromete por contrato a revisar e fazer qualquer adequação que for pedida pelo editor. É possível que o material retorne uma ou mais vezes para ajustes pequenos ou grandes. Posteriormente o professor-autor gravará o conteúdo¹⁷. Agora pergunto: será que R\$ 50,00 é o suficiente para essa tarefa? Note que o trecho do documento abaixo, é muito similar ao do contrato anterior:

Uma vez concluída e entregue a OBRA, na forma encomendada e seguindo o disposto na Cláusula 4,o CEDENTE e o INTERVENIENTE ANUENTE, quando aplicável, cede(m) e transfere(m) à CESSIONÁRIA, de forma automática e independentemente de qualquer formalidade, em caráter definitivo, universal, irrevogável e irreatável, a integralidade dos direitos patrimoniais de autor que detém sobre a Obra (conteúdo e videoaulas).

A lei de direito autoral exige que, se a obra for utilizada em um novo meio, o autor faça uma nova autorização do material. O contrato observado, praticamente não deixa essa brecha, listando um amplo número de tecnologias já existentes nos mais diversos suportes como pode ser observado no trecho abaixo¹⁸.

¹⁷ A gravação do conteúdo é um momento à parte. O professor deve se apresentar de modo adequado já que sua imagem é extremamente importante. Existem grupos educacionais que possuem maquiadores e cabeleireiros à disposição para gravar a aula. É necessário apenas que o autor chegue uma hora antes para usufruir do serviço. Editoras menores não possuem esse recurso e fica a critério do autor, estar apresentável para a gravação. Ele vai precisar, portanto, de uma roupa adequada e no caso das autoras, é necessário também se preparar com maquiagem e cabelo. Se a autora for autossuficiente para executar essas tarefas por si só, ótimo. Se não for, precisará pagar o serviço de profissionais por conta própria, por um custo que normalmente passa de 100 reais por dia de gravação. Nesses casos, o autor praticamente está pagando para trabalhar.

¹⁸ “[...] diz o art. 31 da LDA que 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. Por isso, quando o titular dos direitos sobre os

Entre os direitos patrimoniais de autor ora transferidos para a CESSIONÁRIA incluem-se, mas a eles não se limitam, todos aqueles inerentes ao direito autoral patrimonial, com todas as suas características, diretas e indiretas, somadas a estas as consequências que possam advir da sua reprodução, parcial ou integral, em qualquer meio, versão, adaptação ou qualquer outra transformação, divulgação e outras formas de veiculação ou manifestação pública da OBRA, podendo a CESSIONÁRIA, a seu exclusivo critério, veiculá-la, por qualquer forma ou meio, em todo território nacional e/ou no exterior, incluindo, mas não se limitando, a edição, impressão, reprodução, sob a forma de livro convencional, vídeo aulas, formato digital, audiovisual e/ou fascículos, em volume avulso ou integrando coleções, podendo, ainda, ser fixada em qualquer base, meio ou mídia, tais como, ambiente virtual, e-pub, QRcode, PDF, tablets, e-book, livro eletrônico, audiolivro, CD-ROM, DVD, softwares educativos, materiais de propaganda, kits, bancos de dados, fontes de acesso remoto para comunicação pela internet, podendo ser transmitida por qualquer processo tecnológico, tangível ou intangível, existente ou que venha a ser inventado, enfim, todo e qualquer tipo de exploração econômica e para qualquer propósito, comercial ou de outra natureza, levados a efeito diretamente pela CESSIONÁRIA ou por terceiros devidamente por ela autorizados ficando, ainda, a CESSIONÁRIA, por si ou por terceiros, plenamente habilitada a promover a adaptação da obra para os formatos acessíveis Libras, Áudio, MecDaisy, E-pub e Braille para atender aos alunos com deficiência.

Depois dessas informações escritas, não sei se é necessário frisar que esse tipo de contrato não protege o autor. Enquanto a editora,

livros de Harry Potter autoriza sua adaptação para o cinema, não autoriza implicitamente nenhum outro uso possível da obra. Se a autorização é para adaptação cinematográfica, esta não vale para adaptação para programa de televisão, nem peça de teatro, nem tradução para outro idioma, a menos que essas autorizações também estejam expressamente indicadas. Este princípio é decorrência direta do art. 4º da LDA, que prevê que se interpretem restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 54-55)

poderá por anos inserir essa aula em diversos meios, e lucrar com ela, o autor, ganhou apenas R\$ 100, ou menos (devido ao desconto do imposto, taxa do banco e aos gastos para estar adequado visualmente), e demorará anos para conseguir gravar a mesma aula novamente, isto, se, no futuro, não contratarem um outro professor em seu lugar.

3 A UBERIZAÇÃO¹⁹ DO PROFESSOR

Para que se possa compreender o tema aqui abordado, é necessário recorrer a uma história fictícia, mas que muitos professores universitários, que dão aulas na rede particular de ensino, podem se identificar. Suponhamos que o Professor X, dá aulas no curso de Direito, de Economia Política, para a Faculdade Y. Ele é formado por uma renomada Universidade, tem mestrado e doutorado. As aulas são presenciais. A faculdade conta com duas turmas pela manhã, e mais duas de noite dessa matéria que é semestral. A cada semana, o professor ministra 4 horas/aula por turma, contabilizando nos dois turnos 16 horas aulas, pelas quais recebe cerca de 100 reais por hora/aula²⁰. A partir de 2018, no “apagar das luzes” do Governo Temer, foi aprovado que as universidades poderiam ministrar 40% de suas aulas no modelo EAD²¹.

¹⁹ A uberização seria um novo tipo de gestão e controle da força de trabalho “[...] resultando das formas contemporâneas de eliminação de direitos, transferência de riscos e custos para os trabalhadores e novos arranjos produtivos, ela em alguma medida sintetiza processos em curso há décadas, ao mesmo tempo em que se apresenta como tendência para o futuro do trabalho”. (ABÍLIO et alli, 2021, p.27)

²⁰ Os valores são fictícios, não correspondendo necessariamente à realidade.

²¹ A reportagem da **Folha de São Paulo** comenta o aumento aprovado pelo MEC de 20% para 40% das atividades em modelo EAD pelas universidades. Nela, o professor Celso Napolitano da FGV menciona que a liberação só serve para os grupos privados, bem como, auxilia os grupos educacionais a demitirem professores desonerando a folha de pagamento. GOVERNO Temer libera até 40% a distância em graduações presenciais. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/12/governo-temer-libera-ate-40-a-distancia-em-graduacoes-presenciais.shtml>. Acesso em: 30 set. 2022.

As mais diversas instituições viram nisso uma oportunidade de economizar e decidiram concretizar essa ideia. A faculdade onde o Professor X trabalha também seguiu esse caminho. Chamou todos os professores para uma reunião em um grande auditório e fez a proposta de transformar parte das disciplinas em EAD. Avisaram que em breve alguns professores seriam notificados das disciplinas que se tornariam pioneiras no modelo. Também já deixaram claro, na reunião, que todos os direitos patrimoniais das aulas seriam cedidos para a Faculdade.

O professor X adora lecionar, é excelente em sala de aula, utiliza metodologias ativas de ensino, tem uma conexão maravilhosa com os alunos que se encantam com as discussões que são feitas durante as classes. Inclusive já ganhou prêmios por algumas práticas pedagógicas. Ele não gostaria que suas aulas se transformassem em EAD, mas, não tem escolha, tem família para sustentar e precisa da renda. Também observa o movimento em sua cidade, onde diversas faculdades privadas tradicionais têm sido vendidas para grandes grupos educacionais, especialistas em EAD. Ele não quer ficar desempregado.

Não demora para que ele seja chamado na coordenação, com um contrato para assinar. Sua disciplina fará parte do programa piloto. Ao ler o contrato, ele descobre que fará a gravação de 10 horas-aula, cada uma valendo 600 reais. O valor parece alto, mas ao ser observado na prática... O professor dava 16 aulas por semana. Recebia por elas cerca de 1600 reais semanalmente. Como professor com carteira assinada, tinha alguns benefícios pagos pela Universidade como plano de saúde para ele e dependentes e outros. Agora, o conteúdo de várias aulas foi condensado em 1 aula EAD, e ele ganha por ela, apenas 600 reais. Como ele cedeu os direitos patrimoniais de maneira irrestrita e por tempo indeterminado, tal qual nos contratos aqui exibidos, ele não receberá mais 1 centavo por qualquer aula que for exibida futuramente.

Resumindo. As 16 aulas por semana viraram 1 aula na modalidade EAD²². Ela será reproduzida nas 4 turmas, e em outros polos da faculda-

²² Esse cálculo não é exato, mas dá a ideia do que ocorre na prática. Diversas horas-aula presenciais são condensadas em 1 aula EAD.

de ao redor do país por no mínimo 3 anos. Existem casos de faculdades que atualmente ainda reproduzem aulas gravadas durante o Governo Lula, que terminou em 2011, isto é, já estão no ar há mais de 10 anos e já foram reproduzidas por dezenas, para não dizer centenas de turmas. Por todas as aulas remotas o Professor X ganhou R\$ 6.000 esse ano, mas ano que vem, não terá mais aulas para gravar, já que as aulas, são reproduzidas por anos a fio. Isto é, perdeu sua fonte de renda principal pelos próximos anos.

Talvez seja chamado para fazer algum serviço de tutoria na mesma instituição, ou qualquer outra função, porém, jamais irá ganhar o que ganhava. Se tornou doutor, é extremamente eficaz no que faz, mas, por um contrato que privilegia apenas os ganhos da Universidade, terá que repensar o que fará no futuro... Com suas funções mudando, e a renda em queda livre é possível, que, em breve, não possa pagar um plano de saúde para a família. Também vai retirar seu filho da escola particular, e já está repensando seus gastos. São vários professores, de classe média, que estudaram, se esforçaram, mas que estão vendo seus empregos desaparecerem. Os alunos também perdem, pois não terão as dinâmicas ativas em sala de aula, nem as discussões, mas isso é tema para outro artigo²³.

A história é fictícia mas, não está longe da realidade de diversos professores universitários brasileiros. Cada curso universitário tem suas características. Professores do curso de Medicina e Direito, por exemplo, raramente têm dedicação exclusiva ao magistério. Como atendem em clínicas e escritórios ou mesmo são concursados em órgãos públicos, sua maior renda geralmente advém dos casos que atendem fora das faculdades. O magistério muitas vezes é exercido por paixão, vocação ou complementação de renda. Já para professores do

²³ Sobre a qualidade: “o ensino remoto acentuou desigualdades no acesso de estudantes e resultou em piora de condições de trabalho e em demissões em massa em instituições de ensino privadas. Identifica-se este processo como avanço daquilo que é descrito pela produção acadêmica do campo da educação no Brasil como desprofissionalização do trabalho docente, que rebaixa substancialmente a qualidade da educação no país”. (GEDIEL et alli, 2022, p. 4)

setor de humanidades, o magistério superior pode ser a única renda e uma mudança que privilegia apenas uma editora, faculdade ou grupo educacional não é positiva em termos de sociedade.

Enquanto a maioria dos professores têm perdido sua principal fonte de renda, nos últimos anos, os grupos educacionais têm ampliado seus lucros. Seria interessante fazer uma enquete para perguntar quantos professores que assinam um contrato de cessão de direitos patrimoniais estão contentes em ganhar um valor inadequado por uma aula que será reproduzida por anos a fio? Será que não seria justo, a cada aula reproduzida por uma nova turma, o professor ganhar uma porcentagem do valor que a faculdade está recebendo? Pensando que em uma faculdade particular uma matéria cursada durante um semestre custa centenas de reais para o aluno?

O professor Marcos Washowicz, em artigo de 2015 que abordava o EAD e suas implicações no direito autoral, já fazia menção a esse problema:

Inobstantemente, a proteção pelo Direito Autoral, denota-se uma fragilidade na relação jurídica que se estabelece entre o professor conteudista e a empresa de EAD, na medida que, o conteúdo criado poderá ser replicado durante anos para milhares de pessoas, isto sem que o professor conteudista tenha participação econômica, ou ainda, sem que tenha condições de mensurar como se opera a utilização da sua criação visto que, muitas vezes nunca mais será contatado pela empresa de EAD. Tais questões são relevantes e devem estar previstas no contrato para perfeita tutela dos direitos autorais envolvidos na produção, distribuição e comercialização do material de EAD. (WASHOWICZ, 2015, p. 12)

Em artigo que discute a “Reestruturação educacional e espoliações do contrato de trabalho docente” percebe-se o quanto os contratos tem sido prejudiciais para esse trabalhador:

No momento atual, há uma crescente valorização dos instrumentos contratuais com base na autonomia privada, seja para esta-

belecer relações de trabalho permanentes e subordinadas, seja para prestação de serviço, contratação de trabalho temporário, por demanda, intermitente e outras formas previstas em lei, que desconsideram a conexão e indissociabilidade entre o trabalho e o trabalhador. Essa aparente recuperação da autonomia dos trabalhadores, pela via contratual, não resulta em aumento da sua liberdade individual, pois nestes contratos o trabalho é tomado como uma mercadoria e a remuneração resulta das regras do mercado, em que se abstraem as necessidades básicas à manutenção das condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador e dos membros de sua família. (GEDIEL et alli, 2022, p. 3-4)

Num contrato, o professor raramente consegue discutir as cláusulas. Note os contratos aqui dispostos. Não existe ninguém apontando uma arma para o professor e exigindo que ele assine o contrato porém, se ele não assinar, não terá seu sustento. Na prática o professor é hipossuficiente, não consegue discutir as cláusulas perante um grupo educacional poderoso, e não tem sido protegido por lei.

Amaurí Cesar Alves em artigo publicado na revista da UFPR faz uma revisão do termo vulnerabilidade, apresentando diversos conceitos que se aplicam ao caso em questão.

Marcelo Weishaupt Proni (2013, p. 841) traz importante contribuição para a conceituação de trabalhador vulnerável na literatura internacional, como se percebe: “Por sua vez, na literatura internacional, é comum encontrar estudos que utilizam a expressão “trabalhador vulnerável” (vulnerable worker) como um sinônimo de trabalhador em situação precária. Entretanto, o conceito também tem sido definido de maneiras variadas e empregado com diferentes finalidades. Uma abordagem frequente é aquela que define os grupos de trabalhadores cuja condição ocupacional coloca em risco seu bem-estar, tais como os trabalhadores por conta própria que não estão cobertos pela legislação trabalhista, os empregados que se sujeitam a abusos do

empregador por medo de perder o emprego, aqueles que não têm acesso ao benefício do seguro-desemprego ou a planos de saúde e aposentadoria e os que não encontram trabalho regular e passam muito tempo recebendo baixos rendimentos (Saunders, 2003). Em outros documentos, o termo “vulnerabilidade” tem um escopo mais estreito, circunscrito a situações em que há alto risco de serem negados os direitos do trabalhador, e este não tem capacidade ou meios de fazer valer seus direitos, como no caso de imigrantes (United Kingdom-DTI, 2006). E há abordagens alternativas: por exemplo, em artigo recente, os trabalhadores vulneráveis são identificados pela combinação entre baixa remuneração e falta de representação sindical associadas com a exclusão do sistema público de proteção ao trabalho (Pollert; Charlwood, 2009)”. (ALVES, 2019, p. 115).

O EaD já era uma tendência no Brasil, como pode ser observado em algumas reportagens dos últimos anos. A Yduqs²⁴, por exemplo, fez diversas aquisições de universidades para ampliar seu grupo de educação. A Cruzeiro do Sul, comprou a Universidade Positivo, migrando diversos cursos e atendimentos presenciais para EaD, o que tem sido muito criticado por alunos e professores, como pode ser visto no artigo em nota²⁵.

A PUC-PR noticiou em fevereiro de 2021 que estava encerrando suas atividades no Campus de Maringá. Para os alunos, restava a mudança para o campus Londrina, ou seguir na modalidade EAD. A mudança, que ocorreria já no segundo semestre de 2021, devido ao protesto da comunidade acadêmica, foi postergada para dezembro de 2021²⁶.

²⁴ YDUQS prevê atingir base de 1 milhão de alunos em 2 anos com EAD e aquisições. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/01/yduqs-preve-atingir-base-de-1-milhao-de-alunos-em-2-anos-com-ead-e-aquisicoes/>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁵ Sindicato denuncia grupo Cruzeiro do Sul por precarização do ensino na UP. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/sindicato-denuncia-grupo-cruzeiro-do-sul-por-precarizacao-do-ensino-na-up/>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁶ O caso pode ser observado nas seguintes notícias. RPC Maringá. **Campus da PUC-PR em Maringá deixará de oferecer cursos presenciais no 2º semestre de 2021.**

A OAB havia conseguido segurar os cursos de Direito em EaD, mas, em 2021, alguns já foram praticamente aprovados. Ainda não podem ser veiculados por questões burocráticas, mas, as faculdades que conseguiram ter seus cursos autorizados já estão gravando aulas.²⁷

A expansão do modelo EAD, a medida que traz lucros para as universidades/faculdades precariza ainda mais a situação do professor, como pode ser conferida na matéria do Sindicato de Professores de São Paulo que reflete rapidamente a realidade do ensino em EaD no país²⁸. Com a pandemia, e o ensino remoto obrigatório devido as questões sanitárias, as mudanças que poderiam demorar um tempo maior para acontecer, já estão em curso. Tendo em vista a urgência do tema, e que os contratos, raramente protegem os direitos do professor, é necessário que a lei proteja o professor-autor.

4 CRIAR, SOBREVIVER ...

Ao observar a história dos direitos autorais, percebe-se que na teoria, eles foram criados para proteger o autor, mas, na prática, passaram a proteger mais o editor. A invenção da imprensa foi revolucionária para as obras literárias. Livros, que antes eram copiados à mão, passaram a ser impressos tendo grandes tiragens e atingindo um público mais amplo²⁹.

Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2021/02/24/campus-da-puc-pr-em-maringa-deixara-de-oferecer-cursos-presenciais-no-20-semester-de-2021.ghtml>. Acesso em: 30 set. 2022.

GUILLEN, Fabio; GMC Online. **PUC-PR volta atrás e diz que encerrará atividades presenciais em Maringá em dezembro**. Disponível em: <https://cbnmaringa.com.br/noticia/puc-pr-volta-atras-e-diz-que-encerrara-atividades-presenciais-em-maringa-em-dezembro>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁷ SALIBA, Ana Luisa. **MEC aprova cursos de Direito a distância e reabre debate entre especialistas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-07/mec-aprova-cursos-direito-distancia-reabre-debate>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁸ MODELO de EAD no Brasil prioriza lucros e empresas de educação. Disponível em: <https://www.sinprosp.org.br/noticias/3642>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁹ "Com o passar do tempo, os livreiros começaram a obter lucro com sua atividade, mas continuaram a remunerar os autores de maneira exígua. Os autores, por sua

Paes e Silva, citando Rodrigo Morais, afirmam que:

[...] até a invenção da imprensa, o ato de escrever, em geral, não tinha finalidade lucrativa. Buscava-se, tão somente, a “glória”. O escritor vivia em regime de mecenato. Com a invenção da tipografia, as obras podiam dar, além de “fama”, dinheiro, lucro. Escrever deixou de ser, apenas, uma atividade lúdica. Criou, sim, um novo mercado comercial, com enorme potencial econômico. (PAES & SILVA, 2013, p. 19)

Livros passaram a ter um público mais amplo que seguiu crescendo. Surgiu a pirataria e para coibir essa prática, que causava prejuízo tanto a editores, quanto a livreiros, passaram a surgir as primeiras leis de *Copyright*. Um marco é o *Estatuto da Rainha Ana*, de 1710³⁰.

Atualmente, ao se analisar as novas tecnologias e seus impactos, percebe-se novamente que é a editora ou o grande grupo educacional que está lucrando com o trabalho do autor, em virtude de um contrato de cessão de direitos patrimoniais por tempo indeterminado.

Bezerra, comprova a observação acima citando Rodrigo Morais (apud MORAIS, 2008, p. 49) afirma que:

Os direitos patrimoniais, em última análise, visam a satisfazer os meios de sobrevivência do criador intelectual, apesar de, na prática, estarem também a serviço de inúmeros intermediários das indústrias criativas, a exemplo de editores e produtores fonográficos. (BEZERRA, 2020, p. 55).

vez, passaram a entender que eram detentores de direitos que mereciam ser protegidos”. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 16)

³⁰ ZANINI, Leonardo Estevam De Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao0039/leonardo_zanini.html. Acesso em: 30 set. 2022.

Aqui, cabe uma discussão importante. Quando os direitos autorais foram concebidos, a ideia era que o autor, o criador intelectual, pudesse ter meios de sobreviver a partir de suas obras. A obra criativa de um professor-autor é um material didático interativo, um objeto de aprendizagem, um conjunto de questões inéditas, uma aula em formato EaD.

Com os contratos aqui observados e a mudança de regimes de professores, anteriormente contratados via CLT para agora prestadores de serviço, percebe-se que um autor não conseguirá viver de suas obras. A cessão completa dos direitos patrimoniais, reverte qualquer lucro com a obra para uma editora ou faculdade, agora titular dos direitos.

Branco e Paranaguá, quando abordam a temática da titularidade dos direitos afirmam que “Embora se chame Lei de Direitos Autorais, na verdade a LDA protege principalmente o titular dos direitos, que nem sempre é o autor”. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 40).

CONCLUSÃO

Apesar do Direito Civil na prática afirmar que os contratos são a manifestação da vontade das partes, no caso dos contratos para serviços em EAD, apenas uma parte tem manifestado sua vontade. A parte hipossuficiente, o professor-autor, apesar de constar como parte e assinar o contrato, não tem poder algum de negociação, assinando um contrato de adesão. Se estivéssemos no Direito do Consumidor, é possível que várias cláusulas desse contrato fossem consideradas como abusivas e precisassem ser anuladas. Não estamos nesse campo do Direito. Fica claro que ainda vigora o *Pacta sunt servanda*, isto é, o professor-autor é servo do pacto. Ele é refém do contrato. Isso precisa mudar, tal qual foi modificado no Direito do Consumidor.

É necessário e urgente criar uma legislação que proteja o professor-autor. Que partilhe os lucros advindos dos direitos patrimoniais.

Que propicie ao professor que, a cada aula gravada por ele que for reproduzida para um ou mais alunos, tenha um retorno financeiro. É necessário corrigir a desigualdade nos contratos. Também remunerar adequadamente essa categoria, trazendo equilíbrio a balança.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIN, Henrique; GROHMAN, Rafael. Uberização e plataformização do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 23, n. 57, mai-ago 2021, p. 26-56.

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 30 set. 2022.

BEZERRA, Matheus Ferreira. A natureza do Direito Autoral: uma breve reflexão a luz dos direitos intelectuais. **Teoria Jurídica Contemporânea**. Rio de Janeiro 5:1 jan-jun 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/27278/19923>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.507, de 25 de maio de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9057.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Portaria N° 1.428, de 28 de dezembro de 2018**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/57496468/do1-2018-12-31-portaria-n-1-428-de-28-de-dezembro-de-2018-57496251. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **LEI N° 9.610, de 19 de fevereiro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

CONTRATO de Cessão de Direitos Autorais e Patrimoniais. Disponível em: <https://ead.unicentro.br/npa/wp-content/uploads/sites/4/2016/09/CONTRATO-DE-CESS%C3%83O-DE-DIREITOS-AUTORAI-PATRIMONIAIS.odt>. Acesso em: 30 set. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de; KATREIN, Camila Siqueira; VEIGA, Alexandra Maciel. Reestruturação educacional e espoliações do contrato de trabalho docente. **Revista dos Tribunais**. vol. 1039. ano 111. p. 217-234. São Paulo: Ed. RT, maio 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. In: **Coleção de Direito Civil Brasileiro volume 3**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OMPI/INPI. DL 101P BR. **Curso Geral de Propriedade Intelectual à Distância**. Módulo 3. Direitos de Autor. 2020.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PASE, Eduarda Simonetti & SILVA, Paulo Renato de Moraes. O Direito de Autor Constitucionalizado: Apontamentos Iniciais Acerca das Inovações Tecnológicas Na Sociedade da Informação e seus Impactos sobre o Direito Autoral. In: **Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2013.

PEREIRA, Fabiano Lemos. A precarização do trabalho do tutor a distância na Universidade Aberta do Brasil: Relatos de um tutor a distância. **EAD em Foco**, v. 7, n. 2, 2017.

UNIVERSIDADE Aberta do Brasil (UAB). Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/uab>. Acesso em: 30 set. 2022.

WASHOWICZ, Marcos. **Ensino a Distância e Direitos Autorais**: A produção do conhecimento e a sua tutela jurídica. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2015/01/artigo_direito_autoral_ead_o-1.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

INOVAÇÃO E DESTRUIÇÃO CRIATIVA. REFLEXÕES SOBRE A TEORIA SCHUMPETERIANA E NEOSCHUMPETERIANA

HELDER GALVÃO¹

ISABELA PUREZA²

RESUMO: O artigo tem como objetivo abordar os conceitos de Inovação e Destruição Criativa desenvolvidos por Joseph Schumpeter, bem como analisar a importância de sua contribuição teórica para a propriedade intelectual ao longo do século XX. Serão abordados, ainda, estudos delineados por autores atuais – conhecidos como neoschumpeterianos – resgatando entendimentos do estudioso sobre o tema da inovação.

Palavras-chave: Destruição Criativa; Inovação; Schumpeter.

INTRODUÇÃO

Joseph Schumpeter, economista austríaco, possui trabalhos acadêmicos pioneiros sobre inovação e empreendedorismo. Em suas obras, cunhou famosa frase que descreve o processo empreendedor como um método de “destruição criativa” e posicionou a figura do empresário, do empreendedor e, especialmente, da tecnologia como fatores centrais dentro do âmbito de progresso econômico de uma sociedade.

O interesse acerca da obra de Schumpeter cresceu no decorrer da década de 80, e o pensador é hoje tido como um dos mais talen-

¹ Doutorando e Mestre pelo Instituto de Economia da UFRJ, em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo Programa Doutorado Sanduíche CAPES/CNPq. Professor na FGV Direito Rio.

² Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduada em Direito Digital pela UERJ.

tosos e citados economistas do século XX. É visto como um dos mais contemporâneos e revolucionários teóricos da economia, objeto de diversos estudos que reiteram, destrincham ou criticam suas contribuições. Em sua carreira acadêmica, analisa o processo e os impactos do crescimento do sistema econômico capitalista em uma sociedade e o papel central do investimento e desenvolvimento econômico para melhoria do bem-estar social.

A obra de Schumpeter denominada como “Teoria do Desenvolvimento Econômico” (TED) foi sua segunda obra publicada e uma de suas principais contribuições. Sua primeira versão foi lançada em 1912, quando o autor possuía apenas 29 anos, inaugurando os pilares básicos de seu pensamento econômico. É descrita como um “hino à dinâmica”, reiterando a economia como ciência fluida e passível de modificações e influências cíclicas de fatores externos.

No presente artigo, será utilizada metodologia de revisão de literatura acadêmica, incluindo as obras do autor austríaco, para analisar o conceito de Inovação, compatibilizando-o com as contribuições de Joseph Schumpeter e com o conceito de “destruição criativa”, ainda muito atual quando associado a fenômenos digitais contemporâneos.

1 TEORIA SCHUMPETERIANA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INOVAÇÃO

O autor inicia sua obra apresentando³, no primeiro capítulo denominado como “O fluxo circular da vida econômica enquanto condicionado por circunstâncias dadas”, um modelo de economia estacionário, ou seja, que funciona de uma mesma maneira no decorrer do tempo, sem maiores novidades e nuances de inovação em sua estrutura.

³ SCHUMPETER, Joseph A. **The theory of economic development: An inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle** (1912/1934). Transaction Publishers.–1982.–January, v. 1, 1982, p. 244.

Tal contribuição de Schumpeter é descrita⁴ como uma tentativa de conciliação entre a teoria econômica de Marx, que enxergava a evolução econômica como processo intraeconômico, e a teoria neoclássica, que determinava que as mudanças eram tão lentas e graduais que se tornavam imperceptíveis enquanto responsável pela evolução econômica.

Assim, as invenções se tornarão inovações caso consigam ser introduzidas e adaptarem-se ao sistema dinâmico de lucros e prejuízos, ou seja, caso possam ser controladas por consumidores e proprietários de recursos. Controladas pois sua adaptação ao mercado somente será possível caso os consumidores desenvolvam a necessidade de comprar e utilizar os novos produtos e serviços, gerando receita para se manter operante no mercado.

Esse modelo é baseado na Teoria do Equilíbrio (que é contrastada com a Teoria do Desenvolvimento Econômico), que, à época, ainda era vista como majoritária e, portanto, divergente com sua visão e conceitualmente próximo à visão neoclássica. De acordo com Schumpeter, o “fluxo circular” da economia é efetivado por meio dos mesmos canais, ano após ano, como um sistema de circulação sanguíneo.

O sistema econômico, assim, tende a uma posição de equilíbrio, uma vez que, normalmente, por mais que os fatores variem e situações diversas aconteçam no curso da vida econômica de uma localidade, tais mudanças na atividade econômica usual não são capazes de modificar o curso tradicional e a estrutura como um todo.

Nesse modelo, o desenvolvimento está ausente por completo e é pressuposta organização estatal que estabeleça equilíbrio econômico entre os agentes econômicos – e, conseqüentemente, das bases do mecanismo econômico, a saber: a propriedade privada, a divisão do trabalho e a livre concorrência – que gera oscilações ocasionais e

⁴ DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto. Schumpeter: a destruição criativa e a economia em movimento. **Revista de História Econômica e Economia Regional Aplicada** – Vol. 10, nº 16, Jan-Jun 2014, p. 105.

circunstanciais do equilíbrio estático hipoteticamente construído. No entanto, tais oscilações sazonais não geram alteração considerável na base tecnológica que já é conhecida, tornando a trajetória dessas mudanças previsíveis e pouco impactantes.⁵

Desse modo, não é que as mesmas circunstâncias se repitam ano após ano, e sim que os processos que naturalmente ocorrem não são passíveis de alterar uma ordem estável preestabelecida. A posição do estado ideal de equilíbrio, segundo o Autor, é utópica e jamais efetivamente atingida, haja vista a existência de mudanças contínuas – decorrentes do desenvolvimento – que são impostas e propositalmente ocasionadas – no âmago do próprio sistema econômico e que tornam absolutamente fluido e dinâmico o ponto de equilíbrio. Mudanças de fato significativas não surgem no âmbito de uma economia de fluxo circular.

Vale pontuar, também, que de acordo com esse modelo estático proposto e abstraído por Schumpeter, a produção e o processo produtivo não possuem líder e as tendências de mercado são ditadas pelos consumidores, cabendo às empresas efetivar o que é prescrito por tais demandas previamente constituídas. De acordo com o autor, “os indivíduos só têm influência na medida em que são consumidores, na medida em que expressam uma demanda.”⁶

O processo de desenvolvimento é compreendido por Schumpeter como resultado de uma série de fatores determinantes qualitativos, de forma diversa ao processo de crescimento, que leva em consideração fatores tão somente quantitativos (como o crescimento da população e o aumento da produção). É tido como uma “mudança espontânea e descontínua dos canais de fluxo, perturbação do equilíbrio, que altera e desloca para sempre o estado de equilíbrio previamente existente.”

⁵ DA COSTA, A. O desenvolvimento econômico na visão de Joseph Schumpeter. **Cadernos IHU ideias**, v. 4, n. 47, 200, p. 3.

⁶ SCHUMPETER, J. A. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre capital, crédito, juro e ciclo econômico. Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 38.

É de se destacar na Teoria do Desenvolvimento Econômico a origem das inovações no contexto da atividade econômica. Reconhece-se a figura central do empresário inovador como agente que traz novos produtos para o mercado por meio do estabelecimento de combinações mais eficientes dos fatores de produção e de recursos ou pela simples aplicação de ferramentas de inovação.

As inovações são, assim, frutos de novas combinações produtivas ou modificações em suas funções de produção voluntariamente induzidas pelo mercado e pelo ritmo de produção, não estando associadas às necessidades dos consumidores. Não há, desse modo, espontaneidade no surgimento de novas necessidades e sim sua premeditada criação, apresentação e solidificação mediante o surgimento de novos arranjos industriais⁷ e, portanto, como resultado de processo efetivo de desenvolvimento econômico.

Neste ponto, vale mencionar que Schumpeter toma como referencial uma economia de livre concorrência, onde as necessidades de consumo até podem ser ditadas pelos consumidores, mas serão os empresários e os produtores que efetivarão as mudanças econômicas por meio do estabelecimento de novos arranjos e combinações. As inovações, sob esta ótica, partem na maioria das vezes do lado da oferta.

As inovações se originam, assim, em novas combinações de recursos e forças de modo a introduzir coisas a serem utilizadas pelos indivíduos, não estando abrangidos meros aperfeiçoamentos. Novas combinações também podem ser compreendidas como o emprego diferente da oferta de meios produtivos existentes no sistema econômico.⁸

⁷ “No entanto as inovações no sistema econômico não aparecem, via de regra, de tal maneira que primeiramente as novas necessidades surgem espontaneamente nos consumidores e então o aparato produtivo se modifica sob sua pressão. Não negamos a presença desse nexos. Entretanto, é o produtor que, via de regra, inicia a mudança econômica, e os consumidores são educados por ele, se necessário; são, por assim dizer, ensinados a querer coisas novas, ou coisas que diferem em um aspecto ou outro daquelas que tinham o hábito de usar. Portanto, apesar de ser permissível e até necessário considerar as necessidades dos consumidores como uma força independente e, de fato, fundamental na teoria do fluxo circular, devemos tomar uma atitude diferente quando analisamos a mudança.” *Ibid.*, p. 83/84.

⁸ *Ibid.*, p. 78.

Essas modificações e novas combinações não necessariamente precisam realizadas pelas mesmas pessoas que controlam o processo produtivo e comercial, sendo inclusive mais comum que não o seja. Em um ambiente concorrencial – no qual necessariamente o surgimento de novas combinações implique na eliminação de antigas – a alternância de responsáveis pelo surgimento de novos produtos explica o natural processo de ascendência e decadência econômica e fator importante para evitar o surgimento de cartéis e monopólios.

No entanto, certo domínio sobre os meios de produção é necessário para realizar novas combinações. Em uma economia dinâmica, dotada de movimento, não existirá esse problema, contanto que haja devido acesso ao crédito⁹ para que o empresário – cuja figura será melhor abordada mais a frente – adquira os bens de produção necessários à inovação, bem como para os consumidores adquiram os produtos do processo de produção.

Esse processo de introdução de inovações em um sistema econômico é compreendido como “empreendimento” e poderá ser mais rapidamente implementado quando ambos empreendedor e consumidor têm em mãos capital suficiente.

Por outro lado, empreender, segundo Schumpeter, não se trata somente de ser proprietário ou administrador de um negócio, mas sim ser capaz de combinar e remanejar recursos de modo a gerar inovações, lucro, sucesso e superioridade criativa. Empreender estimula o comportamento competitivo de empresários, fomentando a busca por novas e mais valiosas combinações possíveis de recursos. A velocidade com que ideias são consideradas boas ou ruins ditará o quanto uma economia é crescente e intensa. Um número maior de erros indica, proporcionalmente, um número maior de tentativas e, conseqüentemente, de acertos.

⁹ De acordo com Schumpeter, o acesso ao crédito é essencial (“fenômeno fundamental”) para o processo e desenvolvimento econômico, sendo tal função atribuída aos chamados capitalistas. Esses recursos advêm de inovações bem-sucedidas criadas por eles ou por disponibilização de poder de compra por meio de bancos.

A iniciativa dessas mudanças e inovações são creditadas a um personagem específico: o empresário inovador. A figura do empresário nesta obra de Schumpeter – compreendida de uma forma mais ampla do que o senso comum – possui bastante importância dentro do contexto de inclusão da inovação e de desenvolvimento. Será o responsável por realizar a introdução da inovação no sistema econômico, ou seja, sua caracterização está atrelada à sua função dentro do processo produtivo, e não por possuir, propriamente, o capital apto a realizá-lo. Neste ponto vale pontuar que capital, de acordo com a concepção Schumpeteriana, é uma reserva monetária que capacitará o empresário a controlar os fatores de produção, possibilitando o rearranjo de combinações.

Ou seja, empresários serão todos aqueles que preenchem essa função de realizar novas combinações de forças produtivas, gerando inovação, independente de possuírem os meios de produção ou o capital. Podem, assim, ser os membros de uma companhia que realizam, essencialmente, a introdução de uma inovação, independentemente dos cargos que ocupam, tampouco sendo necessária sua vinculação à empresa em si. Nesse ponto, Schumpeter destaca que tal visão mais abrangente necessariamente exclui a concepção de que o empresário é aquele que correrá riscos.¹⁰

Em vista disso, ser um empresário não é sinônimo de ser o proprietário, administrador ou investidor do empreendimento, e sim efetuar os testes e a nova combinação de recursos em busca de arranjos lucrativos. Há, portanto, por parte do economista austríaco, certa subversão do conceito tradicional de empresário, passando esse a ser compreendido como empreendedores inovadores e disruptivos que, ao incluir novas combinações de forças produtivas em um sistema econômico, traduzidas em inovações, promove o crescimento e o desenvolvimento econômico ao longo do tempo.

O empresário possuirá o ímpeto – não difundido de forma ampla na sociedade – de realizar coisas novas e viabilizar novos arranjos por

¹⁰ *Ibid.*, p. 84.

meio da realização de combinações e sua inserção no mercado.¹¹ É uma função específica gerada por uma série de comportamentos e condutas que moldarão e viabilizarão seu exercício. Segundo Moricochi e Gonçalves: “a ação de investir não é tarefa para um homem comum. É preciso que se tenha nestas condições um tipo de indivíduo especial, isto é, o empresário, talentoso e motivado, que seja capaz de perceber as oportunidades de realizar negócios rentáveis”.¹²

Novamente o tema induz à reflexão da necessidade de o empresário obter o devido acesso aos meios de produção e, conseqüentemente, de crédito. Mais especificamente, o empreendedor precisará obter poder de compra, viabilidade financeira para efetivar, de forma prática, essas novas combinações. Esse poder de compra, por sua vez, pode ser criado de forma espontânea ou planejada.¹³

As decisões tomadas por empresários serão guiadas por meio da análise do sistema de lucros e prejuízos. Ou seja: as combinações de recursos que gerarem lucros ou que, do contrário, não produzirem receita suficiente para se manter, ocuparão diferentes posições frente à tomada de decisão dos empresários. O processo de tentativa e erro fica ainda mais complexo quando se considera que o mundo em que vivemos é extremamente volátil. As informações transitam livremente e as possibilidades de arranjo crescem em progressão exponencial.

Com isso, oportunidades – e demandas – nascem e desaparecem com alta frequência e dinamismo e a meta almejada está em constante

¹¹ “A liderança econômica em particular deve pois ser distinguida da “invenção”. Enquanto não forem levadas à prática, as invenções são economicamente irrelevantes. E levar a efeito qualquer melhoramento é uma tarefa inteiramente diferente da sua invenção, e uma tarefa, ademais, que requer tipos de aptidão inteiramente diferentes. Embora os empresários possam naturalmente ser inventores exatamente como podem ser capitalistas, não são inventores pela natureza de sua função, mas por coincidência e vice-versa. Além disso, as inovações, cuja realização é a função dos empresários, não precisam necessariamente ser invenções.” *Ibid.*, p. 88.

¹² MORICOCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. Teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter: uma revisão crítica. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n. 8, 1994, p. 29.

¹³ DA COSTA, Op. Cit., p. 9.

alteração. De qualquer modo, o potencial de lucro sempre oferecerá maior incentivo ao empresário em buscar crédito e implementar a inovação no mercado. A busca, por vezes, é tão bem-sucedida que rende lucros muito acima do esperado e até mesmo mais do que o necessário para induzir o respectivo empreendimento. Com isso, é gerado capital passível de ser direcionado para outros empreendimentos, novos caminhos ainda não percorridos e que, por sua vez, necessitarão de mais de investimento (crédito) para prosseguir.

De qualquer modo, é importante frisar que, para Schumpeter, não é a quantidade de recursos que um país dispõe nem a quantidade de capital reservada que determinarão o seu grau de desenvolvimento, e sim a forma como todos esses fatores são combinados, arranjados. A inovação e o desenvolvimento econômico, portanto, são processos necessariamente endógenos e que abrangem somente mudanças nascidas dentro de um mesmo sistema, não cabendo considerar iniciativas externas. Assim, segundo Schumpeter, as novas combinações são um fator fundamental do capitalismo e sobre o qual o desenvolvimento ganha razão. Na obra TDE, Schumpeter analisa a inovação e o desenvolvimento com base em mercados de livre concorrência.

2 A DESTRUIÇÃO CRIATIVA EM SCHUMPETER

Todos os pressupostos teóricos formulados na obra supramencionada contribuem para a formação da visão de Schumpeter acerca do processo de inovação, fenômeno abordado pelo autor em boa parte de suas obras e item intimamente e fundamentalmente ligado ao desenvolvimento. Para além do livro “Teoria do Desenvolvimento Econômico”, cujas premissas foram amplamente expostas no subcapítulo acima, Schumpeter possui outra obra intitulada “Capitalismo, Socialismo e Democracia”¹⁴ (CSD) – a mais famosa e renomada delas – no qual

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Edição por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungman. SciELO-Editora UNESP, 2017.

aprofunda seus conceitos e revisita teorias abordadas anteriormente com o fim de revisá-las e aprofundar suas teses sobre inovação, desenvolvimento e ciclos econômicos. Nesta, ele desenvolve um importante conceito: o da “destruição criativa”.

Para Schumpeter, o impulso fundamental da máquina capitalista são os novos bens de consumo, os novos métodos de produção ou transporte, novos mercados e novas formas de organização industrial¹⁵. A destruição criativa¹⁶, processo intrínseco à prática do capitalismo, é uma “mutação industrial que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos”¹⁷. Segundo Nogami¹⁸, pode ser caracterizada como “introdução de novas combinações produtivas ou mudanças tecnológicas nas funções de produção.”

A destruição criativa – também chamada pelo autor de destruição criadora – é essencial para compreender o capitalismo, sendo seu elemento constitutivo básico e princípio norteador que toda empresa essencialmente capitalista deve seguir para se adaptar e sobreviver. Empreender, segundo Schumpeter, é não somente um processo inovador e progressista, mas também substancialmente destruidor, implicando na morte figurada de antigas formas de combinação de recursos e no nascimento e posterior ascensão de outras. Nogami¹⁹ resumiu o conceito de destruição criativa da seguinte maneira:

¹⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Edição por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungman. SciELO-Editora UNESP, 2017. p. 110.

¹⁶ Para Schumpeter, “Essas revoluções não são permanentes, num sentido estrito; ocorrem em explosões discretas, separadas por períodos de calma relativa. O processo, como um todo, no entanto, jamais pára, no sentido de que há sempre uma revolução ou absorção dos resultados da revolução, ambos formando o que é conhecido como ciclos econômicos” *Ibid.*, p. 110.

¹⁷ *Ibid.*, p. 110.

¹⁸ NOGAMI, Vitor Koki da Costa. Destruição criativa, inovação disruptiva e economia compartilhada: uma análise evolucionista e comparativa. **Suma de negócios**, v. 10, n. 21, 2019, p. 10.

¹⁹ SCHUMPETER, *Op. Cit.*, p. 10.

Uma das principais características do capitalismo é o dinamismo e sua constante evolução, ditada pela competitividade do mercado (Schumpeter, 1968). O que move esse dinamismo é o processo de destruição criativa que tem como protagonista a figura do empreendedor e sua incansável busca pela inovação (Oliveira, 2014). Esse fenômeno econômico ocorre quando um conjunto de novas tecnologias encontra aplicação e viabilidade de mercado, fazendo com que as tecnologias tradicionais se tornem obsoletas e, conseqüentemente, sejam esquecidas (Schumpeter, 1934). Por isso o nome “destruição criativa”, pois o fenômeno de destruição de uma tecnologia é movido por outra que tem em sua composição elementos criativos, inovadores e úteis para pessoas e empresas.

O advento da internet, em especial, acelerou consideravelmente – talvez exponencialmente – o ritmo da destruição criativa nos últimos anos. Diversos produtos, técnicas, serviços e até mesmo setores inteiros verdadeiramente deram lugar a soluções inteiramente novas, frutos de rearranjos completamente inovadores de recursos e soluções que criaram demandas praticamente do zero.

A destruição criativa é, dessa forma, o fato essencial e central da teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter, bem como o principal referencial teórico para sua análise do capitalismo e dos ciclos econômicos. É a base do progresso econômico da sociedade através do tempo, dinamizando o mercado através da competitividade entre as empresas que buscam melhor posicionamento.²⁰ A sociedade, por sua vez, será a principal responsável por viabilizar circunstâncias – sejam elas políticas, jurídicas ou econômicas – que permitam esse processo de perturbação da ordem em vez de erguer barreiras protetoras do *status quo*.

O aspecto da competição e da concorrência é outro importante ponto focal de análise dos estudos de Schumpeter. Economistas como

²⁰ NOGAMI, *Op. Cit.*, p. 10.

William Baumol afirmam que é melhor perpetuar um modelo econômico com mais empresas pequenas do que um com menos empresas grandes. Isso geraria um mercado de “concorrência perfeita” que evitaria a formação de monopólios e oligopólios, melhorando a qualidade dos serviços prestados (tendo em vista que se trataria de um ambiente mais competitivo).

A análise real (uma vez baseada na forma de como a economia de fato funcionava) do quadro econômico, proposta por Schumpeter, nos leva a questionar tal premissa. Isso porque, segundo ele, o histórico de progresso e inovação havia sido liderado principalmente por empresas maiores, ou seja, grandes negócios tinham comandado a instauração de perturbações no sistema econômico.

Ainda assim foi possível verificar a destruição de indústrias e a consequente substituição de grandes empresas por modelos menores, sendo possível concluir que, ao longo da história, não foram as mesmas grandes empresas que dominaram essas indústrias.²¹ No entanto, o principal aspecto que deveria ser levado em conta seria o grau das barreiras impostas para a criação de novas empresas ou para a entrada de empresas já existentes em novos mercados.

Assim, não é exagero afirmar que uma das principais competências que uma empresa pode desenvolver é a capacidade de se deslocar, de forma relativamente estável, por meio de processos de inovação, desenvolvimento econômico e destruição criativa através do tempo, estando intimamente atrelada a seu sucesso. A forma como as empresas desempenham esse papel definirá o modelo de competição e concorrência entre elas.

Em outras palavras, setores onde existem, de fato, monopólios (que, segundo Schumpeter, sempre serão temporários) e busca por lucro serão aqueles onde a inovação será mais estimulada e onde o desenvolvimento econômico se fixará a longo prazo. Pequenas empresas buscarão se fixar em mercados de menor concorrência por meio do

²¹ SCHUMPETER, *Op. Cit.*, p. 99.

oferecimento de rearranjos, de novas modificações que, por sua vez, afetarão a relativa estabilidade daquela concorrência, ofertando possibilidades exponenciais de crescimento e de lucro.

Independente da fase em que o ciclo está, a simples a introdução e desaparecimento de inovações “deixa de lado a lógica dominante da concorrência por preços, que perde força perante as ofertas baseadas na inovação da destruição criativa”²². Assim, a figura do preço de custo envolvendo produção, matéria prima e mão de obra dão espaço para conceitos como o de valor agregado, tendências de mercado e novas tecnologias e demandas do consumidor²³. Segundo Nogami²⁴, a destruição criativa deve ser desenvolvida com foco em investimentos tecnológicos, tendo em vista que inovações radicais tendem a ser mais promissoras do que inovações incrementais no processo de destruição criativa.

Interessante trazer aqui três conceitos: o de destruição criativa (Schumpeter), inovação disruptiva²⁵ e economia compartilhada²⁶. Segundo o autor, todos os conceitos trazem entre si similaridades consideráveis no que diz respeito ao capitalismo e dinâmicas de mercado, avanços tecnológicos e mudanças no padrão de consumo, existindo sinergia entre os três entendimentos e analisando-os sob uma perspectiva comparativa e evolucionista.

O autor aborda também o conceito de inovação disruptiva, que, segundo ele, apresenta soluções de formas mais simples que inovações sustentadoras (descritas por ele como responsáveis por melhorias de produtos já estabelecidos), além de desestruturar, com mais intensi-

²² CUSUMANO, Michael A. How traditional firms must compete in the sharing economy. **Communications of the ACM**, v. 58, n. 1, 2014, p. 32.

²³ NOGAMI, *Op. Cit.*, p. 11.

²⁴ *Ibid.*, p. 12/13.

²⁵ CHRISTENSEN, Clayton M. et al. Disruptive innovation for social change. **Harvard business review**, v. 84, n. 12, p. 94, 2006.

²⁶ BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Bookman Editora, 2009.

dade, a estabilidade do status dominante do mercado. Ao passo que inovações sustentadoras oferecem melhorias de desempenho *mainstream* de produtos já estáveis e consolidados, estas apenas reforçam a posição de liderança de grandes empresas no topo da cadeia dominante de mercado.

Inovações disruptivas, por outro lado, são constituídas por novas empresas que focam em inovações direcionadas para mercados emergentes com demandas novas e/ou diferentes, que ainda não foram atendidas pela indústria dominante. Atende, assim, a um público menos exigente e reestabelece os parâmetros esperados por parte dos consumidores²⁷, haja vista que lida com novos arranjos de produtos e serviços.

Neste ponto, fica claro a ligação do conceito com as ideias trazidas por Schumpeter, uma vez que inovações disruptivas serão aquelas, em tese, responsáveis por implementar de fato a destruição criativa dentro da lógica de um sistema econômico, uma vez que ameaçam solidamente empresas já estabelecidas. Para Nogami, a inovação disruptiva é um conceito diretamente decorrente da destruição criativa. Outro conceito relacionado ao conceito de destruição criativa por Nogami e considerado como fruto dos dois entendimentos anteriores é o conceito de economia compartilhada, que basicamente analisa o crescimento do sentimento de compartilhamento entre os indivíduos e corporações tendo como pano de fundo o sistema econômico, industrial e conjuntural.²⁸

Para Nogami é perfeitamente possível realizar a análise dos conceitos sob a égide comparativa e evolucionista²⁹. Para ele, a economia

²⁷ Segundo Nagomi, inovações disruptivas dependerão muito mais de um efetivo trabalho de marketing – para identificar demandas, desenvolver soluções e levá-las ao conhecimento do grande público – do que efetivamente do desenvolvimento de complexos aparatos tecnológicos. NAGOMI, *Op. Cit.*, p. 11.

²⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁹ “Em todos os conceitos é possível encontrar semelhanças em que tange (a) a importância da inovação, (b) a figura do empreendedor com características inovado-

compartilhada, bem como seus fundamentos e premissas, pode ser encarado como plausíveis soluções para as disfunções do capitalismo por meio da interação entre avanços tecnológicos, dinâmicas de mercado e mudanças no padrão de consumo. Interessante, pois, perceber como as contribuições de Schumpeter continuam contribuindo com o desenvolvimento de novas vertentes teóricas e até mesmo inovadoras do pensamento econômico mesmo após décadas de suas primeiras publicações.

Voltando para as especificidades do pensamento Schumpeteriano sobre a concorrência, o autor austríaco considerava que a verdadeira concorrência que cada empresa enfrenta é a de ser destruída criativamente, ou seja, a entrada de novos *players* que ameaçam sua posição de superioridade, sendo essa a verdadeira força competitiva induzida pela constante busca por lucros³⁰. Um sistema econômico disfuncional não é aquele monopolista ou o que possui várias empresas, e sim aquele que impede a entrada de novas empresas para competir e alterar a dinâmica atual de resultados, seja qual for o modelo estabelecido.

Quando tal concorrência é viabilizada – tipificada por Schumpeter como a “verdadeira concorrência” – é possível verificar um maior nível de desenvolvimento econômico através do tempo, com o constante deslocamento das forças dinâmicas e de eventuais monopólios por meio do fenômeno da destruição criativa. Para isso, é preciso que os governos viabilizem o estabelecimento desta concorrência ao não favorecer algumas indústrias ou empresas em desfavor de outras.

Para além de tudo, é primordial que as empresas, lideradas por empresários empreendedores, mantenham seu potencial competitivo por meio da manutenção de sua capacidade inovadora e desenvolvimento tecnológico, possibilitando sua manutenção no mercado, a con-

ras, e (c) a desestabilização de sistemas dominantes como os monopólios, oligopólios e grandes e estabelecidas empresas, ou seja, o dinamismo do mercado.” NOGAMI, *Op. Cit.*, p. 14.

³⁰ O lucro é aqui compreendido como o prêmio dado à inovação de sucesso na sociedade capitalista.

quista de outros ou até mesmo o desenvolvimento de pioneirismo de um processo legítimo de destruição criativa. A inovação tecnológica deverá englobar a introdução de um novo produto, um novo método de produção, a abertura de um novo mercado ou a conquista de nova organização de indústria.

A inovação, assim, atua “como uma das principais forças do dinamismo do capitalismo, assumindo um papel importante na quebra do ciclo econômico vigente, ocasionando um salto em seu dinamismo.”³¹. Dessa forma, Schumpeter acredita que quando o empresário empreendedor realiza novas combinações ou novos arranjos de recursos, o estado de equilíbrio do sistema é desconfigurado, ocasionando o processo de destruição criativa da estrutura econômica e dando lugar a uma nova composição. A circunstância que viabiliza a destruição criativa e o rearranjo de novas combinações é o crédito fornecido por capitalistas de modo a fomentar o processo de desenvolvimento econômico mediante a introdução de inovações.

3 A TEORIA NEOSCHUMPETERIANA

O próprio Joseph Schumpeter era contra a adoção de escolas de pensamento dentro da ciência econômica. As bases de seu pensamento, conforme amplamente exposto no item anterior, partiam de premissas absolutamente inéditas e não se enquadravam perfeitamente em nenhuma das correntes majoritárias à época. Tal circunstância fez com que suas ideias fossem, de certa forma, postas de lado por 30 anos tendo em vista a não-convencionalidade de suas proposições.

Apesar disso, suas contribuições e teses vem acumulando, ao longo dos anos, diversos simpatizantes e até mesmo pensadores que são confessos adeptos do pensamento schumpeteriano. Tal fenôme-

³¹ DOS SANTOS, Adriana BA; FAZION, Cíntia B.; DE MEROE, Giuliano PS. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. Caderno de Administração. **Revista da Faculdade de Administração da FEA**, v. 5, n. 1, 2011, p.14.

no pôde ser melhor verificado a partir da década de 80 em relação as suas teorias sobre inovação, uma vez que o desenvolvimento tecnológico passou a permear praticamente todas as camadas da sociedade e também da economia. O renascimento da teoria schumpeteriana em meados da década de 80 também pode ser atribuído ao crescente reconhecimento da importância da análise das inovações e das flutuações econômicas de longo prazo, recusando o caráter estático do pensamento econômico³².

Insta pontuar que autores neoschumpeterianos dividiram-se em blocos não-rivais cujas ideias consubstanciam-se em duas frentes principais: a do pensamento evolucionista, encabeçada pelos autores Richard Nelson e Sidney Winter e a Escola de Sussex/SPRU, e a voltada para “análise dos processos de geração e difusão de novas tecnologias em sua natureza e impactos, destacando sua interrelação com a dinâmica industrial e a estrutura de mercados.”³³, liderada por Christopher Freeman.

O paradigma teórico neoschumpeteriano se adequa muito bem ao contexto de renovação tecnológica e de geração de inovações – sejam elas disruptivas ou incrementais (esta não muito enfatizada por Schumpeter) – e ao processo de desequilíbrios e destruição criativa geradas por elas. No entanto, de forma distinta a Schumpeter, os teóricos que reformulam suas teses partem, muitas vezes, de uma noção de incerteza e de riscos como fatores inerentes ao ato de empreender, uma vez que a mudança é circunstância praticamente certa dentro de um sistema econômico.

³² FREEMAN, Christopher e SOETE, Luc. **A economia da Inovação Industrial**. Campinas: Unicamp. 2008.

³³ POSSAS, Mario Luiz. Em direção a um paradigma microdinâmico: a abordagem neo-schumpeteriana. *Ensaio sobre economia política moderna: teoria e história do pensamento econômico*. São Paulo: Marco Zero, p. 158, 1989. In: AMADEO, Edward J. **Ensaio sobre economia política moderna: teoria e história do pensamento econômico**. São Paulo: Marco Zero, 1989.

A internet, agora não mais um fenômeno distante, acelerou e intensificou consideravelmente os processos descritos por Schumpeter – como o da destruição criativa – a partir do final do século XX e permitiu melhor visualização de todos os agentes e hipóteses descritos por ele em suas obras. O desenvolvimento econômico, agora, é fenômeno exponencial e substancialmente estimulado pela tecnologia – sendo que isto já era afirmado por Schumpeter quando o autor austríaco afirmava que o desenvolvimento tecnológico era a base do capitalismo.

A obra dos autores Richard Nelson e Sidney Winter “*An evolutionary theory of economic change*”³⁴, de 1982, resgatou³⁵ os pensamentos de Schumpeter, inaugurando a corrente “Neoschumpeteriana” evolucionista, que promoveu não só um renascimento mas também uma atualização dos pensamentos do autor austríaco a fim de desenrolar novas dimensões analíticas de sua obra³⁶. Por outro lado, cabe pontuar que a abordagem neoschumpeteriana também é utilizada de forma prática no que diz respeito à elaboração de políticas públicas desenvolvimentistas de países subdesenvolvidos³⁷.

O termo evolucionista deriva de uma concepção essencialmente biológica, oriunda de Darwin pois, para eles, o processo de inovação resulta de escolhas determinadas pelo ambiente competitivo, à semelhança da biologia onde um código genético mais adequado acaba-se tornando mais adaptado e, portanto, predominante. As inovações que

³⁴ WINTER, Sidney G.; NELSON, Richard R. *An evolutionary theory of economic change*. University of Illinois at Urbana-Champaign’s Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 1982.

³⁵ A abordagem evolucionista, porém, foi inicialmente tratada pelos autores, mais especificamente por Winter, em artigo datado de 1977, denominado “In search of a useful theory of innovations”, onde as bases do pensamento neoschumpeteriano sobre a inovação tecnológica e concorrência foram fundadas.

³⁶ YOGUEL, Gabriel; BARLETTA, Florencia; PEREIRA, Mariano. De Schumpeter aos post-schumpeterianos: velhas e novas dimensões analíticas. **Problemas del desarrollo**, v. 44, n. 174, 2013, p. 37.

³⁷ DATHEIN, Ricardo. **Teoria neoschumpeteriana e desenvolvimento econômico. Desenvolvimentismo: o conceito, as bases teóricas e as políticas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, v. 1, 2015, p. 195.

forem mais bem-sucedidas serão, pois, aquelas que predominarão no ambiente empresarial competitivo. Subsiste a adoção de premissas schumpeterianas de preservação do desequilíbrio, onde o desenvolvimento econômico e tecnológico necessariamente decorrerá de processos destrutivos que a criação de inovações gera.

A instauração de assimetrias entre empresas – circunstância dada como certa tanto por Schumpeter como por seus sucessores – viabilizam o processo de inovação tecnológica, uma vez que a concorrência capitalista (fortemente afetadas pela incerteza) influenciará tais empresas a pesquisar tendências de mercado e a adotá-las como parte de sua rotina. Todas essas etapas fazem parte do processo “evolutivo” das empresas, que sofrerão “mutações” a depender da possibilidade de inovação a ser adotada. Esse processo influenciará, diretamente, o processo de “seleção natural” de empresas. Tal corrente é vista como a mais difundida e prioriza a realização de paralelos e analogias biológicas para consolidar seu pensamento.

Já a Escola de Sussex/SPRU volta-se à análise e estudo puro do fenômeno de inovações. Foi elaborado o conceito de “paradigmas e trajetórias tecnológicas”³⁸. Segundo Dosi, paradigmas tecnológicos são modelos ou padrões de solução de problemas de tecnologia, baseados em ciências naturais e em materiais tecnológicos selecionados³⁹, definindo o campo de investigação, os problemas e procedimentos referentes ao processo de inovação. Já o conceito de trajetória tecnológica é o de atividades normais de resolução de problemas digitais, resultante da efetivação de avanços naturais no decorrer do tempo. Trata-se, portanto, de escola que aprofunda a visão evolutiva mencionada no parágrafo anterior.

Como o ambiente competitivo envolve diversos fatores econômicos, institucionais e sociais verdadeiramente imprevisíveis, sua

³⁸ DOSI, G. **Technical change and industrial transformation**: the theory and an application to the semiconductor industry. London: Macmillan, 1984.

³⁹ GUSHI, Alexandre Seigi. Uma revisão das contribuições neo-schumpeterianas. **Formação Econômica**, Campinas, (4), dez., 1999, p. 61.

configuração é incerta e, portanto, é praticamente impossível prever o sucesso de uma trajetória tecnológica. Tais fatores influenciam diretamente o ambiente econômico e, conseqüentemente, o processo inovativo através de um sistema de *feedback*. Ou seja: certos projetos irão gerar determinados estímulos inovativos no sistema econômico, sendo possível determinar aqueles que serão dominantes, ou seja, que responderão melhor ao sistema de paradigmas e trajetórias tecnológicas, satisfazendo ao usuário e dialogando intensamente com o mercado.

Os avanços tecnológicos e a formação de projetos dominantes, assim, dependerão de fatores não aleatórios, mas sim de influências diretamente ligadas a estratégias de comunicação entre empresas e consumidores. Dosi⁴⁰ enfatiza, ainda, três conceitos que influenciarão na dinâmica do processo inovativo e na existência de diferentes padrões: o grau de cumulatividade das capacidades tecnológicas, o grau de oportunidade tecnológica e a apropriabilidade privada das vantagens que derivam da inovação. O entendimento dessa escola acerca do processo de aprendizado vale ser pontuado. Segundo ela, quanto maior a capacidade de cumulatividade de aprendizado e de retenção de conhecimento e capacidades tecnológicas de uma empresa, menor a difusão de tecnologia.

O processo de difusão de inovações se dá de duas formas: por meio da “seleção natural” evolucionista e por meio de mecanismos de aprendizado (que ocorre à medida em que empresas possuem níveis diferentes de inovação). Os mecanismos de aprendizado se darão, segundo Dosi por três modalidades: investimento em P&D (caracterizada por alto dispêndio financeiro e estrutural, mas com alto grau relativo de aprendizado); processos informais de acumulação de conhecimento dentro de empresas (*learning by doing* e *learning by using*) e desenvolvimento de externalidades industriais (difusão de informação, mobilidade de mão-de-obra e crescimento no setor de serviços).

⁴⁰ DOSI, *Op. Cit.*

Certo é que, para os neoschumpeterianos, ainda que o conceito de inovação esteja intimamente ligado ao de tecnologia, sua importância continua estando, como para o pensador austríaco, intimamente ligado ao desenvolvimento econômico, sendo necessário que se realize a análise de paradigmas e trajetórias tecnológicas para compreender o processo de inovação de forma ampla. As inovações transferiram-se, durante o século XX, do empresário individual (empreendedor) para os departamentos de P&D, processo que gerou a contratação de diversos profissionais qualificados e vinculados a centros científicos de pesquisa para promover o desenvolvimento de estratégias de inovação mais robustas dentro das empresas.

Freeman, expoente do movimento da Escola de Sussex, sugere que é fundamental que a empresa leve em conta sua história e suas limitações. Segundo o autor, sua sobrevivência, desenvolvimento e sucesso dependerão de sua capacidade de reconhecer o panorama interno, adaptar-se ao ambiente externo e de modificá-lo com base nos recursos e habilidades técnicas que possui. Querer inovar, por si só – livre arbítrio – não é o suficiente. Deverá ocorrer minuciosa análise do histórico da atividade empresarial ao longo do tempo. Por outro lado, não inovar certamente fará com que o negócio morra.

O processo de inovação, por Freeman, é um processo essencialmente bilateral, visto que torna necessário que se conheça o mercado potencial para produtos e serviços, mas que também se priorize o conhecimento técnico e científico.⁴¹ Tal compreensão corrobora a ideia de Schumpeter de que inovações são novos arranjos e combinações de possibilidades técnicas e de mercado.

Nesse sentido, empresas que mantêm robusto investimento em pesquisa e desenvolvimento asseguram lugar prioritário dentro do escopo competitivo do mercado, tornando mais possível que encontrem inovações aptas a revolucionar a indústria e destruir o *status quo*. Ademais, outro ponto que deve ser observado pelas empresas que dese-

⁴¹ FREEMAN; SOETE, *Op. Cit.*, 2008, Capítulo 11.

jam ter sucesso é a capacidade de interligar as possibilidades técnicas e de mercado por meio do fluxo de informações e de novas ideias. Freeman e Soete afirmam que subsistem quatro estratégias de inovação a serem adotadas por empresas: ofensivas; defensivas; imitativas e dependentes; tradicionais e oportunistas.⁴²

Nas primeiras, ofensivas, visa-se alcançar liderança técnica e de mercado através da introdução de um novo produto antes que seus concorrentes. Nesta, haverá forte setor de pesquisa e desenvolvimento independente, com qualificados profissionais e estratégias de aprendizado. Firms inovadoras defensivas não possuem o ímpeto de serem as pioneiras, principalmente por um instinto de aversão ao risco e pouca capacidade de produção, mas focam em forças de engenharia de produção e de marketing.

Empresas com estratégia imitativas acompanham as empresas que lideram as inovações e as estratégias dependentes envolvem relações de interdependência entre duas empresas, que normalmente são subcontratadas e não possuem setor interno de P&D. Por fim, empresas com estratégias tradicionais são aquelas que mantêm as mesmas – apesar de diversas - estratégias de produção e marketing ao longo do tempo, estando fortemente sujeitas às condições competitivas do mercado e frequentemente atuando como ponto focal monopolista. Tais estratégias tradicionais frequentemente traduzem-se em oportunistas quando os empresários responsáveis por essas estratégias se aproveitaram de sua posição de destaque para cortar caminho e se integrarem em mercados inovadores.

O risco e a incerteza levam as empresas a adotarem, com mais frequência, estratégias defensivas e imitativas, uma vez que esses dois fatores aumentam a volatilidade de contas, avaliações e projeções sobre o comportamento financeiro de projetos e, conseqüentemente, dificultam a verificação de seus resultados futuros. Por isso, muitas empresas preferem tomar para si abordagens conservadoras e que impli-

⁴² FREEMAN; SOETE, *Op. Cit.*, 2008, Capítulo 11.

quem em menos riscos, limitando-se a copiar estratégias de empresas que tomam para si tais incertezas e desbravam inovações que invariavelmente dispendem tempo, time e dinheiro. Nem todas as empresas estarão dispostas a iniciar um processo inovador, devendo haver incentivos e capacidade para tal.

Um setor de P&D eficiente e presente pode diminuir os riscos e aumentar (qualitativa e quantitativamente) o número de novos arranjos que são lançados ao mercado. No entanto, tal movimento requer investimento maciço da corporação, bem como na modificação de processos e cultura internos.

Segundo Dathein a concorrência é um importante fator estudado pelos neoschumpeterianos, uma vez que o ambiente no qual o mercado se desenrola é essencial para definir o grau de sucesso das firmas – neste caso, mercados mais concorridos são mais propícios a serem inovadores, haja vista a existência de mais incentivos para que as empresas busquem seus lugares de destaque. O pioneirismo torna as empresas mais sujeitas a serem imitadas por rivais e o grau de imitação dependerá das estruturas de mercado.

Desse modo, uma empresa pode obter inovação através de fortes incentivos em setores de pesquisa e desenvolvimento, estimulando processos internos de produção de conhecimento técnico e de rearranjos de recursos, mas também por meio da imitação de processos já existentes em outras empresas. Diferentes estratégias serão tomadas por empresas a depender da configuração do mercado e tal correlação é sugerida por Nelson e Winter⁴³. De qualquer modo, certo grau de investimento invariavelmente será necessário.

⁴³ NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. **Uma teoria evolucionária da mudança econômica**. Editora Unicamp, 2005.

CONCLUSÃO

O propósito da corrente neoschumpeteriana é complementar a teoria de Joseph Schumpeter, apresentando ideias e colaborações que possibilitem a ampla compreensão do processo evolucionário enquanto fruto de um cenário “destruidor” e, ao mesmo tempo, progressista. Ao mesmo tempo, visa fornecer arcabouço teórico para uma série de acontecimentos recentes – intimamente ligados com o desenvolvimento tecnológico – que outras teorias (como a neoclássica) não abarcavam, seja por não serem suficientemente abrangentes ou seja por partirem de premissas inadequadas ao processo tecnológico em si.

Recentes inovações, como a vacina de combate a pandemia do Covid-19, desenvolvimento de veículos automotores exclusivamente baseados em energia elétrica, recursos de assistentes virtuais dedicados a comandos de voz, *startups* cujas inovações tidas como radicais e que desafiam o *status quo*, e a própria web 3, ou seja, temas contemporâneos, possuem a base teórica e ainda estão intimamente ligados ao conceito de “destruição criativa” schumpeteriana. Ou seja, Joseph Schumpeter está mais atual do que nunca.

REFERÊNCIAS

CHRISTENSEN, Clayton M. et al. **Disruptive innovation for social change**. Harvard business review, v. 84, n. 12, p. 94, 2006.

CUSUMANO, Michael A. How traditional firms must compete in the sharing economy. **Communications of the ACM**, v. 58, n. 1, p. 32-34, 2014.

DA COSTA, A. O desenvolvimento econômico na visão de Joseph Schumpeter. **Cadernos IHU ideias**, v. 4, n. 47, p. 1-16, 2006.

DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto. Schumpeter: a destruição criativa e a economia em movimento. **Revista de História Econômica e Economia Regional Aplicada** – Vol. 10, nº 16, Jan-Jun 2014.

FREEMAN, Christopher e SOETE, Luc. **A economia da Inovação Industrial**. Campinas: Unicamp. 2008

GUSHI, Alexandre Seigi. Uma revisão das contribuições neo-schumpeterianas. **Formação Econômica**, Campinas, (4) : 49-68, dez., 1999.

MARTES, Ana Cristina Braga. Weber e Schumpeter: a ação econômica do empreendedor. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 30, p. 254-270, 2010.

MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. Teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter: uma revisão crítica. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n. 8, p. 27-35, 1994.

NOGAMI, Vitor Koki da Costa. Destruição criativa, inovação disruptiva e economia compartilhada: uma análise evolucionista e comparativa. **Suma de negócios**, v. 10, n. 21, 2019, p. 10.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Edição por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungman. SciELO-Editora UNESP, 2017.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre capital, crédito, juro e ciclo econômico**. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

CÓDIGO E CONSTITUIÇÃO: REGULAÇÃO DA INTERNET VS. REGULAÇÃO DA SOCIEDADE¹

LUKAS RUTHES GONÇALVES²

RESUMO: A Internet é uma das maiores invenções já feitas pela humanidade. A exploração da maneira como se vê a internet é interessante de ser feita e traz alguns paralelos com o sistema constitucional moderno. O objetivo deste artigo, assim, é mostrar como a internet partiu de sua fase embrionária revolucionária para ser cada vez mais abarcada por legislações nacionais. Para tanto, tratar-se-á no primeiro item do otimismo inicial da internet; no segundo da crescente necessidade de sua regulação; e por fim do realismo e falhas no sistema constitucional. Esse breve exercício busca concluir que sociedade que a internet busca criar não passa de uma derivação das sociedades existentes e que, ainda que não fosse, demandaria certo nível de regulação com vistas a solucionar alguns problemas latentes.

Palavras-chave: Internet, Código, Regulação, Direito Constitucional

INTRODUÇÃO

A Internet é uma das maiores invenções já feitas pela humanidade. Desenvolvida a partir de meados do século XX, se trata de uma rede de redes. é um sistema totalmente distribuído de dispositivos de computação e garante a conectividade de ponta a ponta através de cada parte da rede. O objetivo é que cada dispositivo seja capaz de se comunicar com qualquer outro dispositivo (LEMONAKI, 2020). não se

¹ Artigo entregue com vistas a cumprir o critério avaliativo da disciplina “Crítica do Direito Constitucional Moderno”, lecionada pela Professora Doutora Vera Karam de Chueiri no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

² Doutorando em Direito na UFPR. LLM candidate in Intellectual Property and Technology na American University Washington College of Law. Pesquisador do GEDAI e do PIJIP.

trata de algo automático ou mágico, como alguns autores eventualmente defendem (BARLOW, 1996).

Contudo, a exploração da maneira como se vê a internet é interessante de ser feita e traz alguns paralelos com o sistema constitucional moderno. No caso deste, temos uma sociedade regida por um documento denominado constituição, o qual estabelece alicerces de uma nação. No caso da internet, temos uma tecnologia que se propôs disruptiva, incapaz de regulação e criadora de sua própria sociedade, mas que lentamente vem sentindo o peso da regulação estatal.

O objetivo deste artigo, assim, é mostrar como a internet partiu de sua fase embrionária revolucionária para ser cada vez mais abarcada por legislações nacionais. Além disso, busca-se fazer sua comparação com o já centenário sistema constitucional, o qual demanda, ainda que de forma crítica, um sistema jurídico fortemente estabelecido. Para tanto, tratar-se-á no primeiro item do otimismo inicial da internet; no segundo da crescente necessidade de sua regulação; e por fim do realismo e falhas no sistema constitucional.

Esse breve exercício busca concluir que sociedade que a internet busca criar não passa de uma derivação das sociedades existentes e que, ainda que não fosse, demandaria certo nível de regulação com vistas a solucionar alguns problemas latentes. Não se pretende com esse artigo esgotar a temática, mas sim trazer à tona o debate sobre a criação de novas sociedades e sua regulação.

1 O OTIMISMO INICIAL DA INTERNET

Quando se fala do otimismo inicial da internet, nenhum autor é mais proeminente que John Perry Barlow que, em 1996 no Fórum Econômico Mundial de Davos, faz o seu famoso discurso “Uma Declaração de Independência do Ciberespaço”. Nesse texto, Barlow proclama:

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of

the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.

We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.

O autor (BARLOW, 1996) complementa que os governos derivam seus poderes do consentimento dos governados, mas que eles não solicitaram e sequer receberam esse dos usuários da internet. O Ciberespaço, para ele, não estaria dentro das fronteiras de qualquer governo, tratando-se esse de um ato da natureza que desenvolve sozinho a partir das ações coletivas de seus usuários.

Tal discurso, cabe lembrar, derivou de uma então recente lei passada no congresso americano denominada *Telecommunications Reform Act*, umas das primeiras regulações a abordarem a internet. Barlow mencionou tal lei em seu discurso (1996):

In the United States, you have today created a law, the Telecommunications Reform Act, which repudiates your own Constitution and insults the dreams of Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville, and Brandeis. These dreams must now be born anew in us.

Contemporâneos de Barlow, David Johnson e David Post compartilhavam de algumas de suas ideias no que concernia a capacidade de regulação do ciberespaço pela lei (1996):

But efforts to control the flow of electronic information across physical borders – to map local regulation and physical boundaries onto Cyberspace – are likely to prove futile, at least in countries that hope to participate in global commerce. Individual electrons

can easily, and without any realistic prospect of detection, “enter” any sovereign’s territory. The volume of electronic communications crossing territorial boundaries is just too great in relation to the resources available to government authorities.

Eles clamam que a doutrina legal tradicional à época tratava a rede como um mero meio transmissor que facilitava a troca de mensagens enviadas de um ponto geográfico legalmente significativa para outro, o qual tinha suas próprias leis. Porém, tentar vincular as leis de qualquer território em particular com transações na rede, ou até mesmo tentar analisar as consequências dessas transações seria uma tarefa pouco satisfatória (JOHNSON e POST, 1996).

O que eles defendem, assim, para resolver essas questões, é considerar o ciberespaço como um local distinto de qualquer localização física. Defendem os autores (JOHNSON e POST, 1996):

Many of the jurisdictional and substantive quandaries raised by border-crossing electronic communications could be resolved by one simple principle: conceiving of Cyberspace as a distinct “place” for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the “real world.” Using this new approach, we would no longer ask the unanswerable question “where” in the geographical world a Net-based transaction occurred. Instead, the more salient questions become: What procedures are best suited to the often unique characteristics of this new place and the expectations of those who are engaged in various activities there? What mechanisms exist or need to be developed to determine the content of those rules and the mechanisms by which they can enforced?

Concluem os autores que respostas a estas perguntas permitiriam o desenvolvimento de regras mais bem delineadas ao fenômeno em questão e que teriam maiores chances de serem aplicadas (JOHNSON e POST, 1996). Na fala desses dois autores já se percebe que à

despeito desse otimismo inicial, já se buscavam maneiras de se regular o ciberespaço.

A separação dos planos físico e virtual, defendida pelos autores acima, também é refletida na obra de Orin Kerr o qual, em seu texto *The Problem of Perspective in Internet Law*, de 2003, defende:

Both internal and external understandings of the Internet should ring true to most of us. The Internet is a physical network, and it can create a virtual world for its users that can appear sufficiently realistic to its users to make a plausible claim for equal footing with the physical world. But the key for us is that by generating a virtual reality, the technology in a sense leaves us with two Internets, rather than one. We have an external version of the Internet, and also an internal one. One is physical, the other virtual.

Para Kerr (2003) isso é importante para os advogados e para a natureza do direito da Internet porque os resultados legais dependem dos fatos, e os fatos da Internet dependem da perspectiva que se escolhe. Este seria, para o autor, um problema muito prático: “the basic task of a lawyer is to apply legal rules to facts – to apply law to an understanding of reality. In the case of the Internet, however, two competing understandings of reality exist.”

É nesse sentido que se percebe a impossibilidade de a Internet existir em um espaço sem leis, sem regulamentação. O próximo item reforça esse ponto.

2 A CRESCENTE NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DA REDE

Jonathan Zittrain, um dos grandes teóricos no ramo do Direito e Tecnologia norte-americanos, teceu relevantes comentários sobre a temática da regulação da Internet em seu texto *The Future of the Internet and How to Stop It*, datado de 2008. Destaca-se como suas palavras

deixam de apresentar o tom otimista do primeiro tópico, dando espaço a um realismo à respeito do tema. Diz o autor:

In the arc from the Apple II to the iPhone, we learn something important about where the Internet has been, and something more important about where it is going. The PC revolution was launched with PCs that invited innovation by others. So too with the Internet. Both were generative: they were designed to accept any contribution that followed a basic set of rules (either coded for a particular operating system, or respecting the protocols of the Internet). Both overwhelmed their respective proprietary, non-generative competitors, such as the makers of stand-alone word processors and proprietary online services like CompuServe and AOL. But the future unfolding right now is very different from this past. The future is not one of generative PCs attached to a generative network. It is instead one of sterile appliances tethered to a network of control.

A história é reveladora: o computador surgiu em um ambiente de intensa liberdade e foi lentamente se deslocando para um de maior regulação. Zittrain detecta o mesmo padrão ocorrendo com a Internet. Produtos e serviços criados em seus primórdios serão remodulados e vendidos em um ambiente de maior regulação. Isso porque a internet não é algo natural e orgânico, como defendia Barlow acima, mas sim uma construção feita deliberadamente por pessoas, as quais podem decidir mudar seus elementos estruturantes.

É nessa linha que Lawrence Lessig escreve seu *Code 2.0*, no qual ele desmistifica o aspecto natural da rede. Em suas palavras (LESSIG, 2006):

Thus, four constraints regulate this pathetic dot – the law, social norms, the market, and architecture – and the “regulation” of this dot is the sum of these four constraints. Changes in any one will affect the regulation of the whole. Some constraints will support others; some may undermine others. Thus, changes in technolo-

gy may usher in changes in norms, and the other way around. A complete view, therefore, must consider these four modalities together.

Esses quatro pontos limitadores, conforme aludido acima, podem ser modificados a depender dos interesses de quem tenha controle sobre eles. De acordo com Lessig (2006):

I've described four constraints that I've said "regulate" an individual. But these separate constraints obviously don't simply exist as givens in a social life. They are neither found in nature nor fixed by God. Each can be changed, though the mechanics of changing them is complex.

Dos quatro pontos mencionados pelo autor, o que interessa a esse artigo é a lei. Nesse sentido, o autor deixa bem claro que (LESSIG, 2006):

Law regulates behavior in cyberspace. Copyright law, defamation law, and obscenity laws all continue to threaten ex post sanction for the violation of legal rights. How well law regulates, or how efficiently, is a different question: In some cases it does so more efficiently, in some cases less. But whether better or not, law continues to threaten a certain consequence if it is defied. Legislatures enact; prosecutors threaten; courts convict.

Assim, deve-se perceber das leituras de Zittrain e Lessig que o otimismo inicial de uma internet livre de regulação dá lugar ao realismo e que a perspectiva de a internet ser considerada um lugar apartado do universo material é substituída pela aplicação crua das leis nacionais vigentes que tutelam o mundo físico. Em sua obra *Digital Borders*, de 2006, Jack Goldsmith e Timothy Wu comentam esse fenômeno:

In the 1990s, many pundits and scholars believed that the Internet was eroding the authority of governments. The web's salient fea-

tures – instant and universal communication, geographical anonymity, and decentralized routing – made it easy for computer users inside a nation to get illegal information from computers outside the nation. American college students could download copyrighted songs from servers in the South Pacific and bet on digital blackjack tables on computers in Antigua. Saudi Arabians could access porn sites in Holland, and Italians could read banned books on web pages hosted in Australia. Nations seemed unable to stop violations of local laws via the Internet.

This conception of the Internet began to crumble in April 2000, when two French antiracism organizations sued Yahoo!, the American Internet portal, in France. The groups charged Yahoo! with hosting Nazi auction sites that were accessible in France and that violated French laws against trafficking in Nazi goods.

Esse caso (LICRA v. Yahoo!³), datado de 2000, foi um dos primeiros casos que realmente mostrou como as leis do mundo físico de fato também eram aplicadas no mundo virtual. Independentemente do Yahoo! se tratar de uma empresa norte-americana, o fato de ela vender bens para cidadãos franceses tornava ela responsável pelos produtos que ela disponibilizava nesse país. Porém os donos do website inicialmente não cederam às exigências legais, conforme continua o relato (GOLDSMITH e WU, 2006):

Judge Gomez ruled preliminarily in May 2000 that Yahoo!’s U.S. websites violated French law, and he ordered the company “to take all necessary measures to dissuade and make impossible” visits by French web surfers to the illegal Yahoo! Nazi auction sites on yahoo.com. Jerry Yang was dismissive. “We are not going to change the content of our sites in the United States just because someone in France is asking us to do so,” he said. “Asking us to filter access to our sites according to the nationality of web surfers is very naïve.”

³ A sigla LICRA significa: Ligue contre le racisme et l’antisémitisme et Union des étudiants juifs de France.

A rebeldia de Yang, representante legal da Yahoo!, refletia as posições da virada do século sobre a arquitetura da Internet. Os endereços de protocolo da Internet, nomes de domínio da Internet e endereços de e-mail não tinham sido projetados para indicar a localização geográfica dos computadores na Rede. Estes “fatos” arquitetônicos significavam que a maioria dos usuários da tecnologia da Internet dos anos 90 não sabia onde suas mensagens de e-mail e páginas da Web estavam sendo visualizadas e, portanto, quais leis as nações poderiam estar violando. De acordo com Goldsmith e Wu (2006) o Yahoo! alegou que não saber onde residiam seus usuários, e quais leis deveriam ser cumpridas. Encerrando o relato, dizem os autores:

At first, Yahoo! threatened to ignore Gomez’s decision. But the company had a problem: its assets in France, including income from its French subsidiary, were at risk of seizure. In January 2001, Yahoo! abruptly surrendered. It pulled all Nazi materials from its auction sites, announcing that it would “no longer allow items that are associated with groups which promote or glorify hatred and violence to be listed on any of Yahoo!’s commerce properties.” The company claimed that it was motivated by bad publicity from the Nazi auctions and not the French ruling. “Society as a whole has rejected such groups,” said a Yahoo! spokesperson. But the timing and threat of French sanctions suggested that Yahoo!’s will had been broken.”

Assim, ao final desse tópico já é possível de se perceber como o otimismo inicial da internet, chegando a se cogitar inclusive um sistema jurídico próprio para ela, deu lugar a um tipo de realismo que demanda a aplicação das leis já vigentes. Sendo uma ferramenta criada pela sociedade, não é possível dissociá-la do sistema que a originou. Não há nada de natural ou garantido na rede: todos seus sistemas podem ser alterados, conforme postulou Lessig. Porém, tal qual a internet, a sociedade em si também enfrenta problemas com o sistema constitucional que a regula, e é esse tópico do item 3 deste artigo.

3 REALISMO E FALHAS DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Com centenas de anos de idade, o sistema que rege as sociedades fora do ambiente virtual também passou por transformações e críticas. Vários autores questionam o sistema constitucional que compõe a fundação dos governos, levantando tópicos como, por exemplo, como garantir a máxima participação social em suas decisões. Nesse sentido, Colón-Rios argumenta (2012):

It has been frequently argued that democracy is protected and realised under constitutions that protect certain rights and establish the conditions for a functioning representative democracy. However, some democrats still find something profoundly unsettling about contemporary constitutional regimes. The participation of ordinary citizens in constitutional change in the world's most 'advanced' democracies (such as the United States, Canada and the United Kingdom) is weak at best: the power of constitutional reform usually lies exclusively in the hands of legislatures. How can constitutions that can only be altered by those occupying positions of power be considered democratically legitimate.

Essa dificuldade na participação popular pode ter, entre suas razões, o próprio contexto de sua criação o qual, por vezes, pode ser caótico. Levinson e Balkin (2009), ao comentarem a constituição norte-americana, relatam:

The Constitution of the United States was written against the background of perceived crisis. It is therefore no surprise that the language of "crisis" has never been absent from discussions of American politics or American constitutionalism.

Em um plano mais conceitual, Cristiano Paixão (2012) explica:

Como se sabe, as constituições modernas significam, antes de tudo, a confluência entre dois caminhos históricos diferentes: por um lado, elas são a realização e a positivação das principais bandeiras da Modernidade, plasmadas nas idéias de liberdade e igualdade. Por outro lado, elas também são normas que compõem – habitualmente no plano superior – o ordenamento jurídico de uma dada comunidade.

Ou seja, o papel da constituição é servir como guia, ao dispor em seu texto os ideais de liberdade e igualdade, e fixar normas legais que devem ser seguidas pela população. Esse caráter duplo do documento se deve ao fato de que “a Constituição é um documento político, que olha para exigências futuras imprevisíveis e não um documento que pode ser interpretado com uma finalidade meramente técnica” (BICKEL, 1986).

A atuação de advogados e do próprio sistema judiciário com relação à Constituição também é explicada por Bickel (1986):

The Constitution is thought to embody a clear and certain yardstick by which to measure the actions of other branches of the government. The ideal function of a Justice of the Supreme Court is the mechanical application of the yardstick to such actions as are duly brought to his attention. The only qualification he is required, or indeed allowed, to bring to the task is a lawyer's skill. Such constitutional phrases as “Due Process of Law” or “Equal Protection of the Laws” are very much like the language in a deed, let us say, giving one title to land “in fee simple”: it takes a lawyer to tell one just exactly what such fine print means; but a good lawyer can tell you, and that is that. From this engaging conception, everything follows. The Constitution, being very old, is naturally a conservative document; that is to say, conservative in the sense in which the word is used to describe the position of men in American political life.

O papel do judiciário, assim, seria interpretar esse documento antigo e conservador e aplicar suas palavras a casos concretos. À despeito de sua aparente rigidez, a Constituição não pode ser inter-

pretada como um documento incapaz de sofrer alterações. Conforme Brandeis⁴, citado Bickel (1986):

Our Constitution is not a straitjacket. It is a living organism. As such it is capable of growth—of expansion and of adaptation to new conditions. Growth implies changes, political, economic and social. Growth which is significant manifests itself rather in intellectual and moral conceptions than in material things. Because our Constitution possesses the capacity of adaptation, it has endured as the fundamental law of an everdeveloping people.

Cristiano Paixão elabora a questão de a Constituição ser um organismo vivo. Tal declaração se refere ao fato de a legislação ter de se adaptar para abarcar novas realidades sociais. Conforme o autor (PAIXÃO, 2012):

Não há como vincular a existência – e a efetividade – das normas jurídicas a algum tipo de tradição ou núcleo imanente. Em ambos os casos, a dimensão temporal sofre uma inflexão. Como é típico da Modernidade, direito e política visam ao futuro. A política, por meio de decisões coletivamente vinculantes – que se sabem precárias e que exigem constante autocorreção. O direito, por intermédio da transformação estrutural: ao invés de remeter, em sua comunicação, a uma origem inquestionável, as organizações do sistema jurídico, em suas observações (e também nas observações sobre observações), precisam preencher a distância entre passado e futuro.

Essa necessidade e característica de a Constituição ser um documento tanto teórico quanto prático e que deve estar sempre avançando junto da sociedade a qual ela tutela faz com que essa regulação assuma papel central na história de uma nação. Isso chega a tal ponto que não é mais possível de se dissociar a história de um país de sua história constitucional. Conforme Paixão (2012):

⁴ No caso *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433, 441, 451 (1922).

Assim, a abrangência e multiplicidade dos processos constituintes acima mencionados sugerem uma centralidade da constituição como forma na história do direito. A partir do século XX, a história jurídica está indissolivelmente ligada à história constitucional. Mas isso vale também para a política: as constituições (e suas transformações e apropriações) são chaves de compreensão dos processos políticos na contemporaneidade.

Assim, retorna-se ao argumento de quão essencial é esse documento fundante para o avanço da Sociedade. A Constituição serve como garantidor dos direitos e instituições que tornam a democracia possível. Ainda que seja um sistema imperfeito, é um que funciona e que tem a capacidade de trazer resultados satisfatórios. Conforme Colón-Rios (2012):

Thus, we have been told over and over again, modern constitutions guarantee the rights and institutions that make democracy possible; without them, the very possibility of deliberation and of the creation of a truly democratic will would suffer a fatal blow. Moreover, if these rights and institutions need to be expanded, if they need to be made more inclusive and transformative, or if minority protections need to be strengthened, progressive judges and academics will always find novel ways of re-interpreting the existing constitution. And if we are unlucky enough to confront the highly unusual case in which achieving a particular outcome requires a change in a written constitution, government officials can always resort to the demanding – but decidedly organised and reliable – established amendment procedure. That is in fact the beauty of constitutional law: it guarantees democracy and at the same time remains impermeable to the passions of mass politics.

Porém, há aqueles que questionam os mandamentos constitucionais. Há inteiras obras, como por exemplo a *On Constitutional Disobedience*, de Louis Michael Seidman, devotadas a isso. Nesse livro, Seidman (2013) questiona: “nós deveríamos, no final das contas, nos

sentirmos obrigados a obedecer esse documento profundamente problemático do século XVIII? Suponhamos, por exemplo, que o Presidente Obama realmente nasceu fora dos Estados Unidos. Por que isso deveria importar para nós?”

O próprio Seidman (2013) vislumbra uma potencial resposta. Em suas palavras:

Perhaps the voice of the people should be allowed to override the law, but at this late date, we cannot know what the people’s voice actually said. As historians of ratification have demonstrated, the process was shot through with political shenanigans, systematic suppression of the views of the Constitution’s opponents, misrepresentation, and outright coercion. We can only guess at what a majority of people who participated in the ratification process “really” thought. Indeed, it is a myth to suppose that the people can ever somehow speak clearly and directly without their voice being distorted by flawed, real-world political mechanisms that translate their voice into a legal mandate.

E por fim ele traz os questionamentos dos defensores do sistema constitucional, os quais defendem que abandonar esse sistema traria caos e tirania (SEIDMAN, 2013):

Defenders of constitutionalism argue that the abandonment of constitutional obligation would lead to chaos or tyranny. Their worries take a variety of forms. Sometimes, the concern is about settling disputes concerning the nuts and bolts of government. Without a constitution, how would we decide how long a president should serve or, even, whether there should be a president? How would we know when a bill became a law or whether someone claiming to be a senator really was one?

O que se buscou demonstrar nesse item é que a sociedade não-virtual também questiona o papel da regulação e se pergunta se o povo como um todo não estaria em melhores condições caso não houvesse

um documento que a vinculasse. Centenas de anos após o surgimento do sistema constitucional tal debate ainda continua, mas um certo consenso começa a surgir de que ainda que o sistema constitucional não seja perfeito, a alternativa seria caos e tirania. Talvez isso possa servir de lição para o universo que a sociedade virtual, a internet, busca criar. Ainda que uma potencial regulação incorra no risco de prejudicar futuras inovações, ela o faz com o objetivo de assegurar uma participação ampla e democrática a todos os usuários dessa tecnologia.

CONCLUSÃO

Colón-Rios (2012) defende que longe de negar a democracia, o constitucionalismo cria uma estrutura ordenada que permite que as pessoas tomem decisões políticas: “visto corretamente, o constitucionalismo e o Estado de direito não estão em conflito com a democracia; ao contrário, eles são essenciais para ela”. A regulação da sociedade pela constituição, portanto, é necessária para o progresso harmônico desta. Ainda que apresente falhas, não se contemplam alternativas que pudessem apresentar tão bons resultados concretos.

A internet passa por uma fase de amadurecimento necessária. O otimismo inicial da tecnologia vem dando lugar a um realismo com relação à necessidade de regulação. Isso é ótimo. Ainda que um desenvolvimento sem qualquer restrição tenha a capacidade de trazer inovações como os computadores da Apple, ele também traz consigo a comercialização de itens nazistas. Um tipo de supervisão, uma lei ou constituição, tornam-se elementos fundamentais para que esse crescimento possa continuar a ocorrer de maneira segura para todos os usuários dessa tecnologia revolucionária.

Comparando-se a idade das sociedades, a internet tem pouco mais de 60 anos, enquanto sociedades que se valem de regimes constitucionais são centenárias. Há muito espaço ainda para debates e amadurecimento da regulação do ambiente digital. Espera-se com esse artigo ter-se cumprido o objetivo de trazer à tona esse interessante tópico.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Fórum Econômico Mundial de Davos, 8 de fevereiro de 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics**. Yale University Press, 1986.

CÓLON-RIOS, Joel. Weak Constitutionalism Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power. **Routledge Research in Constitutional Law**, 2012.

GOLDSMITH, Jack; WU, Timothy. Digital Borders. **Legal Affairs**, janeiro de 2006.

JOHNSON, David R.; POST, David. Law and Borders The Rise of Law in Cyberspace. 48 **Stanford Law Review** 1367, 1996.

KERR, Orin S. The Problem of Perspective in Internet Law. 91 **Georgetown Law Journal** 357, 2003.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. 157 **University of Pennsylvania Law Review** 707, fevereiro de 2009.

LEMONAKI, Dionysia. **A Brief History of the Internet – Who Invented It, How it Works, and How it Became the Web We Use Today**. freeCodeCamp, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.freecodecamp.org/news/brief-history-of-the-internet/>.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. Basic Books, 2006.

PAIXÃO, Cristiano. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In: SEELAENDER, Airton (org.). **História do Direito e construção do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SEIDMAN, Louis Michael. **On Constitutional Disobedience**. Oxford University Press, 2013.

THAYER, J. B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Em: **Legal Essays** (Boston: The Boston Book Co., 1908).

ZITTRAIN, Jonathan. **The Future of the Internet and How to Stop It**. Yale University Press, 2008.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL NO METAVERSO

CRISTINA BAUM DA SILVA¹

RESUMO: Investigação bibliográfica e científica, mediante revisão de documentos e legislação, com o emprego do método hipotético dedutivo, acerca da função social da propriedade intelectual no Metaverso. Trata-se de um instituto jurídico previsto como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, na qual sua aplicabilidade neste novo ambiente virtual tem grande relevância jurídica para as empresas e usuários da plataforma, evitando-se assim um possível uso descontrolado de bens incorpóreos em um espaço que, supostamente, não há regras estatais ou normas constitucionais para seguir. Subdividido em 3 títulos, o presente texto aborda o conceito do Metaverso na visão de Mark Zuckerberg e na sequência os conceitos de cada instituto da Propriedade Intelectual, como marcas, patentes, desenho industrial, direitos autorais e até indicação geográfica e, como as empresas multinacionais e criadores permanecem usando autarquias e institutos federais para se protegerem de uma possível concorrência desleal e o uso desenfreado de bens e serviços por usuários. Por fim, destaca-se a importância de manter a gestão de tais registros de propriedade intelectual, pois é o que traz a segurança jurídica necessária para que tanto o Metaverso quanto órgãos estatais possam agir devidamente em casos de contrafação de usuários de internet.

Palavras-chave: Facebook - Função Social – Metaverso – Propriedade Industrial – Propriedade Intelectual

INTRODUÇÃO

O ser humano é naturalmente sociável e instintivamente criativo, ou seja, onde quer que a humanidade esteja, irá relacionar-se com algum semelhante e fluentemente irá imaginar, gerar e/ou fabricar um novo invento. Partindo desse pressuposto, se questiona como a pro-

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista CAPES, MBA em Gestão Jurídica aduaneira e negócios internacionais pela ABRACOMEX, pós graduada em Direito Internacional Público e Direito Privado pela UFRGS, especialista em Direito Eletrônico pela Estácio de Sa, Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9202590567485390>. E-mail: cristina.baums@gmail.com

priedade intelectual, um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, se manterá e se garantirá no novo ambiente interativo criado por Mark Zuckerberg², o Metaverso.

Com o apoio de pesquisas em textos jornalísticos e bibliografia científica, o objetivo do artigo é discorrer sobre a importância da proteção e da valorização dos bens imateriais no Metaverso, com o emprego do método hipotético-dedutivo. Este novo espaço virtual, na qual marcas, artistas, *gamers* e usuários de internet poderão interagir tal qual na vida real, adquirindo bens e serviços. Em razão disto é necessário investigar como as empresas vêm protegendo seus produtos intangíveis e o comportamento de seus clientes em relação a tais produtos.

Observando o atual cenário, onde os indivíduos como a denominada “geração Z”³ por exemplo, raramente socializam no plano físico, mas expressivamente no plano virtual, com celulares nas diversas plataformas digitais existentes e, cada vez mais dependentes da internet, tornando a instantaneidade obrigatória, ao que tudo indica, Mark Zuckerberg, dono da maior plataforma social do mundo, o Facebook⁴, agora Metaverso, acredita que todos devemos “viver” parte da nossa vida dentro da internet⁵.

² Mark Zuckerberg é criador e diretor executivo das redes social Facebook/Meta, bem como dos aplicativos Whats App e Instagram.

³ Nascidos após 1995, é a geração que se relaciona e se informa através da internet, não diferenciando a vida online da vida offline. Fonte: **El País**. Conheça a Geração Z: nativos digitais que impõem desafios às empresas. Fonte: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/20/politica/1424439314_489517.html. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁴ Fonte: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁵ De acordo com a pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial, um quarto da população mundial passará 1 hora por dia no Metaverso em 2026, para realizar atividades como estudar em salas de aulas virtuais, construir casas e prédios e comprar terrenos virtuais, entre outros. Publicado em: 31 de março de 2022. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2022/03/hour-a-day-in-metaverse-by-2026-says-gartner/>. Acesso em: 20 out. 2022.

Para tanto, o artigo inicia narrando como e quando o Metaverso foi construído e as expectativas de Zuckerberg para a plataforma. Na sequência é apresentado quais os institutos da propriedade intelectual, vêm sendo explorados na plataforma e o comportamento que grandes marcas de luxo vêm adotando. Vislumbra-se pelo decorrer da pesquisa que pelo comportamento de empresas internacionais é de suma importância a proteção de suas criações intelectuais.

No terceiro capítulo é destacada a função social da propriedade intelectual e da propriedade industrial, como direito fundamental que é, com um recorte no Metaverso, apontando a importância de empresas e criadores manterem sob proteção e registro as marcas, as patentes, os direitos autorais e demais bens incorpóreos, como sua principal estratégia comercial e como medida preventiva de eventuais abusos de liberdades de usuários e a concorrência desleal.

1 O METAVERSO

Se antes o Metaverso era objeto de estudo da filosofia e utilizado no mundo dos *games* e em filmes de ficção científica, para Mark Zuckerberg, proprietário da rede social Meta (o antigo Facebook) o Metaverso “é a expressão final da tecnologia social e será o sucessor da internet móvel”⁶.

É possível conceituar o Metaverso como um espaço online, ininterrupto, de realidade aumentada, onde os usuários de internet, através de seus óculos de realidade virtual e seus avatares⁷, poderão exercer quase todas as atividades sociáveis possíveis tal como no plano físico.

⁶ DESIDÉRIO, Mariana. Metaverso: O plano de Zuckerberg para dominar o futuro da internet. **Revista Exame**. Publicado em: 18 de outubro de 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/metaverso-o-plano-de-zuckerberg-para-dominar-o-futuro-da-internet/>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁷ Avatar é a manifestação corporal de alguém no espaço cibernético. Fonte: <https://www.significadosbr.com.br/avatar>. Acesso em: 20 out. 2022.

Já é possível realizar atividades como, por exemplo, reuniões de trabalho em algum escritório virtual, comprar e vender terrenos, comercializar bens e serviços, assistir concertos musicais, encontrar e conhecer pessoas de outras cidades ou países. Trata-se “de uma internet incorporada na qual você está na experiência, não apenas olhando para ela”⁸ na qual pode mudar o percurso da história da humanidade em diversos fatores como psíquicos, culturais, sociais e jurídico.

Muito embora Zuckerberg vem trabalhando para transformar a rede social Facebook em Metaverso desde 2020, a palavra Metaverso não é uma expressão nova. Tal expressão foi utilizada pelo escritor Neal Stephenson no livro *Snow Crash*, de 1992, lançado no Brasil com o título de *Nevasca*. Na história, o Metaverso é explicado como um lugar imaginário no meio digital criado por alguns programadores, que reproduz o meio físico, com ruas, casas, produtos, lojas, pessoas, etc⁹.

Seu significado vem da junção do prefixo “meta” (do grego, além), com a palavra universo. Refere-se amplamente à ideia de um “universo 3D online”¹⁰, em que seria possível combinar diferentes espaços virtuais¹¹.

⁸ ZUCKERBERG, Mark. **Founder’s Letter**, 2021. Meta. Publicado em 08 de outubro de 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁹ CARDOSO, Oscar Valente. Busca e apreensão no metaverso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6958, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99157>. Acesso em: 22 jul. 2022.

¹⁰ Significa Um espaço virtual com três dimensões, altura, largura e profundidade, tornando o mais real possível.

¹¹ SILVA, Caio Belarmino Aragão, LEMOS, Taís Bigarella. e CHWARTZMANN, Alexandre Elman. Disputa e proteção de marcas no Metaverso. **Revista Consultor Jurídico**, Publicado em: 7 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/opiniao-disputa-protecao-marcas-metaverso>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Este novo mundo abstrato, que sempre esteve no imaginário de *gamers* e internautas, de acordo com Jon Radoff, designer de videogames e empresário, é composto por sete camadas¹²:

(i) A infraestrutura: Este é o lugar onde 5G e futuro 6G redes de conexões, WiFi ou componentes de *hardware* como RAM e GPU dos dispositivos são necessários para seu funcionamento.

(ii) A Interface humana: tudo isso deve ser suportado por uma série de componentes que os usuários usarão. Trata-se de elementos como dispositivos móveis, *wearables*, além de tudo que se usa para manuseá-los.

(iii) A descentralização: Questões relacionadas NFTs ou de *Blockchain* fazem parte desta camada. Além disso, tudo relacionado à inteligência artificial deve ser acrescentado.

(iv) A tecnologia avançada: para formar o metaverso é preciso das tecnologias mais recentes, como, por exemplo, a realidade virtual e realidade aumentada, bem como todos os tipos de Componentes 3D.

(v) Economia adaptada: O Metaverso irá movimentar uma grande quantia de dinheiro entre as empresas que passaram a fazer parte desse entretenimento. Isso exigirá uma infinidade de ferramentas de *design*, mercados de ativos, fluxos de trabalho personalizados.

(vi) Descobertas futuras: tudo isso levará a uma infinidade de descobertas e novas tecnologias avançadas. O conjunto afetará diretamente a vida dos usuários tanto socialmente, como lazer e, claro, profissional.

(vii) Novas experiências: finalmente, o Metaverso terá uma influência direta no comércio eletrônico, jogos, redes sociais, ou a transmissão de todo tipo de conteúdo via *streaming*.

¹² SINHA, Sritanshu. The opportunities and risks of the Metaverse for small businesses. **Cointelegraph**. Publicado em: Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/the-opportunities-and-risks-of-metaverse-for-small-businesses>. Acesso em: 21 jul. 2022. (Tradução da autora)

De acordo com a carta de Zuckerberg, seu objetivo com essa inovação é o mesmo: conectar pessoas, permitindo melhores experiências sociais do que qualquer coisa que exista hoje. Ele afirma que “o metaverso não será criado por uma empresa. Ele será feito por criadores e desenvolvedores fazendo novas experiências e itens digitais que serão interoperáveis e destravarão uma economia criativa muito maior do que a atual, presa a plataformas e suas políticas”¹³.

O que vêm preocupando a sociedade jurídica e tornou-se objeto de estudo para pesquisadores e acadêmicos são questões relacionadas a privacidade, a proteção de dados, os bens virtuais, os negócios jurídicos e a propriedade intelectual no Metaverso, sendo este último o objeto de estudo do presente texto e como passamos a abordar.

2 CONCEITOS E INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO METAVERSO

O direito à propriedade intelectual é um direito autônomo não vinculado ao seu criador ou a própria atividade para a qual foi originalmente idealizado. É um termo correspondente às áreas do direito que englobam sinais distintivos, criações industriais, o direito autoral, e a repressão a concorrência desleal. Enfim, toda a proteção jurídica conferida às criações oriundas do intelecto¹⁴.

A propriedade intelectual, segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), está dividida em duas grandes categorias: a propriedade industrial, que é o ramo do direito que visa proteger os direitos sobre patentes de invenção, modelo de utilidade, desenho ou modelo industrial, marcas de fábrica ou de comércio, marcas de serviço, nome comercial e indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como falsas indicações geográficas e a repressão da concorrência desleal e os direitos autorais, abrangendo trabalhos literários e artísticos e, a cultura imaterial, como romances, poemas, pe-

¹³ ZUCKERBERG, 2021.

¹⁴ BARBOSA, 2008

ças, filmes, músicas, desenhos, símbolos, imagens, esculturas, programas de computador, *sites* de internet, entre outros¹⁵.

Os direitos de propriedade intelectual são instrumentos que permitem uma proteção jurídica, que tende a garantir, ao seu titular, a recuperação de investimentos na pesquisa e no desenvolvimento tecnológicos e uma proteção econômica, ao permitir a exclusividade de processo industrial, de comercialização de produtos e serviços, de signos distintivos e obras artísticas, científicas ou literárias¹⁶.

Historicamente, o Brasil faz parte de diversos acordos internacionais que fizeram significativos avanços na legislação interna, sempre demonstrando aos seus parceiros econômicos que vem acompanhando o crescimento dos mesmos ao rapidamente assinarmos e ratificarmos a Convenção de Paris, de 1883, para a Proteção da Propriedade Industrial com o objetivo de trazer um padrão para as normas de propriedade industrial, na qual sofreu revisões recorrentes, a saber: Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967)¹⁷. O mesmo se fez com a Convenção de Berna, de 1886¹⁸, para assuntos de direito autoral.

Com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e com o objetivo de sanar pendências existentes nas Convenções de Paris e de Berna, instituiu-se a OMPI, em Estocolmo, que ficou responsável pela organização e administração dos acordos multilaterais sobre a propriedade intelectual, e se propôs o fim da divisão entre direitos de autores e de inventores, rotulando assim a propriedade intelectual como gênero¹⁹. Estas medidas acarretaram na criação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em 1970, e, simultaneamente, na aprovação do Código da Propriedade Industrial, de nº 9.279/96, a Lei nº 9.456,

¹⁵ BARBOSA, 2003.

¹⁶ PIMENTEL E BARRA, 2007.

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0635.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁹ NASIHGIL, 2014.

de 1997, sobre cultivares; Lei nº 9.609, de 1998, programa de computador, e a Lei nº 9.610, de 1998, de direitos autorais.

Na Carta Magna de 1988, no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”²⁰, é assegurado aos brasileiros e estrangeiros, residentes no Brasil ou não, a inviolabilidade do direito de propriedade, bem como aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, assim como assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a utilização e proteção às criações, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes empresariais, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Entretanto, tais direitos e garantias fundamentais vêm sendo estudados e questionados quando se trata de Metaverso.

A lei de propriedade industrial, traz os institutos da patente, do desenho industrial, das marcas, da indicação geográfica, da concorrência desleal e suas limitações com a intenção de desenvolver a tecnologia e a economia no país.

As patentes são títulos de propriedade temporária outorgadas pelo Estado a criadores ou inventores de novos produtos e serviços. A patente de utilidade ou patente de invenção que tenha aplicação industrial é analisada pelo INPI, autarquia federal, atualmente vinculado ao Ministério da Economia. Após esta análise, o detentor do pedido de depósito de patente recebe a Carta de Registro de Patente na qual obtém o direito de impe-

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

dir que terceiros usem e comercializem sua criação sem a devida licença. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar o detalhamento de todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente.

Ao contrário do Brasil, nos Estados Unidos da América existem três opções de patentes: patentes de utilidade, patentes de *desing*²¹ e patentes de plantas, podendo o requerente formular um requerimento perante ao USPTO. Enquanto que no Brasil há legislação própria para tratar de cultivares²², circuitos integrados²³, desenho industrial²⁴ e *software*²⁵, nos Estados Unidos, há apenas a *Patent Law*²⁶.

²¹ A patente de *desing* protege a aparência de um artigo. **O desing (desenho, em português) consiste nas características ornamentais visuais incorporadas ou aplicadas a um artigo de fabricação.** Fonte: <https://www.uspto.gov/patents/basics/types-patent-applications/design-patent-application-guide#def>. Acesso em: 20 out. 2022.

²² A lei de cultivares trata da proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar, sendo este considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País. **Lei nº 9456/97.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9456.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

²³ A lei de proteção componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados vide **Decreto Lei nº 10.615, de 29 de janeiro de 2021.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10615.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁴ Desenho industrial é a forma plástica ornamental de um objeto tridimensional ou um conjunto ornamental de linhas e cores configurando estética bidimensional que possa ser aplicada um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa que possa servir de tipo de fabricação industrial, conforme definido no Art. 95 da lei nº 9.279/96. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁵ A lei nº 9.610/98, lei de direitos autorais, também protege em partes programas de computador, o *software*. Porém pela natureza claramente tecnológica dos programas de computador, foi introduzida a lei 9.609/98, resultando na proteção aos programas de computador (BARBOSA, 2000), contemplando tão somente o conjunto de instruções que fazem com que o computador supra as funções, nada dispendo sobre o material de apoio ou descrição, que são protegidos pelo direito autoral. Ou seja, o que se protege é anotação a linguagem o conjunto de instruções que formam o software e, não o resultado (AREAS, 2007)

²⁶ Estados Unidos da América. **Code Title 35 – Patents.** Disponível em: https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

De acordo com a *Financial Times* a Meta patenteou diversas tecnologias que manipulam os dados biométricos dos usuários para ajudar a alimentar o que o usuário vê e garantir que seus avatares digitais sejam animados de forma realista²⁷.

Segundo o Escritório de Patentes e Marcas Registradas dos Estados Unidos (USPTO), até março de 2022 foi depositado oito pedidos de patentes²⁸, dentre essas patentes envolvem serviços relacionadas à tecnologia de rastreamento de olhos e rosto, normalmente coletada em um fone de ouvido por meio de pequenas câmeras ou sensores, que podem ser usados para aprimorar a experiência de realidade virtual ou aumentada de um usuário²⁹.

Os planos futuros da Meta incluem o lançamento de novas plataformas de redes sociais, *software* de computador, serviço de *e-commerce*³⁰, serviços de telecomunicações para detentores de ativos digitais, serviços de transações financeiras relacionados a tokens³¹, ativos em *blockchain*³², criptomoedas³³ e outros ativos virtuais, além de uma

²⁷ MURPHY, Hannah. *Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse*. **Financial Times**. Publicado em: 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁸ Cointelegraph Brasil. **Exame**. Facebook registra patentes para metaverso e inclui negociação de cripto. Publicado em: 23 de março de 2022 Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/facebook-registra-patentes-para-Metaverso-e-inclui-negociacao-de-cripto/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁹ MURPHY, Hannah. *Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse*. **Financial Times**. Publicado em: 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647>. Acesso em: 22 jul. 2022..

³⁰ Comércio eletrônico em português.

³¹ Ficha ou símbolo em português. Trata-se de um dispositivo físico ou digital para gerar senhas.

³² *Blockchain* é a tecnologia que fornece os meios para registrar e armazenar transações Bitcoin, mas ela pode ter muitos outros usos. Fonte: **Época Negócios**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tudo-sobre/noticia/2022/05/blockchain-o-que-e-como-funciona-e-para-que-serve-entenda-seo22.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

³³ Trata-se de uma moeda digital descentralizada e com alta volatilidade no mercado de criptoativos.

plataforma de publicidade focada no Metaverso. Além disso, serviços de entretenimento e publicação digital com suporte à Realidade Virtual (VR), juntamente com uma linha de *wearables*³⁴ de VR, também estão no radar da Meta³⁵.

Outro conceito importante para o funcionamento do Meta é a interoperabilidade. Para que os usuários possam transitar nos diversos ambientes e utilizar seus avatares personalizados, bem como, se conectar com o maior número de pessoas possível, é necessário que as tecnologias utilizadas para o acesso sejam compatíveis e se comuniquem entre si. Na formatação atual de mercado, cada empresa desenvolve tecnologias que funcionam exclusivamente em seus produtos — por exemplo, nos jogos de videogame ao adquirir o jogo há compatibilidade com este ou aquele aparelho, os acessórios de celular também funcionam assim e existem até aplicativos de celular que funcionam somente em iOS³⁶ ou somente no Android³⁷. Ou seja, novas patentes serão criadas e implementadas para atender às finalidades de conexão sem precedentes. As formas pelas quais o consumidor distingue produtos e serviços de sua preferência são basicamente as marcas comerciais e as indicações geográficas.

A marca pode ser entendida como um sinal gráfico escrito ou simbolizado que serve para distinguir um produto ou um serviço de igual ou semelhante³⁸. Sua função primária é a de proteger os interesses do

³⁴ Trata-se de um dispositivo móvel como relógio, óculos, fones de ouvido no qual vestimos.

³⁵ Cointelegraph Brasil. **Exame**. Facebook registra patentes para metaverso e inclui negociação de cripto. Publicado em: 23/03/2022 Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/facebook-registra-patentes-para-Metaverso-e-inclui-negociacao-de-cripto/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

³⁶ Sistema Operacional móvel dos produtos da Apple.

³⁷ SILVA, Heloisa Helena. Os desafios do Metaverso diante dos princípios responsáveis pela inovação. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em: 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-15/opiniao-desafios-Metaverso-diante-principios-inovacao>. Acesso em: 22 jul. 2022.

³⁸ GOYANES, 2007.

titular. Enquanto de forma secundária atenda aos interesses públicos do consumidor³⁹.

O artigo 123 da Lei de Propriedade Industrial classifica as marcas quanto ao uso em marcas de produtos ou serviço, marca de certificação, que atesta a conformidade do produto com as normas, dadas pelos órgãos oficiais de controle de qualidade, como o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia), por exemplo e, as coletivas que por seu turno é visualmente perceptível destinado a distinguir um produto ou serviço, de outro idêntico semelhante ou afim tendo por origem a atividade empresarial de natureza coletiva, como por exemplo cooperativas. É necessário atentar para os sinais. Para uma descritiva seja um índice constituídos por elementos figurativos expressão escrita ou ambos. Que nos genéricos já que esses não atendem a função distintiva da marca e dificultam a identificação de produto ou serviço por parte do consumidor⁴⁰.

Diversas marcas de luxo já se encontram no Metaverso, como Nike, Ralph Lauren, Itaú, Gucci, Vans, Lojas Renner, entre outras. Diante das possibilidades existentes neste novo cenário, as marcas viram o Metaverso como uma oportunidade o nicho dos games e para os usuários⁴.

Desde a inauguração desse novo espaço de convívio, houve um aumento nos pedidos de registro de marcas, principalmente de grandes empresas, para proteção dentro de ambientes virtuais. Os pedidos vêm dos mais diferentes setores, a fim de garantir a proteção à marca quando referente a bens virtuais e à atuação e realização de transações dentro destes universos⁴¹.

³⁹ COPETTI, 2008.

⁴⁰ COPETTI, 2008.

⁴¹ SILVA, Caio Belarmino Aragão, LEMOS, Taís Bigarella. e CHWARTZMANN, Alexandre Elman. Disputa e proteção de marcas no Metaverso . **Revista Consultor Jurídico**, Publicado em: 7 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/opiniaao-disputa-protecao-marcas-metaverso>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Tendo em vista da territorialidade da proteção conferida por um registro de marca, é recomendável que as empresas também passem a levar em consideração os locais que possuem os maiores números de provedores e usuários do Metaverso ao escolher as jurisdições para registrar suas marcas⁴².

Além das marcas e patentes, a Meta pretende lucrar com seu mundo virtual, com publicidade hiper direcionada e conteúdo patrocinado. Isso inclui propostas para uma “loja virtual” onde os usuários podem comprar produtos digitais ou itens que correspondam a produtos do mundo real que foram patrocinados por marcas⁴³.

O importante é que, se houver o interesse da empresa na expansão e inserção no Metaverso, é necessário realizar os pedidos de depósitos de registro de marca nas devidas especificações de produtos e serviços e na Classes Nice compatíveis com os novos ativos, garantindo, assim, o direito sobre a marca também dentro dessa nova realidade virtual⁵.

O reconhecimento das indicações geográficas traz benefícios econômicos aos países na medida em que fomenta a economia local, torna os produtos nacionais mais competitivos, gera emprego entre outros fatores. A intenção desta proteção jurídica está relacionada especificamente a região em que o produto ou serviço oferecido. Neste sentido as indicações geográficas trazem credibilidade aos produtos ou serviços estando associados à cultura, tradição e história de uma região⁴⁴. Para tanto se questiona se seria possível a certificação de indicação geográfica de produtos ou serviços no Metaverso, considerando

⁴² BARROSO, Pedro., Fraccaroli, Jana., Assola, Jose Humberto Deveza. Como combater a pirataria no Metaverso. **Revista Exame**. Publicado em: 30 de março de 2022. Disponível em: <https://exame.com/bussola/como-combater-a-pirataria-no-metaverso/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

⁴³ MURPHY, Hannah. *Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse*. **Financial Times**. Publicado em: 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647>. Acesso em: 22 jul. 2022.

⁴⁴ LOCATELLI, 2008.

que existem e existirão diversos espaços privados, onde os usuários só terão acesso mediante autorização.

A intenção do Metaverso é de recriar um ambiente digital tal qual o mundo real, sendo fundamental neste universo a construção conotações geográficas, o Sistema de Informações Geográficas (GIS). O principal exemplo de uso do GIS é possibilitar uma experiência imersiva neste novo universo, ou seja, integrar diferentes modelos de dados geoespaciais, dados 3D, dados de terrenos, imagens, nuvens de pontos, sensores, realidade aumentada ou realidade virtual, prédios e construções, cidades, entre outros. Tudo isso requer a representação geográfica, ou seja, uso de plataforma de localização, para que seja possível recriar um gêmeo digital do mundo real⁴⁵.

Logo, empresas de tecnologia, ou fazendas, por exemplo, que operarem no Metaverso, ao “internacionalizarem” seus produtos ou serviços poderiam requerer seu certificado de indicação geográfica, mediante devida comprovação⁴⁶.

As proteções jurídicas de criações artísticas científicas ou literárias são compreendidas pelo direito autoral. O principal suporte aos direitos autorais é a lei 9.610/98, que compreende efetivamente uma consolidação de direitos autorais, ao mesmo tempo que o direito do autor é reconhecido e protegido pelo Estado, a Constituição Federal, direito coletivo a cultura, a educação, a informação e ao desenvolvimento tecnológico⁴⁷.

⁴⁵ CRUZ, Jeferson. As informações geográficas entre as principais bases tecnológicas para o Metaverso. **Tiinside**. Publicado em: 17 de março de 2022. Disponível em: <https://tiinside.com.br/17/03/2022/as-informacoes-geograficas-entre-as-principais-bases-tecnologicas-para-o-metaverso/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

⁴⁶ Como exemplo, tem-se a Indicação Geográfica “Porto Digital”. Trata-se de um IG situada no centro da região metropolitana de Recife/PE, Brasil, de 100 hectares considerada como sítio histórico de Recife. As empresas do Parque Tecnológico Porto Digital atuam na prestação de Serviço de Tecnologia de Informação e Comunicação através de desenvolvimento, manutenção e suporte de Inteligência Artificial Fonte: **INPI**

⁴⁷ WACHOWICZ; GIBRAN, 2015.

Partindo dessa premissa, o direito autoral busca alcançar todos os interesses e direitos pertinentes ao criador ao autor ao pesquisador artista entre outros em relação a sua obra estendendo-se a distribuição a reprodução a publicação e a eventual comercialização da mesma. Ou seja, mais do que a tutela moral e subjetiva do autor guarda também os interesses de natureza patrimonial em relação à obra⁴⁸.

No Metaverso, as obras artísticas podem representar um problema para os criadores de conteúdo diante da dificuldade de controlar a violação de direitos autorais⁴⁹ ou uma possível solução como prova de anterioridade das obras de arte disponibilizada por autores, como é o caso das NFTs (*non-funfible tokens*)⁵⁰ e demais obras artísticas.

Outro ponto positivo em relação ao Metaverso e os direitos autorais é a respeito dos eventos pagos como teatro, shows e demais tipos de atividades de entretenimentos culturais que geram ativos para artistas através de seus avatares.

Os institutos da propriedade intelectual estão voltados para a situação específica ou fatos específicos e, em atenção a legislação internacional, demais institutos, com características particulares. Passamos a analisar no próximo capítulo a funções sociais da propriedade intelectual combinado às suas limitações.

⁴⁸ WACHOWICZ; GIBRAN, 2015.

⁴⁹ PASSOS, Cleylton Mendes. Desafios legais diante da criação da Metaverso. **Migalhas**. Publicado em: 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354825/desafios-legais-diante-da-criacao-da-Metaverso>. Acesso em: 22 jul. 2022.

⁵⁰ NFT é um código de computador, criado por tecnologia que utiliza a *Blockchain*, usado para autenticar um arquivo e garantir que ele é único. É um certificado de um ativo econômico não-fungível, cujas as unidades podem ser trocadas sem ter seu valor alterado. Por meio de um NFT, o adquirente não irá obter, obrigatoriamente, a propriedade ou a posse do arquivo digital ou da obra física porventura existente. Não podemos confundir, portanto, o NFT com o direito ou o bem a que ele se refere (GOMES, 2021).

2.1 Da função social da Propriedade Intelectual

A propriedade intelectual pode ser conceituada, simploriamente, como o direito de uma pessoa sobre um bem imaterial, ou seja, intangível. Ela é a área do direito que se ocupa das criações do intelecto humano, permitindo que o seu idealizador obtenha benefícios do produto ou processo por ele desenvolvido⁵¹.

A propriedade intelectual integra um instituto capitalista. Tal instituto possibilita ao trabalhador, que tem como atividade o exercício criativo, tutelar suas realizações como se fosse um prêmio e incentivo pelo esforço criativo que permite o progresso da ciência e desenvolvimento da sociedade⁵².

O direito da propriedade industrial e sua tutela representam um direito fundamental, limitando as interferências estatais desproporcionais e pouco razoáveis, pois se trata de uma área muito relevante para o próprio interesse público e como instrumento estratégico de desenvolvimento e ganho de competitividade⁵³. Seguindo as normas constituintes de direito fundamental à propriedade. Percebe-se que a recompensa é o motor principal desses fundamentos⁵⁴.

Assim como o direito de propriedade, o direito de autor também tem seus aspectos umbilicalmente ligada à função social destituindo o seu titular do direito absoluto como autores se defendia. Assim personaliza também o direito de autor estabelecendo como objeto de proteção maior a dignidade humana na defesa do direito a cultura a educação e a informação da sociedade⁵⁵. O fato de os direitos autorais terem uma importância social e cultural que transcendem o interesse meramente individual e o direito coletivo é de difícil alcance.

⁵¹ ROCHA;PALOMO, 2017.

⁵² CABRERA, 2016.

⁵³ PEIXOTO NETO, 2013.

⁵⁴ BARBOSA, 2008.

⁵⁵ REIS, 2008

As invenções bem como os demais bens de propriedade industrial devem ser empregadas de modo a satisfazer as necessidades da coletividade com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento, cabendo ao Estado valer-se de meios que conduzam ao emprego produtivo dos bens⁵⁶.

A função social é alcançada com a manutenção de um fluxo de criação e circulação de informação criando-se um valor econômico e social. Quando a proteção é excessiva ou desregulamentada, perde-se a função de incentivo, sociais e políticas. Para isso, a Carta Magna aponta como norma, no art. 170, a manutenção da ordem econômica, estabelecendo que a livre concorrência é necessária para manter o equilíbrio das relações econômicas estabelecidas dentro do seu território.

Os institutos de propriedade intelectual têm que ser os limites da proteção. E tem importância ainda maior pelas implicações na análise dos bens individuais como informação e, especialmente devido aos efeitos que os referidos limites apresentam no mercado. O primeiro limite a ser considerado refere-se à definição e à improbidade das informações em abstratos, como por exemplo, as patentes de invenção, com o prazo 20 anos. O segundo decorre da lógica do primeiro está vinculado à demarcação das fronteiras do domínio público.

Os direitos patrimoniais que decorrem da propriedade intelectual são temporários, com prazos variáveis segundo cada uma das espécies, e o seu principal efeito econômico é que permitem a exclusividade de uso do seu objeto no território do país onde estão protegidos. Neste sentido, pode-se exemplificar que o titular de uma patente de invenção de um produto no Brasil pode impedir que outra pessoa industrialize ou comercialize este bem no mesmo território⁵⁷. Consequentemente, o titular de uma propriedade intelectual deve ter atenção ao escolher o instituto jurídico que assegurará a proteção desejada em virtude de seu escopo, procedimento e duração⁵⁸.

⁵⁶ BOCHEHIN, 2008

⁵⁷ BARRAL;PIMENTEL, 2008

⁵⁸ BARBOSA, 2008

É imperativo perceber como esse desequilíbrio atualmente forma pela qual a tutela autoral está disposta no ordenamento jurídico nacional e internacional. O privilégio aos interesses privados, especialmente no que diz respeito à sua esfera patrimonial, endureceu o regime de conciliação entre demandas públicas e privadas na utilização de obras autorais, restringindo as limitações aos direitos autorais cada vez mais taxativa e as possibilidades de exercício do direito de exclusividade cada vez mais largas⁵⁹.

As normas da Lei de Direitos Autorais apontam que os direitos patrimoniais do autor “perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil” (art. 41); o mesmo prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, serão contados “de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.” (art. 43). O descompasso entre o ordenamento jurídico e a realidade subjacente é nítido quando se aprofunda a análise sobre o papel reduzido que ao domínio público foi reservado pela doutrina autoralista nacional⁶⁰.

Segundo Cláudio R. Barbosa:

Em se tratando de propriedade intelectual, o domínio público deve ser compreendido como a somatória das informações livremente acessíveis.” Essa definição englobaria “as informações já utilizadas e aquelas que ainda não foram descobertas. Essas últimas poderão (ou não) ser apropriadas, dependendo do cumprimento dos institutos jurídicos existentes; se apropriadas deixarão, temporariamente, o conjunto do domínio público. O sistema jurídico que controla a separação temporária de uma ideia que contém determinados requisitos, do domínio público para um domínio privado, e suas consequências, é justamente o sistema da propriedade intelectual, visto por outro ângulo. (Propriedade

⁵⁹ SOUZA, 2018.

⁶⁰ SOUZA, 2018.

Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; pp. 99/100).

Por ser tradicionalmente reconhecido como uma situação na qual a utilização da obra pode ser feita com grande liberdade, sem qualquer pagamento ou remuneração devida, o domínio público não recebeu por parte da doutrina nacional o mesmo tratamento que aos regimes de exploração comercial da obra foi destacado⁶¹.

De todo modo, considerando que direitos de propriedade intelectual são refletidos em diversos tratados internacionais e que atos realizados no ambiente virtual trazem consequências reais, é evidente que direitos serão aplicados e crimes serão julgados eventualmente⁶².

No dia 21 de junho de 2022, o Ministério da Justiça e Segurança Pública divulgou que a Polícia Federal realizou a sua primeira ação de busca e apreensão no próprio Metaverso, em uma fase da Operação 404⁶³. A operação policial investiga a prática de crimes contra a propriedade intelectual (art. 184 do Código Penal⁶⁴) e contra a propriedade intelectual de autor de programa de computador (art. 12 da Lei nº 9.609/98⁶⁵), e as medidas adotadas nessa etapa decorrem de decisão judicial que determinou a prisão de onze pessoas, a remoção de sites ilí-

⁶¹ SOUZA, 2018.

⁶² GIGANTE, 2022.

⁶³ CARDOSO, 2022.

⁶⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

bitos e o bloqueio de mais de mil aplicativos (de música e de *streaming*), entre outras⁶⁶.

Além da consideração de estratégias comerciais e de proteção de marcas, ressalta-se também a importância de medidas preventivas de repressão a atos de concorrência desleal e contrafação na rede. Quando se reflete sobre tal assunto no Metaverso parece um tanto quanto turvo, uma vez que é levantado diversos questionamentos sobre como identificar os infratores e, conseqüentemente, como responsabilizá-los. Ainda, qualquer tipo de repressão também pode ser interpretado como uma forma de regulação e, sobre isso, mais dúvidas ainda surgem sobre quais seriam os limites desta regulação e como esta se daria respeitando os conceitos de *fair use* ou usos justos e legítimos nos termos da lei⁶⁷.

Tais questões já advertem que no Metaverso, onde não há fronteiras territoriais, órgãos internacionais, polícia federal e institutos jurídicos terão que se aperfeiçoar no combate a crimes contra a propriedade intelectual.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

⁶⁶ CARDOSO, 2022.

⁶⁷ GIGANTE, 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente foi questionado sobre a proteção do instituto da propriedade intelectual e dos bens imateriais no Metaverso. Para isso, foi realizada uma explicação conceitual do Metaverso e quais as superficiais intenções de seu proprietário, Mark Zuckerberg. Superficiais, tendo em vista que a criatividade humana é ilimitada e conforme os usuários da plataforma forem socializando e realizando novos negócios, novas necessidades surgirão.

Na sequência é abordado quais os bens imateriais estão sendo utilizados no Metaverso, com um destaque para as patentes da própria plataforma que vem sendo devidamente depositadas no USPTO, as marcas, que estão comercializando bens intangíveis no Metaverso, bem como fazendo depósitos de novos registros de marca no INPI para o seguimento e, os direitos autorais diante da nova oportunidade para artistas exporem e comercializarem obras artísticas autenticadas por NFT.

Por último, o tema central do presente artigo aponta que a função social da propriedade intelectual serve como medida de equilíbrio entre sociedade e detentores de bens intangíveis e, no Metaverso não poderá ser diferente.

Para que seja um universo frequentável e seguro para empresas e usuários, a rede social Meta terá que responsabilizar-se com a sociedade e com os órgãos internacionais e nacionais competentes, de forma direta e objetiva em eventuais contrafações intelectuais de *hackers* e um intenso combate à pirataria.

Se a intenção do Metaverso é replicar o mundo real, consequentemente as marcas terão que intensificar sua gestão de propriedade intelectual neste novo mundo, bem como readequar sua comunicação e *marketing* com seu público. O mesmo cuidado se estende aos artistas com o seu portfólio e acervo. É de conhecimento público que obras artísticas, científicas e literárias independem de registro de autoria,

porém no Metaverso, um ciberespaço carente de um policiamento, é aconselhável que toda obra de arte seja acompanhada de um código de identificação, como a NFT, por exemplo.

O instituto jurídico da função social tem como objetivo equilibrar eventuais abusos decorrentes do direito de propriedade assim como coibir a falsa sensação de que o que está na internet é bem público. Portanto, constata-se que os institutos da propriedade intelectual, seus titulares, os usuários da plataforma e as empresas que lá ofertam bens e serviços, não poderão ficar “flutuando” no Metaverso. Para que todos naveguem com segurança, o Metaverso deverá atuar em harmonia com a administração pública nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

ADOLFO; Rodrigo Moraes (Org.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Jurios, 2008. o

AGNE TYBUSCH, F. B.; IRIGARAY, M. C. A função social da propriedade intelectual: um olhar desde os conhecimentos tradicionais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, v. 3, p. 64-79, 2017.

AREAS, Patrícia de Oliveira. Propriedade intelectual do software: direito moral e desenvolvimento. In: Welber Barral, Luiz Otávio Pimentel. (Org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2006, v. , p. 103-128.

BARBOSA, Cláudio R.. **Propriedade Intelectual. Introdução à Propriedade Intelectual como Informação**.. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 1. 227p.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual** (2a.Ed). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1. 136op

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Organizadores. - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 448 p.;. ISBN: 85-87995-77-4.

BARROSO, Pedro., Fraccaroli, Jana., Assola, Jose Humberto Deveza. Como combater a pirataria no Metaverso. **Revista Exame**. Publicado em: 30 de março de

2022. Disponível em: <https://exame.com/bussola/como-combater-a-pirataria-no-metaverso/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL **Lei nº 9.456**, de 25 de Abril de 1997.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL, **Lei nº 11.484** de 31 de maio de 2007.

BRASIL, **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996

BRASIL, **Lei nº 9.610** de 19 de fevereiro de 1998.

BRASIL. **Decreto nº 635**, de 21 de agosto de 1992.

BRASIL. **Decreto nº 75.699**, de 6 de maio de 1975.

CABRERA, Rafaela Ferreira. O direito de propriedade intelectual. Centro Universitário Toledo Prudente. **ETIC 2016 - Encontro de Iniciação Científica** ISSN 21-76-8498.

CARDOSO, Oscar Valente. Busca e apreensão no metaverso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6958, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99157>. Acesso em: 22 jul. 2022.

COPETTI, Michele. Registro de Marcas - propulsor para o desenvolvimento?. In: Luiz Otávio Pimentel; Welber Barral. (Org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, v. 4, p. 203-231.

CRUZ, Jeferson. As informações geográficas entre as principais bases tecnológicas para o Metaverso. **Tiinside**. Publicado em: 17 de março de 2022. Disponível em: <https://tiinside.com.br/17/03/2022/as-informacoes-geograficas-entre-as-principais-bases-tecnologicas-para-o-metaverso/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

DESIDÉRIO, Mariana. Metaverso: O plano de Zuckerberg para dominar o futuro da internet. **Revista Exame**. Publicado em: 18 de outubro de 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/metaverso-o-plano-de-zuckerberg-para-dominar-o-futuro-da-internet/>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Estados Unidos da América. **Code Title 35 – Patents**. Disponível em: https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

GIBRAN, S. M.; WACHOWICZ, M.. **Direito autoral & economia criativa**. 22. ed. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. v. 1. 224p.

GOMES, D. d. (29 de 08 de 2021). NFTs no setor artístico: questões fiscais no Brasil. Fonte: **Portal do Bitcoin**: Disponível em: <https://portaldobitcoin.uol.com.br/NFTS-no-setor-artistico-questoes-fiscais-no-brasil/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

GOYANES, M. M. A. **Tópicos em Propriedade Intelectual**: marcas, direitos autorais, designs e pirataria. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1. 328p .

KLAMER, Arjo. Pensar economia criativa pede por outra ciência econômica: Introduzindo a abordagem “value based”. In: Leandro Valiati; Gustavo Moller. (Org.). **Economia criativa, cultura e políticas públicas**. 1ed.Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2016, v. 1, p. 07-14.

LOCATELLI, Liliana. **Indicações Geográficas e desenvolvimento econômico. Propriedade Intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2007, v. , p. 233-254.

MURPHY, Hannah. *Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse*. **Financial Times**. Publicado em: 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647>. Acesso em: 22 jul. 2022.

NASIHGIL, Arion Augusto Nardello. O Direito Internacional Da Propriedade Intelectual E Sua Regulamentação Através Do Acordo TRIPS. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, 2014.

PASSOS, Cleylton Mendes. Desafios legais diante da criação da Metaverso. **Mígalhas**. Publicado em: 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354825/desafios-legais-diante-da-criacao-da-Metaverso>. Acesso em: 22 jul. 2022.

PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de Sá. O Direito fundamental à Propriedade Intelectual: uma análise à luz do princípio do desenvolvimento tecnológico e econômico. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n. 2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo; Rodrigo Moraes. (Org.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 151-162.

ROCHA, M. N. M. Direito real, propriedade intelectual e função social: um diálogo de natureza indisciplinar. **Revista Vertentes do Direito**, v. 5, p. 38, 2018.

SILVA, Caio Belarmino Aragão, LEMOS, Taís Bigarella. e CHWARTZMANN, Alexandre Elman. Disputa e proteção de marcas no Metaverso. **Revista Consultor Jurídico**, Publicado em: 7 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/opiniaio-disputa-protECAo-marcas-metaverso>. Acesso em: 21 jul. 2022.

SILVA, Heloisa Helena. Os desafios do Metaverso diante dos princípios responsáveis pela inovação. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em: 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-15/opiniaio-desafios-Metaverso-diante-principios-inovacao>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: (lei n. 9.279, de 14-5-1996)**. 1ª edição, São Paulo: Editora: Saraiva.

SINHA, Sritanshu. The opportunities and risks of the Metaverse for small businesses. **Cointelegraph**. Publicado em: Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/the-opportunities-and-risks-of-metaverse-for-small-businesses>. Acesso em: 21 jul. 2022.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direitos Autorais, Desenvolvimento Tecnológico e Responsabilidade Civil. **RSDE. Revista Semestral de Direito Empresarial**, v. 7, p. 117-152, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. **Liinc em Revista**, v. 07, p. 664-700, 2011.

ZUCKERBERG, Mark. **Founder's Letter, 2021**. Meta. Publicado em 08 de outubro de 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/>. Acesso em: 20 out. 2022.

CAPÍTULO 4

PROPRIEDADE INTELLECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado

UNIÃO DAS FLORESTAS LATINAS: UMA MIRADA A PARTIR DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

GIOVANNA MARTINS SAMPAIO¹

JAQUELINE SAN GALO²

EMÍLIO BRITO³

RESUMO: O presente trabalho objetiva comparar criticamente a figura das patentes e dos conhecimentos tradicionais no cenário da América latina, sendo, portanto, relevante já que propõe uma perspectiva diferenciada de análise da PI no contexto contemporâneo latino-americano. Para tanto, este artigo contextualiza as decorrências históricas em relação à proteção dos bens intangíveis no Brasil, relativamente às principais normas internacionais sobre o tema. A metodologia aplicada refere-se à revisão bibliográfica, de cunho exploratório com uso de dados secundário e abordagem descritiva. Os resultados e discussões abarcam e traduzem o viés constitucional de proteção da propriedade intelectual enquanto direitos fundamentais a serem respeitados, articulando-se, conclusivamente, a necessidade de observância dos conhecimentos tradicionais em consonância com a busca do desenvolvimento sustentável aliado ao progresso técnico-científico a partir da efetividade dos diversos conhecimentos e direitos de propriedade intelectual.

Palavras-Chave: Latino-americano; Conhecimentos Tradicionais; Patentes.

¹ Advogada. Doutoranda em Ciência da Propriedade Intelectual pela Universidade Federal de Sergipe, UFS. Mestra pelo PROFNIT, UFBA. Mestrado LLM em *International Business Law* pela Universidade Livre de Bruxelas, ULB. E-mail: giovanna.martins@ufba.br.

² Advogada, Pesquisadora e Parecerista. Mestranda em Direito com enfoque em Propriedade Intelectual pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro dos Grupos de Estudos PINTEC/UFBA e Vida/UFBA. Especialista em Direito pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Pós-Graduada em Gestão de Negócios pela FGV/ISCTE- PT. E-mail: sangalojaqueline@gmail.com.

³ Advogado. Mestre em Direito com enfoque em Propriedade Intelectual pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Direito Privado Europeu pela *Università Mediterranea di Reggio Calabria* – UNIRC. E membro dos Grupos de Estudos PINTEC/UFBA e GEDAI/UFPR. E-mail: emilibritto.adv@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Desde o primeiro império no Brasil, já se sabia a importância da proteção patentária para o mercado nacional, o que se consubstanciava com a proibição desses direitos aos estrangeiros (ALMEIDA, 1991).

O Brasil, a partir da sua entrada na CUP, em 1883, passou a relativizar tais garantias, até aceitar, com o TRIPS, a entrada sobre muros das patentes estrangeiras, sob o pretexto de um desenvolvimento tecnológico potencial e futuro, que adviria desse tratado, o que ainda não ocorreu. Tal relativização rasgou as sucessivas Constituições Brasileiras e sua proteção conferida aos sujeitos nacionais, seus inventos e seu patrimônio.

Mais recentemente, através da CF/88, a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade foram constituídas como fatores limitantes potentes à livre iniciativa e assim tem de ser, efetivamente.

Ensina Denis Borges Barbosa, que desde a primeira regulamentação no Brasil, a partir de um alvará de D. João VI, já se previa que as patentes só seriam permitidas aos estrangeiros investidores no país, visando propiciar o efetivo desenvolvimento técnico e da Inovação no estado brasileiro.

Esta foi a quarta lei do mundo a tratar sobre o tema, editada em 28 de abril de 1809, demonstrando a posição de vanguarda que era vigente no âmbito nacional, integrando ainda um pacote desenvolvimentista e até protecionista visando alavancar a situação da nação de forma abrangente e na tentativa de promover a infraestrutura nacional:

ALVARÁ DE 28 DE ABRIL DE 1809

Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente Alvará com força de lei virem, que sendo o primeiro e principal objeto dos meus paternais cuidados o promover a felicidade pública dos meus fiéis Vassallos: Sendo muito conveniente que os inventores

e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões. (BRASIL, 1809)

Pois bem. Dito isso, passa-se a uma análise mais detalhada acerca do desenvolvimento dos Acordo TRIPS, bem como as suas consequências.

1 DESENVOLVIMENTO: O INFRUTÍFERO ACORDO TRIPS NO CENÁRIO BRASILEIRO

A grande questão hoje não é se há ou não a possibilidade da chamada “quebra de patentes”, porque é fato notório que ela ocorre/existe. Contudo, o mais importante é saber que essa estratégia visa manter os grandes países pesquisadores e produtores de medicamentos, sobretudo vacinas, nas grandes organizações mundiais, a saber a Organização Mundial de Saúde (OMS) e Organização Mundial de Comércio (OMC), bem como nos tratados que regulam, fixam e sedimentam as respectivas reações e repressões sobre comércio, e concorrência, e estruturando ao fim o sistema de marcas e patentes.

Pensamos que no momento que uma grande nação, desenvolvedora de vacinas via seus órgãos institucionais e aparatos públicos de ciência e tecnologia, dá o primeiro passo e sai da OMS, ele claramente

demonstra sua insatisfação e não-concordância com as diretrizes e regulamentos estipulados por essa entidade, se insurgindo contra esses regramentos da agência de saúde, inclusive sobre tornar as vacinas de uso universal principalmente em se tratando de contextos de necessidade e exceção sanitárias como a Pandemia da covid-19.

Os investimentos são grandes no desenvolvimento dessas drogas, e ressalta-se que a política nacionalista e isolacionista americana atual joga sempre, não apenas uma mas duas jogadas à frente, sempre mantendo e reservando a possibilidade de ganho mediante a proteção de suas patentes medicamentosas, ou, pior ainda, buscando a compra prévia e exclusiva de todos os exemplares e insumos para vacinar sua população, em larga escala, previamente a qualquer um dos demais Estados.

Acreditamos e reiteramos que não pode funcionar desta forma, sem o cumprimento das regras mais básicas do fair play nos mercados, pois os fármacos consistem num nicho/setor econômico e mercadológico diga-se extremamente atrativo e rentável.

Nesse contexto que se demonstra perpetuando através dos acontecimentos sucessivamente, os Estados Unidos acabam por “dever” aos países antes denominados de subdesenvolvidos, e hoje em desenvolvimento, quando à época do TRIPS, impuseram o sistema internacional de marcas e patentes, de forma irrestritas a realidades menos preparadas para desenrolarem seus ativos e bens de propriedade intelectual da forma como previsto. O acordo foi assinado em 1994 pelo Brasil, tendo validade a partir de 2000 no âmbito nacional de proteção.

Tal e qual um jogo de xadrez, e se, caso o segundo passo seja também deixar Organização Mundial de Comércio e/ou acordo TRIPS, temos duas consequências ou implicações críticas e essenciais a questionar. A primeira delas é exatamente como se dará a garantia à universalização das vacinas, para toda a humanidade, como bem comum e humanitário que deve ser?

Nesse recorte, salientamos a importância desse tipo de pesquisa reflexiva; Os BRICS, ao nosso ver, precisam desde já estar unidos para requisitar/pedir sanções se isso acontecer, trabalhando agora no seu fortalecimento e posicionamento em escala mundial.

Porque, historicamente à época da imposição de Sistema único de patentes, lembramos aqui ora que fora prometido, pelos países ricos, que auxiliariam ativamente e decisivamente no desenvolvimento de parques industriais e de inovação, incentivando a ciência e a tecnologia nos países onde foram impostas essas patentes farmacêuticas; diga-se que naquela época, o pacote envolveu uma espécie de subsunção/subscrição, ou seja, a adesão irrestrita.

Desses termos e instrumentos que permitiram que essas patentes medicamentosas fossem liberadas nessas nações sem passarem pelos devidos e verdadeiros sistemas nacionais de Concessão de cada país, posto que os direitos de propriedade intelectual são “soberanos na abrangência territorial onde é depositada a Invenção ou o modelo de utilidade.

O pretexto foi a proteção do investimento estrangeiro feito pelos Estados Unidos, sob a égide de uma falaciosa e fictícia segurança jurídica, através da busca dolosa de uma estabilidade jurídica enquanto estrangeiro em território nacional brasileiro.

Enfim, o futuro chegou, e tais investimentos nunca vieram nem foram feitos; Continuamos um entreposto comercial; cumpre ressaltar aqui que alguns dos integrantes dos BRICS nem sequer desfrutaram de mesma posição que o Brasil, de mero entreposto comercial de medicamentos, após a normalização mundial que adveio com o acordo TRIPS.

Assim, é extremamente difícil acreditar que uma agência vinculada à ONU tal qual a OMC consiga conter os desmandos, exigências e imposições do governo americano nas suas iniciativas contra a OMS.

Abordamos esse assunto na tentativa de evitar que ocorra com o comércio (OMC) da mesma forma que ora aconteceu com a saúde (OMS), pois vêm sendo reiteradamente sinalizadas e lançadas essas

estratégias similares de afastamento dos tratados e convenções internacionais assinados e até mesmo capitaneados pelos americanos, com falsas promessas de desenvolvimento aos países em menor nível de maturidade e infraestrutura tecnológicas e de P&D (pesquisa e desenvolvimento).

Essas promessas nunca se cumpriram; continuamos como um quintal, ou melhor, celeiro dos americanos, exportadores de commodities e compradores dos seus remédios, fabricados com suas pesquisas, sem dúvidas, mas muitas vezes, a partir de insumos fruto da nossa flora e biodiversidade.

Está mais do que provada a competência dos nossos organismos de pesquisa como Fiocruz e Instituto Butantã na produção de fármacos e vacinas acessíveis do ponto de vista sanitário.

E que, primordialmente, nossos parceiros deste e de outros continentes podem vir a se aliar ao nosso país nas tratativas e dinâmicas dos jogos geopolíticos, diplomáticos, internacionais e institucionais;

Lembremo-nos que somos grandes produtores e inventores de aviões, dominando tais técnicas, e que o motivo da nossa quase que perpétua disparidade e assimetria de industrialização está relacionado também à externalidades internacionais, e ao nosso posicionamento e forças nos tabuleiros globais.

A partir do que temos justamente que encontrar aliados para a Guerra e batalhas contemporâneas, hoje tecnológicas, informacionais, enquanto “armas” indiretas de exercício de poder e domínio eternamente existente e constante nas tratativas entre as nações.

Novamente, dizemos aqui, ante primaz essencialidade do contexto sanitário, que continuamos a ser compradores-adquirentes de remédios estrangeiros, e apenas vendemos grandes montas de commodities agrícolas, o que é preciso evoluir, sem perder ou descuidar de tal posição no agro, por óbvio.

A negociação via alimentos, grãos e combustíveis nos coloca em certo lugar de vantagem, mas precisamos ter um posicionamento mundial de relevância internacional em outras áreas para as quais temos potencial e só falta desenvolver competências: implantação de infraestrutura, capacitação de ativos e talentos, sistema de investimentos mais credível e estabilizado.

Há cinquenta anos somos agrariamente posicionados, o que nos falta incrementar e urgentemente é maturidade tecnológica, através do depósito de patentes dentre outras técnicas e métodos mais avançados que nos permitem alavancar exponencialmente no cenário mundial.

Para tal evolução, é preciso ter consciência da relevância da proteção da biodiversidade em toda a América Latina de forma articulada e integrada, visto que as grandes florestas do planeta aqui se encontram, e são um ativo de valor inestimável.

É preciso entender que as florestas ultrapassam as fronteiras geográficas e territoriais dos países latino-americanos, e por isso mesmo, faz-se necessário que estabeleçamos uma ordem, uma diretriz, um código próprio, a exemplo do código equatoriano, que pode ser adaptado para as demais nações latinas no sentido de se conformar um verdadeiro sistema latino-americano de proteção ambiental e da biodiversidade, conforme ensina o professor Becerra Ramirez.

CONCLUSÃO

Com as idas e vindas por parte americanos, nos últimos anos, certamente devemos desconfiar e esperar posicionamentos “dúbios e duvidosos” em relação às suas propostas de ajuda.

O fortalecimento do bloco latino-americano, bem como uma maior unificação e uniformização de suas regras e tratamentos nessa matéria tão crucial, por certo, ofertará mais força aos Estados latinos

nos jogos geopolíticos comparativamente com uma possível-provável luta solitária de um só país.

Esse fenômeno se dá a partir dos diferentes níveis, institucionais, governamentais e não governamentais, via sociedade civil interessada e demais organizações nacionais e estrangeiras, apenas ocorrendo através da conscientização acerca dos direitos de propriedade industrial, visando-se garantir um desenvolvimento local mais sustentável, mas sobretudo, evitando uma política nociva dos governos em exercício, e deixando bem claro o demonstrativo de articulação entre os componentes do bloco latino-americano para o desenvolvimento integrado regional como um todo, e unificado, assegurando primordialmente o patrimônio florestal e cultural, e a biodiversidade regional dotados de especificidades e similaridades em comum.

Para que isso aconteça, é preciso primeiramente uma mudança na política governamental atual, voltando a ser mais protecionista, já que isto significará o cheque –mate no jogo mundial de ativos e commodities enquanto aposta, tendência e proposta para o futuro.

Nesse sentido, não precisamos temer e devemos nos posicionar com tranquilidade como os vencedores do jogo futuro, garantindo-se ora no presente e dentro das possibilidades atuais, o desenvolvimento tecnológico, a independência industrial, e sobremaneira, a proteção à dignidade da pessoa humana, e à função social da propriedade enquanto reguladores supremos da livre iniciativa, no âmbito interno e frente ao estrangeiro.

Sem dúvidas, o imenso número de organismos atualmente existentes para a integração latino-americana, conforme ensina Saulo Casali, precisa ser agrupado e recombinação, condensado em um só, para que funcione efetivamente.

E o código protetivo da fauna e da flora precisa funcionar como balizador da posição e decisões do bloco em conjunto, internamente e frente aos atores externos; Essas tratativas não descuidam dos princípios ativos de regulação nacionais e soberania.

Frente ao cenário pandêmico, ressurgiu o debate das patentes farmacêuticas e nos leva a pensar que o sistema vigente afirma direitos que não nos pertencem efetivamente, pois nos foram usurpados por outras nações, sem nenhum retorno em desenvolvimento e maturidade técnico-científicos para o nosso país.

Reitera-se que não é somente esse o problema com a integração latino-americana. Carregamos uma responsabilidade adicional na possibilidade e tratativas de integração regional ou na conformação do bloco econômico latino, pois desempenhamos um papel chave na união entre as demais nações. Devemos ocupar, nesse sentido, uma posição de vanguarda na harmonização estrutural e diplomática no âmbito latino, o que se coloca como um desafio no nosso contexto atual.

Até então, o Brasil tem se dedicado muito pouco, ou quase nada a este tema da cooperação internacional e regional, inclusive no que diz respeito às contrariedades e problemáticas ambientais que estão sendo cometidas pelas instâncias nacionais representativas, a partir de atividades e práticas de lobbying excessivo, ilegítimo e irregular por parte de certas bancadas e setores político-econômicos.

Nesse sentido, Ainda fazemos um parêntesis para reforçar alguns postulados e linhas diretoras que podem servir de diretrizes básicas no âmbito de unificação efetiva dos estados latino-americano no contexto contemporâneo.

Primeiramente é necessário reconhecer a existência de atores protagonistas da cooperação mesmo que no cenário internacional, após o mapeamento dos diversos stakeholders envolvidos; os objetivos da cooperação devem estar claramente definidos e coerentes, bem como suas estratégias de implementação e execução dos projetos interinstitucionais.

Os programas de atividades devem ser concretamente estabelecidos, definindo-se papéis principais e secundários e respeitando cronogramas e orçamentos previamente definidos bem como a disponibilidade de recursos institucionais e financeiros e com a otimização de

insumos; as controvérsias devem ser solucionadas dentro de um sistema próprio de resolução pautado em métodos alternativos, diplomáticos e amigáveis de solução de conflitos.

Tudo isso tem justamente a chancela constitucional no bojo brasileiro, sem descuidar dos maiores mandamentos e valores da república federativa, pois tem-se primariamente descrito no art. 4º da CF, 88:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Retoma-se que, deve-se compreender de fato que o jogo deste xadrez mundial é grande, bem maior do que a especulação imobiliária ou o setor produtivo em si, e perde-se muito ao jogar um jogo pequeno, sem espaço para a diplomacia, que poderia unir o bloco latino, a começar pela integração dos seus povos a partir de incentivos e estímulos culturais para a construção, reforço e empoderamento identitários no contexto latino, como grandes festivais de música e gastronômicos,

acoplados a seminários de cultura, arte e educação, visando o fomento ao sentimento de pertença regional, e tendo em conta que, ao certo, a prepotência brasileira não conquistará o respeito dos vizinhos nem levará o Brasil ao sucesso.

A propriedade intelectual traduz problemas complexos que se explicitam através da coexistência de diferentes regimes de proteção, variando geograficamente conforme tendências, atualizações e variáveis externas, externalidades, incidentes também em outros campos para além do direito: sociedade, economia, cultura, língua, educação.

Adicionamos que a solução para este imbróglgio perpassa por uma visão sistêmica e holística, apenas possível de ser atingida pelas vias culturais; Como não aproveitarmos a herança histórica correlata entre os povos latinos para integrar a sociedade, a economia, o direito sul-americanos?

Nesse sentido, é imprescindível pôr em prática mecanismos estratégicos de cooperação internacional e regional, abarcando planos de comunicação institucionais e informais que traduzam afinidades e alteridades entre as comunidades e nações envolvidas.

Nisso o aspecto cultural mostra-se imprescindível e decisivo na articulação e Governança entre os stakeholders internacionais, tanto governamentais quanto privados, demonstrando a relevância do intercâmbio e integração culturais para a cooperação internacional e regional através de um sistema de paradiplomacia mais desburocratizados, e mais acessível, tornando-se mais visível, efetivo e assertivo aos olhos dos cidadãos nacionais e incentivando os fluxos e mobilidades entre estados parceiros, “hermanos”.

Devemos nos aproveitar das heranças e reflexos historiográficos comuns entre os latino-americanos construídos a partir de similaridades e similitudes históricas e “congêneres, imbuídos até de um ideário de construção pan-americanista tal qual o modelo diaspórico africano, para fortalecermos inclusive nosso posicionamento na escala e mercado mundiais.

Hoje, enquanto América Latina temos o maior patrimônio florestal do mundo, e como diria o poeta Carlos Drummond de Andrade: “um sentimento de mundo, e apenas duas mãos”. Precisamos unir as muitas mãos latinas, para jogar as partidas em bloco, à altura dos nossos concorrentes a partir do nosso fortalecimento e empoderamento enquanto coletivo regional.

Retomamos o case de sucesso equatoriano que já trouxe enquanto vanguarda ao alçar o ambiente enquanto sujeito de direito, a Indissociabilidade entre meio e homem, que se dá pela via da sustentabilidade.

O país elevou jurídica, ou melhor, constitucionalmente o ecossistema, valorando-o e Estabelecendo a natureza enquanto *pacha mama* relacionada à ideia do *buen vivir*, ou seja, da sadia qualidade de vida.

Precisamos replicar essa mensagem e partilhar desses seus impactos de forma conjunta, criando um bloco regional uno e fortificado e pautado na verdadeira cooperação interna e regional frente ao xadrez geopolítico global.

Finalizamos este ensaio analítico com a opinião trazida no Relatório da ONU de 2021 para a América latina que salienta as comunidades tradicionais enquanto guardiães-chave valiosos, inestimáveis das florestas latinas e caribenhas, proposta de estudo futuro que já deixamos aqui linkada/articulada:

As taxas de desmatamento na América Latina e no Caribe são significativamente mais baixas em áreas indígenas e de comunidades tradicionais onde os governos reconhecem formalmente os direitos territoriais coletivos

Melhorar a segurança da posse desses territórios é uma maneira eficiente e econômica de reduzir as emissões de carbono

Essa é uma das principais conclusões do novo relatório *Povos indígenas e comunidades tradicionais e a governança florestal*, da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e

do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe (FILAC)

Entre outros resultados, o documento mostra que a taxa de desmatamento dentro das florestas indígenas onde a propriedade da terra foi assegurada é 2,8 vezes menor do que fora dessas áreas na Bolívia, 2,5 vezes menor no Brasil e 2 vezes menor na Colômbia (FAO; ONU, 2021)

Conclui o relatório aprofundando o tema, e trazendo um viés de engajamento social enquanto promotor de movimentos, fluxos e mudanças político-econômico-culturais, afirmando a relevância dos chamados territórios co-titulados (com maiores taxa de conservação Proteção da biodiversidade) e coletivos enquanto fatores de legitimação desses agentes sociais no combate às alterações climáticas, na preservação dos bosques e florestas, e à governança socioambiental em escala global no âmbito das diretrizes para a ação climática (Agenda 2030, Objetivos do desenvolvimento sustentável, no. 13):

“Quase metade (45%) das florestas intactas da bacia amazônica é encontrada em territórios indígenas”, disse Myrna Cunningham, presidente da FILAC. “A evidência de seu papel vital na proteção da floresta é cristalina: enquanto a área de floresta intacta diminuiu apenas 4,9% entre 2000 e 2016 nas áreas indígenas da região, nas áreas não indígenas diminuiu 11,2%. Isso deixa claro porque sua voz e visão devem ser levadas em consideração em todas as iniciativas e estruturas globais relacionadas às mudanças climáticas, biodiversidade e silvicultura, entre muitos outros temas”.

Os povos indígenas e comunidades tradicionais participam da governança comunal de 320 a 380 milhões de hectares de florestas na região, que armazenam cerca de 34 bilhões de toneladas métricas de carbono. Isto é mais do que todas as florestas da Indonésia ou da República Democrática do Congo

Enquanto os territórios indígenas na bacia amazônica perderam menos de 0,3% do carbono em suas florestas entre 2003 e 2016, as

áreas protegidas não indígenas perderam 0,6% e outras áreas que não eram territórios indígenas ou áreas protegidas perderam 3,6%. Como resultado, apesar de os territórios indígenas cobrirem 28% da bacia amazônica, eles geraram apenas 2,6% das emissões brutas de carbono da região” (ONU, 2021).

Finalmente, ressaltamos que a proposta do artigo em criticar de forma interdisciplinar o cenário contemporâneo do desenvolvimento técnico-científico latinoamericano se mostra frutífera e inovadora, e que estudos prospectivos futuros e proveitosos devem continuar aprofundando as questões aqui levantadas, trazendo estudos de casos e análises quantitativas e estatísticas dos bens intangíveis de propriedade intelectual que ainda demonstram as disparidades globais e regionais históricas relativamente aos registros e proteções.

REFERÊNCIAS

ACTA ECOLÓGICA. **Ecuador**: los conocimientos tradicionales quedarían sujetos a la propiedad intelectual. Disponível em: <https://millonescontramonsanto.org/ecuador-los-conocimientos-tradicionales-querarian-sujetos-a-la-propiedad-intelectual-2/> . Acesso em: 31 mar. 2022.

ALMEIDA, Paula W. **Mercosul Dispute settlement System**. Max Planck, 2018.

ALMEIDA, Paula W. **The case of Mercosur**. Cambridge, 2018. (arquivos FGV)

ASAMBLEA Constituyente. **Constitución del Ecuador**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacional-Foco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf> . Acesso em: 28 out. 2020.

AULUSMM. **Sentimento do mundo**. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/aulusmm/2016/08/21/sentimento-do-mundo-carlos-drummond-de-andrade/> . Acesso em: 30 mar. 2022.

BAHIA, Cláudio José Amaral; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de; TOLEDO, Flávio Euphrásio Carvalho de. Pacha Mama: La Madre Tierra e a resignificação da tutela da dignidade humana em face do novo constitucionalismo da América Latina.

Revista Direitos Culturais, vol 13, no 31, 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2808/1531>. Acesso em: 29 out. 2020.

BAHIA, Saulo Casali. **A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia**. Disponível em: <https://eurosul.msh-vdl.fr/wp-content/uploads/2015/11/A-efetividade-dos-Direitos-Fundamentais-no-Mercosul-e-na-UE.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BORGES, Gustavo Silveira; CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. O novo constitucionalismo latino-americano e as inovações sobre os direitos da natureza na Constituição equatoriana. **Revista FD – UFG**, volume 43, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/48710>. Acesso em: 18 out.2022.

DESIDERA NETO; TEIXEIRA. **Perspectivas para a integração da América Latina**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1010/1/Perspectivas_para_la_integracion_de_America_Latina.pdf . Acesso em: 20 mar. 2022.

DORRICO, Julie. **3 poemas de Aline Pachamama**. 2020. Disponível em: <https://revistaacrobata.com.br/julie-dorrico/poesia/3-poemas-de-aline-pachamama/>. Acesso em: 24 out. 2020.

FAO. Disponível em: <https://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/1381024/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

FAO. **Los pueblos indígenas y tribales y la gobernanza de los bosques**. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cb2953es/cb2953es.pdf> . Acesso em: 05 abr. 2022.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. **Revista de Direito Brasileira**, ano 3, volume 4, 2013. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2644/2538>. Acesso em: 22 out. 2020.

LOBATO. A questão social no projeto BRICS. **Ciência e saúde coletiva**, 203, 2018. Disponível em: <https://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/a-questao-social-no-projeto-do-brics-brasil-russia-india-china-e-africa=-do-sul16736/?id=16736&id=16736> . Acesso em: 25 mar. 2022.

MAZZOULI, Valerio (org.). **Por um tribunal de justiça da Unasul**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508683/001030614.pdf?sequence=1> . Acesso em: 25 jun. 2021.

MELO, Milena Petters. **A constituição equatoriana de 2008: uma nova concepção de estado e pluralismo.** Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/902&file=1>. Acesso em: 24 out. 2020.

MERCOSUL. **Cooperação no Mercosul.** Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/cooperacao/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

ONU. **Povos indígenas e comunidades tradicionais são os melhores guardiões das florestas da América Latina e do Caribe.** 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/123183-novo-relatorio-da-onu-povos-indigenas-e-comunidades-tradicionais-sao-os-melhores-guardioes>. Acesso em: 06 abr. 2022.

SANTOS, Antônio Bispo dos. **Somos da terra.** Disponível em: <https://piseagrama.org/somos-da-terra/>. Acesso em: 28 out. 2020.

SANTOS, Raquel. **Relações Brasil-Argentina.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/BNHPv33t43MvmX7vJRBmLqs/?lang=pt>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SEITENFUS. **Considerações sobre o Mercosul. Estudos avançados,** 1992. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/DqPTz8PZxJX4g7SfjN5nSgP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 mar, 2022.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; ARAUJO, Marlon; LIMA, Rosirene Martins. Pachamama: estudo comparativo como instrumento de reflexão dos direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil. **Revista Pensar**, vol 19, no 2, 2014. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a1c6/13dd8ec721a9e546162746922d34e3a06790.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

STALIVIERI. **A relação cultural como fator de integração.** Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/relacao_cultural.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Veredas do Direito**, volume 12, n. 23, 2015. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/393>. Acesso em: 18 out. 2022.

VASCONCELOS. **Controle judicial das políticas públicas de saúde como meio de acesso à justiça.** Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/9309/1/dissertação%20mestrado%20LUIZ%20CARLOS%20SOUZA%20VASCONCELOS.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2022.

UTCI. **A cooperação internacional para o desenvolvimento e o Mercosul.**

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **O mercosul e as linhas gerais de seu sistema de resolução de controvérsias.** Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v4n8/2304-7887-rstpr-4-08-00113.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **O sistema de solução de controvérsias do Mercosul.** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjC4r_pg7_xAhW-qZUCHVarCogQFnoECBUQAA&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufjf.br%2Findex.php%2Feticaefilosofia%2Farticle%2Fview%2F17815%2F9123&usg=AOvVaw1bFVHk8QaHqQ6GEIEg-Q8Qp. Acesso em: 25 jun. 2021.

VIEIRA, Luciane; ARRUDA, Elisa. A relação entre o grau de integração econômica e o sistema de solução de controvérsias: um estudo comparativo entre União Europeia e Mercosul. **Revista de Direito Internacional**, vol 15, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5160>. Acesso em: 25 jun. 2021.

A PROTEÇÃO DE ORNAMENTOS APLICADOS EM CONJUNTOS DE TALHERES

CLAUDIA LOPES TOLENTINO¹

RESUMO: Este estudo trata da proteção de criações autorais aplicadas em talheres, utensílios domésticos, objetivando esclarecer o que pode ser classificado como ato criativo ornamental nesses utensílios para a obtenção de proteção por desenho industrial. A metodologia aplicada é de base bibliográfica, utilizando autores dos segmentos de desenho industrial/*design* e propriedade intelectual, aprofundando o debate sobre os conceitos previstos na Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, para a proteção denominada desenho industrial e as normativas estabelecidas pelo INPI por meio do Manual de Desenho Industrial. O trabalho investiga, por meio de pesquisa no banco de dados disponível no sítio do Instituto Nacional de Propriedade Industrial/INPI nacional, o desempenho dos depositantes que solicitam proteção para tais criações e o alcance do resultado pretendido, concluindo pelo desconhecimento, dos depositantes, de conceitos e normativas relacionadas à proteção, que resultam em dificuldades procedimentais para a conquista da proteção requerida, oferecendo uma opção simples para a obtenção do resultado pretendido, proteger o ato criativo ornamental presente nos conjuntos de talheres.

Palavras-chave: Arte. Design. Talheres.

¹ Doutora em Propriedade Intelectual e Inovação pela Academia da Propriedade Intelectual do Instituto Nacional da Propriedade Industrial/INPI (2020); Mestre em Artes Visuais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2007); Pós-graduada em Marketing pela Universidade Candido Mendes/UCAM; Bacharel pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em Gravura (1988) e Desenho Industrial (2005). Atua como Tecnologista em Propriedade Industrial no Instituto Nacional da Propriedade Industrial/INPI desde 2002, com experiência nas áreas de Marca e Desenho Industrial. Atuou como Gravadora Burilista (técnica de segurança aplicável em papéis de valor) na Casa da Moeda do Brasil/CMB entre 1988 e 2002. Especialista em design e arte, com foco em gravura.

INTRODUÇÃO

Refletir sobre a criação artística na proteção dos conjuntos de talheres ou faqueiros é um tema relevante para esclarecer não só a existência de atos criativos de natureza artística em utensílios diários, mas também para despertar nos interessados em propriedade intelectual, assim como, os autores e empresas desenvolvedoras de tais produtos, a possibilidade de protegê-los por desenho industrial e como fazê-lo.

A proteção propicia vantagens comerciais a produtores e desenvolvedores de produtos para o consumo de massa, como é o caso dos talheres, que são obtidas, basicamente, por meio do sucesso da aparência externa desses utensílios. A aparência ornamental de sucesso seduz o consumidor a escolhê-la tendo em vista a funcionalidade se repetir entre objetos de mesma utilidade. Premissa válida para os talheres. Não há muito espaço para inserção de ornamentos em garfos, facas e colheres. As funcionalidades dos itens de um conjunto de talheres são comuns a todos os fabricantes, pois cada item do faqueiro cumpri uma tarefa relacionada ao propósito a que se destina.

O pedido de registro de desenho industrial para um conjunto inteiro de talheres é formalmente complexo. Cumprir as disposições normativas previstas no Manual de Desenho Industrial (INPI, 2022a) para o depósito dessa natureza de conjunto exige a apresentação de diferentes vistas do objeto para a compreensão da forma – suficiência descritiva - e os depositantes demonstram enfrentar dificuldades na elaboração dos múltiplos desenhos. Exigências técnicas para adequação e correção de figuras são frequentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial/INPI e, em muitos casos, insatisfatoriamente cumpridas considerando a complexidade dos utensílios.

O objetivo deste estudo é esclarecer a respeito da característica ornamental nos conjuntos de talheres, facilitando a obtenção da proteção aos interessados. Para atingir o objetivo proposto, primeiro, é necessário esclarecer o que é efetivamente protegido por desenho

industrial nos conjuntos de talheres, para posteriormente, tratar das formalidades necessárias à proteção dos mesmos.

No desenvolvimento do presente estudo, foram utilizadas pesquisas bibliográficas na área de desenho industrial/*design* e propriedade intelectual, além do exame de casos concretos, disponibilizados ao público no pePI – Pesquisa em Propriedade Industrial, no banco de dados do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, disponível no sítio do instituto (INPI, 2022b). Henry Petroski (1992) fundamenta conhecimentos sobre a evolução dos talheres, João da Gama Cerqueira (1946), Denis Borges Barbosa (2018), Nilton Silveira (2012) esclarecem e discutem os conceitos definidos na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial no país (BRASIL, 1996). Frederico Carlos Cunha (2002, 2003), ex-coordenador e examinador de patentes e desenho industrial, professor e autor de livros sobre a proteção, oferece subsídios para avaliação e compreensão de procedimentos aplicados nos exames de desenho industrial desde 1996, quando a LPI foi publicada, e normatizados no Manual de Desenho Industrial pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial em 2022.

Para atingir o objetivo proposto, o estudo se divide em quatro partes. A primeira esclarece sobre o que vem a ser essa proteção denominada desenho industrial, os requisitos necessários a criação para a obtenção da proteção, previstos no art. 95 da Lei de Propriedade Industrial e complementados pelo art. 104 da mesma Lei. A segunda parte discorre sobre o surgimento e a criação de talheres. Ferramentas utilizadas para facilitar atividades humanas, especificamente, para auxiliar na alimentação. A terceira parte trata da influência de efeitos técnicos na aparência desses produtos, das formalidades a serem cumpridas pelo autor/produtor para pedir a proteção e das dificuldades enfrentadas no depósito de conjuntos de modo geral e de talheres, no caso concreto. O estudo é concluindo com a oferta de uma solução simples para facilitar o processo e, conseqüentemente, aumentar o número de pedidos e de registros sem alterações legais e normativas.

1 EXAMINANDO O ART. 95 DA LPI

As Leis que protegem as criações nacionais, industriais e autorais, são complementares. Formam um encaixe que, bem aplicadas, fornecem as proteções necessárias às criações efetivamente relevantes para o desenvolvimento industrial e cultural nacional. “Certamente, essa forma que utiliza como suporte material um produto industrial e que é dotada de caráter expressivo deverá encontrar guarida também na lei de direitos autorais” (SILVEIRA, 2012, p. 40). Não há restrições para depósitos, mas barreiras legais afastam as distintas proteções: tecnológicas (patentes), funcionais (modelo de utilidade), ornamentais (desenho industrial) e artísticas (Lei de Direito do Autor). Não são afastamentos aleatórios e atropelar esses obstáculos legais pode resultar em problemas jurídicos, comerciais e econômicos, além de fragilizar os registros concedidos.

O art. 95 da LPI define quais criações são destinadas à proteção por desenho industrial, expondo qualidades e requisitos necessários para as mesmas obterem o desejado registro. O artigo determina que a forma plástica, elemento tridimensional moldável², e o padrão de linhas e cores, elemento bidimensional, sejam qualificados como ornamentais, exigindo novidade³, originalidade⁴, além da capacidade de servir de protótipo⁵ para fabricação industrial, ou seja, de ser reproduzível industrialmente. A criação só será protegida se cumprir todas essas exigências legais. A proteção está relacionada a aparência externa das criações destinadas à solução de problemas de utilidade, no entanto, não visa proteger a utilidade, mas o ornamento do utilitário, efeitos

² Considerando “plástico” adjetivo, significando: “que se dá forma; que se pode modelar com os dedos e receber diferentes formas, dúctil, maleável, moldável” (PLÁSTICO, 2008-2021, [s.p.]).

³ Indisponibilidade ao público em um único documento em data anterior ao depósito do pedido (art. 96).

⁴ *Distintividade* de tudo o que existe não só no Brasil (art. 97).

⁵ “Protótipo” ou “primeiro exemplar para ser imitado, modelo, matriz, molde” (PROTÓTIPO, 2022, [s.p.]).

meramente visuais (SILVEIRA, 2012, p. 64). A proteção se resume à exclusividade de fabricação e venda de produto cuja aparência cumpre os requisitos previstos. Difere da proteção conferida por direito de autor cuja proteção é fruto da personalidade de uma pessoa física, não se confundindo com a matéria criada, e o elemento protegido é a própria concepção do autor (SILVEIRA, 2012, p. 84).

O que importa é o seu efeito ornamental. Desde que o desenho ou o modelo tenha por fim modificar as qualidades estéticas do objeto ou que o modelo se destine a agradar à vista pela sua forma ou aspecto, pode o seu autor invocar a proteção legal (CERQUEIRA, 1946, p. 316).

A palavra “ornamental”, como explicado anteriormente, é um qualificativo derivado da palavra “ornamento”, sinônimo de: “adereço, adorno, balangandã, enfeite, ornato” (ORNAMENTO, 2022, [s.p.]), por esse motivo, apenas, a *ornamentalidade* relevante para promover o desenvolvimento cultural, característica da aparência externa do produto, obterá a referida proteção. A *ornamentalidade* é um traço acessório, supérfluo, e pode ser retirada ou modificada sem comprometer a funcionalidade do objeto/produto/mercadoria/artefato (CERQUEIRA, 1946, p. 316). As características externas dos produtos que não são ornamentais não são protegidas por desenho industrial mesmo que o produto obtenha registro, pois elas podem obter proteção pelos demais institutos de Propriedade Industrial, concomitante e complementarmente, desde que cumpram os requisitos previstos em Lei para tal.

É importante observar que as palavras “objeto” e “produto” são sinônimos e tratam, diretamente, do elemento a ser protegido: a aparência ornamental diferenciada de um objeto/produto/mercadoria/artefato a ser disponibilizada ao consumidor final. A palavra “objeto” tem vários significados, dentre os quais: “coisa material, artigo do comércio, motivo de uma ação” (OBJETO, 2022, [s.p.]). No caso da proteção de desenho industrial, “objeto” recepiona o sentido de “artigo do comércio”: “mercadoria, bem, produto [...], item, utilidade, utensílio,

unidade, volume, fabrico, manufatura”; “coisa material”, sinônimo de: “coisa, peça, instrumento, aparelho, artefato, apetrecho” (OBJETO, 2022, [s.p.]), relacionados a criações destinadas à reprodução industrial. Pelo exposto, uma consulta ao dicionário é suficiente para esclarecer o sentido das palavras “objeto, produto e artigo” empregadas pela LPI.

Dessa forma, compreendendo que o art. 95 da LPI trata de elementos físicos, tangíveis, que podem ser multiplicados industrialmente, as figuras da criação a ser protegida devem representar o protótipo destinado à reprodução industrial, porque propriedade industrial se destina a criações destinadas à industrialização, diferindo do previsto no art. 7º da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 1998), de Direito do Autor, que protege criações do espírito, destinadas à fruição⁶, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível/material/palpável ou intangível/incorpóreo/imaterial/etéreo/volátil, conhecido ou que se invente no futuro. As Leis se completam, direcionando claramente a criação para proteção mais indicada.

Atentando nos demais detalhes, observa-se, no art. 95 da LPI, o emprego da palavra “um”: “numeral cardinal, unidade, que não permite divisão” (UM, 2008-2021, [s.p.]), antes das palavras “objeto” e “produto”, estabelece que a proteção não se destina à proteção de vários objetos ou de conjuntos de produtos/artigos de diferentes funcionalidades, como é o caso, por exemplo, do faqueiro (conjunto de talheres), ou seja, não é possível pedir proteção, em um só depósito, de conjunto de produtos com diferentes funcionalidades (Figura 1).

⁶ “Ato de desfrutar com satisfação ou prazer de alguma coisa” (FRUIÇÃO, 2008-2021, [s.p.]).

FIGURA 1: CONJUNTO DE TALHERES OU FAQUEIRO



Fonte: Promosdodia, 2022.

O art. 104 complementa o exposto no art. 95 quanto à necessária unicidade de criação ao afirmar que um **único objeto** pode conter até 20 (vinte) variações desde que se destinem ao mesmo propósito (funcionalidade) e guardem entre si a mesma característica distintiva preponderante (aspecto externo).

Art. 104. O pedido de registro de desenho industrial terá que se referir a *um único objeto*, permitida uma pluralidade de variações, desde que se destinem ao mesmo propósito e guardem entre si a mesma característica distintiva preponderante, limitado cada pedido ao máximo de 20 (vinte) variações. (BRASIL, 1996; grifo nosso)

O art. 104 também afasta a proteção de conjuntos de objetos. Considerando que a palavra “conjunto” é sinônima de “grupo de elementos visto como um todo” (CONJUNTO, 2022, [s.p.]), os itens de um conjunto nem sempre têm a mesma utilidade, assim como, podem não

guardar entre si as mesmas características distintivas preponderantes. De modo geral, o conjunto é um grupamento de objetos de diferentes funcionalidades e produzidos por diferentes processos. Este é o caso do faqueiro ou conjunto de talheres.

2 A ORIGEM DOS TALHERES

No livro *A evolução das coisas úteis*, Henry Petroski (1992) esclarece detalhadamente aos leitores a origem dos talheres, utilitários necessários a todos, indistintamente:

Compreender a origem da diversidade presente nos talheres torna mais fácil entender a diversidade existente em várias outras coisas [...]. Mergulhar na evolução de faca, garfo e colher pode conduzir à formulação de uma teoria sobre como tudo aquilo que é tecnológico evolui. Analisar os talheres que utilizamos todo dia e sobre os quais pouco sabemos, fornece um dos melhores pontos de partida para o exame das relações que existem entre a natureza da invenção, da inovação, do *design* e da engenharia. (PETROSKI, 1992, p. 12)

Desde o tempo mais remoto, o ser humano se alimenta. Em princípio, imitava os animais, utilizando as mãos, os dentes e as unhas, no entanto, atividades manuais possuem limites. As mãos e os dentes não são suficientemente fortes ou afiados para atuar com sucesso em todos os alimentos. Por isso, os artefatos foram sendo desenvolvidos, visando ampliar as funcionalidades do corpo humano.

A faca surgiu do aperfeiçoamento das pedras talhadas para cortar os alimentos, mas que, se levadas à boca, cortavam-na. Assim, as varetas de madeira começaram a ser utilizadas para espetar alimentos, levando-os a boca. Os pedaços quentes de alimentos, após a descoberta do fogo, não podiam ser manuseados (PETROSKI, 1992, p. 12-31).

A vareta aprimorada originou o garfo e seus derivados de duas, três, quatro, cinco pontas! Cada variante com uma funcionalidade específica (Figura 2).

Varetas e pedras lascadas não eram funcionais para o consumo de pequenos grãos, incentivando a criação de outro artefato: a colher. Supostamente elaborada a partir da mão em concha ou da concha vazia empregada na alocação pequenos alimentos.

FIGURA 2: AS PARTES COMUNS⁷ DE FACAS E GARFOS NÃO SÃO ELEMENTOS ORNAMENTAIS



Fonte: Kombini produtos orientais, 2022; Incrível, 2021.

⁷ O conceito de forma necessária comum, inc. II do art. 100 da LPI, segundo o art. 106 da Lei (BRASIL, 1996), deve ser aplicado à criação depositada para a obtenção da proteção de desenho industrial antes da publicação e concessão do registro. No entanto, o Manual de Desenho Industrial (INPI, 2022a), não define o que considera forma necessária comum, não aplicando o conceito conforme definido pela LPI.

Após a invenção dos artefatos, surgiu a necessidade de diferenciá-los, evitando a confusão entre os vários existentes no grupo e, para tal, o usuário começou a inserir sinais nas peças, individualizando-as. O local mais indicado para incluir essas “assinaturas” foi à pega, pois não alterava a funcionalidade dos utilitários e, até hoje, a *ornamentalidade* dos talheres, de modo geral, se limita a cabos/pegas, posto que o número de dentes da forquilha, o formato da lâmina da faca e o côncavo da colher são formas necessárias comuns, ou seja, são utilizadas por todos os fabricantes de talheres (Figura 3).

FIGURA 3: A ORNAMENTALIDADE DOS TALHERES ESTÁ NOS CABOS/PEGAS



Fonte: Compilação do autor⁸.

A forma necessária comum está no estado da técnica e/ou carece da *distintividade* própria da proteção, sendo de conhecimento público (BARBOSA, 2018, p. 143) e não recebem proteção por desenho industrial.

⁸ Montagem a partir de imagens coletadas no sítio comercial Westwing.

De fato, se colocássemos uma folha de papel cobrindo os cabos dos garfos, mas deixando de fora os dentes, o leitor do catálogo não saberia dizer se eram da mesma linha ou não. Um arranjo de seis conjuntos de talheres para peixe apresenta o mesmo fenômeno: com exceção dos cabos, cada um dos garfos de peixe com cinco dentes é igual aos outros. (PETROSKI, 1992, p. 174)

Barbosa (2018, p. 144) faz um paralelo entre a noção de unidade de invenção e de conceito inventivo das patentes com a expressão “um único objeto” no art. 104 (BRASIL, 1996). A unidade da invenção do conjunto de talheres está na criação dos cabos/pegas, inserida para a diferenciação dos mesmos. “É mais fácil distinguir os cabos não pelo formato, mas pelos relevos decorativos” (PETROSKI, 1992, p. 174). Na aquisição de um faqueiro, a escolha do consumidor está diretamente relacionada à aparência criativa e ornamental dos cabos dos talheres (Figura 3) tendo em vista as funcionalidades serem idênticas em todos os conjuntos.

Os cabos, muitas vezes decorados ao extremo, fazendo a diferença entre uma linha de talheres e outros, eram claramente o foco das ilustrações nos catálogos de encomenda. Tornou-se comum as colheres serem colocadas com as conchas idênticas umas em cima das outras, mas com os cabos dispostos em leque para mostrar a variedade de opções pelo mesmo preço. (PETROSKI, 1992, p. 175)

Pelo exposto, se pode concluir que pedir proteção para todo o conjunto de talheres ou faqueiro, de modo geral, é desnecessária. A proteção de um item do conjunto se torna suficiente tendo em vista a *ornamentalidade*, característica que dá personalidade ao conjunto, na quase totalidade dos casos, se repete em todos os talheres.

Protegido, o ornamento inserido no cabo/pega de um dos talheres não poderá ser copiado ou substancialmente imitado por outro autor ou fabricante sem a necessária autorização do titular. Segundo

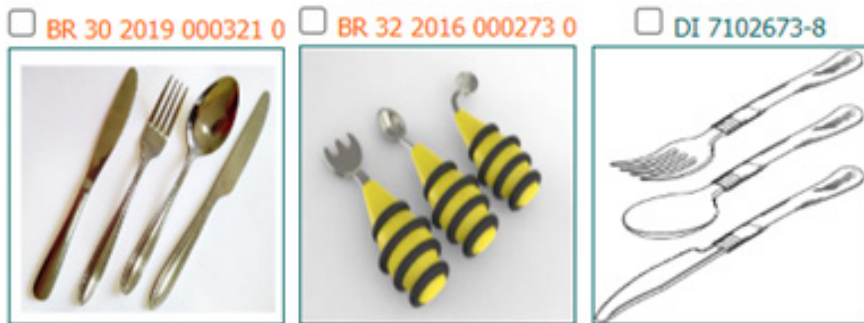
a Lei, ninguém pode fabricar produto que incorpore ou imite substancialmente uma criação protegida por desenho industrial (BRASIL, 1996, art. 187). A imitação substancial pode ser compreendida como ausência de originalidade ou até mesmo de novidade, requisitos previstos nos arts. 96 e 97 da LPI.

3 AS FORMALIDADES NO DEPÓSITO DE UM CONJUNTO

O pedido de proteção que apresentar o conjunto inteiro de talheres (garfo, faca, colher e demais peças) enfrentará questões formais complicadas de solucionar, tais como: apresentar um jogo de figuras para cada item do conjunto. Se o conjunto for representado apenas por faca, garfo e colher, a atual versão do Manual de DI (INPI, 2022a) exige um mínimo de dezoito figuras: uma perspectiva, vista superior, inferior, frontal, posterior e um lateral de cada item para configurar a suficiência descritiva do conjunto e a possibilidade de erro na apresentação das figuras é grande. As exigências técnicas para reparação de inconsistências nas imagens depositadas são frequentes e os cumprimentos de exigências, insatisfatórios. Se o ato criativo ornamental está no cabo/pega e se repete de maneira idêntica em todos os itens do conjunto, para que dificultar o pedido? (Figura 4)

Segundo Petroski (1992, p. 176), “num enorme catálogo de talheres para colecionadores, apareciam apenas os cabos, como se o objetivo fosse salientar que mesmo para os mais experientes há pouca coisa a ser usada para distinguir facas, colheres e garfos de uma linha e outra”. Afirmativa que pode ser constatada com a observação dos processos disponíveis no banco de imagens de desenho industrial no site do INPI (INPI, 2022b).

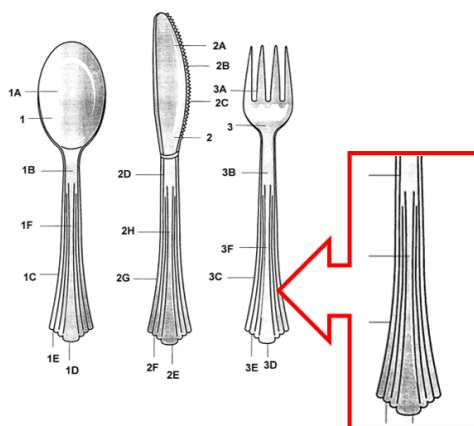
FIGURA 4: O ATO CRIATIVO ORNAMENTAL ESTÁ VISIVELMENTE APLICADO AOS CABOS DOS TALHERES



Fonte: INPI/pePI, 2022b.

Obviamente, há casos em que determinada peça do conjunto pode apresentar volumetria diferenciada que, se relevante e ornamental, deve ser protegida. Em 24/08/2011, foi depositado na classe 07-03 com o título de “Configuração aplicada em conjunto de talheres”, o pedido nº DI 7104193-1 (Figura 5) cujas pegas de garfo e colher apresentam mesma volumetria e diferem da faca.

FIGURA 5: DI 7104193-1, RELEVOS ORNAMENTAIS APLICADOS A CONJUNTO DE TALHERES



Fonte: INPI/pePI, 2022b.

Neste caso, é indicado depositar apenas a faca, visando proteger sua estrutura diferenciada, pois a *ornamentalidade* aplicada nos cabos é a mesma em todos os itens do conjunto. A vista lateral da faca demonstra duas faces convexas, frontal e posterior, com altos relevos nos dois lados, enquanto os demais itens possuem curvatura lateral idênticas e alto relevo diferenciador aplicado exclusivamente em um dos lados. Por isso, proteger a volumetria dos dois altos relevos da faca implica proteger o ato criativo diferenciador do conjunto em sua relevância máxima, impedindo terceiros de utilizar a criação sem o devido consentimento do titular. Assegurando a proteção da forma plástica da faca, o ato criativo de natureza ornamental exclusivo aplicado a mesma e repetido nas demais peças do conjunto estará protegido.

Como se pode perceber, o procedimento é simples, exige do depositante, apenas, um jogo de uma figura (perspectiva e vistas ortogonais da faca), mas se estende a todo o conjunto. É crime contra o registro de desenho industrial fabricar, vender, expor, para fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente criação registrada ou uma imitação substancial que possa induzir a erro ou confusão, inc. I do art. 188 da LPI (BRASIL, 1996).

Segundo o Manual de Desenho industrial:

Se a reprodução da forma plástica ornamental ocorrer integralmente, ainda que por meio do acréscimo de outros elementos, o objeto resultante estará sujeito ao processo administrativo de nulidade cabível, haja vista que incorpora desenho industrial anterior registrado por terceiros. (INPI, 2022a, p. 114)

No entanto, é relevante ressaltar que o desenhista industrial, profissional responsável pelo desenvolvimento do produto, obedece a limites técnicos (materiais, processos, mão-de-obra), ambientais, funcionais, econômicos, de interesse/gosto do consumidor e/ou moda, ou seja, a aparência externa do objeto reflete características relacionadas a usabilidade, custo, exigências técnicas e comunicação visual (SILVEIRA, 2012, p. 40-41).

Portanto, nem todo elemento visualizado externamente em um produto/artefato/objeto é um ato⁹ criativo ornamental. A matéria-prima, por exemplo, mesmo interferindo na aparência externa dos produtos, não é fruto da atividade criativa do autor, mas efeito essencialmente técnico, não protegidos por DI segundo o inc. II do art. 100 da LPI. A matéria-prima utilizada na fabricação de um produto, de modo geral, é definida por motivos não relacionados essencialmente com a *ornamentalidade*, mas com o tipo de equipamento disponível para a produção, a funcionalidade do objeto, o prazo de obsolescência programada, o custo de produção e etc. (figura 6).

Qualquer que fosse o formato dos dentes, fazer um garfo a partir de um metal mais comum, como o britannia (misto de estanho, cobre e antimônio, superior ao peltre por ser mais brilhante e duro) e folheá-lo com uma quantidade fixa de prata, acaba por deixá-lo mais acessível. (PETROSKI, 1992, p. 175)

Newton Silveira (2012, p. 67) explica que o trabalho criativo relacionado à técnica – efeito técnico – pode indicar o aumento da durabilidade, da solidez, da segurança, da velocidade de produção, da leveza, da pureza, do rendimento (do trabalho e da matéria-prima), melhora o acabamento, diminui o custo de produção, o preço final do produto, o perigo e outros inconvenientes, promovendo diferenças no uso e outras vantagens, além de, em muitos casos, alterar a aparência externa do produto final. Entendimento que deve ser estendido à aparência externa de talheres, pois ela se altera em função da matéria-prima (Figura 6) e de processos aplicados na superfície externa dos itens. Artífícios que diferenciam as peças, porém, não são atos/ações/atividades criativas ornamentais, mas efeitos técnicos.

⁹ Considerando “ato” sinônimo de ação, atividade, atuação, execução, laboração, obra, operação, prática (ATO, 2022, [s.p.]).

FIGURA 6: EXEMPLOS DE CONJUNTOS DE TALHERES COM APARÊNCIA EXTERNA AFETADA PELA MATÉRIA-PRIMA, SEM ATO CRIATIVO ORNAMENTAL RELEVANTE QUE JUSTIFIQUE A PROTEÇÃO



Fonte: Shopee, 2022.

Frederico Carlos Cunha (2002) aplica esse entendimento no exame de uma nulidade publicada para o DI 6000810-5, depositado em 10/02/2000, sob o título “Configuração em textura aplicável em aparelhos telefônicos e outros”, por Comercial e Importadora Santa Tereza Ltda.:

Como se pode observar por meio da figura que constava no pedido, na verdade, o que se pretendia proteger era um tratamento superficial de um objeto, através da aplicação de um produto, a fim de produzir um efeito visual por meio de textura. Mesmo considerando que não se tratava de algo privilegiável, porque tal efeito seria produzido pela aplicação de material específico [...]. (CUNHA, 2002, p. 91)

Não obstante exposto, o art. 104 da LPI é generoso e pode ser utilizado para proteger alterações de matérias-primas ou de processos técnicos quando alteram a aparência externa do produto desde que os objetos se destinem ao mesmo propósito e guardem entre si a mesma característica distintiva preponderante (Figura 7). Permanecendo, contudo, o entendimento de que o registro de apenas um dos itens do conjunto protege os demais e que as figuras das variações não ornamentais dificultam o depósito tendo em vista a necessária apresentação de um jogo de figuras para cada variação, adotada atualmente pelo INPI.

FIGURA 7: VARIAÇÕES DE MATÉRIAS-PRIMAS NA APARÊNCIA DOS OBJETOS



Fonte: Montagem do autor¹⁰.

Outra exceção que não pode ser esquecida são os conjuntos cujos itens ultrapassam o usual, apresentando criações disruptivas e até artísticas cuja proteção não pode ser obtida por meio da proposta simplificada deste estudo. O conjunto de colheres *vintage* (Figura 8) é um bom exemplo posto que não cumpre os requisitos previstos no art. 104 da LPI. Apesar de os objetos se destinarem ao mesmo propósito,

¹⁰ Montagem a partir de imagens coletadas nos sítios comerciais das empresas Ela Decora e Lilian Gift.

não guardam entre si a mesma característica distintiva preponderante. As peças deste conjunto estão na interface *design* – arte. Por não se inserirem totalmente no exposto no art. 98 da LPI¹¹, é possível protegê-las por desenho industrial. Neste caso especial, para obter a proteção, o autor ou depositante deve seguir o convencional, depositar cada peça individualmente, em processos distintos.

FIGURA 8: CONJUNTO DE COLHERES VINTAGE



Fonte: Recorte do autor¹².

Pelo exposto, é possível compreender que proteger criações ornamentais aplicadas em conjuntos de talheres pode ser muito simples e fácil. Para atingir o registro pretendido, o depositante precisa examinar a criação, identificar o ato criativo ornamental, o cumprimento dos requisitos presentes no art. 95 da LPI para desenho industrial e aplicar a normativa frequentemente atualizada pelo INPI, buscando simplificá-la, mas sem contrariá-la.

¹¹ “Art. 98 – Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico” (BRASIL, 1996).

¹² Recorte realizado a partir de imagem coletada no site comercial Shein.

CONCLUSÃO

Após as reflexões apresentadas, é possível considerar que autores e depositantes de conjuntos, principalmente, de talheres terão mais facilidade em proteger suas criações, entendendo que o importante para a proteção denominada desenho industrial não é a funcionalidade, mas a ornamentação inserida nos utensílios, a criação autoral que diferencia os cabos dos talheres. A proposta do presente estudo foi atingida ao esclarecer as características visuais do utensílio, definir o ato criativo ornamental a ser protegido por desenho industrial, assim como, ao apresentar procedimentos para facilitar os depósitos das criações. O estudo, contudo, estende a proposta inicial apresentando exceções, casos pontuais que exigirão tratamento diferenciado, fora do padrão simplificado do estudo, que, para a maioria dos conjuntos de talheres, funciona perfeitamente.

A facilidade almejada para a proteção de conjuntos de maneira geral, passa pelo entendimento da proteção denominada desenho industrial, assim como, pelo conhecimento e domínio dos procedimentos normativos definidos pelo Manual de Desenho Industrial (INPI, 2022a), pois, dominando as formalidades, é possível aplicá-las de maneira simples.

A criação humana não tem limites e cabe ao INPI, que recebe milhares de pedidos de registro de criações autorais aplicadas em utensílios, esclarecer os usuários e desenvolver procedimentos que facilitem os depósitos. Até o momento, vinte e seis anos após a entrada em vigor da LPI, nem todos os conceitos previstos na Lei estão claramente normatizados pelo Manual de Desenho Industrial (INPI, 2022a) ou são aplicados pelo Instituto.

A aplicação dos requisitos e conceitos legais é confusa e até contraditória, provocando dúvidas nos depositantes que, frequentemente, não conseguem registrar suas criações, desestimulando os depósitos. É necessário repensar normativas visando melhorar a usabilidade do sistema.

Por outro lado, os depositantes não demonstram interesse em conhecer e dominar as particularidades da proteção denominada desenho industrial. Não diferenciam-na substancialmente das demais proteções e desconhecem a complementaridade das mesmas. De maneira geral, os usuários do sistema confundem a proteção denominada desenho industrial com a atividade do desenhista industrial/*designer*. Interpretam que todas as criações de *design* são necessariamente protegidas por desenho industrial, o que não procede.

Os interessados em proteger aparências ornamentais devem se dedicar a compreendê-la. Para tal, a ajuda de desenhistas industriais especializados em projeto de produto é o caminho mais seguro, não só para separar as características meramente ornamentais das essencialmente técnicas e/ou funcionais, mas também para cumprir corretamente as formalidades definidas pelo INPI para a obtenção da proteção.

Para finalizar, se pode concluir que as propostas do presente estudo, podem diminuir as numerosas e frequentes exigências técnicas, geralmente, insatisfatoriamente cumpridas, que levam os pedidos de desenho industrial ao indeferimento, comprovando que atitudes simples podem reverter os problemas enfrentados por todos, gerando experiências positivas que resultarão no aumento do número de registros e, conseqüentemente, no interesse de *designers* e empresários pela proteção. A LPI não é obsoleta nem ultrapassada. Ela é simplesmente incompreendida.

REFERÊNCIAS

ATO. In: **DICIONÁRIO de sinônimos**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.xn--sinnimos-63a.com/ato/index.php>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**: tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direito e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1.

CONJUNTO. In: **DICIONÁRIO de Sinônimos**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/conjunto/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONJUNTO DE COLHER E GARFO VINTAGE DE 6 PEÇAS. In: **SHEIN**, 2022. Disponível em: https://br.shein.com/6pcs-Vintage-Spoon-Fork-Set-p-10130767-cat-1949.html?url_from=adpla-br-pla-sh2203254124294571-one-size_GPM&cid=16900773324&setid=&adid=&pf=GOOGLE&gclid=CjwKCAjwo_KXBhAaEiwA2R-Z8hLGGpe1eu_wh3KINupedh21yq_HLZ_OVeMBJSW_Wad6Jx_Qo_oA_WN-GCvRoC-944QAvD_BwE. Acesso em: 17 ago. 2022.

CUNHA, Frederico Carlos. **A proteção legal do design II: marketing e web design**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.

CUNHA, Frederico Carlos. **A proteção legal do design: propriedade industrial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2003.

FAQUEIRO TRAMONTINA LAGUNA INOX – 100 PEÇAS. In: **PROMOSDODIA**, 2022. Disponível em: <https://www.promosdodia.com.br/oferta/faqueiro-tramontina-laguna-inox-100-pecas-12>. Acesso em: 5 jul. 2022.

FRUIÇÃO. In: **DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa**. Portugal, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/frui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 26 jun. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. Ato normativo nº 161/2002. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação aos registros de desenho industrial. **INPI**, Rio de Janeiro, RJ, 10 jun. 2002. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/sedetec-intranet/pagina/eitt/download/desenhos/an161.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. Resolução INPI/PR nº 232/2019. Dispõe sobre a criação do Manual de Desenhos Industriais. **INPI**, Rio de Janeiro, RJ, 7 jan. 2019a. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/desenhos-industriais/arquivos/legislacao-di/res_INPI_PR_232_19.pdf. Acesso em: 1 maio 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. Resolução INPI/PR nº 249/2019. Institui a 3ª edição do Manual de Marcas. **INPI**, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 2019b. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/Resolucao2492019.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. **Manual de Desenhos Industriais**. 1. rev. Rio de Janeiro: INPI, 2022a. Disponível em: <http://manualdedi.inpi.gov.br/projects/manual-de-desenho-industrial/wiki>. Acesso em: 1 maio 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. Base de dados de desenho industrial. Pesquisa em Propriedade Industrial – pePI. **INPI**, 2022b. Disponível em: <https://busca.inpi.gov.br/pePI/>. Acesso em: 18 jun. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. **Manual de Marcas**. 5. rev. Rio de Janeiro: INPI, 2022c. Disponível em: <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/>. Acesso em: 1 jul. 2022.

JOGO DE TALHERES SLIM DOURADO – 4 PEÇAS. In: **ELA DECORA**, 2022. Disponível em: <https://www.eladecora.com.br/jogo-de-talheres-slim-dourado-inox-4-peças/p>. Acesso em: 19 ago. 2022.

JOGO DE TALHERES SLIM PRATA – 4 PEÇAS. In: **LILIAN GIFT**, 2022. Disponível em: <https://www.liliangift.com.br/mesa-posta/talheres-e-faqueiro/jogo-de-talheres-slim-prata>. Acesso em: 19 ago. 2022.

JOGOS DE TALHER. In: **WESTWING**, 2022. Disponível em: <https://now.westwing.com.br/jogos-de-talher/>. Acesso em: 5 ago. 2022.

OBJETO. In: **DICIONÁRIO de Sinônimos**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/objeto/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

ORNAMENTO. In: **DICIONÁRIO de Sinônimos**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/ornamento/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

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.

PLÁSTICO. In: **DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa**. Portugal, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/pl%C3%A1stica>. Acesso em: 26 jun. 2022.

PROTÓTIPO. In: **DICIONÁRIO de Sinônimos**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/prototipo/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

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

TALHERES DECORAÇÃO COZINHA SOUSPLAT JOGO DE TALHERES KIT MESA POSTA 4 PEÇAS AÇO INOX. In: **SHOPEE**, 2022. Disponível em: <https://shopee.com.br/talheres-decorac%C3%A7%C3%A3o-cozinha-sousplat-jogo-de-talheres-kit-mesa-posta-4-Pe%C3%A7as-A%C3%A7o-Inox>. Acesso em: 16 mar. 2022.

TIPOS DE GARFOS: protocolo de utilização e colocação. In: **MONOUSO**, 2022. Disponível em: <https://blog.monouso.pt/tipos-de-garfos/>. Acesso em: 18 jul. 2022.

TIPOS E USOS DE FACAS. In: **KOMBINI PRODUTOS ORIENTAIS**, 2022. Disponível em: <https://www.konbini.com.br/blog/tipos-e-usos-de-facas.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

UM. In: **DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa**. Portugal, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/um>. Acesso em: 28 abr. 2022.

UM GUIA PARA OS DIFERENTES TIPOS DE GARFO. In: **INCRÍVEL, Facebook**, 29 nov. 2021. Disponível em: https://web.facebook.com/incrivelclub/photos/a.1712601632302332/3833532780209196/?type=3&_rdc=1&_rdr. Acesso em: 13 abr. 2022.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E PROPRIEDADE INTELECTUAL

RICARDO LUIZ SICHEL¹

MARIA ELISA TEIXEIRA VASCONCELOS²

GABRIEL RALILE DE FIGUEIREDO MAGALHÃES³

RESUMO: Com o crescimento da importância e utilização da Propriedade Intelectual, sobretudo com o desenvolvimento de novas tecnologias e aprofundamento do processo de inovação, é mais do que natural que surjam mais litígios nesse campo. Concomitantemente a isso, cresce a importância e a difusão de métodos alternativos de resolução de conflitos. Pelas especificidades envolvidas nos direitos da Propriedade Intelectual, a citar o caso das patentes, métodos como a mediação e a arbitragem cada vez mais são usados, ainda que seja necessário expandir essa cultura. Este artigo visa conferir essa relação benéfica utilizando, como exemplo, a utilização da mediação e arbitragem em casos envolvendo patentes. Para isso, através de uma pesquisa qualitativa que se utiliza da análise de artigos, notícias e leis relacionadas ao tema, bem como quantitativa, através do levantamento de dados pertinentes, o estudo se divide, primeiramente, em uma breve análise da Propriedade Intelectual e dos métodos alternativos de resolução de conflitos, seguindo-se uma análise sobre a aplicabilidade de mediação e arbitragem em litígios envolvendo patentes, tendo como base casos ocorridos na OMPI, e, por fim, concluindo-se pela tendência do procedimento.

Palavras-chave: Arbitragem; Patentes; Propriedade Intelectual.

¹ Graduação em Direito (UFRJ), Mestrado e Doutorado em Direito da Propriedade Intelectual pela Westfälische Wilhelms Univ, Münster (Alemanha), professor associado da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO e do Programa de Mestrado de Direito da UCAM/RJ.

² Graduação em Jornalismo (Facha) e graduanda em Direito (UFRJ).

³ MBA/E em Comércio Exterior (UFRJ), Bacharel em Relações Internacionais (PUC-Rio) e graduando em Direito (UNIRIO).

INTRODUÇÃO

É bem sabido que o judiciário é uma figura afogada por demandas das mais variadas esferas, o que acarreta a crescente busca por procedimentos extrajudiciais. Apesar de antigos e de sua crescente adoção ao longo dos últimos anos, métodos como a arbitragem e a mediação ainda não são utilizados em sua plena capacidade.

Voltando nossos olhares à história brasileira, o início dos anos de 1990 é lembrado pela turbulência política vivenciada pelo Governo Federal, culminando no *impeachment* do então Presidente Fernando Collor. Entretanto, esse mesmo período também foi caracterizado por notável abertura do Brasil ao mundo em todos os setores. O direito comparado, sempre estudado e ensinado na teoria por grandes mestres em nosso País, ganhou desenhos de maior tangibilidade e pragmatismo com o aumento do número de advogados que foram estudar ou mesmo trabalhar fora do país, aproximando-se de legislações mais modernas a respeito dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Assim sendo, um claro efeito da globalização. Desse modo, o mundo jurídico e empresarial percebeu a carência de uma legislação específica para tratar da arbitragem, de modo a lhe conferir exequibilidade e eficácia como método de resolução de conflitos. Com base nisso, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.307, a “Lei de Arbitragem”.

Diante disso, o avanço do papel do advogado que trabalha com arbitragem se confunde com a evolução, nas últimas duas décadas, do advogado que atua no contencioso num todo, seja ele judicial ou extrajudicial. Seja qual for a jurisdição em que atua, a advocacia que se dedica atualmente à representação de clientes na prevenção e/ou na solução de litígios é em geral bem diferente daquele que, no passado, tinha como preocupação a completa e rígida condução do processo, preferencialmente lançando mão, sem exceção, de todos os incidentes, recursos e etapas até a última das últimas decisões.

Pode-se entender que esse fenômeno ocorre porque as expectativas da sociedade mudaram. Atualmente, grande parte dos deman-

dantes busca a solução mais eficaz para o seu problema, que não necessariamente precisa passar pelo percurso completo dos procedimentos que a lei lhe compõe. Redução dos gastos, rapidez na conclusão do litígio, aumento da certeza e previsibilidade e inovação são exigências que são cada vez mais cobradas dos advogados e daqueles que trabalham com o Direito por seus clientes, parceiros e afins, tendo como resposta o uso da cláusula arbitral em seus contratos.

Dita dinâmica não é diferente no campo da Propriedade Intelectual que, principalmente pelo aprofundamento do processo de inovação na sociedade, bem como a rápida e constante evolução das tecnologias, cada vez mais possui conflitos surgindo e demandando, em seu meio, expertise técnica, agilidade de resolução e confidencialidade.

Visto isso, este artigo busca conferir os benefícios auferidos na relação entre citados métodos alternativos de resolução de conflitos e Propriedade Intelectual através de uma pesquisa qualitativa que se utilizou da análise de artigos, notícias e leis pertinentes ao tema, bem como quantitativa, através do levantamento de dados pertinentes. Para isso, o estudo está dividido da seguinte forma: a presente introdução, uma breve análise da Propriedade Intelectual e dos métodos alternativos de resolução de conflitos, um olhar sobre a aplicabilidade de mediação e arbitragem em litígios envolvendo patentes e, por fim, a conclusão.

1 PROPRIEDADE INTELECTUAL E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o crescimento da importância e utilização da Propriedade Intelectual, sobretudo com o desenvolvimento de novas tecnologias e aprofundamento do processo de inovação, é mais do que natural que surjam mais e mais litígios nesse campo.

Contudo, antes de adentrar ao tema, primeiro faz-se necessário definir Propriedade Intelectual. Segundo o artigo 2º, § viii, da Con-

venção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, ou WIPO em inglês), podemos defini-la como (GRUNEVALD, 2015, p.2):

Às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; as descobertas científicas; os 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.

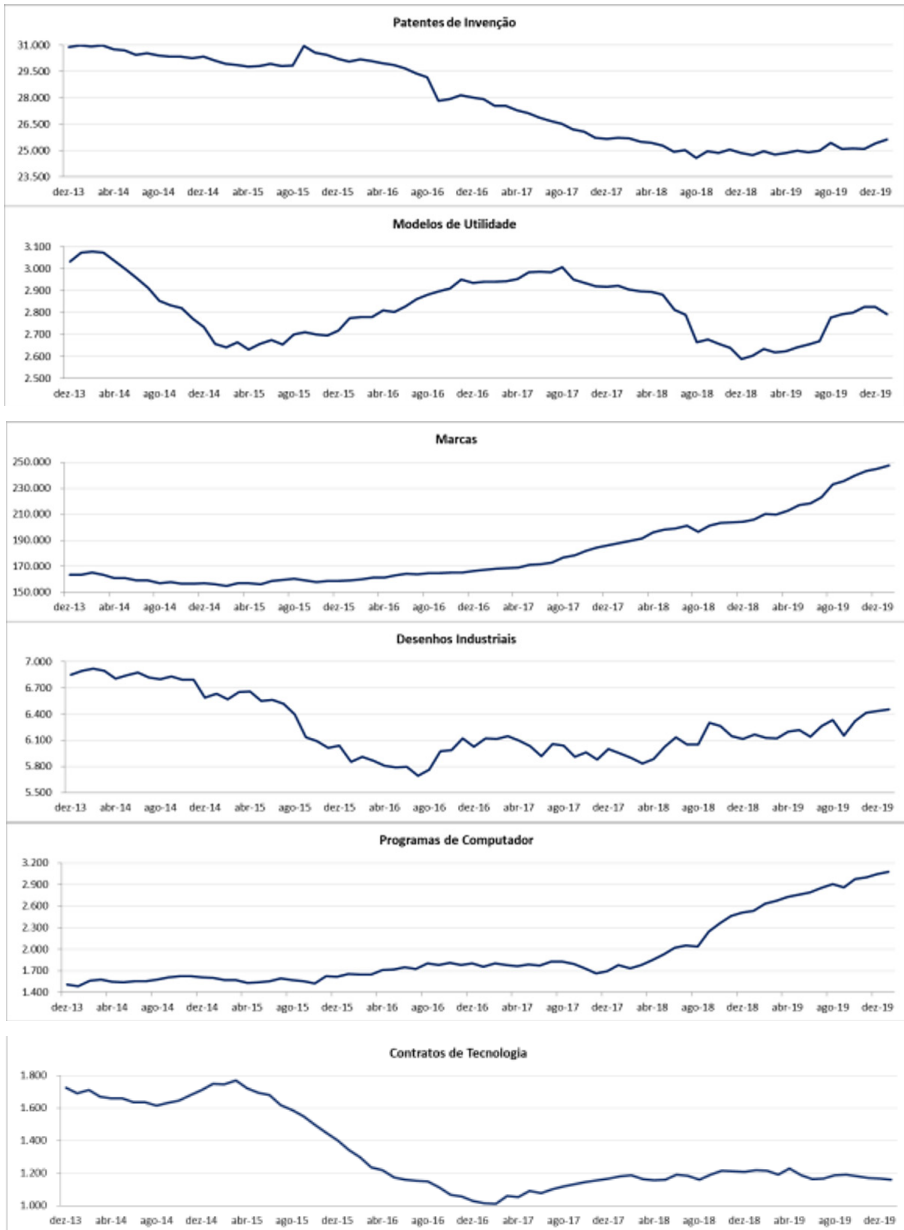
Ainda, complementa Silveira que a Propriedade Intelectual trata dos direitos sobre certos bens incorpóreos ou imateriais que constituem direitos reais, podendo ser divididos em duas categorias, as criações intelectuais, que pertencem aos seus criadores, e os sinais distintivos, que pertencem às empresas (2011, p. 83-84 apud GRUNEVALD, 2015, p.3).

Dessa forma, os direitos da Propriedade Intelectual podem ser resumidos em direitos do autor e conexos (versando, por exemplo, sobre obras audiovisuais e dramáticas), propriedade industrial (abrangendo, por exemplo, marcas, patentes e indicações geográficas) e direitos *sui generis* (como, por exemplo, sobre topografia dos circuitos integrados).

O Brasil participa das discussões internacionais sobre o tema desde seus primórdios, tendo positivado em seu ordenamento esses direitos e a proteção por eles conferidas por meio de leis como a 9.279/96 (Propriedade Industrial), 9.610/98 (Direitos Autorais) e 9.609/98 (programas de computador). Por exemplo, o artigo 2º da Lei 9.279/96, dispõe sobre a forma como se efetua a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, assim como o artigo 44º da mesma lei assegura ao titular da patente o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto.

Ademais, observa-se o aumento de pedidos referentes a direitos de Propriedade Intelectual no país:

GRÁFICO 1: PEDIDOS ACUMULADOS EM 12 MESES (DEZEMBRO/2013 – JANEIRO/2020)



Fonte: INPI (2020, p. 9)

Contudo, apesar desse arcabouço legal, muitos conflitos são instaurados no campo da Propriedade Intelectual. Exemplos comuns são disputas envolvendo contratos de transferência ou licenciamento de patentes, marcas, tecnologia, entre outros, inclusive intencionalmente. Visto isso, em um primeiro momento, pensa-se em levar ditos conflitos ao judiciário. Contudo, fatores como tempo, custo e conhecimento especializado sobre o tema pesam contra essa opção, ensejando, assim, a busca por métodos alternativos de solução de conflitos.

Nesse campo, duas opções ganham destaque: a arbitragem e a mediação. A primeira se trata de um processo similar ao julgamento realizado pelo tribunal e é usada desde a antiguidade. É um método consensual em que se submete, geralmente mediante cláusula contratual, um conflito a um árbitro ou instituição arbitral para que este decida sobre dado conflito. Dita decisão, por sua vez, terá a mesma validade que uma decisão judicial.

No Brasil, esse procedimento foi instituído pela Lei 9.307/96, com alterações pela Lei 13.129/15, sendo aplicável apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis. Benefícios seus incluem maior rapidez em sua realização, menores custos, confidencialidade - fator essencial por muitas vezes se tratar de conflitos sobre segredos industriais, fórmulas secretas, transferência de know-how e dados estratégicos – maior facilidade e possibilidade de escolha de um corpo técnico especializado no assunto.

Por sua vez, a mediação também data desde a antiguidade, sendo usada sobretudo na diplomacia (GRUNEVALD, 2015, p.7-8). Nesse método, escolhe-se um terceiro neutro para mediar, isto é, auxiliar ambas as partes a chegarem a um acordo. A diferença está em que o mediador não decide sobre o litígio em questão, mas ajuda as partes a chegarem a uma solução comum, podendo esse procedimento ser dispensado a qualquer instante. No Brasil, dito procedimento é previsto na Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e na Lei 13.140/2015, bem como é positivado pelo nosso Código de Processo Civil (CPC) em seu artigo 3º, § 2º e 3º (MAZZOLA, 2016).

Segundo Burchell (2004 apud SCHMIDT, 2014, p.26), a mediação se adequa perfeitamente à natureza da Propriedade Intelectual por esta se tratar de uma área ambígua e que demanda grande rapidez. Estima-se, por exemplo, que a mediação leva 10% do tempo gasto com a arbitragem ou conflito judicial (COOK; GARCIA, 2010 apud PEREIRA, 2013, p.72). Além das mesmas vantagens conferidas pela arbitragem, o caráter não-vinculante desse procedimento permite maior liberdade para uma tentativa de se chegar a uma solução mais satisfatória a ambos os lados. Ademais, não há a limitação presente na arbitragem de só poder ser empregada sobre direitos patrimoniais disponíveis, podendo, por exemplo, ser utilizada em disputas no campo dos direitos autorais (SCHMIDT, 2014, p.27-28).

Visto isso, tamanho são os benefícios de ditos métodos que a própria WIPO criou, em 1994, um centro de arbitragem e mediação com mais de 2000 especialistas neutros para resolução de conflitos no campo da Propriedade Intelectual, nacionais ou internacionais, inclusive sobre nomes de domínio (WIPO, 2021).

No Brasil, e em parceria com a WIPO desde 2012, tem-se o Centro de Defesa da Propriedade Intelectual (CEDPI) do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Entre suas competências estão (BRASIL, 2013 apud SCHMIDT, 2014 p. 123):

I - atuar para promover a utilização de mecanismos de resolução de conflitos, em especial mediação e arbitragem, relacionados à propriedade intelectual, de competência do INPI; II - promover e acompanhar a aplicação de estudos, projetos, acordos e tratados nacionais e internacionais que digam respeito à resolução de conflitos, que envolvam aspectos relacionados à propriedade intelectual, de competência do INPI; III - atuar na resolução de conflitos que envolvam aspectos relacionados à propriedade intelectual, de competência do INPI; e IV - elaborar propostas e executar ações de interação com as demais áreas do INPI, empresas e entidades, para a promoção do respeito à propriedade intelectual, no que tange à resolução de conflitos.

Em seu âmbito, utiliza-se o critério de domicílio estabelecido pelo Código Civil (artigos 70º e 78º): no caso da controvérsia envolver as partes sediadas ou residentes no Brasil, o pedido e o termo de compromisso de mediação devem ser transmitidos ao CEDPI; quando apenas uma ou ambas as partes tiverem residência ou sede fora do Brasil, o caso será encaminhado ao Centro da OMPI (SCHMIDT, 2014, p. 122).

2 APLICABILIDADE DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM LITÍGIOS ENVOLVENDO PATENTES

Para mensuração da qualidade de um sistema de patentes, importante índice a se ater é a capacidade dos detentores dos direitos de patentes defenderem seus direitos quando violados (WIPO, 2018, p.12). Por esse motivo, muitos países vêm investindo na especialização de seu judiciário para a solução de conflitos sobre o tema. Contudo, o ainda baixo número de cortes especialidades sobre o tema, bem como os elevados custos envolvidos, torna dita opção diversas vezes inviável. A título de exemplo, podemos verificar os seguintes cenários:

TABELA 1: DADOS DE PAÍSES SELECIONADOS

País	Custo médio na 1ª Instância (USD)	Número de cortes especializada
China	20-150	18
França	60-250	1
Alemanha	90-250	12
Japão	300-500	2
Estados Unidos	1000-6000	94

Fonte: WIPO (2018, p.13)

Como já elencado, visando desafogar o judiciário, bem como usufruir de seus diversos benefícios, países cada vez mais vem adotando

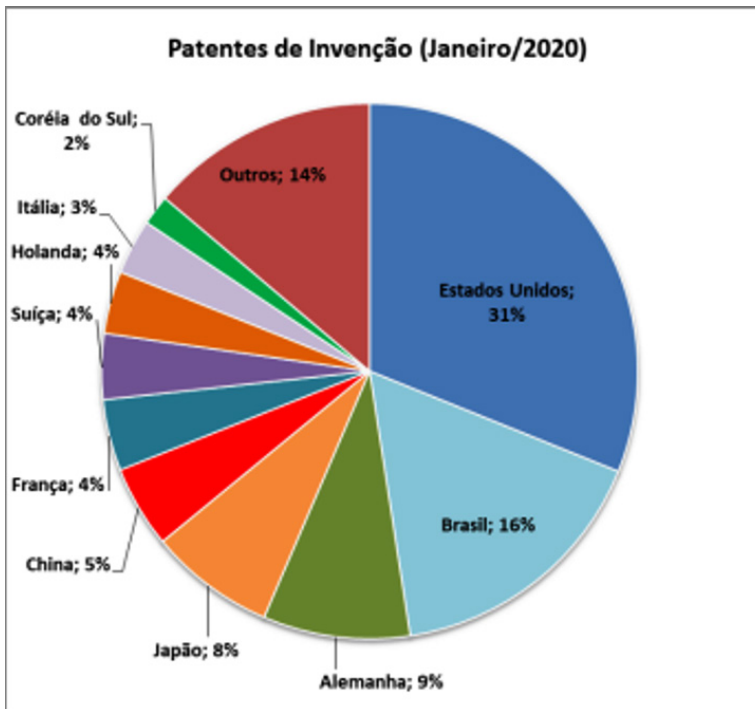
do os métodos alternativos de resolução de conflitos em Propriedade Intelectual. A União Europeia é grande marco nesse tema, sobretudo se tratando de patentes. Desde 2013, a região conta com a criação do acordo *Agreement on a Unified Patent Court* (AUPC), de efeito unitarista. Trata-se, portanto, de um tribunal comum de patentes aberto à participação de todos os estados membros da União Europeia e que prevê, em seu acordo originário, a criação de um centro de mediação e arbitragem (DE WERRA, 2014, p.19).

O Brasil, por sua vez, também possui algumas varas especializadas em Propriedade Intelectual, bem como vem investindo na adoção de métodos alternativos para a resolução de conflitos dentro e fora desse meio, apesar de, diferentemente de outros países, não prever em sua legislação sobre Propriedade Intelectual o uso de mediação e arbitragem.

A começar pela arbitragem, estima-se que a mesma cresça 20% ao ano no país (CBAR, 2021). Com média de duração de 1 ano e 9 meses, contra cerca de 4 anos e 6 meses no judiciário (CNJ, 2019), a celeridade do processo atrai cada vez mais empresas. Cabe salientar que, em se tratando do setor de inovações, os litígios demandam particular agilidade para a solução dos conflitos, visto a alta volatilidade da área.

Ademais, visto que a maior parte das concessões de registro de patente no Brasil são feitas para não residentes - 84% do total (INPI, 2020, p. 11) - é comum que esse tipo de conflito se dê no plano internacional. Observa-se esse quadro no Brasil:

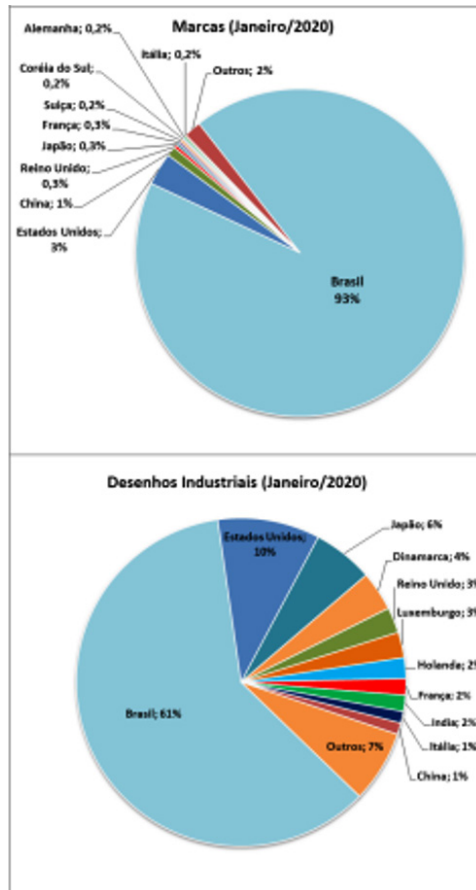
GRÁFICO 2: PEDIDOS POR PAÍS DE ORIGEM DOS DEPÓSITOS DE PATENTES DE INVENÇÃO (JANEIRO DE 2020)



Fonte: INPI (2020, p.11)

Ainda, percebe-se que o mesmo se aplica quando se tratando de marcas e desenhos industriais:

GRÁFICO 3: PEDIDOS POR PAÍS DE ORIGEM DOS DEPÓSITOS DE MARCAS E DESENHOS INDUSTRIAIS (JANEIRO/2020)



Fonte: INPI (2020, p. 11)

Nesses casos, a disputa pelo foro e os maiores custos monetários e de tempo dificultam o processo judiciário, sendo, portanto, muito bem-vinda a aplicação da arbitragem e sua previsão em contratos celebrados com estrangeiros.

Contudo, esbarra-se em uma questão nos casos que tratam da outorga de patente. Trata-se de competência judicial, exclusiva do Estado, por ser questão de direito público e de efeito erga omnes,

inviabilizando a utilização da arbitragem especificamente quando se tratando de litígios envolvendo a outorga de tais direitos (PALUMA, 2013, p.74). Assim, faz-se uma ressalva à autorização da arbitragem. Por outro lado, questiona-se a possibilidade de um efeito interpartes (PALUMA, 2013, p.74).

Ademais, cabe salientar que, por exemplo, discussões que versem sobre licenciamento de patentes são passíveis de serem arbitradas. Entretanto, a discussão sobre a anulação de título de patente deve ser, unicamente, dirigida ao INPI, entre outros objetos de atribuição exclusiva da autarquia.

Quando se tratando da mediação, também vemos um largo crescimento no Brasil. Entre 2019 e 2020, só na Câmara de Comércio Brasil e Canadá, referência em mediação, estima-se um crescimento de 40% na utilização desse método, com montante total de R\$ 1,857 bilhão (CAM-CCBC, 2020). Por sua vez, na CAMES, sob o aspecto financeiro, uma disputa com um valor de causa de R\$ 200 mil tem um custo total de R\$ 10 mil, isto é, R\$ 5 mil para cada parte, cerca de 2,5% do valor da causa (GALLO, 2019).

Ainda, é de se destacar que a possibilidade de se chegar a um acordo em menor tempo e com menores custos em relação à arbitragem ou pela judicialização, bem como uma maior liberdade nas negociações, são atrativos extras dessa modalidade. Ademais, mediação e arbitragem podem ser utilizadas de forma consecutiva ou simultaneamente, potencializando seus efeitos.

Dessa forma, em se tratando de contratos envolvendo patentes, algumas ponderações sobre o uso de métodos alternativos para resolução de conflitos podem ser feitas: I- estabelecer previsão contratual para a utilização da arbitragem e/ou da mediação, para isso fazendo um estudo prévio que aloque o caso à melhor opção; II- contar com o suporte de uma instituição ou terceiro especializado no tema, sabendo que, para isso, é possível acionar o centro da WIPO ou o CEDPI; e III- sempre considerar ditos métodos durante as negociações e o processo

criativo, bem como manter um acompanhamento interno para um planejamento na área de Propriedade Intelectual.

Por fim, cabe verificar a praticidade dos métodos alternativos de solução de conflitos sobre as patentes. Nesse sentido, podemos citar dois casos ocorridos no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI - WIPO).

O primeiro caso está atrelado a uma disputa referente ao licenciamento de patente entre um inventor localizado na Ásia e empresas localizadas na Europa e nos Estados Unidos (WIPO, 2022). No âmbito de produtos esportivos, assinou o inventor acordo com empresa estadunidense para fornecer licença exclusiva de suas patentes, estabelecendo cláusula para solução de controvérsias por meio de arbitragem no âmbito da OMPI.

Contudo, litígio foi instaurado tendo como base a questão dos royalties, o que levou ao inventor peticionar requisição à OMPI alegando infração de suas patentes. Visto a não aceitação pelas partes de um árbitro para o caso, o Centro da OMPI indicou advogado de língua inglesa com experiente atuação na lei de patentes dos Estados Unidos. Após monções de evidência, para proteção de segredo de negócios e para exame de amostras dos produtos, ouviu-se as testemunhas em audiência realizada na Califórnia. Por fim, pautado em dito procedimento, arbitrou-se pela infração do contrato de licenciamento. Observa-se, conforme relatado pela OMPI (WIPO, 2022):

An Asian inventor held several US and European patents over components used in sports goods. The Claimant entered into an exclusive license agreement over the patents with a US manufacturer. The license agreement provided for the use of WIPO Expedited Arbitration to resolve disputes regarding possible infringement of the patents.

A dispute arose between the parties regarding the payment of royalties under their license agreement. As a result, the inventor filed a Request for Arbitration and Statement of Claim with the Cen-

ter requesting a declaration that his patents had been infringed. The parties did not agree on the identity of the sole arbitrator for this case. As a consequence, and in order to cover the full spectrum of patents at stake, the Center appointed as sole arbitrator an English patent lawyer with very substantial experience in US patent law.

Following several evidentiary motions, motions for the protection of business secrets and for the examination of samples of the products, the arbitrator held a hearing in California for the examination of witnesses. In the final award the arbitrator addressed issues of infringement of the asserted patents and whether those patents had been anticipated.

Outro caso envolvendo arbitragem sobre o licenciamento de patentes ocorreu com inventor patentes em diversos países que estabeleceu contrato de licenciamento com empresa localizada na Ásia contendo cláusula para resolução de disputa por arbitragem no âmbito da OMPI. Observa-se (WIPO, 2022):

A European inventor holding patents in Australia, Canada, Europe and the United States licensed patent rights and know-how to an Asian company. The license contained a WIPO arbitration clause providing for a three-member tribunal.

The parties disagreed on who should pay the renewal fees of the patents. Eventually the Asian company terminated the license whereupon the European inventor filed a request for arbitration, claiming damages and requesting a declaration that he was free to use the patents.

The three arbitrators appointed possessed substantial IP expertise and the necessary language skills allowing them to consider evidence in different languages.

Following a series of evidentiary exchanges, the tribunal rendered an award 14 months after commencement of the arbitration. Finding that the Asian company had not been entitled to terminate the contract as it did, the tribunal ordered it to pay damages and

to return to the inventor the prototypes, plans and documents that had been communicated in the context of the license.

Contudo, licenciamento de patentes é apenas um exemplo, uma vez que a OMPI conta com casos que envolvem temas como disputas sobre software, direitos sobre produções cinematográficas, infração de licenças de uso de marcas e licenças para o uso de tecnologias.

CONCLUSÃO

A utilização de métodos alternativos para a resolução de conflitos é uma tendência cada vez maior. Isso não poderia ser diferente na área de Propriedade Intelectual, sobretudo pelas particularidades trazidas em seu meio como uma maior demanda por agilidade, o caráter muitas vezes internacional do litígio e a necessidade de sigilo e expertise sobre o tema.

Contudo, apesar de contar com notáveis iniciativas como as trazidas pela OMPI e o INPI, o tema ainda é pouco desenvolvido no Brasil, não contando, por exemplo, com o arcabouço legal e institucional presente em casos como a União Europeia.

Dessa forma, bem como visando desafogar o judiciário e as demandas sobre o INPI, é preciso estabelecer a cultura da busca por métodos alternativos de resolução de conflitos, assim como a formação de um corpo técnico especializado no assunto, interligando dita iniciativa ao conhecimento e gestão da utilização dos direitos de Propriedade Intelectual.

Percebe-se, com base nos casos apresentados, que a cláusula arbitral em contratos que envolvam Propriedade Intelectual, a destacar o licenciamento de patentes, trata-se de grande estratégia para a resolução ágil e eficiente de litígios pertinentes ao tema, sendo a WIPO exemplo de âmbito viável para sua aplicação.

Dessa forma, ademais de um aprofundamento do estudo sobre o tema e do arcabouço legal pertinente, a previsão contratual pela arbitragem é um primeiro movimento que deve ser explorado para o alinhamento das dinâmicas de negócio de acordo com as principais economias mundiais.

REFERÊNCIAS

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. **Cresce uso da mediação no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/noticias-cam-ccbc/novidades-cam-ccbc/noticias-cam/cresce-uso-da-mediacao-no-brasil>. Acesso em: 12 set. 2022.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBAR. **O Estado de São Paulo – O sucesso da arbitragem**. 2021. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/o-estado-de-sao-paulo-o-sucesso-da-arbitragem/>. Acesso em: 12 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Julgamento dos processos mais antigos reduz tempo médio do acervo**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/julgamento-dos-processos-mais-antigos-reduce-tempo-medio-do-acervo/>. Acesso em: 12 set. 2022.

DE WERRA. New Developments of IP Arbitration and Mediation in Europe: The Patent Mediation and Arbitration Center Instituted by the Agreement on a Unified Patent Court. **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2014, Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade intelectual, p. 17-35.

GALLO, R. G. Custos da mediação e da arbitragem na CAMES. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/migalhas.uol.com.br/amp/depe-so/309561/>. Acesso em: 12 set. 2022.

GRUNEVALD, I. **Resoluções alternativas de conflitos em propriedade intelectual**. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13068>. Acesso em: 12 set. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. **Boletim Mensal de Propriedade Industrial - fev. 2020**. 2020. Disponível em: <https://dados.gov.br/>

dataset/bmpi-fev-2020/resource/2ac23aeb-776d-4151-a9ac-163da6005fa2. Acesso em: 12 set. 2022.

MAZZOLA, M. **O impacto da mediação na propriedade industrial**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-03/marcelo-mazzola-impacto-mediacao-propriedade-industrial>. Acesso em: 12 set. 2022.

MIGALHAS. **Arbitragem demora, em média, 1 ano e 9 meses para solucionar conflitos no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/migalhas.uol.com.br/amp/quentes/299336/>. Acesso em: 12 set. 2022.

PALUMA, P. **Litígios internacionais em matéria de infração de patentes e a arbitragem comercial internacional como meio para resolução desses conflitos**. 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/750/575>. Acesso em: 12 set. 2022.

PEREIRA, A. B. F. **Mediação e arbitragem em propriedade intelectual: elementos para a construção de uma política brasileira**. Dissertação (Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 116. 2013.

SCHMIDT, I. J. **Mediação de conflitos de marcas na esfera administrativa**. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro, p. 182. 2014.

TUCCI, J. R. C. **Arbitrabilidade dos litígios sobre direitos da propriedade industrial**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-23/paradoxo-corte-arbitrabilidade-litigios-direitos-propriedade-industrial>. Acesso em: 12 set. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **Alternative Dispute Resolution**. 2021. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/center/index.html>. Acesso em: 12 set. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **WIPO Arbitration Case Examples**. 2022. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/case-example.html>. Acesso em: 12 set. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. **World Intellectual Property Indicators 2018**. 2018. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4369#:~:text=Covering%20the%20filing%2C%20registration%20and,making%20it%20even%20more%20comprehensive>. Acesso em: 12 set. 2022.

A NÃO PATENTEABILIDADE DAS INVENÇÕES POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A INOVAÇÃO NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

GUIDO DEL' DUCA JORDÃO¹

RESUMO: A partir de uma avaliação preliminar dos custos sociais derivados das patentes de medicamentos num contexto de capitalismo financeirizado, pretende-se verificar se o domínio público das invenções provenientes integralmente de tecnologias de inteligência artificial (I.A.) pode contribuir para o equilíbrio de todos os interesses envolvidos na produção de medicamentos. Através da metodologia civil-constitucional, serão sustentadas a impossibilidade de tecnologias de I.A. figurarem como autoras de invenções e a não patenteabilidade dessas criações, apontando-se possíveis contribuições do uso de I.A. para a propriedade intelectual. Espera-se, ainda, contribuir para o debate acerca da eventual necessidade de uma reforma regulatória e as alternativas ao atual sistema de monopólios. Antes de concluir, serão elencados alguns dos fatores pelos quais se acredita que as invenções por I.A. não deixarão de prosperar, independente de patenteabilidade. Por fim, sob o prisma da funcionalização da propriedade intelectual, será avaliada a compatibilidade das conclusões desta pesquisa predominantemente qualitativa com as aspirações do sistema de patentes e da Constituição Federal.

Palavras-chave: Patentes; Medicamentos; Inteligência Artificial.

INTRODUÇÃO

Em um mundo ideal, a busca por enriquecimento e a garantia do acesso à saúde se compatibilizariam perfeitamente, assim como diversos outros interesses e direitos que frequentemente entram em colisão no âmbito jurídico. No entanto, a realidade não poderia estar

¹ Graduado em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora, pós-graduando em Propriedade Intelectual no Centro Universitário Multivix.

mais distante do mundo das ideias quando analisamos os direitos que se chocam pela proteção da propriedade intelectual de medicamentos.

Inicialmente, será ilustrado um panorama geral do contexto de financeirização do capitalismo², no qual são concedidas as patentes para a indústria farmacêutica, apresentando-se evidências de que os monopólios patentários não estariam prioritariamente a serviço da inovação nesse mercado.

Num segundo momento, por meio da análise do pressuposto da ação humana para autoria e da atividade inventiva para patenteamento de invenções, serão sustentadas a impossibilidade de mecanismos de inteligência artificial (I.A.) figurarem como autores de inventos e a não patenteabilidade dessas criações. Nesse contexto, será abordado o pedido internacional PCT/IB2019/057809, em que uma máquina dotada de inteligência artificial foi indicada como inventora.

Posteriormente, serão sustentados o domínio público das invenções de I.A. e a sua configuração como descoberta, mencionando-se potenciais contribuições dos usos de tecnologias de I.A. para a propriedade intelectual.

Diante disso, pretende-se avaliar se o domínio público das invenções provenientes integralmente de tecnologias de inteligência artificial pode contribuir para o equilíbrio de todos os interesses envolvidos na produção de produtos farmacêuticos, caminhando em direção a uma mudança na lógica de submissão das patentes de medicamentos às regras do capitalismo financeiro.

Espera-se, também, contribuir para o debate acerca da eventual necessidade de uma reforma regulatória e as alternativas ao atual sistema de monopólios.

² Em vez de primar pelo investimento em atividades produtivas, esse modelo prioriza o benefício dos acionistas das empresas. Atualmente, a maior parte dos lucros das empresas farmacêuticas é usada para recomprar ações para elevação dos seus preços e distribuição de dividendos aos acionistas, garantindo o maior retorno financeiro possível a curtos prazos (SELL, 2021).

Antes de concluir, serão elencados alguns dos fatores pelos quais se acredita que as invenções por I.A. não deixarão de prosperar, independente de patenteabilidade.

A partir da metodologia civil-constitucional³ e sob o prisma da funcionalização da propriedade intelectual, objetiva-se, ainda, realizar uma avaliação da compatibilidade das conclusões desta pesquisa predominantemente qualitativa⁴ com as aspirações do sistema de patentes e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

1 A FINANCEIRIZAÇÃO DO CAPITALISMO E AS PATENTES DE MEDICAMENTOS

Com a financeirização do capitalismo, busca-se a extração de valor em detrimento da criação de valor – na indústria farmacêutica, a lógica do lado da oferta (lucro) se sobrepõe à lógica da demanda (saúde). Com isso, percebe-se um desequilíbrio entre os interesses públicos e privados envolvidos e um descompasso no atendimento das necessidades daqueles para os quais o valor é oferecido (público) e pelos quais o valor é extraído (investidores) (SELL, 2021).

Nesse contexto, preocupações mercadológicas definem cada vez mais os tipos de inovações médicas que serão projetadas e desenvolvidas para os pacientes⁵. Com isso, o propósito por

³ “[...] procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade (valorativa e fática), no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional” (TEPEDINO, 2016, p. 20).

⁴ Segundo Igreja (2017, p. 14), a pesquisa qualitativa tem o condão de “proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais”.

⁵ “The importance of the demand from Wall Street for high profit margins in order to maintain share prices has been singled out as a major factor in the futile production of patented and branded me-too drugs by big pharma. This is an important reason why there are multiple versions of erectile dysfunction and hair loss drugs and a paucity of drugs for lethal afflictions of the poor, particularly in the global south” (SELL, 2021, p. 14).

trás da indústria farmacêutica passa a ser o fornecimento de um veículo temporário para geração de retornos sobre investimento, e não a melhoria substancial da saúde. Como resultado, há um aumento generalizado no preço dos produtos farmacêuticos e no investimento em marketing, ao passo que se gasta menos dinheiro com a pesquisa e desenvolvimento (P & D) de novos medicamentos⁶ (SELL, 2021).

Essa lógica é fortemente dependente dos monopólios⁷ garantidos aos titulares das patentes concedidas pela criação de novos medicamentos. Definida como sendo um direito de exclusividade, conferido pelo Estado, para exploração de uma tecnologia (BARBOSA, 2003), a patente deve servir ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país e estar aliada ao interesse social (BRASIL, 1996), sendo de pleno interesse de toda sociedade a efetiva garantia do direito fundamental à saúde, salvaguardado em nossa Constituição em seu art. 196 (BRASIL, 1988).

No entanto, devido à ausência de concorrência possibilitada pelos monopólios, as empresas detentoras das patentes de medicamentos podem exigir altos preços pela comercialização dos seus produtos, o que acaba por dificultar o acesso da população à saúde.

A indústria farmacêutica alega que os monopólios patentários e os altos preços são necessários para recuperar os investimentos feitos na P & D de medicamentos e financiar a inovação futura. Porém, existem evidências de que o público paga muito mais pelos medicamentos do que seria necessário para recuperar os investimentos – a fixação

⁶ No ano de 2019, as cinco maiores empresas da indústria farmacêutica gastaram mais em marketing do que em P& D (FARLEY, 2020).

⁷ “Esse sistema de monopólio e de preços exorbitantes está ancorado globalmente em uma estrutura internacionalde comércio muito bem estabelecida. O acordo TRIPS, de 1994, introduziu um novo sistema vinculante de propriedade intelectual, ao qual todos os países membros da OMC estavam submetidos. De fato, esse acordo passou a ser um elemento determinante para as suas respectivas políticas internas” (FERES; SANT’ANNA; SILVA, 2020, p. 460).

do preço estaria ligada ao valor máximo que o mercado pode suportar (MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, 2016).

Além disso, o aumento do número de patentes não resultou no crescimento da inovação de produtos médicos, e, segundo os Médicos Sem Fronteiras (MSF), a inovação sem o acesso é inútil para a sociedade e obstaculiza a verdadeira inovação farmacêutica, que serviria aos interesses da saúde pública⁸ (MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, 2016).

Ainda nesse sentido, de acordo com os professores de economia Michele Boldrin e David K. Levine (2013), não há evidências empíricas relevantes de que as patentes estimulem a inovação e a produtividade, mas há evidências de que o fortalecimento de regimes patentários estimula o aumento do número de patentes. Segundo os professores, tais regimes beneficiam os detentores de patentes e prejudicam futuros inventores e os consumidores finais. Com isso, a litigância patentária se acentua quando a competição natural por pioneirismo decai e a indústria passa a entrar em estagnação – como é o caso da indústria farmacêutica (BOLDRIN; LEVINE, 2013).

Não há motivos para acreditar que este sistema funcionaria em uma lógica menos perversa se fosse adotado para a proteção das invenções de produtos farmacêuticos por inteligência artificial. Pelo contrário, “a tutela autônoma de uma criação *inumanap* pode se distanciar de uma *meritocracia cerebrina* em prol da *plutocracia*” (BARBOSA, 2020, p. 770). Felizmente, o atual regime de proteção à propriedade intelectual não se aplica a essas invenções, pelas razões que serão apresentadas a seguir.

⁸ Historicamente as patentes não foram condições para a inovação e, segundo os MSF, a grande maioria das invenções teria ocorrido fora do sistema de patentes (MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, 2016).

2 A IMPOSSIBILIDADE DE PATENTEAMENTO DE INVENÇÕES POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Primeiramente, é importante destacar que o uso humano de tecnologias de I.A. como meios hábeis a edificar um invento não impede a produção de obras passíveis de proteção⁹.

Com o intuito de auxiliar na pacificação desta nebulosa fronteira, o Escritório de Propriedade Intelectual do Reino Unido (UKIPO, sigla em inglês) publicou recentemente um guia que contém exemplos de invenções provenientes de mecanismos de “*applied AI*” e “*core AI*”¹⁰ que, na opinião do escritório, poderiam ou não ser patenteados. (REINO UNIDO, 2022).

Posto isso, neste tópico, serão apresentadas questões relativas à impossibilidade de mecanismos de I.A. figurarem como autores de inventos integralmente provenientes dessas tecnologias e à inexistência do pressuposto de patenteabilidade da atividade inventiva nessas invenções.

2.1 A impossibilidade de I.A. figurar como autor de invento

Conforme as palavras de Pedro Marcos Nunes Barbosa (2020, p. 766), “não há tutela de propriedade intelectual sem haver autor”.

⁹ “Nesse ambiente, a IA em nada diferiria da máquina de escrever, do computador, ou dos programas de computador que modificam a fotografia criada pelo artífice. São apenas *meios* técnicos empenhados na edificação da *universalidade* da obra” (BARBOSA, 2020, p. 774). “O que se narra como incompatível com o sistema jurídico atual é a tutela dos *produtos* originados pela IA, sem intervenção humana” (BARBOSA, 2020, p. 774). No mesmo sentido, ainda segundo Barbosa (2020, p. 775), é importante ressaltar que “não há como se reconhecer como *autora* aquele que simplesmente orienta as ferramentas de IA com palavras-chave, conceitos gerais, sobreposição de diversas ideias ou influências suas”.

¹⁰ No documento, o UKIPO elenca exemplos de invenções provenientes de mecanismos que têm inteligência artificial como núcleo (*core A.I.*) e que se utilizam de inteligência artificial (*applied A.I.*). Para ambos os casos, existiriam invenções patenteáveis e não patenteáveis (REINO UNIDO, 2022).

Embora a titularidade de uma patente possa ser exercida por pessoas físicas, jurídicas ou órgãos, a autoria de um invento é adstrita às pessoas físicas – o invento é uma criação do espírito, que se dá por meio do trabalho intelectual do autor. Ou seja, é necessário haver um ato humano (MAIA, 2020).

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Denis Borges Barbosa (2003), destaca-se que o direito à propriedade intelectual é consubstanciado por um direito de aspecto moral e por outro de cunho patrimonial. No que se refere à esfera patrimonial do direito, o autor pode realizar cessões de titularidade ou licenças voluntárias. No entanto, como os mecanismos de I.A. não são dotados de personalidade, a elaboração de tais negócios jurídicos não é possível (MAIA, 2020).

No que concerne ao aspecto moral do direito, seu detentor jamais poderá realizar cessão ou licenciamento, por se tratar de direito existencial de maternidade/paternidade personalíssimo, inalienável e extrapatrimonial, mesmo nos casos em que há cessão ou licença do direito patrimonial sobre o invento (MAIA, 2020).

De acordo com o art. 6º da Lei de Propriedade Intelectual (LPI), que reproduz trecho do art. 5º, XXIX, CRFB: “Ao **autor** de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade [...]” (BRASIL 1996) (grifou-se).

Como já evidenciado, as tecnologias de I.A. não podem figurar como autoras de inventos. Consequentemente, não podem ter assegurado o direito de obter patente.

Entretanto, existem divergências¹¹ a respeito da impossibilidade de tecnologias de I.A. figurarem como autoras de inventos, podendo

¹¹ Ryan Abbott é membro do *Artificial Inventor Project*, time responsável pela elaboração do pedido de patente PCT/IB2019/057809, mencionado neste trabalho. Abbott é um dos principais defensores da possibilidade de máquinas de I.A. figurarem como autores de inventos, argumentando que “listing an AI as an inventor is not a matter of providing rights to machines, but it would protect the moral rights of traditional human inventors and the integrity of the patent system” (ABBOTT, 2019, p. 11). De acordo com essa perspectiva, o proprietário da I.A. seria o titular

ser constatado entendimento parcialmente diverso do exposto no que se refere ao pedido internacional PCT/IB2019/057809, em que a máquina dotada de inteligência artificial denominada DABUS é indicada como inventora.

De forma geral, os escritórios de propriedade industrial têm rejeitado o referido pedido, sob o argumento de que o inventor deve ser um humano, como é o caso na Europa, Estados Unidos, Coreia do Sul, Nova Zelândia e Taiwan (BRASIL, 2022).

Porém, na Alemanha, o pedido foi parcialmente admitido em grau de recurso, considerando-se seu requerente, Stephen Thaler, como inventor responsável por acionar a máquina para produzir as invenções. Ainda que parcialmente favorável às pretensões do requerente, há o reconhecimento da necessidade de uma ação humana específica da qual decorra o comando para atuação da I.A. (BRASIL, 2022).

Com entendimento diverso, a Austrália foi o único país onde o pedido foi, a princípio, pretensamente acolhido. Concluindo que não havia disposição legal específica que excluísse expressamente a possibilidade de um sistema de I.A. ser um inventor, um juiz da Corte Federal Australiana entendeu que não poderia ser adotado um conceito restritivo do termo. No entanto, tal entendimento foi revertido em sede recursal por decisão colegiada da corte, determinando que é necessário ser pessoa física para ser considerado inventor (AUSTRÁLIA, 2022).

Filiando-se à corrente amplamente majoritária acerca do tema, a Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional da Propriedade Industrial emitiu parecer manifestando-se “[...] no sentido da impossibilidade de indicação ou de nomeação de inteligência artificial como inventora em um pedido de patente apresentado no Brasil, ex

da patente (ABBOTT, 2019). Sobre essa possibilidade, Livia Barboza Maia (2020) assevera que “a criação fruto de Inteligência Artificial surge de forma autônoma e inesperada em relação ao humano que *deu vida* àquele sistema. Diante dessa informação, a primeira hipótese que já pode ser afastada seria a possível autoria e/ou titularidade desse ser humano criador do sistema de Inteligência Artificial sobre a criação fruto da própria IA” (MAIA, 2020, p. 789).

vido contido no artigo 6o da Lei n. 9.279/96 e do disposto na Convenção de Paris (CUP) e no Acordo TRIPS.” (BRASIL, 2022).

2.2 O não cumprimento do requisito da atividade inventiva

Conforme o art. 8º da LPI: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (BRASIL, 1996). Dispondo sobre a atividade inventiva, o art. 13 da mesma lei prevê que uma invenção cumprirá este requisito quando, “para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica” (BRASIL, 1996).

Da exegese desse último dispositivo, depreende-se que há uma necessária ligação entre a constatação da não obviedade da invenção com os conhecimentos de um técnico no assunto - ser humano (PHOSITA – *person having ordinary skill in the art*). A respeito dessa questão, Lívia Barboza Maia faz relevantes considerações:

[...] é possível o questionamento se haveria de se comparar a capacidade média cognitiva de um ser humano com a capacidade média produtiva de uma máquina. Talvez, não restariam chances ao ser humano se se enveredasse em um recorte concorrencial entre ele e a IA. Frente ao avanço tecnológico da Inteligência Artificial, talvez não seja o homem capaz de criar algo que não seria óbvio a essa nova máquina (MAIA, 2020, p. 790).

Sobre a projeção de uma inevitável obviedade das invenções humanas diante de uma tecnologia de I.A.¹²¹², Daniela Fabris (2020) assevera que, em breve, a abstração de PHOSITA deverá ser substituída pela de “MOSITA – *machine of ordinary skill in the art*”. Sob essa perspectiva, Daniela Fabris (2020) prevê que a indústria farmacêutica seria

¹² Ryan Abbott (2019) acredita que, no futuro, tudo será óbvio diante de uma “Super Inteligência Artificial”.

a mais afetada pela mudança nos parâmetros de obviedade, uma vez que a maioria das descobertas medicamentosas tratam-se de novas combinações entre elementos ou compostos químicos já conhecidos.

Em um cenário extremo, sugerido por Fabris (2020), a indústria farmacêutica seria totalmente excluída do sistema de patentes. Para evitar essa possível “consequência drástica”, ela sugere a adoção das “*secondary considerations*” – considerações que atualmente são feitas de forma secundária pelos escritórios de patentes da Europa e dos Estados Unidos para verificar a não obviedade de invenções, como as “*long-felt but unsolved needs*” (necessidades há muito tempo identificadas, mas não resolvidas – tradução livre) (FABRIS, 2020).

No entanto, conforme ensinado por Denis Borges Barbosa (2003), a proteção da propriedade intelectual se volta para uma ação humana, de intervenção na natureza, que apresenta uma solução técnica para um problema técnico. Portanto, a ação humana também se configura como uma condição para a patenteabilidade de um invento – condição que não é satisfeita pela ação autônoma de uma tecnologia de inteligência artificial.

Nesse sentido, Pedro Marcos Nunes Barbosa (2020) destaca que, por não haver transformação humana da realidade diante do estado da arte, as invenções de I.A. não passam de um tipo de descoberta, conforme previsto no art. 10, I, LPI (BRASIL, 1996). Na mesma direção, ainda que ponderando o fato de a lei brasileira não mencionar a necessidade de “ação humana”, Lívia Barboza Maia (2020) aponta que esse pressuposto foi levado em consideração ao se proibir a proteção da descoberta – que não configura ação, mas mera observação.

Ainda sobre a obviedade e o requisito da atividade inventiva, há que se considerar as possíveis contribuições que as tecnologias de I.A. podem oferecer para a propriedade intelectual. Através dessas tecnologias, seria possível, por exemplo, reduzir o subjetivismo que pode existir entre examinadores diferentes e melhorar o parâmetro de pesquisa de anterioridade dos pedidos de patentes (BARBOSA, 2020).

3 O DOMÍNIO PÚBLICO E O INCENTIVO À INOVAÇÃO

Devido à inexistência do sujeito de direito originador, elemento essencial à existência da propriedade intelectual, o bem imaterial produzido por I.A. ingressará automaticamente em domínio público ao ser publicizado¹³ (BARBOSA, 2020). No entanto, segundo Pedro Marcos Nunes Barbosa:

Não se observa qualquer empecilho no legítimo reconhecimento da titularidade de uma criação feita, exclusivamente, por meio de *inteligência artificial* se tal criação (a) gerasse uma vantagem competitiva e (b) fosse mantida em segredo, atraindo-se a incidência das regras contra os atos de concorrência desleal. Ou seja, já há alguma forma de tutela às criações feitas por IA por meio da ilicitude competitiva [...] (BARBOSA, 2020, p. 774).

Na mesma direção, Caroline Tauk (2020) também aponta para a possibilidade da utilização do sigilo para proteção dessas invenções, destacando que o detentor da tecnologia responsável por um invento já detém uma vantagem competitiva decorrente do aprendizado para torná-la possível – benefício do pioneirismo que permanecerá mesmo depois que for imitado por concorrentes. Além disso, Tauk ressalta que

[...] a marca das empresas de tecnologia tende a ser um bem cada vez mais valioso em seu patrimônio. Ainda que ausente o direito à exclusividade de exploração decorrente da patente, a invenção feita pelo sistema de IA traria vantagens que não dependem de proteção patentária, como a promoção da marca perante o público em razão das inovações tecnológicas e fide-

¹³ No mesmo sentido, Lívia Barboza Maia (2020, p. 794) assevera que “as criações frutos de sistemas de Inteligência Artificial também compõem a lista de tecnologias em domínio público”, que não deveria ser entendido como um espaço composto por bens sobre os quais ninguém titulariza, mas como um espaço comum da sociedade.

lização a clientela, o que, de toda forma, lhe geraria retribuição financeira (TAUK, 2020, p. 11).

Entretanto, no plano fático, diante da possibilidade de obtenção de patentes de invenções produzidas de forma automatizada e desvinculada dos inerentes custos das criações que envolvem seres humanos, é possível que a acreditação de autoria a quem não participou do processo produtivo seja uma prática já difundida no meio empresarial¹⁴.

Ainda que reconheça a existência de fortes incentivos para o desenvolvimento de máquinas inventivas¹⁵, independentemente da patenteabilidade das invenções, Ryan Abbott (2018) defende que elas deveriam ser patenteáveis¹⁶. Nesse sentido, Abbott (2018) utiliza-se do exemplo dos altos investimentos realizados pela indústria farmacêutica na produção de novos medicamentos e da relativa facilidade com a qual empresas concorrentes podem replicá-los¹⁷.

¹⁴ Segundo Ryan Abbott (2019), alguns dos primeiros requerentes de invenções por I.A. dizem terem sido aconselhados por seus advogados a fazer a auto-acreditação como inventores. Para Barbosa (2020, p. 771), o sujeito que adotasse prática semelhante seria uma espécie de “laranja-criador”. Além de incluir a concessão de direitos patrimoniais a quem não merece como eventual consequência negativa do não reconhecimento de tecnologias de I.A como inventoras, Caroline Tauk (2020) menciona a possível restrição da divulgação de informações sobre as invenções.

¹⁵ Entre outros argumentos que constata que não se está diante de um ambiente regulatório que desestimula os investimentos em I.A., Pedro Marcos Nunes Barbosa afirma que “há (a) campos que não deixaram de evoluir pela carência de tutela por propriedade intelectual; (b) tal poderá ser um incentivo pelas inovações por superação e a criação de obsolescência dos produtos e serviços próprios ou alheios [...]” (BARBOSA, 2020, p. 778)

¹⁶ Para Ryan Abbott (2019), a possibilidade de patentear invenções geradas por I.A. incentivaria o desenvolvimento e o uso dessas tecnologias, o que resultaria em mais inovação para a sociedade (ABBOTT, 2019).

¹⁷ “The biopharma industry claims that new drug approvals cost around 2.2 billion dollars and take an average of eight years²². This cost is largely due to resource intensive clinical trials required to prove safety and efficacy. Once a drug is approved, it is often relatively easy for another company to recreate the approved drug. Patents thus incentivize the necessary levels of investment to commercialize a

Em que pese tal argumento, um estudo do United States Government Accountability Office demonstrou que os lucros da indústria farmacêutica foram aproximadamente 250% maiores do que o das outras indústrias entre os anos de 2006 e 2015 (UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2017).

Diante disso, ainda que se considerando o vultoso investimento que a indústria farmacêutica demanda, seus altíssimos índices de lucratividade devem ser avaliados frente aos custos sociais gerados pelo patenteamento de medicamentos – em um cenário hipotético, no qual invenções por I.A. fossem patenteáveis, os custos sociais seriam ainda maiores.

Segundo os professores e economistas Boldrin e Levine (2013), os custos sociais derivados da fixação de preços pelos monopólios patentários são mais altos em relação aos medicamentos que salvam vidas – e esses custos também são consideravelmente altos em relação aos demais produtos farmacêuticos. Além dos professores, vários outros economistas argumentam que se uma intervenção governamental for, de fato, necessária nesse mercado, um sistema de prêmios¹⁸ seria mais eficaz do que o atual sistema de monopólios (BOLDRIN; LEVINE, 2013).

Sob o prisma constitucional, a Carta Magna de 1988 inovou ao fazer constar as disposições relativas à propriedade intelectual entre os direitos e garantias fundamentais – especificamente, entre os direitos e deveres individuais e coletivos¹⁹ (BRASIL, 1988). Diante disso, ao se permitir imaginar uma futura proteção aos frutos de inteligência artifi-

product given that patent holders can charge monopoly prices for their approved products during the term of a patent.” (ABBOT, 2018, p. 49).

¹⁸ No mesmo sentido, Susan Sell (2021) menciona as recomendações a respeito do estabelecimento de fundos de premiação para inovações que atendam a necessidades médicas não supridas como alternativa ao monopólio patentário que domina o panorama da inovação farmacêutica.

¹⁹ Em face de uma menção às críticas a respeito da caracterização da patente enquanto direito fundamental, Lívia Barboza Maia (2020) rememora as ponderações do professor Denis Borges Barbosa (2003) acerca da possibilidade de haver, para

cial, Maia (2020) aponta que, além de uma mudança constitucional “– ao menos uma mudança de capítulo, de modo que a proteção retome ao domínio econômico –, seria necessário questionar diversas outras regras hoje fixadas para patentes” (MAIA, 2020, p. 797).

Ao comparar o indivíduo que orienta ferramentas de I.A. com a figura do orientador acadêmico, Pedro Marcos Nunes Barbosa (2020) afirma que se poderia pugnar por uma reforma legislativa que estabelecesse algum tipo de reconhecimento jurídico aos orientadores, ao menos de cunho moral. Tal hipótese se trataria “de algo próximo à acreditação de quem *descobrealgo* que se torna importante para o desenvolvimento da ciência, ainda que não constitua uma *invenção*” (BARBOSA, 2020, p. 776).

Mencionando os questionamentos sobre a atividade inventiva já abordados neste trabalho, Caroline Tauk (2020), aventa a possibilidade da criação de um regime *sui generis* para tratar dessas e de outras questões. Ainda que não tenha a intenção de responder aos dilemas que envolvem a proteção intelectual das criações de I.A., Tauk (2020) ressalta a importância de se chegar a um tratamento uniforme do tema, independente do caminho a ser trilhado: reforma legislativa²⁰, ausência de proteção ou uma terceira opção.

Em que pese as possibilidades apresentadas, cabe ressaltar que, conforme a legislação vigente, o domínio público deve ser entendido como regra e o monopólio como exceção. Conforme as palavras de Lívia Barboza Maia (2020, p. 795), “Ao ceder ao discurso catastrófico de que a negativa de patente às criações frutos de sistema de Inteligência Artificial poderia desacelerar a inovação, esquece-se de que,

tal tratamento constitucional, alguma razão relacionada à faceta de direito existencial da propriedade intelectual.

²⁰ Mesmo reconhecendo que a legislação vigente dispõe de elementos suficientes para conferir algum grau de proteção jurídica aos que buscam criar obras por meio de I.A., Lukas Gonçalves (2019) considera a legislação como inadequada, e afirma ser necessário algum tipo de regulação para essas criações.

ao menos no Brasil, o interesse social não é menor que o desenvolvimento tecnológico”²¹.

Nesse sentido, destaca-se, mais uma vez, o profundo interesse social contido na garantia da saúde da população através do acesso a medicamentos. Cabe ressaltar, ainda, que a inserção das criações de I.A. entre os bens e conhecimentos de uso comum da sociedade, representado pelo domínio público²², pode, além de facilitar o acesso aos produtos farmacêuticos, incentivar a produção de novos medicamentos.

4 FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A relação jurídica que se estabelece entre o Estado (que confere ao titular da patente o direito de explorar a invenção com exclusividade) e o titular da patente (que tem o dever de revelar informações suficientes para a reprodução da invenção quando ela se tornar domínio público) envolve, também, os interesses de outros sujeitos²³.

²¹ No mesmo sentido, Pedro Marcos Nunes Barbosa afirma que “é preciso apaziguar os ânimos dos crentes no dogma de que a ausência de tutela significaria um óbice aos avanços da técnica ou da estética. Tal assertiva se mostra hígida, pois há diversas hipóteses de carência de tutela no Brasil que em nada cerceiam novas criações imateriais” (BARBOSA, 2020, p. 773).

²² Em deferência aos ensinamentos do professor Denis Borges Barbosa sobre o considerável valor social do domínio público, Maia (2020, p. 796) ressalta que “considerar que as criações agregam-se ao conhecimento antes criado resulta na conclusão de que um domínio público graúdo tenderá a gerar uma quantidade maior de inovações. Nesse sentido, um domínio público rico em informações também pode ser fator de incentivo para novas criações”.

²³ Segundo Maia (2020, p. 784), “A multiplicidade de relações pode ser traduzida pelo modelo poliédrico, que trata de demonstrar, na realidade, direitos de vários atores, podendo ser citado: direitos do inventor, direitos do titular (que raras vezes coincide com o inventor), direitos do Estado (quem conferiu a exclusividade), direitos de concorrência (que aguarda o domínio público para utilizar o invento), direitos dos consumidores (que tendem a estar submetidos a práticas comerciais

Nesse sentido, segundo Pedro Marcos Nunes Barbosa, “a exclusão de tutela de um núcleo de interesses pode, em verdade, significar a maximização do bem-estar de outros núcleos de interesses na relação jurídica poliédrica que se estabelece sobre um bem imaterial, tal bem móvel que é um bem de produção” (BARBOSA, 2020, p. 774).

Dessa forma, a exclusão da tutela dos outros núcleos de interesses envolvidos na relação jurídica poliédrica deve ser ponderada com equilíbrio. Ainda que seja dotada de uma faceta diversa da propriedade clássica (em que se estabelece o efeito *erga omnes*), “como as demais propriedades, a patente deve ser funcionalizada para que não seja tida como um fim em si mesma (MAIA, 2020, p. 785).

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 deixou claro como deve se dar a funcionalização da propriedade intelectual, que será concedida “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (BRASIL, 1988) – a necessidade de consideração do interesse público também está presente na LPI (BRASIL, 1996). Ou seja, a constitucionalidade da concessão patentária só estará verificada se atender ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico nacional.

Nesse sentido, Livia Barboza Maia (2020, p. 786) ressalta que:

A funcionalização da Propriedade Industrial se mostra uma tendência da atualidade, em que o direito emerge como meio de obtenção da paz social e não mais em sua função de punições enérgicas e visando somente aos interesses de titulares.

Na mesma direção, destaca-se que uma releitura do Direito Civil sob o prisma constitucional proporciona um processo de transformação social, em que a autonomia privada passa a ser pautada por valores não patrimoniais inseridos na noção de ordem pública (TEPEDINO, 2016).

distintas no caso de haver exclusividade e no caso do domínio público e, desse modo, possibilidade de pluralidade de ofertas) e direitos do meio ambiente”.

Sob uma perspectiva econômica, também seria função da propriedade intelectual “eliminar uma falha de mercado causada pela dificuldade que o inventor tem de receber uma retribuição social pelo que produziu” (TAUK, 2020, p. 12). Por outro lado, as patentes podem ter custos significativos para a inovação, já que os monopólios restringem a concorrência estática (TAUK, 2020). A partir desse prisma, “os direitos da propriedade intelectual justificam-se na medida em que trazem mais benefícios do que custos sociais” (TAUK, 2020, p. 11).

Entretanto, como demonstrado no item anterior, os altos custos sociais derivados dos monopólios patentários de medicamentos parecem estar em desequilíbrio com a lucratividade exorbitante da indústria farmacêutica²⁴. Além disso, não existem evidências relevantes de que o atual sistema de patentes incentive a inovação (BOLDRIN; LEVINE, 2013), e ele tem se mostrado especialmente distante de tal aspiração no que se refere à P & D de produtos farmacêuticos para doenças negligenciadas (FERES; SILVA, 2017).

Nesse contexto, acredita-se que o domínio público de medicamentos produzidos integralmente por tecnologias de I.A. contribui para o equilíbrio dos interesses envolvidos nesta relação, através da construção de um sistema mais igualitário de acesso à inovação.

Além disso, o domínio público desses produtos pode facilitar a persecução dos objetivos de organizações como a Organização Mundial da Saúde e a *Drugs for Neglected Diseases initiative* em relação à disponibilização de medicamentos de qualidade a preços acessíveis.

Tal entendimento se alinha ao comando expresso na Constituição a respeito da realização da justiça social e do bem-estar social (MAIA, 2020), e parece seguir no sentido de uma necessária mudança na lógica de submissão das patentes de medicamentos às regras do capitalismo financeiro. Nessa direção, é possível que os interesses das várias partes

²⁴ “Patent protection increases the price of drugs and reduces access to medicines and vaccines.” (SELL, 2021, p. 13).

envolvidas sejam atendidos, incluindo os dos pacientes e dos sistemas de saúde, e não apenas os dos acionistas da indústria farmacêutica.

CONCLUSÃO

A partir de uma contextualização do ambiente de financeirização do capitalismo em que se inserem as patentes de medicamentos, buscou-se contrapor evidências às justificativas da indústria farmacêutica para a necessidade de manutenção dos monopólios. Através da contração, pôde-se constatar que essa indústria não teria como finalidade principal a promoção da saúde, mas a lucratividade dos acionistas.

Nesse contexto, apontou-se a inexistência de evidências relevantes de que o sistema de patentes estaria incentivando a inovação, podendo ele, na verdade, representar um empecilho para novos inventores e um sintoma da estagnação da indústria farmacêutica. Com isso, concluiu-se que não há motivos para acreditar que tal sistema funcionaria em uma lógica diferente se fosse adotado para a proteção das invenções de produtos farmacêuticos por inteligência artificial.

A respeito da impossibilidade de I.A. figurar como autor de invento, sustentou-se a necessidade de haver um ato humano para a tutela da propriedade intelectual. Diante disso, foram apresentadas algumas divergências e os desdobramentos do pedido de patente em que uma máquina dotada de inteligência artificial foi indicada como inventora, confirmando-se a necessidade de o inventor ser uma pessoa física, no Brasil e em todos os outros países que responderam ao pedido – com exceção da Alemanha, que manifestou entendimento parcialmente diverso.

Quanto ao não cumprimento do requisito da atividade inventiva em pedidos de patentes que tenham mecanismos de I.A. como inventores, concluiu-se que, por não haver transformação humana da realidade diante do estado da arte, essas invenções configuram-se como um tipo de descoberta. Além disso, foram feitas considerações acerca

de eventuais mudanças nos parâmetros de obviedade e sobre a possibilidade das tecnologias de I.A. contribuírem para reduzir o subjetivismo e melhorar os parâmetros de análise dos pedidos de patentes.

A partir da justificativa do domínio público das invenções integralmente provenientes de I.A., foram apresentados argumentos pelos quais se sustenta a afirmativa de que o uso e desenvolvimento dessas tecnologias não será desestimulado, independente do patenteamento. Após a apresentação de possíveis alternativas à legislação vigente, conclui-se que o domínio público dessas invenções pode facilitar o acesso a medicamentos e incentivar a produção de novos produtos farmacêuticos.

Ao se contrapor os altos custos sociais derivados dos monopólios patentários de medicamentos com os exorbitantes lucros da indústria farmacêutica, identificou-se um descompasso entre os interesses dos demais envolvidos nessa relação jurídica poliédrica. Diante disso, acredita-se que o domínio público de medicamentos produzidos integralmente por tecnologias de I.A. pode contribuir para o equilíbrio das várias partes interessadas na inovação desses produtos.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan Benjamin. Everything is Obvious. 66 **UCLA L. Rev.** 2. 2018, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3056915>. Acesso em: 27 set. 2022.

ABBOTT, Ryan Benjamin. **The Artificial Inventor Project**. **WIPO Magazine**. Nº 6. 08-13. December, 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/. Acesso em: 26 set. 2022.

AUSTRÁLIA. **Commissioner Of Patents Vs. Thaler [2022] FCAFC 62**. Federal Court of Australia, nº FCA 879. Stephan Thaler. Sydney, 13 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafco062>. Acesso em: 23 set. 2022.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em: https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Autoria de bens intelectuais e as criações de inteligência artificial. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (org.). **O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 782-800.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David K.. The Case Against Patents. **Journal of Economic Perspectives**, 2013, 27 (1): p. 3-22. DOI: 10.1257/jep.27.1.3. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.27.1.3>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicaocompilado.Htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. **Indicação e nomeação de máquina dotada de inteligência artificial como inventora em pedido de patente**. Parecer N. 00024/2022/Cgpi/Pfe-Inpi/Pgf/Agu. Rio de Janeiro, RJ, 08 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/inteligencia-artificial-nao-pode-ser-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGPIPROCsobreInteligenciaartificial.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

FABRIS, Daniela. **From the PHOSITA to the MOSITA: Will “Secondary Considerations” Save Pharmaceutical Patents from Artificial Intelligence?** IIC 51, 2020, p. 685-708. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00953-8>. Acesso em: 26 set. 2022.

FARLEY, Rebecca. **Do pharmaceutical companies spend more on marketing than research and development?** 2020. Disponível em: <https://www.pharmacychecker.com/askpc/pharma-marketing-research-development/#!>. Acesso em: 22 set. 2022.

FERES, Marcos Vinício Chein; SANT’ANNA, Leonardo da Silva; SILVA, Alan Rossi. O Programa de VHC da DNDi e o sistema de propriedade intelectual: uma abordagem de saúde pública para a epidemia de Hepatite C. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 21, n. 2, 2020, p. 445-476. DOI: 10.18593/

ejll.21865. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/21865>. Acesso em: 21 set. 2022.

FERES, Marcos Vinício Chein; SILVA, Alan Rossi. A Aspiração do Sistema de Patentes e o Caso dos Produtos Terapêuticos para Doenças Negligenciadas. **Revista de Estudos Institucionais**, 2(2), 2017, p. 756-798. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v2i2.60>. Acesso em: 03 out. 2022.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. **A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil**. Dissertação orientada pelo Prof. Dr. Marcos Wachowicz, apresentada ao PPGD da UFPR como requisito parcial para a obtenção de título de mestre em direito. Curitiba: 2019. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/60345>. Acesso em: 28 set. 2022.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Cap. 1. p. 11-38. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%C3%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

MAIA, Lívia Barbosa. A impossibilidade de inteligência artificial ser autora de inventos de propriedade industrial sob uma perspectiva civil-constitucional. In: TE-PEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (org.). **O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 763-780.

MÉDECINS SANS FRONTIÈRES. **Lives on the edge**: time to align medical research and development with people's health needs. Geneva: Médecins Sans Frontières, 2016. Disponível em: <https://msfaccess.org/lives-edge-time-align-medical-research-and-development-peoples-health-needs>. Acesso em: 22 set. 2022.

REINO UNIDO. **Examining patent applications relating to artificial intelligence (AI) inventions**: The Scenarios. Intellectual Property Office, 2022. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/examining-patent-applications-relating-to-artificial-intelligence-ai-inventions/examining-patent-applications-relating-to-artificial-intelligence-ai-inventions-the-scenarios>. Acesso em: 26 set. 2022.

SELL, Susan K. **21st Century Capitalism and Innovation for Health**. Global Policy, Wiley, [S.L.], v. 12, n. 6, 19 jun. 2021. p. 12-20. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1111/1758-5899.12911>. Acesso em 27 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.

TAUK, Caroline, **A Era Das Máquinas Criativas**: A Proteção Patentária de Invenções Geradas por Sistemas de Inteligência Artificial. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3554433>. Acesso em 27 set. 2022.

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. **Drug Industry**: Profits, Research and Development Spending, and Merger and Acquisition Deals. Nov. 2017. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-40.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

DIREITO DIGITAL E PROPRIEDADE INTELLECTUAL: PROTEÇÃO DE ITENS DE MODA NO UNIVERSO DIGITAL – METAVERSO

LARISSA MOREIRA MARTINS DE LARA¹

CLAIR KEMER DE MELO²

MIRIAN LIMA MACHADO³

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta propor uma discussão acerca da propriedade intelectual no âmbito do metaverso visando explicar como tal desvio impacta na proteção das marcas e das roupas desenvolvidas para o ambiente digital. Para que tal abordagem possa ser realizada, necessário se faz entender as bases conceituais que sustentam tanto a propriedade intelectual quanto o metaverso, identificando o ponto de convergência entre eles, em especial no que diz respeito a proteção de ativos de propriedade intelectual relacionado ao metaverso. Para tanto, a pesquisa se desenvolve por meio de análise bibliográfica acerca do tema Propriedade

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito Corporativo pela PUC/PR e Pós Graduada em Privacidade e Proteção de Dados pela UniAmérica. DPO certificada pela ITCerts (credencial: 5F635Co). TI Security and Privacy Foundation pela ITCerts. Membro da ANPPD seccional do Paraná. Membro da comunidade Mulheres da LGPD. Membro do Grupo de Estudos em Direito Digital da UFPR – GEDAI. Membro e Coordenadora Jurídica do METASAFE.

² Advogada e Professora Universitária. Mestre em Desenvolvimento. Pós-graduada em Direito Privado. Consultora em Privacidade e Proteção de Dados em Projetos de Adequação à LGPD, Treinamentos e Capacitações. Certificada em LGPD pela Certi-Prof. Membro do Comitê Público da ANPPD - Associação Nacional de Profissionais em Proteção de Dados, Membro da Comissão de Privacidade e Proteção de Dados -OAB/MT, Membro da Comissão de Educação Jurídica OAB/MT, Membro da comunidade Mulheres da LGPD, Membro da ANADD - Associação Nacional de Advogados em Direito Digital. Membro e Coordenadora do Grupo de Estudos do METASAFE.

³ Mira Lima, Coordenadora da ANPPD Regional São Paulo. Coordenadora Geral ANADD. Professora e Consultora em Proteção de Dados. Formada em Direito pela PUCPR. Pós-graduada em Direito Constitucional Tributário e Privacidade de Dados (FAMESP). Membro do Grupo de Pesquisa LGPD da PUCPR. Membro da Comunidade Mulheres da LGPD. Fundadora do METASAFE.

Intelectual e Metaverso, apontando considerações acerca da pertinência da temática e a necessidade de outros desdobramentos dos temas aqui elencados.

Palavras-chave: Metaverso; Propriedade Intelectual; NFT.

INTRODUÇÃO

Muito se tem falado ao longo do tempo, sobre a terminologia ‘propriedade’ e sua conceituação no universo das coisas tangíveis e mensuráveis que existem. Embora não exista um conceito único de propriedade, posto que a sua definição tem se modificado ao longo do tempo em virtude do contexto histórico, econômico, político, jurisprudenciais, dentre outras possibilidades, é possível afirmar que a propriedade é o mais amplo direito real que um determinado ordenamento jurídico confere a uma pessoa.

Nesse contexto, em virtude da ampla gama de circulação de informações por diversos meios, em especial aquelas que circulam impulsionadas pelo avanço tecnológico e pelo uso de IA (inteligência artificial) levando o usuário a ter acesso à novas experiências, nos deparamos com o metaverso⁴ como desafio em vários aspectos, em especial no que se refere à propriedade intelectual.

Neste viés se observa que com o desenvolvimento econômico nesta nova realidade de interação social as empresas, como por exemplo marcas de luxo, passaram a explorar esse novo mercado e iniciaram a comercialização de bens de consumo digitais, como peças de moda para os avatares utilizados pelos usuários desses ambientes de realidade virtual.

⁴ O metaverso é um espaço virtual em 3D que conecta usuários em todos os aspectos de suas vidas. É um coletivo compartilhado por três tecnologias: “realidade virtual”, “realidade aumentada” e “internet das coisas”. Um dos diferenciais do metaverso é o fato de que é um mundo que continua em “movimento” mesmo estando offline. Inclusive, o metaverso não tem um conceito único, tendo em vista que há divergentes opiniões sobre o tema. Deste mesmo modo, existem várias empresas criando suas próprias plataformas, seus próprios metaversos.

Além do mundo dos vídeos games já mencionados, outras possibilidades de interação estão sendo utilizadas para o lazer, a educação, a medicina, entre outros.

Porém, nesse caso, há o desafio de se haver a proteção desses bens visto que a transformação desses itens de consumos em NFTs⁵ não garantem quaisquer autenticidade ao item comercializado no ambiente digital, pois ainda não há, juridicamente, nenhuma legislação que reconheça os direitos autorais dos ativos digitais registrados em blockchain⁶.

Inclusive, neste viés, não há qualquer garantia legal de que a marca ou um bem de consumo se encontra legalmente protegido e não possa ser criado e ou desenvolvido no ambiente digital por terceiros, como por exemplo artistas.

Um exemplo da falha nesse resguardo se mostra no caso legal proposto pela Hèrmes na Corte Norte Americana por um artista ter reutilizado o nome da sua marca Birkin em um NFT de uma bolsa denominada Metabirkin.

Nota-se que em casos como esse a propriedade se torna relativa junto ao metaverso, inclusive pela falta de territorialidade e responsabilização junto a este ambiente digital.

Sendo assim, o desafio é entender como serão protegidas essas criações e esses bens infungíveis visto que não há qualquer garantia legal de criação e originalidade desses ativos digitais.

1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Antes de adentrarmos nas definições de propriedade intelectual, se faz necessário compreender de modo didático o que é a proprieda-

⁵ NFT é a sigla usada para os tokens não fungíveis, ou seja, únicos e insubstituíveis.

⁶ O *blockchain* é o meio virtual de registrar as transações feitas com as moedas virtuais comprovando que o registro das operações feitas no meio tecnológico, normalmente no metaverso, são confiáveis e imutáveis. Esse tipo de registro, *blockchain*, registra: a quantidade de bitcoins e outras moedas transacionadas, quem enviou, quem recebeu, quando esta transação foi feita e qual “livro razão pública” (ou livro contábil) foi registrada a operação

de, pois a proteção aos direitos intelectuais deriva da conceituação de propriedade.

A CF/88 em seu art. 5º, XXII e XXIII, que dispõe acerca dos direitos e garantias individuais, está consagrado o direito da propriedade, bem como a especificação de que a propriedade cumprirá a função social, restando comprovada a adoção desse princípio por todo o ordenamento jurídico vigente.

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:

(...)

XXII- é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

O Código Civil vigente aponta que:

Art. 1.228. (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a /ora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Observemos que o legislador não conceituou posse e propriedade, o Código Civil diz que possuidor é todo aquele que tem, de fato, o exercício pleno ou não dos poderes inerentes à propriedade. Refere-se apenas aos atributos da propriedade. O proprietário pode usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reivindicar de quem a injustamente a possua ou detenha.

O conceito genérico, no direito brasileiro, de direito de propriedade é o poder jurídico concedido pela lei a algum para usar, gozar, dispor de um determinado bem e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo. Deixando a interpretação aos olhos do doutrinador, que não se eximiu de tal tarefa.

Assim, encontramos algumas definições, tais como a apontada por Luiz Edson Fachin onde:

a conceituação do Direito de Propriedade constitui tema que trespassa o universo estrito do Direito Positivo, não conseguindo, pela sua natureza, minimizar-se diante de situações metajurídicas substanciais. Se revela na apreciação do elemento histórico e na constatação de que o conceito não existe isolado de um sistema. (ALMEIDA, 2013, p. 45).

Segundo Orlando Gomes (2008) propriedade é o direito real que dá a uma pessoa, denominada proprietário, a posse de uma coisa, em todas as suas relações e desta forma poderá então ter o direito de usar, gozar e dispor desta coisa, podendo inclusive reavê-la caso tenha esta injustamente possuída.

Para o autor Washington Barros Monteiro (2003, p.79), a propriedade é inerente à própria natureza humana e ela representa condição de existência e de liberdade de todo homem e ao contrário do que se pensa nasce no seio civil justamente para evitar a desordem quanto à utilização dos bens e riquezas da terra. Cria-se então um modo civilizado de se manter a ordem.

Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico, tem se acentuado as discussões sobre propriedade de bens intangíveis. Deste modo, quando se trata de propriedade intelectual estamos diante de um conceito aberto, relacionado à bens imateriais e intangíveis que, embora não lembrados a todo momento, fazem parte da vida diária de uma sociedade um modo bastante significativo.

Propriedade Intelectual está relacionada com a proteção legal e reconhecimento de autoria de obra de produção intelectual tais como invenções, patentes, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas e criações artísticas e garante ao autor o direito, por um determinado período, de explorar economicamente sua própria criação.

De acordo com o conceito de propriedade intelectual:

Os direitos de propriedade intelectual são aqueles relacionados com a proteção legal que a lei atribui à criação do intelecto humano, garantindo aos autores de determinado conteúdo o reconhecimento pela obra desenvolvida, bem como a possibilidade de expor, dispor ou explorar comercialmente o fruto de sua criação. São duas ramificações atribuídas aos direitos da propriedade intelectual: direitos autorais e os direitos de propriedade industrial (marcas, patentes e know-how). Os direitos autorais são aqueles que dizem respeito às criações de caráter intelectual, artístico ou literário do espírito humano, tendo como principal atribuição a garantia de proteção aos autores de eventual uso incorreto ou irresponsável feito por terceiros de suas obras, além de permitir a estes explorar tais obras da maneira que achar mais conveniente. Já os direitos de propriedade industrial são aqueles que dizem respeito também às criações da mente humana, mas as que dão origem às invenções e às marcas, as quais têm caráter exclusivamente econômico e que possuem como essência a sua aplicabilidade em escala industrial. Os direitos de propriedade industrial visam proteger os produtos ou serviços que estão diretamente relacionados com as invenções ou marcas, além de garantir ao seu titular a possibilidade de explorá-las economicamente ou de impedir que terceiros o façam sem a sua autorização (...).⁷

Ainda, na seara do Direito Intelectual, o qual abrange os resultados da produção mental de uma pessoa, sejam produções científicas, literárias ou artísticas a propriedade intelectual está atrelada, pois trata-se do patrimônio não palpável do indivíduo, ou seja, tudo aquilo que

⁷ Peck Pinheiro, Patrícia. **Manual de Propriedade Intelectual**. Pg. 11. UNESP.SP. 2012-2013.

embora não visível tem algum valor, afinal certo é que alguém tem domínio sobre algo e esse algo tem valor, por isso no que tange à propriedade intelectual encontramos uma espécie de subdivisão, qual seja o direito autoral, atrelado ao próprio criador, e a propriedade industrial, está voltada à proteção da coisa em si, sejam as invenções ou criações estéticas como exemplos.

Definição legal de direito autoral e sua proteção intelectual encontramos na Lei 9610/1998, senão vejamos:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

(...)

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

O doutrinador acurado também cuidou de apresentar conceituações acerca da referida proteção, que merecem ser destacadas no presente estudo.

Em 1967, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) para promover, por meio da cooperação internacional, a criação, disseminação, uso e proteção de obras da mente humana para o progresso econômico, cultural e social.

A Convenção da OMPI define como propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico⁸.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) divide o conceito de propriedade intelectual em duas categorias: Propriedade

⁸ <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27573-27583-1-PB.pdf>

Industrial, que tem o seu foco de interesse voltado para a atividade empresarial e inclui as patentes, marcas, desenhos e indicações geográficas e Direitos Autorais, que abrange autoria de obras intelectuais, literárias e artísticas.

No Brasil, o órgão responsável pela concessão de direitos de propriedade industrial foi criado em 1970, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem por finalidade principal, segundo a Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a Propriedade Industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

É também sua atribuição se pronunciar quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

2 O METAVERSO

A primeira vez que o termo metaverso foi utilizado foi com a obra *Snow Crash*, (em português *Samurai: Nome de Código*), de Neal Stephenson, em 1992. De acordo com o autor o metaverso tem carácter real e com utilidade tanto pública quanto privada, pois faz uso de um espaço real do mundo dentro de um espaço virtual.

Sendo assim, o metaverso seria o uso de tecnologia de Mundos Digitais Virtuais em 3D para criar espaços e conviver por meio de ambientes digitais, proporcionando a criação de ambientes, “mundos paralelos” contemporâneos.

Uma característica fundamental do metaverso é que este meio de tecnologia utiliza realidade virtual que se modifica à medida que os usuários vão utilizando e interagindo dentro do ambiente. Porém, a maior característica desta tecnologia é a possibilidade de se haver a imersão pelos próprios usuários que criam um “eu virtual”.

O uso desta tecnologia vem se desenvolvendo desde os anos 70 com os primeiros jogos on-line em que se utilizavam de mundos virtuais para criar aventuras aos personagens. Com isso, a tecnologia foi se desenvolvendo e hoje, têm-se uma comunidade que interage por meios de mundos digitais.

Entretanto, com o desenvolvimento da tecnologia o uso deste meio de comunicação algumas empresas passaram a desenvolver produtos e serviços on-line em que os usuários possam se encontrar e realizar reuniões dentro de cafés virtuais, dançar em boates digitais, participar de shows, ir a desfiles de moda e adquirir bens de consumo, como roupas, acessórios, terrenos e casas.

Esse novo comercio se utiliza da tecnologia de blockchain para se registrar, autenticar, bens, conhecidos como NFT, ou seja, um arquivo digital (imagem, GIF, vídeo, áudio, texto etc.). Observando que esse novo meio de consumo foi criado e vem gerando lucro nos últimos meses, marcas como Ferrari, Samsung, NBA, Marvel, Coca-cola e outras passaram a investir na criação desses bens infungíveis e na comercialização destes dentro do ambiente digital, metaverso.

Esse novo “ambiente econômico” se mostrou lucrativo e deu oportunidade para designers de moda, marcas de moda, formar “tendências” e divulgá-las a preços razoavelmente “em conta” dentro de mundos do ambiente digital, proporcionando assim um novo meio de comércio e um novo público-alvo.

Marcas como Tommy Hilfiger, Balenciaga, Louis Vuitton, Nike, Gucci, Burberry e Prada, Dolce & Gabbana e Elie Saab passaram a desenvolver coleções e produtos para o publico presente no metaveso. Em um evento conhecido como Metaverse Fashion Week (MVFVW), os consumidores que estiveram presentes, de modo virtual, puderam adquirir peças exclusivas das marcas participantes para seus avatares e itens físicos, adquiridos no ambiente digital e que foram entregues presencialmente aos consumidores.

Esse movimento demonstra que o universo digital já ocupa uma posição na sociedade cultural e, inclusive, na moda e, se a tendência

continuar, as marcas vão desenvolvendo, por meio de tentativas e erros, oportunidade de entregar experiências diferentes e exclusivas as consumidores, fazendo com o meio digital interaja com a sociedade física.

Porém, com esse desenvolvimento se deve levar em consideração o registro destes bens, a manutenção da propriedade, visto que esses bens criados no ambiente digital, que no caso em tela seriam os itens de moda, possuem uma marca e um estilista que as desenvolveu e criou como uma peça inteiramente original e única.

3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO METAVERSO

Conforme visto, o metaverso é um ambiente on-line em que há a interação de pessoas por meio de um ambiente virtual em terceira dimensão (3D). Esse ambiente surgiu com os jogos que viabilizou a imersão da população em ambientes que antes seriam impossíveis de serem acessados se não fosse pela tecnologia.

Entretanto, o ambiente digital, metaverso, é descentralizado, ou seja, existem inúmeros universos dentro do ambiente virtual e esses não estão, necessariamente, interligados entre si.

A descentralização tem relação com a web 3.0⁹, visto que nesse tipo de ambiente digital há o uso da tecnologia de blockchain, que permite que os usuários tenham um histórico de cada ação dentro da web, uma pseudo-identidade ligada a esse usuário, com o registro das transações feitas e um banco de dados que não ficam centralizados nas *big techs*, bem como com a capacidade de os usuários adquirir, transmitir, criar e modificar qualquer coisa dentro da plataforma com segurança, devido a utilização da criptografia.

⁹ A Web 3.0 é um ecossistema descentralizado online baseado na tecnologia de blockchain. Ou seja, os serviços e páginas online serão produzidos em uma rede de computadores imutável e que garantirá a funcionalidade deles sem censura e restrições por parte de uma única instituição.

Porém, em ambientes do metaverso que não se encontram dentro do ambiente da web 3.0 não utilizam o sistema de blockchain, o que inviabiliza qualquer registro quanto ao desenvolvimento do bem digital conhecido como NFT.

Antes de mais nada, é necessário entender o que é NFT. Trata-se de uma sigla para non-fungible token, o que seria na tradução token não fungível. Logo, o NFT garante a autenticidade do item que é único, exclusivo, que é comercializado em plataformas como opensea¹⁰, por exemplo.

Existem vários tipos de NFT's, como fotografias, memes, música, obras de arte, tickets de eventos, entre outros. Logo, esses itens tokenizados são vendidos, repassando o direito de posse desses ativos digitais ao comprador. Ainda é possível que um percentual dos royalties¹¹ seja destinado ao artista responsável pelo ativo digital repassado na venda.

Entretanto, a criação de bens de consumo, como vestuários para avatares, não possui uma proteção exclusiva, visto que o desenho industrial requer o registro em cada país no qual o titular pretende explorar o bem, protegendo sua criação no mundo “real”, impedindo terceiros de copiar, imitar ou reproduzir.

Empresas como a Nike e a Hermès já foram vítimas nesse novo ambiente de negócios. A Hermès processou o artista Mason Rothschild por colocar as famosas bolsas Birkins no metaverso sob a marca “MetaBirkins”.

De acordo com as alegações da companhia no processo do caso 1:22-cv-00384, a marca MetaBirkins copiara a famosa marca Birkins da Hermès, adicionando o prefixo genérico “meta”, comprovando assim a apropriação ilegal da marca.

¹⁰ <https://opensea.io/>

¹¹ Dicionário: Parcela do valor de um produto ou de um serviço (ou parte referente ao lucro) que se paga a pessoa detentora de um direito, normalmente uma patente, concessão etc.: ele paga royalty para usar a marca da empresa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/royalty/>

Dentre as alegações, a empresa de artigos de luxo mencionou a violação dos direitos de marca registrada relativa à marca Birkin, pertencente à Hermès. Defenda, ainda, que houve o uso da marca para insinuar que os produtos comercializados eram de propriedade da marca de luxo, bem como praticar cybersquatting, que consiste na compra de um domínio com um nome comercialmente valioso.

No entanto, a empresa Rothschild argumentou que seu uso do termo Metabirkin estaria protegida sob o precedente do caso Rogers vs. Grimaldi, considerando que houve a conexão de uma marca famosa com uma obra de arte não infringiria os direitos de marca registrada, desde que o nome fosse minimamente relevante. De acordo com o artista que desenvolveu o Metabirkin, o objetivo da arte digital era de utilizar o seu projeto para questionar a crueldade animal existente na indústria da moda.

Porém, em 18 de Maio de 2022, a Corte emitiu um memorando onde a questão central perante o tribunal para que as obras denominadas Metabirkins deveriam ser tratadas como (i) obras expressivas, onde os NFTs apenas serviriam para autenticar obras de arte digitais, o que requer um equilíbrio entre os direitos de marca registrada e os direitos de expressão artística sob a ótica da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana e o precedente de Rogers, ou como (ii) produtos comerciais não expressivos, o que exigiria a avaliação da probabilidade de confusão quanto à fonte.

Sobre tal, cabe elucidar que a marca “Birkin” se encontra cadastrada sob o número de registro 2991927, e é de propriedade da empresa Hermès International. Ainda, este item, a bolsa, está registrada da seguinte forma: “Artigos de couro ou imitações de couro, bolsas, malas de mão, bolsas de viagem, mochilas; carteiras; Porta-cartões sob a forma de carteiras; bolsas de couro; Estojos em couro para chaves; pastas; baús e malas”, não havendo, portanto, registro para artigos virtuais.

Sendo assim, não há necessariamente um registro de marca ou de patente que proteja o nome da bolsa Birkin no meio digital.

Mantendo ainda esse caso como um norte para a nossa discussão sobre o direito de propriedade dos bens eletrônicos, digitais, a marca Hèrmes solicitou a corte que o artista entregasse a eles todas as obras que continham o nome da marca de bolsas Birkin, porém, sabe-se que, por mais que tal bem seja um NFT e que possua um registro junto ao blockchain, a propriedade não pode ser de pronto transferida em sua integralidade, visto que uma vez no meio digital o bem pode ser replicado de inúmeros outros modos.

Além disso, a aplicação das normas de proteção à propriedade intelectual aplicáveis no mundo físico se torna impossibilitada devido à estrutura básica existente no metaverso e nas obras de arte digitais em forma de NFT, os quais são indestrutíveis.

Consequentemente, não houve qualquer chance real de que a Hèrmes obtivesse os seus direitos de propriedade respeitados devido a falta de previsão legal de proteção à marca em ambiente digital.

No Brasil, atualmente não há qualquer previsão no ordenamento jurídico que prevê o registro de bens criados no universo digital. Segundo o art. 10 da Lei nº 9.279/96, não podem ser patenteados ideias abstratas e os programas de computadores. No entanto, há a possibilidade de se registrar linguagens de computador conforme o previsto na Lei nº 9.609/98, conhecida como Lei do Software.

Deste modo, junto à proteção de marcas e patentes não há qualquer previsão que viabilize proteger a propriedade intelectual, propriamente dita, de forma direta, sendo apenas utilizados subterfúgios para se manter o mínimo de proteção do bem no ambiente virtual conhecido como metaverso.

Utilizando-se desse método, grandes nomes a moda pretendem se consolidar no mundo das NFTs e do Metaverso, bem como se proteger nesse novo ambiente virtual, vêm formulando pedidos de registro das suas marcas nas classes 9 (produtos virtuais suscetíveis a downloads), 35 (lojas de departamento virtuais) e 41 (serviços de entretenimento para uso nos ambientes virtuais) perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Deste modo, há uma mínima forma de resguardar que as coleções formuladas por essas empresas e impossibilitadas de serem “furtadas” por outras pessoas que a plagiem ou a utilizem de forma similar ou igual.

No entanto, sabe-se, como fora observada no caso da Hèrmes, que não serão em todas as regiões ou em todos os “mundos” que essa proteção será aplicada, pois a dificuldade em se definir a territorialidade junto ao metaverso se mostra inviável, muitas vezes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do metaverso se encontra presente na sociedade desde os anos 90 e vem sendo desenvolvida nos últimos anos por meio de jogos que simulam a realidade.

Com o desenvolvimento da internet esses meios passaram a viabilizar a comunicação entre os usuários e permitir que estes criassem uma nova vida no meio on-line por meio de avatares.

Contudo, essa nova sociedade digital foi crescendo em meio as necessidades sociais trazendo ao ambiente econômico uma nova realidade e uma nova perspectiva de consumo, gerando a criação de bens digitais comercializados junto à web 3.0 conhecidos como NFTs.

Observando esse ambiente em expansão, grandes marcas passaram a desenvolver produtos que pudessem ser comercializados junto a essas plataformas, aos metaversos.

Sendo assim, houve uma crescente divulgação de bens, NFTs, por meio das grandes marcas internacionais, principalmente as de luxo, que buscam nesse ambiente atingir uma nova gama de consumidores que visam a exclusividade.

Entretanto, por mais que haja a proteção dessas informações, desses NFTs, devido ao registo em blockchain, não há qualquer legislação vigente que proteja exclusivamente esses bens de consumo.

Desta forma, torna-se difícil comprovar que há a originalidade, a novidade e a exclusividade quando não se há o direito de propriedade junto à proteção destes novos bens de consumo.

Portanto, a partir da análise do caso *Hermès vs Rothschild* é possível compreender de que os proprietários das marcas pretendem impor os direitos relativos às suas marcas registradas no ambiente virtual.

Mas nesse mesmo caso fora observado que, mesmo tentando aplicar as legislações comuns de proteção de marcas registradas, a natureza das *Metabirkins* não torna claro se estas fazem parte do ambiente artístico, que estar-se-ia desenvolvendo uma arte junto a um modelo já consolidado no mercado e conhecido por grande parte da população ou se estaria se valendo da falta de previsão legal para se comercializar um bem se valendo do uso indevido de uma marca famosa e de luxo.

Sendo assim, uma solução é que as empresas que visam desenvolver produtos dentro de espaços digitais do metaverso busquem registrar suas criações em países que acreditem que os seus produtos terão maiores aderências para mitigar eventuais incidentes de uso indevido da marca ou da criação.

Ainda, uma outra solução para resguardar a proteção dessas marcas e dos produtos por elas desenvolvidos seria não só a proteção destes bens em blockchain, mas em registro junto aos órgãos de proteção à propriedade intelectual espalhados pelos Estados.

Sabe-se que hoje o maior desafio é a ausência de territorialidade para a aplicação de uma legislação que vise a aplicação de qualquer legislação que irá proteger os direitos de propriedade intelectual dentro do ambiente digital do metaverso.

Por outro lado, quanto a solicitação de entrega dos produtos infringentes para destruição, resta claro que tal determinação é completamente razoável no ordenamento jurídico comum e sendo produtos existentes no universo físico. Entretanto, tal questão deve sofrer uma adaptação ao ser aplicada em litígios que ocorrem no ambiente

virtual, pois não há viabilidade de entrega física ou destruição total de um objeto que se encontra exclusivamente em ambiente digital, inclusive tendo em vista a impossibilidade de destruição efetiva dos NFTs infringentes, que apenas podem ser tornados inacessíveis ou terem sua comercialização proibida.

Além disso, pode-se concluir que a proibição da comercialização de NFTs pode resultar em uma maior valorização desses ativos, pois a valorização e precificação de tais tokens ocorre devido à sua raridade, e a impossibilidade de comercialização desses bens faria com que se tornassem ainda mais valiosos.

Portanto, torna-se difícil estabelecer se a legislação existente atualmente deve e pode ser efetivamente aplicada as situação gerada pelo mundo virtual, sendo certa a necessidade de se desenvolverem novas regras quanto a esses temas.

Em síntese, é preciso primeiro entender o contexto do metaverso e dos NFTs, e como essas inovações estão revolucionando as relações humanas e o mundo da arte, para então definir a natureza jurídica dos NFTs e definir regras de proteção a propriedade dos bens criados e desenvolvidos no ambiente digital.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito imobiliário**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013. 212p.

BARBOSA, Denis. **O conceito de propriedade intelectual**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27573-27583-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022 às 22h14.

BALL, Matthew. **The Metaverse**. 2020. Disponível em: <https://www.matthewball.vc/all/themetaverse>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei de Propriedade Industrial nº 9.279**, de 14 de março de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. 1996.

BRASIL. **Lei nº. 9610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 28 set. 2022 às 8:50.

CARPENA. **A propriedade intelectual no metaverso e as consequências no mundo real**. Disponível em: <https://carpena.com.br/br/a-propriedade-intelectual-no-metaverso-e-as-consequencias-no-mundo-real>. Acesso em: 03 out. 2022 às 21hs.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988.

FGI. Faculdade de Gestão e Inovação. **Entenda a origem do termo Metaverso**. Goiânia, GO. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.faculadefgi.com.br/post/entenda-a-origem-do-termo-metaverso> Acesso em: 03 out. 2022.

FGV NPII – Núcleo de Prospecção e Inteligência Internacional, e Demarest. **Propriedade intelectual no metaverso**. Disponível em: [file:///C:/Users/Alessandro/Downloads/DEMAREST-Propriedade-Intelectual-no-Metaverso%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alessandro/Downloads/DEMAREST-Propriedade-Intelectual-no-Metaverso%20(1).pdf). Acesso em: 02 out. 2022 às 9hs.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 18ª. Ed.2001.

Law Innovation. **A polêmica jurídica sobre a proteção dos skins no Metaverso**. Disponível em: <https://lawinnovation.com.br/a-polemica-sobre-a-protecao-dos-skins-no-metaverso/>. Acesso em: 02 out. 2022 às 14h20.

Lex Latin. **Propriedade intelectual no Metaverso: uma nova relação entre marcas e consumidores**. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/reportagens/propriedade-intelectual-metaverso-como-evitar-processos>. Acesso em: 03 out. 2022 às 15hs 14.

MATTHEW, Sparkes. **What is a metaverse**. New Scientist, Volume 251, Issue 348, 2021, Page 18, ISSN 0262-4079. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0262407921014500>. Acesso em: 30 set. 2022. Abstract: An old idea is gaining new traction through online gaming and big tech's bet on virtual reality, says Matthew Sparkes

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, vol. 3: Direito das Coisas. 37ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO, Luis Fernando de Andrade. **Direito de propriedade**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_75.pdf. Acesso em: 30 set. 2022 às 7h16.

PEREIRA, Itamar de Carvalho. **Metaverso: Interação e comunicação em mundos virtuais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Teorias e Tecnologias da Comunicação) - Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, 2009.

PINHEIRO, Patricia Peck; ALMEIDA, Diego Perez; MONDE, Isabela Guimarães Del. **Manual de Propriedade Intelectual**. São Paulo: [s. n.], 2012.

Portal Intelectual. **A indústria da moda e os desafios para a proteção das marcas no mundo do metaverso e do dos NFTs**. Disponível em: <https://www.portalintelectual.com.br/a-industria-da-moda-e-os-desafios-para-a-protecao-das-marcas-no-mundo-do-metaverso-e-dos-nfts/>. Acesso em: 03 out. 2022 às 20h18.

QUEIRÓS, H., & REIS, J. L. (2022). O metaverso e os produtos NFT. **Cadernos De Investigação Do Mestrado Em Negócio Eletrónico**, 2(1). https://doi.org/10.56002/ceos.0059_cimne_1_2. Acesso em: 03 out. 2022.

SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana METAVERSOS: novos espaços para construção do conhecimento. **Revista Diálogo Educacional**, vol. 8, núm. 24, mayo-agosto, 2008, pp. 519-532. ISSN: 1518-3483.

U.S. CONGRESS. **Copyright Law of The United States**, 1976.

U.S. CONGRESS. **Lanham Trade-Mark Act of 1946**. 1946.

U.S. CONGRESS. **United States Constitution**. 1789.

WALLACE, Claire; KUNG, Fai; KNOTTENBELT, Frederick. **What is the metaverse?. Reed Smith Guide to the Metaverse**, May 2021. Disponível em: <https://www.reed-smith.com/en/perspectives/metaverse>. Acesso em: 04 set. 2022.

ZEKOS, Georgios. Issues of Intellectual Property in Cyberspace. **The Journal Of World Intellectual Property**, Komotini, v. 5, n. 2, p.233-272, 1 nov. 2005.

STRANGER THINGS E RUNNING UP THAT HILL: O PODER DA SINCRONIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS NO MERCADO AUDIOVISUAL

ANA GABRIELA MATHIAS¹

THALES BOECHAT NUNES LEIRA²

RESUMO: *Stranger Things* é uma das séries de maior sucesso dos últimos anos, possuindo alcance mundial. Em sua quarta temporada, a série utilizou a obra *Running Up That Hill* e impulsionou a canção no mercado. A sincronização é uma das modalidades de utilização de obras musicais e, com o avanço das novas plataformas de conteúdo, vem ganhando destaque. Nesse cenário, os contratos se mostram essenciais para garantir a segurança jurídica dos negócios. A metodologia utilizada neste artigo foi a revisão bibliográfica exploratória, através de documentos interdisciplinares, além de artigos, livros e reportagens. O presente artigo visou explorar o universo da sincronização e a importância dos contratos e licenças da indústria do entretenimento, apontando suas singularidades.

Palavras-chave: Direito autoral; Sincronização; Contratos.

INTRODUÇÃO

A série *Stranger Things* certamente é um dos produtos de maior sucesso do audiovisual dos últimos anos. Lançada pela Netflix e criada pelos irmãos Duffer, a quarta temporada da série, que estreou em 2022, já ultrapassou a marca de 1 bilhão de horas assistidas, além do

¹ Advogada formada pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Propriedade Intelectual Internacional pela NYU, supervisora musical pela UCLA, e mestranda em Direito dos Negócios pela FGV-SP.

² Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense, especialista em Propriedade Intelectual pela PUC RIO e ex-pesquisador do GEDAI (Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial) da Universidade Federal do Paraná.

Top 10 de séries mais assistidas em 80 países, como Brasil, Reino Unido e Japão³.

A trama se ambienta nos anos 80 e possui forte relação com sua trilha sonora, trazendo ao público grandes sucessos daquele período. Porém, a quarta temporada de *Stranger Things* alterou o patamar dessa relação ao incorporar na obra a canção “*Running Up That Hill*” da cantora Kate Bush.

A cantora inglesa é notoriamente conhecida por suas poucas aparições e palavras em público. Em 2001, Kate compareceu ao prêmio *Q Award* após garantir o prêmio de *Classic Songwriter* e seu discurso de agradecimento foi a frase “Eu apenas vim”⁴. A artista também é bem criteriosa quando o assunto é sincronização, prática onde a música é sincronizada (incorporada) a um conteúdo audiovisual.

Nora Felder, supervisora musical da série *Stranger Sthings*, foi a responsável pela escolha da obra e liderou as tratativas para a autorização tanto da obra como do fonograma. A equipe de Nora apresentou páginas de roteiro e fragmentos de gravações para Kate, para que a própria pudesse entender a trama e contextos aos quais sua obra seria utilizada⁵. Ao final, “*Running Up That Hill*” entrou para a lista de clássicos de *Stranger Things*, ao ser tema da personagem Max, vivida pela atriz Sadie Sink na 4ª temporada.

“*Running Up That Hill*” foi lançada em 1985 no quinto álbum da cantora Kate Bush denominado *Hounds of Love* e alcançou o top 30 da *Billboard Hot 100*. Após a aparição na série da Netflix, a obra atingiu o primeiro lugar global do Spotify, além do primeiro lugar em países

³ Disponível em: <https://portalpopline.com.br/stranger-things-1-bilhao/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

⁴ Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/musica/kate-bush-5-curiosidades-sobre-cantora-de-running-hill-lista/>. Acesso em: 01 out. 2022.

⁵ Disponível em: https://www.tenhomaisdiscosqueamigos.com/2022/06/04/stranger-things-kate-bush-direitos/?fbclid=IwARo-igeg-tsn7QyAbWj7pZ01O41g7za5-QZ-zqoY3z2pN-oE-uNvhJ8_oUS4. Acesso em: 31 jul. 2022.

como Reino Unido e EUA⁶. Kate quebrou três recordes, entre eles, o posto de artista feminina mais velha a alcançar o número um nas paradas de sucesso, o que aponta a força do movimento de inclusão de obras líteromusicais em conteúdo audiovisual e seu poder econômico frente ao mercado.

A obra musical pode ser usada de diferentes formas em um conteúdo audiovisual, com objetivos distintos, observando-se duas funções principais.

A função absoluta é a música por si só, sem nenhuma função narrativa dentro do contexto da trama apresentada, já a função programática é responsável por criar imagens e emoções na mente do telespectador. Há ainda a função diegética (que não é exatamente uma função), se dá quando a música está fisicamente em cena, como por exemplo, quando um personagem entra em um carro e liga o som do automóvel. A função diegética não é de fato uma função, pois esta pode assumir uma postura absoluta ou programática⁷.

Como se verá ao longo deste artigo, a sincronização é uma das formas mais conhecidas de utilização de obras musicais e, usada de forma estratégica, pode alcançar resultados expressivos, contribuindo artisticamente para o produto final e economicamente para o ecossistema ao qual os agentes, do mercado musical e audiovisual, estão inseridos.

Todavia, até que se chegue ao resultado final, isto é, música e audiovisual combinados, gerando um “novo conteúdo” é necessária a adesão de diversos *players* do mercado, como produtoras, gravadoras, editoras, artistas e compositores, etc.

Para que todas as tratativas funcionem de forma fluida e juridicamente segura é fundamental que todos os contratos estejam alinhados

⁶ Disponível em: <https://www.theguardian.com/music/2022/jul/12/that-syncing-feeling-how-stranger-things-supercharged-the-music-industry>. Acesso em: 31 jul. 2022.

⁷ Trecho retirado da aula “Música na perspectiva do Audiovisual”. Curso Música, Copyright e Tecnologia. 5ª edição. 2022. Marcel Klemm.

e claros, de tal maneira que cada agente da negociação saiba exatamente o limite dos seus direitos e sua abrangência.

Como visto no caso de “*Running Up That Hill*”, a música alcançou o primeiro lugar nas paradas de sucesso após 30 anos de seu lançamento, gerando cifras milionárias. Nesse cenário, nota-se a importância econômica dos contratos e como a configuração contratual pode ser crucial para acordos e negócios na indústria do entretenimento, assunto que será discutido ao longo deste artigo.

1 O QUE É SINCRONIZAÇÃO?

Sincronização é uma das modalidades de uso da obra. Nesse sentido, importante destacar que modalidade de utilização e mídias não se confundem, sendo, as mídias, apenas os meios nos quais a obra será reproduzida, exibida, entre outros.

Visto que qualquer modalidade de uso de obras protegidas por direitos autorais depende de prévia e expressa autorização do titular dos direitos autorais patrimoniais da obra⁸, as utilizações lícitas de obras protegidas serão aquelas previamente autorizadas pelos seus autores, ou titulares de direitos patrimoniais, nos limites estabelecidos pelas licenças concedidas para o uso, sem que se viole quaisquer direitos morais dos criadores da obra.

Como modalidades de utilizações de obras intelectuais, o direito francês destaca a reprodução e a representação. Estas foram as duas modalidades de uso originárias, que se estabeleceram também nas normas internacionais, especialmente na Europa Continental. Com

⁸ Apesar do artigo 29 da Lei de Direitos Autorais prever que a autorização prévia e expressa para a utilização da obra deve ser concedida pelo autor, em caso de transferência de titularidade dos direitos patrimoniais, entende-se que o responsável por conceder a autorização é o titular desses direitos, uma vez que os mesmos foram transferidos.

a Lei 9.610/98, o Brasil passou a adotar de forma genérica como modalidade de uso a reprodução, distribuição e comunicação ao público (COSTA NETTO, 2019, p. 249).

Dentro do contexto genérico de formas de utilização das obras intelectuais protegidas, Costa Netto ressalta algumas possibilidades (COSTA NETTO, 2019, p. 250):

(a) a gravação ou fixação de obra intelectual ou de sua interpretação ou execução; (b) a transcrição, sincronização e inclusão de obra intelectual em outra obra ou produto; (c) a tradução ou adaptação; (d) a extração de cópias por qualquer forma ou processo, para fins de venda, locação e outros usos, com ou sem fins lucrativos; (e) a distribuição; (f) representação ou execução, comunicadas diretamente ao público (“ao vivo”); (g) a execução através da comunicação indireta: por radiodifusão, por cabo, a transmissão por satélite e pelo sistema de computadores.

Para fins desse estudo, vamos aprofundar apenas na sincronização.

O artigo 29 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610 de 1998) prevê a necessidade de prévia e expressa autorização do autor, ou do titular, da obra sincronizada, transcrita ou incluída, total ou parcialmente, em outra obra, produto ou produção audiovisual. Segundo Costa Netto, a sincronização (COSTA NETTO, 2019, p. 253):

costuma gerar uma sensação de fusão entre a obra sincronizada (*habitualmente de natureza musical*) e o objeto da sincronização (*habitualmente de natureza audiovisual*), além de o termo poder significar, também, a integração de som dos diálogos (*e outros sons*) com as imagens do filme ou outra obra audiovisual.

Nehemias Gueiros Junior classifica sincronização como (GUEIROS JUNIOR, 1999, p. 203 e 204):

a definição técnica da junção de sons com imagens em um único produto audiovisual [...] a origem do termo se assenta na necessidade de sincronia entre os quadros que passam na frente da lente e da luz (no cinema atual a velocidade é de 24 fps – *frames per second*, ou 24 quadros por segundo) e os sons das falas dos atores e dos músicos que fazem parte da trilha sonora do filme.

Nesse sentido, Michael P. Goodyear, define sincronização como (GOODYEAR, 2022, p. 114):

[f]or musical works, a sync right is implicated wherever a composition is used in timed-relation with an audiovisual work. The owner of a copyright in a sound recording also has a synchronization right, as “the statutory language pertaining to the sound recording reproduction right is broad enough to include a sync right.

Defende o autor, ainda, um teste com duas etapas para que se possa verificar se o caso concreto necessita de uma licença para reprodução ou para sincronização (GOODYEAR, 2022, p. 132):

These definitions, in effect, create a two-step test: to necessitate a sync license, compared to just a reproduction license, the use (1) must be a reproduction in an audiovisual work and (2) must play the music in timed-relation to moving images.

Dessa forma, é possível concluir que o direito de reprodução não se confunde com o direito de sincronização, uma vez que o segundo estará sempre atrelado a uma obra audiovisual, e para que uma obra musical seja utilizada em uma obra audiovisual, uma licença, ou autorização de uso, deve ser emitida pelo titular de direitos autorais patrimoniais⁹.

⁹ Geralmente as licenças aqui tratadas são utilizadas para a autorização de uso das “obras comerciais” em obras audiovisuais. Em relação ao uso de trilhas sonoras nas produções audiovisuais, é comum que o produtor da obra audiovisual firme

Caso a produção audiovisual utilize também um fonograma, o produtor fonográfico, igualmente, deve emitir, prévia e expressamente autorização de uso, para a inclusão do fonograma na obra audiovisual.

Tendo em vista que o artigo 4º da Lei n 9.610/98 prevê a interpretação restritiva dos negócios jurídicos de direitos autorais, em favor do autor, no caso do uso de obra e/ou fonograma na produção audiovisual, seja a licença onerosa ou gratuita, ela deve ser específica para a produção audiovisual que está sendo autorizado o uso da música, deve conter a indicação da(s) mídia(s) nas quais a produção audiovisual será exibida, o tipo de utilização (abertura, tema, fundo, entre outros), e deve conter, também, o prazo de vigência.

A obrigatoriedade da autorização prévia e expressa do autor, e do titular, da obra musical e/ou do produtor fonográfico do fonograma, só será dispensada nas hipóteses de limitações ao direito autoral, ou caso a obra esteja em domínio público, ou, ainda, “quando se tratar de citação, em livros, jornais, revistas ou quaisquer outros meios de comunicação, de passagens de qualquer obras, 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 e nas demais hipóteses legalmente admitidas. Nos demais casos, a autorização é indispensável.” (COSTA NETTO, 2019, p. 250).¹⁰

Apesar de algumas associações de gestão coletiva de direitos autorais disponibilizarem a informação de autoria e titularidade de obras e fonogramas, algumas vezes acompanhadas dos contatos dos responsáveis pela autorização do uso, destaca-se como uma das principais queixas dos produtores audiovisuais a dificuldade de localizar e contatar os titulares dos direitos autorais patrimoniais, ou mesmo os autores

com o produtor da trilha sonora original daquela obra audiovisual, contrato de prestação de serviço e cessão de direitos, o qual tem por objeto principal a produção original de obras e fonogramas para a produção audiovisual.

¹⁰ O capítulo IV da LDA prevê em seus incisos algumas das hipóteses de limitações ao direito autoral.

e/ou interpretes, das obras e/ou fonogramas que desejam utilizar em suas produções, dificultando, assim, a autorização prévia e expressa para o uso pretendido.

Além do acima exposto, diversas vezes o orçamento total das produções audiovisuais é elevado, mas os valores cobrados pelas licenças também são objeto de queixas. Nesse sentido, é importante que o licenciante observe o orçamento da produção para negociar o preço da licença – e que o produtor da obra audiovisual conceda essa informação.

Apesar de desafiador, é importante que haja equilíbrio na relação entre licenciante e licenciado, visto que, o uso de uma obra musical em uma obra audiovisual pode ser muito significativo para ambas as partes.

Porém, para que a sincronização ocorra de forma segura e transparente entre todas as partes é fundamental a observação dos instrumentos jurídicos que validam e concluem as operações, conforme se vê abaixo.

2 A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS NA INDÚSTRIA DO ENTRETENIMENTO

Os contratos são instrumentos utilizados para se consolidar acordos celebrados entre duas ou mais partes, gerando fonte de obrigação entre os envolvidos. Dessa forma, através deste meio, se pode adquirir, modificar ou extinguir direitos.

Um dos principais princípios da Teoria Geral dos Contratos é o Princípio da Autonomia da Vontade que trata justamente do principal requisito para a celebração de um contrato: a vontade.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2016, p. 788):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disci-

plinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação da liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento.

Tal princípio deve ser sempre observado tendo em vista a função social dos contratos, que na palavra do mesmo autor (GONÇALVES, 2016, p. 779):

A concepção social do contrato apresenta -se modernamente como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética, guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal e tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

O artigo 49¹¹ da Lei de Direitos Autorais determina que os direitos autorais podem ser transferidos a terceiros por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direitos. Isto é, a lista de tipos de transferência observada em tal dispositivo é exemplificativa, não se esgotando no texto apresentado.

No Brasil, a transferência dos direitos autorais se dá apenas em âmbito patrimonial, não abarcando assim os direitos morais do autor

¹¹ Art. 49 – Lei 9.610/98: 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:

que são intransferíveis¹². Portanto, ainda que a obra seja transferida pelo autor em caráter de cessão total, parte do ativo segue ligada a seu criador, visto que os direitos morais do autor não são transferidos para os cessionários.

Sendo assim, o titular da obra (ou seus sucessores) poderá conferir a terceiro o direito de explorar economicamente (ou não) a obra de diversas formas. Não é tema pertinente a este trabalho a diferenciação entre contratos de cessão, licenciamento, edição, etc. Porém, se faz necessário breve comentário, a fim de embasar o tema central.

Nas palavras de Pedro Paranaguá e Sérgio Branco (BRANCO, PARANAGUÁ, 2009, p. 100):

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade de obra intelectual com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença representa uma autorização do autor para que terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Tanto a cessão quanto a licença podem ser totais ou parciais, o que significa que podem se referir à integralidade do uso econômico da obra ou apenas a alguma(s) das faculdades de seu aproveitamento econômico.

Assim, antes das tratativas para se obter uma autorização para sincronização, o trabalho de *clearance* é peça chave e portanto, indispensável. Aqui será analisado há quem de fato pertence os direitos pretendidos, a obra e se a própria não possui exclusividade ou vinculação a terceiro.

No caso da sincronização, dois ativos devem ser observados: obra e fonograma. Que muitas vezes podem pertencer a *players* distintos do mercado, sendo necessária uma dupla autorização para seu uso, do titular ou licenciado para exploração da obra em si e do titular ou licenciado para exploração do fonograma.

¹² Artigo 27 da Lei 9.610/98 - Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Após esta análise, inicia-se fase tão importante quanto: as tratativas para celebração do acordo de autorização. Neste momento, os contratos se tornam instrumento primordial para a segurança jurídica do projeto.

Isso se dá porque, conforme já pontuado, sem prévia e expressa autorização do titular, as obras protegidas por direito autoral não podem ser utilizadas¹³.

Quando se fala em contratos de direitos autorais, o Princípio da Interpretação Restritiva¹⁴ é um dos mais importantes, pois exige dos contratantes e possíveis examinadores (como juízes, mediadores e árbitros) uma leitura direta e restritiva das cláusulas, sem margens para interpretações ou subjetividade.

Nesses termos, visto que todos os negócios jurídicos que versam sobre os direitos autorais são interpretados de forma restritiva, os contratantes devem ser extremamente objetivos no momento da confecção de seus instrumentos legais.

Nesse ponto, não falamos exclusivamente do contrato que irá autorizar a sincronização, mas antes, dos contratos celebrados entre autor/artista e editora/gravadora, por exemplo. O texto desses instrumentos (sejam eles de cessão, licenças, edição, etc) devem, de forma objetiva, apontar todos os elementos daquela transação.

Como leciona Carlos Alberto Bittar (BITTAR, 2015, p. 116):

Em função do exposto, se o autor se refere, no contrato, à cessão para adaptação ao cinema, não pode o produtor divulgá-la pela televisão; se a obra se destina à publicação em fascículo, não pode o editor lançar em livro, e assim por diante. Cada forma de utilização ou cada processo de utilização deve mencioná-lo por expresse no instrumento, sendo a interpretação estrita e

¹³ Art.29 - Lei 9.610/98: Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...)

¹⁴ Art. 4º - Lei 9.610/98: Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

em favor do autor, pela própria índole do Direito de Autor, como anotado.

Atualmente, com o fenômeno da proliferação das telas, as autorizações para as sincronizações devem observar todos os tipos de veículos e formatos encontrados no mercado, como redes sociais e os diversos tipos de publicidade. A título de exemplo, retomando o caso utilizado como base para este trabalho, caso os produtores da Netflix optem por utilizar a obra “*Running Up That Hill*” em comerciais, no intuito de convidarem o público para acompanharem a série, tal utilização deve estar expressamente mencionada.

Assim, o tipo de mídia, plataforma e afins devem estar destacados na autorização, não havendo espaço para interpretação.

Em 2021 os royalties de sync¹⁵ para licenciamento de músicas em conteúdo audiovisual, totalizaram US\$ 302,9 milhões, o que mostra a força econômica do setor. Tim Miles, vice-presidente sênior de sincronização, Reino Unido e Europa, da Warner Music Group, em entrevista ao *The Hollywood Reporter* contou que “A TV em geral explodiu nos últimos três ou quatro anos, por causa da Netflix, Amazon Prime, Disney e porque todo mundo está tentando entrar nesse espaço¹⁶”. Miles afirmou que a negociação de “*Running Up That Hill*” foi, talvez, a negociação mais longa que já presenciou por conta do estilo de Kate e a importância da obra na trama.

Stranger Things introduziu a artista inglesa a uma legião de fãs, que, ao descobrirem a cantora, passaram a explorar o resto de seu catálogo, aumentando o consumo não só da música utilizada na trama, como também as demais obras. Assim, não só os *players* de *streaming*,

¹⁵ Termo em inglês utilizado para se referir a sincronização.

¹⁶ Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/kate-bush-stranger-things-sync-warner-music-1235197021/>, (tradução livre). Acesso em: 24 set. 2022.

como os *players* das DSPs (*Digital Service Providers*), como Spotify e Apple Music, foram afetados pelo poder do *sync*.

As novas plataformas de *streaming* introduziram uma espécie de novo mercado na indústria do entretenimento ou, no limite, fomentaram um mercado até então adormecido. O que antes era monopolizado pelo cinema e TV, passou a possuir diversos novos agentes e oportunidades de negócio.

Com o avanço da tecnologia, que trouxe novos aspectos e oportunidades para a indústria do entretenimento, os contratos se viram obrigados a mudarem, para acompanharem as modificações e necessidades do mercado.

Como já explicado anteriormente neste artigo, para o tema de sincronização, a realização do *clearance* é fundamental para se entender a titularidade do direito pretendido. Após essa etapa, entra em cena os contratos de sincronização em si. Apenas com um contrato claro, objetivo e transparente a produção do filme, por exemplo, terá calma e segurança para tratar a obra, pois saberá exatamente seus limites e abrangência.

Quando Miles afirma que *Stranger Things* e “*Running Up That Hill*” foi uma das maiores negociações que já presenciou, certamente, está se referindo não só sobre as tratativas com a artista em si, mas também o que envolve o universo jurídico e seus instrumentos legais.

A obra audiovisual pode ser entendida como obra coletiva, como ensina José Carlos Costa Netto (2019, p. 378):

Na hipótese de a obra audiovisual ser considerada “obra coletiva”, o seu organizador, que poderá ser pessoa jurídica, será o titular dos direitos patrimoniais de autor sobre o conjunto da obra coletiva, assegurando-se a proteção autoral às “participações individuais”.

As participações individuais mencionadas por Costa Netto dizem respeito a cada criação intelectual “introduzida” na obra audiovisual que existe de forma individualizada, determinada pelo art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu inciso XXVIII “a”¹⁷.

Aqui, não devemos confundir a titularidade da obra audiovisual em si que, segundo o artigo 16 da Lei de Direitos Autorais, terá cotitularidade entre o autor do assunto ou argumento literário, musical ou líteromusical e o diretor.

Dessa forma, ainda que a licença seja concedida para que a obra musical ou líteromusical seja sincronizada em um filme (por exemplo), seus direitos individuais seguem sendo preservados. Nesse sentido, cada uso ou potencial uso que a produção do conteúdo audiovisual vise explorar deve constar nos contratos de autorização/licença.

No tocante aos valores envolvidos para a autorização, muitas serão as variáveis e pontos a serem considerados, como tipos de utilização, abrangência do contrato, valor de mercado da obra e etc. Como visto, a sincronização de uma obra em uma série vai muito além da própria sincronização, podendo gerar o aumento do público do artista, assim como importância econômica do catálogo do próprio. Todas essas variáveis que acompanham os valores atribuídos a utilização poderão estar presentes e fixadas nos contratos.

Os contratos de licenciamento não foram abordados na Lei 9.610/98 como contratos típicos, todavia são instrumentos sólidos e amplamente protegidos pela legislação vigente, como explica Costa Netto (2019, p. 356):

Neste passo, embora não tenha a lei regente de direitos autorais tratado o contrato de licenciamento (de utilização de obra intelectual) ou concessão – parcial ou temporária – de direitos autorais como contratos típicos, diferente do que ocorre, como

¹⁷ 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;

mencionado, em relação aos contratos de edição ou cessão e transferência de direitos autorais, sua proteção é, inegavelmente, ampla e sólida em nosso direito positivo.

Tais instrumentos jurídicos serão a principal ferramenta para garantir a segurança jurídica da produção audiovisual, visto que direção e produção saberão exatamente quais caminhos poderão percorrer e os limites de utilização e exploração da obra musical. No mesmo sentido, os titulares da obra terão segurança necessária para autorizar a utilização, sabendo que todos os parâmetros de exploração estão fixados em contrato.

Os tipos específicos de instrumento jurídico serão vistos no capítulo que segue.

3 TIPOS DE LINCEÇAS: A AUTORIZAÇÃO DE USO DE OBRAS PROTEGIDAS

É a licença, um tipo de contrato, que tem por objetivo permitir o uso de obra alheia por terceiros, podendo ser um instrumento particular ou público (BRANCO E PARANAGUÁ, 2009, p. 94).

No que tange a inclusão de fonograma e/ou de obra musical em uma obra audiovisual, diversos são os direitos autorais patrimoniais envolvidos, e tais direitos são regulados através de contratos de licenciamento. Além do direito de sincronização, podem existir também os direitos de execução pública, que se materializam toda vez que a obra audiovisual, na qual existe um fonograma e/ou uma obra musical sincronizada, é exibida em um local de frequência coletiva, como redes exibidoras e salas de projeção (cinema), canais de televisão, plataformas de *streaming*, entre outros¹⁸.

¹⁸ Disponível em: <https://www4.ecad.org.br/envio-da-programacao-musical-segmentos/>. Acesso em: 25 nov. 2022. Para mais informações vide <https://www4.ecad.org.br/>.

Um dos tipos de licença utilizada é a que tem por objeto a autorização do uso do ativo musical na obra audiovisual para a modalidade de sincronização. Concedida pelos autores, ou titulares de direitos autorais, esse tipo de licença é tratado, negociado e emitido diretamente ao produtor da obra audiovisual¹⁹. Trata-se de instrumento particular, que tem por objeto a autorização do uso do ativo musical na obra audiovisual como modalidade de uso de sincronização.

Conforme previamente exposto neste artigo, para maior proteção aos direitos autorais do titular dos ativos musicais, e visando atender a finalidade que se deseja alcançar, é essencial que essa licença seja específica e apresente termos claros em relação ao território de exploração, mídias, prazo, entre outros.

Além da licença para a autorização do uso, na modalidade sincronização, de fonograma e/ou obras musicais em obras audiovisuais, uma licença que versa sobre a autorização e a forma de remuneração dos direitos execução pública, quando houver a exibição da obra audiovisual, contendo ativos musicais nela sincronizados, em cinemas, televisões e plataformas de *streaming*, por exemplo, é igualmente necessária (ILOÍZIO, 2014, p. 11 a 13).

No Brasil, exerce o ECAD o monopólio legal nas atividades arrecadação e distribuição de direitos autorais. Por meio das associações de gestão coletiva ao qual são filados, os titulares de direitos “conferem poderes para administrar as licenças que serão conferidas a terceiros, de modo a viabilizar a utilização das obras por estes terceiros” (LAH-ORGUE NUNES, 2012, p. 201).

org.br/wp-content/uploads/2022/03/RegulamentoArrecadacaoJaneiro2022.pdf, acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁹ No mercado atual existe a figura do supervisor musical, que além do trabalho artístico de escolher a música que melhor se encaixa na cena, desempenha também as funções de escolher músicas que sejam compatíveis com o orçamento destinado ao *clearance* musical da produção audiovisual, além de negociar as licenças para sincronização com os titulares de direitos dos fonogramas e/ou das obras. Diversas vezes, o *clearance* musical, e de outros direitos da produção audiovisual, é feito por advogados especializados no assunto.

Nos termos do artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, necessita de prévia e expressa autorização o uso de obras protegidas, por quaisquer modalidades. Todavia, com o intuito de gerar eficiências, para o uso de obras na modalidade de execução pública, o ECAD utiliza o sistema de *blanket license*²⁰. Explicam Pedro Augusto P. Francisco e Mariana Giorgette Valente (2016, p. 119):

O que ocorre na maioria dos casos, ao redor do mundo é a concessão de uma licença geral, em bloco e única, que permite que o usuário se utilize quantas vezes quiser de todas as músicas pertencentes ao repertório da associação – por isso, são chamadas de *blanket licenses* [...]. Não se especifica quais obras estão abrangidas, nem quantas vezes elas serão executadas, mas sim apenas os prazos de utilização.

Apesar da *blanket license* autorizar aos usuários o uso, na modalidade de execução pública, de todo o repertório disponível, ou seja, do repertório do qual as associações de gestão coletiva são mandatárias, os usuários, por sua vez, devem informar o conteúdo musical efetivamente utilizado para que o ECAD distribua os valores pagos pelos usuários às associações, e as mesmas repassarem os devidos valores aos titulares de Direitos Autorais de execução pública, no devido percentual de controle e/ou titularidade. Em contrapartida da *blanket license*, o ECAD recebe um valor que, após reter uma parte para arcar com as despesas administrativas²¹, distribui o remanescente aos titulares.

²⁰ A *blanket license* teve origem no mercado norte americano. No Brasil, também é conhecida como licença-cobertor, licença em bloco ou licença em branco.

²¹ Nos termos do artigo 99, § 4º, LDA, a parcela do valor arrecadado e distribuído pelo ECAD, por meio das associações de gestão coletiva, não poderá ser inferior a 85%. Nesse sentido, importa ressaltar que por determinação do artigo 97 do mesmo dispositivo legal, não pode haver pelas associações de gestão coletiva, finalidade de lucro. Portanto, as taxas das associações, que podem ser de, no máximo, 15%, só poderão ser utilizadas para cobrir os custos com as despesas administrativas das mesmas.

Embora as *blanket licenses* gerem comodidade, praticidade e economia nos custos de transação, diversas são as críticas em relação ao uso deste tipo de licença. O professor Ascensão defende que tal sistema é contrário ao conceito legal da prévia e expressa autorização, e, como principal consequência, a obra perde a individualidade e passa a ser dissolvida no conjunto de uma autorização única, emitida em bloco (ASCENÇÃO: 1997, p. 621 e 622):

E de direito de autorização passou a direito de remuneração. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de autorizar previamente a utilização é ficcioso: ao autor só cabe decidir que a obra seja utilizada. Troca isso na prática por um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão [...]. A negociação é feita a granel. E temos uma distorção ainda maior. O caráter individual perdeu-se completamente. A obra é um elemento de massa. Não há nada que a especifique naquela gestão coletiva.

Do ponto de vista do direito concorrencial, Lahorgue Nunes defende que ao utilizar o instituto da *blanket license* para o licenciamento de obras protegidas, o ECAD incorre em ilicitude (LAHORGUE NUNES, 2012, p. 201):

O Ecad ocorre em mais uma ilicitude devido à forma escolhida para a venda dos produtos de seus representados: a venda em pacote ou a *blanket license* [...], por meio da qual não é possível ao usuário (rádios, hotéis, televisões etc.) pagar pela execução de uma música ou pelo conjunto de músicas escolhidas, mas somente pelo difuso “direito de utilizar o repertório disponível”. Não há dúvida de que tal prática configura uma venda casada, o que, no caso, constitui uma conduta ilícita prevista no inciso XXIII do art. 21 da Lei n. 8.884/1994.

Por outro lado, um sistema no qual fosse necessário que o usuário negociasse, emitisse uma licença e remunerasse o titular pelo direito de execução pública referente a cada uso de cada ativo musical que gerasse este direito, além do dever que cada titular teria de monitorar

cada um destes usos, dependeria de alto esforço e elevado custo de transação de todas as partes envolvidas, o que tornaria a operação extremamente ineficiente.

No entanto, é possível que outros tipos de licenças sejam emitidas para a autorização do uso de obras protegidas. Nos Estados Unidos, por exemplo, além das *blanket licenses*, destacam-se outros quatro tipos, menos abrangentes em relação ao repertório licenciado (FRANCISCO e VALENTE, 2016, p. 120):

(i) licença por programação; (ii) licença direto para o telespectador; (iii) licença por uso; e (iv) licença direta/na fonte [...]. A licença por programação limita a utilização de todo o repertório a determinados programadas do usuário (limitação de objeto de uso); a licença direto para o telespectador permite o pagamento de um único valor no caso de retransmissão de uma programação de uma emissora por outra; a licença por uso cobra de acordo com as obras efetivamente utilizadas, a frequência da utilização; e a na fonte, é aquela em que o titular dos direitos autorais negocia diretamente com o usuário (essa com maiores custos de transação, e mais difícil de ser colocada em prática).

Além das licenças privadas, acima tratadas, para a utilização de fonogramas e/ou obras musicais de terceiros em obras audiovisuais, é possível que o licenciado utilize obras que estão sob o sistema de licenças públicas, no qual o próprio titular prévia e publicamente autoriza o uso de suas obras, dentro de algumas hipóteses.

No âmbito das licenças públicas, destacam-se as licenças *creative commons*. Criadas por Lawrence Lessig, o professor defende que existem três grupos distintos de criadores de obras, sendo eles os profissionais, os acadêmicos e os amadores, que necessitam e desejam diferentes níveis de proteção aos seus direitos autorais²².

²² Vide BRANCO, Sérgio e BRITTO, Waler. **O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2013.

Segundo Lessig, os criadores profissionais necessitam de maior proteção, tendo em vista que a exploração econômica de suas obras gera riquezas e sustento a eles. Os amadores, por sua vez, geralmente têm como objetivo a circulação de suas criações, e não necessariamente querem ser remunerados. Para os acadêmicos, é importante que suas criações circulem, mas, na maioria das vezes, o valor gerado com a circulação de suas obras é periférico²³.

No âmbito do sistema de *creative commons*, é possível que o titular do direito autoral escolha proteger a obra de sua titularidade dentro de seis licenças diferentes, com diversos níveis de abrangência.²⁴

Existem duas hipóteses para que se utilize licitamente obras de terceiros. É preciso que (i) o autor, ou o titular de direitos autorais, autorize o uso; ou (ii) que a própria Lei autorize o uso. Conforme observado ao longo deste artigo, autor, ou titular, autoriza o uso de suas obras por meio de contrato de licenciamento. A Lei, por sua vez, com o objetivo de equilibrar a proteção dos direitos autorais e os da coletividade, autoriza o uso de obras de terceiros por meio das limitações ao direito autoral, ou por meio do domínio público.

No objeto de estudo do presente artigo, é possível concluir, portanto, que para a inclusão da obra e do fonograma “*Running Up That Hill*” na série *Stranger Things*, dois tipos de licenças foram emitidas: uma autorizando o uso na modalidade de sincronização, e outra para a modalidade de execução pública.

CONCLUSÃO

Conforme observado ao longo deste artigo, a obra literomusical “*Running Up That Hill*” da cantora inglesa Kate Bush entrou para a trilha

²³ Vide BRANCO, Sérgio e BRITTO, Waler. **O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2013.

²⁴ Para mais informações sobre as licenças *creative commons* ver: https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt_BR, acesso em: 25 nov. 2022.

sonora da série *Stranger Things* em 2022 e alcançou números expressivos como o primeiro lugar global do Spotify.

Em um mercado cada vez mais disputado, com artistas e autores buscando seu espaço, as sincronizações de obras musicais em filmes e séries têm se tornado um segmento valioso e com diversas oportunidades de negócio e crescimento.

Junto com o desenvolvimento deste mercado, aumenta também a complexidade e atenção com os contratos que regem estas negociações, pois, como visto, muitos são os direitos atrelados a estes tipos de acordo.

É necessário através de *clearance* descobrir e se certificar quem de fato é titular e responsável pelas obras para, a partir daí, começar as negociações de autorização, sendo necessária autorização expressa dos titulares das obras para as utilizações.

Os contratos de licenciamento, que autorizam o uso dos ativos musicais na obra audiovisual, devem ser objetivos e abranger todos os tipos e formas de exploração da obra, vez que os contratos de direito autoral no Brasil são interpretados de forma restritiva, não havendo espaço para uma leitura subjetiva e genérica.

Tais instrumentos legais são a peça-chave para garantir segurança jurídica nas negociações, para todos os *players* envolvidos, visto que todos os parâmetros de exploração da obra estarão fixados, conforme a autonomia de vontade das partes.

Há ainda novas formas de licença, como é o caso das *creative commons* e licenças desenvolvidas para viabilizar configurações complexas como as *blanket licenses*.

Stranger Things e “*Running Up That Hill*” não foi o primeiro *case* de sucesso no segmento de *sync*, porém é um marcador forte dos novos tempos da indústria do entretenimento. Em um mundo cada vez mais conectado, as obras audiovisuais podem ser mais uma porta de entrada do mercado fonográfico nas *playlists* espalhadas pelo mundo.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense. 1980.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- BRANCO, Sérgio. PARANAGUÁ, Sérgio. **Direitos Autorais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV. 2009.
- BRANCO, Sérgio. BRITTO, Waler. **O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro: FGV. 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.
- BRASIL. **Lei de Direitos Autorais de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 09 out. 2022.
- COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2019.
- GIORGETTI VALENTE, Mariana. **A Construção do Direito Autoral no Brasil**. Belo Horizonte: Letramento. 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 1: esquematizado®**: parte geral: obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- GOODYEAR, Michael P. **Synchronizing Copyright and Technology: A New Paradigm for Sync Right**. MISSOURI LAW REVIEW. 2022.
- ILOÍZIO DE FARIA BASTOS, Antônio Augusto. **Gestão coletiva de direitos autorais da execução pública musical no Brasil: o processo de reforma do sistema ECAD pela lei 12.853 de 2013**. Rio de Janeiro. 2014.
- LAHORGUE NUNES, Simone. **Direito Autoral e o Direito Antitruste**. São Paulo: Elsevier. 2012.
- PEREIRA FRANCISCO, Pedro Augusto; VALENTE, Mariana Giorgetti, eds. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue. 2016.

A (FALSA) CONTROVÉRSIA SOBRE O PATENTEAMENTO DE GENES NO DIREITO BRASILEIRO

MARCOS DA CUNHA E SOUZA¹
ISABELLA DE SÁ E BENEVIDES SOUZA²

RESUMO: O Brasil aderiu ao Acordo TRIPs (Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) ao confirmar sua adesão à Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994. O Estado brasileiro, ao adaptar sua legislação ao referido acordo, preocupou-se em evitar um sistema de propriedade intelectual que fosse tão rigoroso quanto o dos países desenvolvidos. Neste sentido, com a exceção dos microrganismos geneticamente modificados, proibiu as patentes de seres vivos e de materiais biológicos encontrados na natureza. Contudo, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.610.728/RS, surgiu uma dúvida sobre a possibilidade do patenteamento de genes no Brasil. O objetivo do presente artigo é refutar esta possibilidade.

Palavras-chave: Gene. Propriedade Intelectual. Microrganismo. Acordo TRIPs.

INTRODUÇÃO

Desde a sua origem o Direito viu-se obrigado a conviver com outras áreas do conhecimento humano, como a engenharia, a matemática, a biologia e a medicina. Quem quer que opere na área jurídica já deve ter enfrentado as agonias de se tentar entender conceitos e fatos estranhos ao Direito e depois explicar no processo como a norma deve se encaixar às engrenagens desta outra área do conhecimento.

O problema é que nem sempre os operadores do Direito conseguem compreender os conceitos de outras ciências, levando a proces-

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da UNINTER.

² Acadêmica do curso de bacharelado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

sof judiciais totalmente divorciados da realidade. E este problema tende a ser especialmente comum quanto mais complexa e hermética for a tecnologia em causa.

Para piorar o quadro, o Direito, como sistema, tende a observar todos os problemas do mundo a partir de seu próprio ponto de vista, ora invadindo as competências de outras áreas, ora violando princípios e questões que foram sedimentadas por outros sistemas. Por exemplo: criar um conceito de microrganismo que não faz sentido para o sistema das Ciências Biológicas ou, ainda, equiparar o gene a um ser vivo.

No presente artigo examinar-se-á um caso concreto envolvendo a difícil relação entre o Direito e a moderna biotecnologia, no campo da propriedade intelectual. No RESP nº 1.610.728/RS, um processo envolvendo bilhões de reais em *royalties*, muitas questões foram discutidas. Dentre elas ganhou relevo técnicas de transgenia, bem como o conceito de microrganismo e de gene. Infelizmente, as manifestações dos especialistas em biotecnologia parecem ter sido ignoradas pelos dois tribunais que atuaram no caso e, com isso, a fundamentação jurídica perdeu consistência. Ao final, resta ainda uma grande dúvida sobre o que exatamente foi decidido, dado que alguns aspectos da decisão do Superior Tribunal de Justiça não têm efeitos práticos no campo da engenharia genética. Disso resultando o título do presente trabalho.

Deste modo, o estudo aqui apresentado tanto oferece uma análise sobre um ponto relevante da propriedade intelectual, quando aponta a necessidade de um maior esforço, por parte dos operadores do Direito, no sentido de buscar compreender melhor os aspectos biotecnológicos antes de se determinar os efeitos jurídicos.

1 A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA

Avanços da engenharia genética, a partir da década de 1970, abriram a possibilidade para o desenvolvimento de organismos geneticamente modificados (OGMs). Tal tecnologia, além de demandar mão de

obra muito específica, necessitava de vultosos investimentos, cujo retorno financeiro dependeria de garantias legais.

Para os estudiosos do tema, é conhecida a figura do microbiologista Ananda Chakrabarty que precisou recorrer à Suprema Corte norte-americana para obter a patente de uma bactéria que, manipulada geneticamente, incorporou a capacidade de degradar hidrocarbonetos poluidores, provenientes do petróleo³. Revendo a decisão do escritório norte-americano de patentes (USPTO), a Suprema Corte decidiu (1980) que a bactéria era patenteável, dado que continha características substancialmente diferentes daquelas encontradas na natureza, graças à intervenção humana⁴. Ademais, oferecia uma solução técnica para um problema técnico.

Com o passar dos anos, foram surgindo também animais e plantas geneticamente modificadas, o que produziu um sem número de debates, tanto na sociedade, como entre estudiosos de diferentes ramos do conhecimento.

Tomando as plantas geneticamente modificadas como exemplo, estes seres vivos e o seu respectivo material de multiplicação (como a semente), são frutos da transferência de genes entre espécies que, em muitos casos, não seriam aptas a cruzar-se por meio de processos naturais⁵. Em muitos casos, a transferência envolve a inserção de genes de bactérias em espécies vegetais.

Assim, pela tecnologia do DNA recombinante ou engenharia genética, o cientista pode identificar e inserir no genoma de um deter-

³ SOUZA, Marcos da Cunha e; WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biacchi. A propriedade intelectual e a dupla proteção dos vegetais transgênicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 63-100, maio/ago. 2014.

⁴ ROWE, 2011, p.865 e SRINIVAS, Krishna Ravi. Intellectual property rights and bio commons: open source and beyond. **International Social Science Journal (ISSJ)**-Vol. 58 No. 188, 2006, p. 320.

⁵ MARQUES, J. P. Remédio. **Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007^a, p. 29.

minado organismo, um ou mais genes responsáveis pela característica desejável. No campo da agricultura, o uso mais frequente desta tecnologia está voltado ao desenvolvimento de vegetais tolerantes a herbicidas, resistentes a certos insetos, vírus e, também, ao aumento da qualidade do produto⁶.

A partir de diferentes variedades de milho, é factível criar um organismo geneticamente modificado (OGM) que combine as melhores “características de interesse econômico entre espécies diferentes”⁷. Assim, por exemplo, uma semente de soja pode receber materiais genéticos de outro gênero de planta, assim como de bactérias ou vírus⁸.

Dito isso, pode-se tomar como exemplo a tecnologia Roundup Ready (RR) desenvolvida pela empresa norte-americana Monsanto e que é utilizada em inúmeras variedades de sementes de soja, milho, algodão, alfafa e canola, em diferentes países. A tecnologia Liberty Link (LL), desenvolvida pela Bayer e hoje pertencente à Basf, é outro exemplo relevante.

No que toca à soja transgênica e ao modelo de negócio que a Monsanto desenvolveu no Brasil, tudo começa em 1974⁹, com o surgimento e comercialização do herbicida glifosato, comercializado sob a marca Roundup. Este defensivo agrícola tem a capacidade de levar à morte um grande espectro de ervas daninhas, através do bloqueio da enzima EPSPS, interrompendo o metabolismo da planta. Na verdade, o

⁶ MONQUERO, Patrícia Andréa. **Plantas transgênicas resistentes aos herbicidas: situação e perspectivas.** *Bragantia*, Campinas, v.64, n.4, p.517-531, 2005, p. 519. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/brag/v64n4/a02v64n4.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁷ EMBRAPA. **Transgenia:** quebrando barreiras em prol da agropecuária brasileira. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-transgenicos/sobre-o-tema>. Acesso em: 07 nov. 2020.

⁸ GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil.** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 83.

⁹ MORI, Letícia. BBC. **Glifosato:** mitos e verdades sobre um dos agrotóxicos mais usados do mundo. Publicado em: 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47320332>. Acesso em: 26 jan. 2021.

glifosato é tão poderoso, que tanto matará as ervas daninhas, quanto a própria lavoura.

Na década de 1980, a Monsanto descobriu a bactéria *Agrobacterium tumefaciens*, um microrganismo comum no solo e resistente ao glifosato, graças à presença do gene cp4-epsps¹⁰. Deste modo, com base na engenharia genética, foi possível a criação de vegetais imunes ao herbicida glifosato, pela introdução, no genoma da planta, do gene cp4-epsps, isolado da referida bactéria¹¹. Isso permitiu o desenvolvimento de lavouras de manejo simplificado, com diminuição de custos, ante a redução no número de aplicações de defensivos agrícolas.

Criou-se, assim, um novo modelo de negócios envolvendo a soja, que veio a se tornar a principal *commodity* agrícola brasileira. Tal modelo se aplica, igualmente, às lavouras transgênicas de milho e algodão. Pode-se também falar em uma verdadeira revolução agrícola, a partir das *glyphosate-resistant crops* (GRC)¹², ou seja, lavouras resistentes ao glifosato.

Nessa toada, a adequada inserção das novas variedades vegetais (as “cultivares”) no sistema da Propriedade Intelectual viria a ser uma questão incontornável. E os países que dominavam essas tecnologias buscariam protegê-las por todo o globo terrestre.

2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O Acordo de Marrakesh, que veio a constituir a Organização Mundial do Comércio (OMC), foi firmado em 1994 por diversos países, dentre os quais o Brasil. De seu bojo extrai-se o Acordo sobre Aspectos

¹⁰ CHARLES, Daniel. **Lords of the Harvest: Biotech, big money and the future of food.** Cambridge : Basic Books, 2002, p. 77-104.

¹¹ MONQUERO, Op. cit., p. 521.

¹² DUKE, Stephen O. **The history and current status of glyphosate**, p. 4. Lincoln : University of Nebraska, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2784&context=usdaarsfacpub>. Acesso em: 25 abr. 2020.

dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio¹³, que na doutrina brasileira atende por sua sigla em inglês: TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

O Acordo TRIPs impôs regras a todos os ramos da Propriedade Intelectual, não excluindo questões relacionadas à biotecnologia, tais como os microrganismos e as cultivares. Contudo, os artigos do Acordo TRIPs não são autoexecutáveis no plano interno. Até porque muitos deles não trazem um comando preciso, mas sim um direcionamento. Deste modo, ele aproxima as leis dos diferentes países e o nível de proteção oferecido, mas não cria um sistema internacional homogêneo. E esse é um aspecto de grande importância para o presente trabalho.

No campo do Acordo TRIPs, um elemento a ser ressaltado é o tratamento dado aos seres vivos geneticamente modificados. O Acordo permite que todos eles possam ser objeto de patentes de invenção, incluindo plantas e animais. Reconhece, entretanto, que cada país pode adotar exceções nesta área. Esta questão veio disciplinada na alínea ‘b’ do art. 27(3) que, na versão em português, anexada ao Decreto nº 1.355/94, peca por erro de tradução hábil a causar interpretações equivocadas¹⁴. O texto da tradução adotada pelo Brasil afirma que os membros podem considerar como não patenteáveis: “plantas e animais, exceto microorganismos¹⁵ e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. (...)”

A presença de uma vírgula após a palavra “micro-organisms”, na versão em inglês, torna o texto coerente¹⁶, ao contrário da versão bra-

¹³ Daí porque a doutrina portuguesa e de língua espanhola usa a sigla ADPIC.

¹⁴ Vide p. 421 da Ata anexa ao Decreto nº 1.355/94. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹⁵ Aqui manteve-se a grafia original da norma.

¹⁶ O texto em inglês é o seguinte: “plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall pro-

sileira. O verdadeiro sentido do texto é o seguinte: o acordo permite a exclusão da patente das plantas e animais (ainda que geneticamente modificados) e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais. Contudo, impõe a concessão de patentes no tocante aos microrganismos e aos processos não biológicos e microbiológicos¹⁷. Pela lógica do sistema de patentes, espera-se que tais microrganismos e processos não biológicos e microbiológicos tenham sofrido intervenção humana e cumpram os requisitos de patenteabilidade.

O texto não define o que sejam microrganismos. Seria lícito presumir que, ao caracterizar algo como um microrganismo, os legisladores ou magistrados lançassem mão das ciências biológicas. Infelizmente, não foi o que ocorreu, em vários casos. Interpretações equivocadas ampliaram os limites do que é um microrganismo, geralmente em benefício das empresas obtentoras de sementes transgênicas. Voltar-se-á a este tema oportunamente.

Sobre outra área de interesse para a biotecnologia, o Art. 27.3, alínea “b” do TRIPs determina que “os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos”. Deste modo, países como o Brasil, que não ofereciam proteção às novas variedades vegetais (as “cultivares”), foram obrigados a legislar sobre o tema. Mas o referido dispositivo não detalhou como deveria ser a proteção do respectivo direito.

No caso do Brasil, ante a brecha deixada pelo TRIPs, optou-se expressamente por não utilizar o sistema de patentes para a proteção das novas variedades vegetais. Isso porque, como se verá, tal sistema acabaria por onerar excessivamente os nossos agricultores. Deste modo, nosso legislador optou por seguir a via do “sistema *sui generis* eficaz”, criando uma específica Lei de Proteção das Cultivares (Lei nº

vide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. (...)” Disponível em: www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf. Acesso em: 6 nov 2020.

¹⁷ SOUZA, 2014^a, p. 85.

9.456/1997). Por trás desta norma e do seu sistema protetivo está um modelo já testado por outros países e que, sabia-se, seria considerado adequado pelos países desenvolvidos. Afinal, tendo o Brasil sofrido sanções comerciais dos Estados Unidos no início da década de 1990, justamente por questões envolvendo propriedade intelectual, não era do interesse do nosso governo criar uma legislação que pudesse ser questionada junto à OMC¹⁸. Daí a adesão do Brasil à União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais (UPOV), uma organização internacional independente, mas intimamente relacionada à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO).

A UPOV, quando da adesão do Brasil (1999¹⁹), oferecia aos seus membros a necessária opção por dois sistemas de proteção de cultivares: as Convenções de 1978 e 1991. As diferenças entre as duas são bastante expressivas, sendo a de 1991 mais voltada à proteção do obtentor, em detrimento dos agricultores. Ela retrata o ambiente jurídico e econômico dos países voltados ao desenvolvimento das modernas técnicas de criação de variedades vegetais, especialmente através da transgenia. O Brasil, por uma questão estratégica, preferiu adotar a versão menos protetiva de 1978.

A Convenção de 1978 da UPOV proíbe os seus membros de aplicar o regime jurídico das patentes e das cultivares sobre uma mesma variedade vegetal²⁰. Esta solução era de interesse para o Brasil e outros países exportadores de produtos agrícolas, como a Argentina e a Índia. Isso porque, embora já tivessem aptidão para criar nossas variedades vegetais por métodos que reproduzem processos naturais (como a polinização cruzada), esses países não dominavam as técnicas de engenharia genética (passíveis de proteção por meio do instituto da patente).

¹⁸ TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

¹⁹ A nossa norma interna, embora seja anterior à adesão do Brasil à União, nela buscou indiscutível inspiração.

²⁰ Ou seja, proíbe a dupla incidência de institutos da PI sobre uma mesma variedade vegetal (cultivar).

A versão de 1978 da Convenção da UPOV também oferece uma margem considerável de liberdade para que cada Estado crie exceções aos direitos dos obtentores, em nome da manutenção de certas práticas ancestrais dos produtores agrícolas. Esta autonomia é o que permite a países como o Brasil e a Argentina autorizar seus agricultores a separar parte da colheita para o replantio (“sementes salvas”), sem o pagamento de *royalties* ao titular da PI. A lei brasileira também permite aos agricultores usar ou vender como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos²¹. Veja-se que as prerrogativas mantidas em favor dos agricultores estão relacionadas à manutenção de práticas ancestrais: comer, vender e separar parte da colheita para o plantio da safra seguinte.

Na toada da Convenção de 1978, a lei brasileira buscou deixar explícita a impossibilidade de aplicação do sistema de patentes às culturas, a chamada “dupla incidência”.

3 A NOSSA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: MICRORGANISMOS E GENES

Para reforçar a decisão do legislador brasileiro, a Lei nº 9.279/1996 - nossa Lei de Propriedade Industrial (LPI) – também deixou expressa a intenção de evitar ao máximo o patenteamento de seres vivos, como se depreende dos artigos 10, IX e 18, III²².

O referido art. 10, inciso IX não considera invenção nem modelo de utilidade “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”. Nesse passo, “mesmo os microrganismos naturais usados na produção de queijos e bebidas fermentadas ficam

²¹ Vide o art. 10 da Lei nº 9.456/1997 para as outras exceções.

²² Também aqui aproveitou-se a brecha deixada pelo Acordo TRIPs na alínea ‘b’ do art. 27(3).

apartados de qualquer direito de exclusiva, em que pese sua relevância econômica”²³.

Em relação aos seres vivos modificados geneticamente, o Brasil buscou restringir ao máximo a sua proteção. Cedeu-se apenas naquilo que o Acordo TRIPs exigia: a admissão do patenteamento de microrganismos transgênicos. Deste modo, assim ficou o art. 18, inciso III da LPI:

Não são patenteáveis:

(...)

III - 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.

Ou seja, no Brasil, apenas os microrganismos transgênicos são patenteáveis. Animais e vegetais superiores, ainda que transgênicos, não o são.

Deste modo, naquilo que interessa ao presente trabalho, não são patenteáveis as plantas geneticamente modificadas. Estas, como já se disse, são fruto da transferência de genes entre espécies que, em muitos casos, não seriam aptas a cruzar-se por meio de processos naturais²⁴.

Mas havia uma dúvida no Congresso Brasileiro, durante a tramitação do projeto. O que seriam os “microrganismos transgênicos”?

Seria adequado que a lei os conceituasse?

²³ SOUZA, Marcos da Cunha e. **A refutação da dupla incidência de direitos da propriedade intelectual sobre cultivares transgênicas frente ao compromisso brasileiro com o Acordo TRIPs**. Tese de doutorado defendida em fevereiro de 2021. Curitiba: PUC/PR, 2021, p. 55.

²⁴ MARQUES, J. P. Remédio. **Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007^a, p. 29.

A questão realmente suscitou debates, tanto entre os parlamentares, quanto entre entidades da sociedade civil que acompanharam este processo legislativo²⁵. Para alguns, a lei deveria restar em silêncio sobre este ponto, dado ser tema afeto às ciências biológicas. Para outros, o silêncio da norma poderia abrir campo para um alargamento da interpretação, levando a soluções indesejáveis.

Infelizmente, o parágrafo único do art. 18 da LPI, ao tentar conceituar o que é um microrganismo transgênico, adotou uma linguagem vaga, ao prescrever:

Para os fins desta Lei, microrganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Del Nero corretamente apontou tal definição como “atípica” ao descrever os microrganismos transgênicos genericamente como “organismos”²⁶. Dizer que um microrganismo é um organismo é algo tão inútil quanto redundante. Seguindo-se adiante, o conceito acima aponta o microrganismo como um organismo que não é nem planta, nem animal. Certamente não é esse aspecto que, para a Biologia, destaca a principal característica de um microrganismo.

O biólogo Gilson Paulo Manfio, em trabalho encomendado pelo Ministério do Meio Ambiente, esclarece que o termo **microrganismo** “congrega grupos variados de organismos unicelulares microscópicos, que vivem na natureza como células isoladas ou em agregados celulares. Esta definição congrega os grupos bactérias, arqueas, fungos, protozoários e vírus”²⁷.

²⁵ Sobre a temática, vide DEL NERO, Op. cit., 2004, p. 144-165.

²⁶ DEL NERO, 2004, p. 240. .

²⁷ MANFIO, Gilson Paulo. **Microbiota**: Avaliação do estado do conhecimento da diversidade biológica do Brasil. Campinas: UNICAMP, 2003, p. 21

O parágrafo único do art. 18 da LPI da Lei nº 9.279/96 também ignora que os seres vivos estão divididos entre cinco reinos, sendo que as plantas (reino *Plantae*) e os animais (reino *Animalia*) constituem apenas dois deles. Assim, por exemplo, se levarmos em conta o conceito do parágrafo único do art. 18, um cogumelo geneticamente modificado, de 10 centímetros de altura, embora seja um organismo pluricelular e visível a olho nu, seria um microrganismo geneticamente modificado, dado não ser o cogumelo nem um animal, nem uma planta. Afinal, ele pertence ao reino *Fungi*²⁸.

Ainda segundo Manfio, o emprego informal do termo “microrganismo” gera problemas de natureza prática²⁹. E quando se transporta tal informalidade para o campo do Direito, em questões envolvendo direitos da Propriedade Intelectual avaliados em centenas de milhões de reais, com reflexos na economia e na sociedade, os efeitos são consideráveis.

Em 2004 Del Nero, em tom de reprovação, alertou sobre as imprecisões do parágrafo único do art. 18 (grifo nosso):

[...] a falta de clareza na definição de microorganismos pode conduzir ao entendimento de que a interpretação do art. 18 pode exorbitar o seu conteúdo, estendendo o termo ao sentido biológico propriamente dito, ou seja, o conteúdo da expressão pode ser preenchido por elementos como: bactérias, vírus, **e até mesmo genes**, células vegetais e animais, culturas de tecidos e até sementes (tanto de plantas como os óvulos e espermatozoides dos animais)³⁰.

Deve-se impedir que a interpretação do referido dispositivo vá para além daquilo que a ciência biológica indica, sob pena de, por vias indiretas, alcançar a proteção de seres vivos que não são microrganismos.

²⁸ SOUZA, 2021, Op. cit., p. 55.

²⁹ MANFIO, 2003, Op. cit., p. 24.

³⁰ DEL NERO, Op. cit., 2004, p. 153.

mos ou, o mais provável, ao patenteamento de estruturas biológicas que não são seres vivos.

Assim, da conjugação do art. 10º, IX com o art. 18, III, podemos concordar com Charlene Plaza quando ela afirma que “as patentes que foram concedidas nos Estados Unidos e na União Europeia em favor da Monsanto são completamente distintas das patentes que ela podia obter no Brasil³¹.” Isso porque, nestes países, o espectro de seres vivos e materiais biológicos patenteáveis é muito maior do que no Brasil.

Neste ponto deve-se finalmente avançar sobre a questão do “gene”. Como já se referiu, a partir da década de 1970 a ciência desenvolveu métodos para transferir genes entre espécies diferentes, usando a biotecnologia moderna, “também conhecida como tecnologia do DNA recombinante ou engenharia genética, ou ainda a produção de Organismos Geneticamente Modificados (OGM)”³².

É importante buscar um conceito do que seja o gene. No paradigmático RESP nº 1.610.728/RS, originário da ação ordinária nº 00111.09.0106915-2 da 15ª Vara Cível de Porto Alegre, a questão foi reduzida a uma simples pergunta ao assistente técnico da parte Autora. “O que é um gene?”

O perito Edson Jair Iorczeski, cumprindo o seu mister, respondeu (grifo nosso):

A vida, de todos os organismos vivos, é determinada e mantida através de gerações por um complexo sistema de reações químicas. Hoje sabemos como as características são passadas de uma geração para outra e que estas informações estão armazenadas em uma estrutura química denominada ácido desoxirribonucléico (ADN), mais conhecido pela sigla em inglês, DNA. **O DNA é**

³¹ DEL NERO, Op. cit., 2004, p. 153.

³² LEHFELD, Lucas de Souza. A evolução da biotecnologia no campo e a atuação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança: CTNBio na tutela da Biodiversidade. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). **Propriedade intelectual na agricultura**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.176.

composto de inúmeras unidades funcionais, os genes, que de forma isolada ou em grupos determinam características específicas de cada indivíduo e que em conjunto e de acordo com a sua organização definem as características dos diferentes seres vivos. A segurança alimentar da humanidade de um universo de milhares de espécies, está centrada em no máximo 30 que hoje cultivamos. Nessas em especial, a pesquisa DESCOBRIU e não INVENTOU a composição química de partes específicas, genes responsáveis por características que melhorem a composição nutricional, que protejam a planta como por exemplo resistência ao herbicida Glifosato e que aumentem o valor econômico, entre outros. Com isso a cultivar se tornou o VEÍCULO de hospedagem de estruturas químicas adicionais ao seu intrínseco vasto e complexo sistema químico. É o suporte físico, material de tecnologias. (...)³³.

Partindo do conceito acima, sabe-se também que “o conjunto inteiro de instruções genéticas contidas em um organismo é denominado genoma (...)”³⁴. A título de exemplo, “o genoma humano contém entre 21 mil e 23 mil genes que fornecem as instruções controladoras da construção, do reparo e da manutenção dos seres humanos”³⁵.

Logo, o gene não é um ser vivo e, conseqüentemente, não pode ser um microrganismo patenteável à luz do art. 18, III da LPI brasileira.

Dado os objetivos explícitos desta política legislativa, empresas como a Monsanto não poderiam patentear, nem suas variedades vegetais transgênicas, nem os genes por elas isolados. Mas ainda poderiam

³³ IORCZESKI, Edson Jair. **Parecer Técnico ao Sindicato Rural de Passo Fundo**, p. 3. Passo Fundo, 02 de fevereiro de 2009, no autos do Processo nº 00111.09.0106915-2 da 15ª Vara Cível de Porto Alegre, In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). **Recurso Especial nº 1.610.728 – RS**. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 09 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

³⁴ MUKHERJEE, Op. cit., p. 22.

³⁵ Idem.

obter justas recompensas pelos seus investimentos em tecnologia comercializando, com exclusividade, suas cultivares transgênicas. Para tanto, estariam sob o manto protetor da Lei de Proteção de Cultivares (LPC).

Contudo, deveriam respeitar os privilégios dos agricultores mencionados acima como, por exemplo, o direito de vender a sua safra como alimento ou insumo industrial.

4 A DUPLA INCIDÊNCIA DE INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O ambiente normativo brasileiro, assim como o argentino e indiano, tendia a frustrar o modelo de negócios de algumas empresas transnacionais. Isso porque nos países desenvolvidos existem brechas explícitas no sentido de se permitir, direta ou indiretamente, a incidência do sistema de patentes sobre vegetais geneticamente modificados. E uma destas brechas envolve as patentes de genes.

O art. 5 (2) da Directiva 98/44/CE da União Europeia assim dispõe (grifo nosso):

Qualquer elemento isolado do corpo humano ou produzido de outra forma por um processo técnico, **incluindo a sequência ou a sequência parcial de um gene**, pode constituir uma invenção patenteável, mesmo que a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natura.

Para as empresas transnacionais operando no Brasil passou a ser importante encontrar um meio de permitir que as sementes geneticamente modificadas também pudessem ser protegidas pelo sistema de patentes, de modo a inibir os privilégios concedidos aos agricultores pela Lei de Cultivares.

Buscar ampliar o conceito de microrganismo, para abarcar o gene usado no processo de transgenia da tecnologia RR acabou sendo uma das melhores estratégias. É neste contexto que se vislumbra, no Brasil, a dupla incidência de direitos da Propriedade Intelectual sobre vegetais transgênicos.

Ou seja, uma semente transgênica de soja, milho ou algodão – apenas para citar alguns exemplos – poderia ser afetada tanto pelo sistema de cultivares, quanto pelo de patentes. O simples ato de um agricultor vender a colheita passaria a gerar, em favor da empresa titular da patente, o direito de cobrar *royalties* pelo uso da tecnologia patenteada, dentre outros ônus.

5 O RECURSO ESPECIAL Nº 1.610.728 – RS

O termo “cultivar” serve para designar novas variedades vegetais, desenvolvidas e selecionadas por conta de alguma característica relevante. Uma mesma espécie vegetal, como o milho ou a soja, pode ter inúmeras cultivares³⁶, que se diferem por certas características (“descritores”), como cor, tamanho da folha, formato dos frutos, ausência de sementes viáveis ou alguma particularidade genética, frequentemente invisível aos olhos humanos. Uma nova cultivar pode ser imune a determinados tipos de pragas, ser programada para crescer mais rapidamente que outras ou, ainda, produzir uma maior quantidade de sementes, apenas para citar alguns exemplos.

Como o Direito brasileiro expressamente não autoriza o patenteamento das novas variedades vegetais, as empresas transnacionais

³⁶ Aqui cabe fazer uma breve advertência. Como se disse, o termo “cultivar” tem sua origem na língua inglesa, onde este tipo de substantivo não tem gênero. Não é um “he” ou um “she”, mas sim um “it”. A Lei nº 9.456/1997 trata o termo “cultivar” como um substantivo feminino. Assim, por exemplo, o art. 3º, incisos V, VI, VII e VIII. Contudo, juristas de renome – como Denis Barbosa – e agrônomos dos mais renomados – como Edson Jair Iorczeski – tratam o termo como um substantivo masculino. Neste trabalho optamos por usar a fórmula adotada pela lei, sem com isso querer desmerecer a posição dos especialistas na área.

buscaram encontrar outros argumentos que pudessem ampliar a proteção sobre suas criações intelectuais. Um deles foi pela ampliação do conceito de microrganismo para abarcar os genes.

Dentre as várias ações judiciais que discutiram os direitos da empresa transnacional Monsanto, quis o destino que ganhasse destaque uma ação coletiva ajuizada, em abril de 2009, por três sindicatos rurais do Rio Grande do Sul³⁷ contra a Monsanto do Brasil LTDA e a Monsanto Technology LCC³⁸ junto à 15ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre³⁹. Nela os autores pleiteavam o respeito a certas prerrogativas dos agricultores conferidas pela Lei nº 9.456/1997. Mas havia, na causa de pedir, questões envolvendo o conteúdo e a abrangência de patentes da Monsanto.

Em sua contestação⁴⁰, a Monsanto – dentre outros aspectos - afirmava que a matéria do processo não guardava relação com a lei de cultivares, mas sim com a “Lei de Patentes”. Afirmava que seu direito estava garantido por “um leque de patentes (...) que protegem a tecnologia RR na soja”⁴¹, assim como pelo art. 44 da LPI, que assegura ao titular “o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto”. Deste modo, o uso de “sementes salvas”, garantido pela LPC, “nunca” atinge os direitos do titular de uma patente e “não admite qualquer exceção”⁴².

³⁷ Sindicatos rurais de Passo Fundo, Sertão e Santiago.

³⁸ Sociedade empresária norte-americana.

³⁹ Processo nº 001/1.09.0271958. Posteriormente a questão chegaria ao STJ. Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. 09 de outubro de 2019, p. 40. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁰ MONSANTO DO BRASIL LTDA. **Contestação de 04 de maio de 2009**, p. 451-518. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. DJE 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴¹ Idem, p. 475.

⁴² Idem, p. 475.

O laudo pericial⁴³ foi realizado pelo Dr. Luiz Carlos Federizzi, engenheiro agrônomo e professor da UFRGS⁴⁴. Uma parcela considerável do laudo tratou de fragilidades das cinco patentes da Monsanto que, àquela época, justificavam a proteção da tecnologia RR. Há um ponto, porém, que deve ser referido por sua natureza mais perene. Trata-se do tipo de tecnologia patenteadada.

Fazendo referência à doutrina de Marcelo Varella⁴⁵, o perito sustenta que os genes – tais como os usados pela Monsanto em suas cultivares - não são microrganismos e “não são objeto de patente, ainda que resultados de engenharia genética”⁴⁶. Alerta que há que se ter atenção com os pedidos de patente que tentam tratar os genes como se fossem uma mera proteína e, assim, uma matéria patenteável⁴⁷. Aduz, ainda, que a instrução normativa do INPI então vigente, sobre patenteamento de inventos biotecnológicos, ao interpretar os artigos 10, IX e 18, III da LPI, vedava este tipo de pedido de patente⁴⁸.

Refere, ainda, o entendimento da Divisão de Química Orgânica, Biotecnologia e Áreas Correlatas do INPI (DIBIOTEC)⁴⁹ no cuidado que se deve ter com as patentes que envolvam células hospedeiras que, normalmente, são células animais e vegetais, não passíveis de patenteamento. Assim, o inventor, ao reivindicar a patente, deve delimitar

⁴³ FEDERIZZI, Luiz Carlos. **Parecer Técnico do Processo 001/1090106915-2**, p. 2232-2731. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 09 de outubro de 2019, p. 40. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴ É importante referir que o perito é doutor em genética e melhoramento de plantas pela Universidade da Califórnia.

⁴⁵ VARELLA, Marcelo Dias. Propriedade intelectual e sementes: mecanismos de controle das exportações agrícolas pelas empresas multinacionais. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**, v. 86, p. 18-27, 2007.

⁴⁶ VARELLA, Marcelo, *apud* FEDERIZZI, Luiz Carlos, *Op. cit.*, p. 2248.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 2249.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 2249.

precisamente a sua reivindicação, para que não englobe aquilo que é proibido.

Por outro lado, prossegue o perito, no caso da patente PI 1100008-2, a concessão da patente é adequada, dado que o invento envolve um processo de produção de planta geneticamente modificada, com a utilização de um vetor plasmídeo. Embora a questão seja complexa para o estudioso do Direito, não há como evitá-la. Afinal, este estudo envolve os efeitos de uma patente de processo sobre cultivares transgênicas.

O vetor plasmídeo é uma:

molécula circular de DNA com duplicação autônoma, no qual um fragmento de DNA estranho pode ser inserido para a sua multiplicação em uma célula hospedeira ou para a integração em célula hospedeira ou para a integração no genoma⁵⁰.

Percebe-se, pois, que o vetor age como uma ferramenta, em um processo de inserção de um fragmento de DNA⁵¹ em uma célula alvo. *In casu*, “ele permite a introdução e integração do gene de resistência ao glifosato no genoma da soja”⁵². E assim, contrariando alguns dos argumentos da Monsanto, vê-se que a patente não é do gene, pois isso não seria possível no nosso ordenamento jurídico. A patente PI 1100008-2 é uma patente de processo. E indo um pouco além, o perito esclarece que o próprio vetor plasmídeo – a molécula circular de DNA usada - também não é objeto da patente. Pois,

o vetor por si mesmo não apresenta nenhuma utilidade, ele somente é útil no momento que é inserido de maneira estável em uma planta de modo que esta planta apresenta resistência/

⁵⁰ VARELLA, Marcelo, *apud* FEDERIZZI, Luiz Carlos, *Op. cit.*, p. 2240.

⁵¹ O ácido desoxirribonucleico (ADN) é mais conhecido pela sua sigla em inglês, DNA. A Lei nº 11.105/2005 define-o como “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência” (art. 3º, II).

⁵² BRASIL, *op. cit.*, p. 2245.

tolerância ao herbicida. Diz-se de maneira estável quando as características desejadas são passadas as progénies (filhas) pelos métodos tradicionais de reprodução da espécie⁵³.

Embora o magistrado tenha julgado procedente em parte o pedido⁵⁴, pode-se dizer que concedeu todos os direitos expressos no art. 10, incisos I, II e IV da LPC, exonerando os sojicultores brasileiros de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização.

Interposto recurso pela Monsanto, este foi acolhido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu, para a presente hipótese, os efeitos já descritos de uma patente de processo, sob o ponto de vista das transnacionais.

Nos votos da maioria que acolheu o apelo, vê-se o reconhecimento da possibilidade de patente a recair sobre microrganismos geneticamente modificados, na forma do art. 18, III da Lei nº 9.279/1996. O voto não esclarece, contudo, dentre as reivindicações da patente PI 1100008-2, qual das matérias ali descritas seria um microrganismo⁵⁵.

As partes autora recorreram ao STJ e o Recurso Especial nº 1.610.728/RS foi julgado improcedente em 9 de outubro de 2019. Em seu voto, a relatora - ministra Nancy Andrighi - fez uma longa abordagem sobre os limites da controvérsia, as linhas gerais da tutela jurídica da propriedade intelectual e os sistemas específicos envolvendo as cultivares e as invenções. A exposição, em tom didático, pouco difere daquilo que foi abordado até o momento. A exceção se dá quando a ministra afirma que:

[...] as recorridas ostentam a condição de titulares dos direitos decorrentes do **patenteamento de um processo específico de transgenia e do produto respectivo (relativo ao gene CP4**

⁵³ BRASIL, op. cit., p. 2251.

⁵⁴ Idem, p. 3367-3416.

⁵⁵ Idem, p. 4462.

EPSPS), o qual, inserido em certas espécies vegetais, lhes confere resistência ao herbicida glifosato.

De se destacar que os royalties cujo pagamento os recorrentes pretendem ver afastados com o ajuizamento da presente ação referem-se ao uso reprodutivo de sementes que contém a tecnologia patenteada⁵⁶. (grifo nosso)

Ora, não há qualquer evidência de que a patente PI 1100008-2 tenha atribuído à Monsanto a titularidade sobre o gene CP4 EPSPS e que este seja um produto. Quanto à não patenteabilidade dos genes, o tema voltará a ser abordado ao final.

Em seguida, a ministra relatora mostra ter adotado um dos principais argumentos das empresas réis, ao asseverar que:

[...] a proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares (LPC) abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema da LPI protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado [...]⁵⁷

Dentro desta visão da Monsanto e da ministra relatora, cada lei é aplicada separadamente, tendo em vista o objeto que cada uma abrange. O art. 10 da Lei de Cultivares é aplicável. Mas, como as sementes carregariam tecnologia transgênica patenteada, a LPI também se aplica, anulando, na prática, o efeito da LPC. Deste modo, a LPC seria despicinda para a solução da controvérsia, pois a temática se esgota no exame da patente e seus efeitos.

⁵⁶ ANDRIGHI, Nancy. Voto no julgamento do **RESP nº 1.610.728/RJ**, p. 6255. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. DJe 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2020.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6261.

Segue-se, então, um aspecto da fundamentação que restou pouco claro. A ministra define o que são microrganismos transgênicos parafraseando e reproduzindo o texto do parágrafo único do art. 18 da LPI. Na mesma oportunidade, cita Denis Barbosa e Pedro Barbosa para quem os microrganismos são os “únicos elementos constitutivos de seres vivos que, pela lei brasileira, serão objeto de patente contendo reivindicação de produto”⁵⁸. E então, no tópico seguinte, sem qualquer esclarecimento adicional, o voto volta a se referir a “gene (...) patentado”⁵⁹, deixando a impressão de que, aos olhos da ministra relatora, um gene seria uma espécie de microrganismo.

Dentre os ministros que participaram do julgamento, houve manifestação escrita apenas do ministro Marco Buzzi, que acompanhou a relatora⁶⁰. Como resultado, o recurso especial foi unanimemente rejeitado.

Para os efeitos do art. 947 do CPC (assunção de competência), foi firmada a seguinte tese pelo STJ:

as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo **relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo** de variedades vegetais⁶¹. (grifo nosso)

Dado o histórico do julgado, não restou claro o que se entende por “transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reproduti-

⁵⁸ Ibidem, p. 6262-6263.

⁵⁹ Ibidem, p. 6263.

⁶⁰ BUZZI, Marco. **Voto-vista**, p. 6273. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. DJe 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaltpl/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2020.

⁶¹ Ibidem, 6234.

vo”. Como se viu, as conclusões do perito do juízo não foram levadas em conta. E isso não significa que o laudo tenha sido considerado equivocado pelo TJ/RS ou pelo STJ. Ele simplesmente foi ignorado, como se a ciência biológica não tivesse qualquer relação com o caso. A verdade, porém, é que a questão jurídica presente no RESP nº 1.610.728/RS é indissociável de seu aspecto biotecnológico. É difícil dizer quais seriam os reais reflexos da tese produzida para efeito do art. 947 do CPC porque termos como “gene”, “microrganismo” e “transgenia” foram transformados em abstrações jurídicas.

Se levarmos em conta o parecer técnico do perito do juízo, o INPI não concedeu uma patente do gene cp4-epsps. Até porque este gene foi descoberto e isolado da natureza na década de 1980⁶², não podendo ser objeto de patente requerida nos Estados Unidos e no Brasil vários anos depois. De acordo com a prova pericial, o que ele concedeu foi uma patente de processo para a inserção do gene através de um vetor plasmídeo.

Uma das conclusões possíveis é que, na prática, a decisão do STJ acabou por conceder uma nova patente à Monsanto. A patente do gene cp4-epsps. Isso porque o vetor plasmídeo, após o procedimento de transgenia, não tem mais qualquer função nas células da cultivar. Seria o gene cp4-epsps, no caso da soja RR, a “tecnologia (...) presente no material reprodutivo”.

De toda sorte, a decisão do STJ favorece um dos eixos de ação das empresas transnacionais. Possibilita contornar a intenção do legislador brasileiro pela via do alargamento do conceito de microrganismo, de modo a abarcar o gene.

⁶² CHARLES, Daniel. **Lords of the Harvest: Biotech, big money and the future of food.** Cambridge : Basic Books, 2002, p. 77-104.

6 O QUE A JURISPRUDÊNCIA INDIANA TEM A NOS ENSEINAR

Uma referência à Índia se fez necessária neste momento.

A Lei de Patentes indiana sofreu emendas em 2002, para atender o Acordo TRIPs⁶³. Com isso, passou a admitir a patenteabilidade de processos microbiológicos. Contudo, manteve restrições semelhantes ao art. 18, III da LPI brasileira. A seção 3(j) da lei indiana prescreve não ser invenção:

plantas e animais no todo ou em qualquer parte, exceto microrganismos, mas incluindo sementes, variedades e espécies e processos essencialmente biológicos para a produção ou propagação de plantas e animais;

O manual do escritório de patente da Índia, na seção 08.03.06.09, esclarece que:

As matérias excluídas sob esta disposição são: (a) plantas no todo ou em parte (b) animais no todo ou em parte (c) sementes (d) variedades e espécies de plantas e animais (e) processos biológicos essenciais para produção ou propagação de plantas e animais. Os microrganismos e processos microbiológicos são patenteáveis. No entanto, um microrganismo descoberto na natureza não é patenteável.

Vê-se, portanto, que há uma convergência da lei brasileira e da lei indiana, no essencial, embora o sistema indiano não tenha, na sua lei de cultivares, uma norma específica impedindo a incidência de outros sistemas de proteção sobre as sementes, como é o caso do art. 2º da LPC brasileira.

⁶³ ASHOK, Arathi. **Plant Patent and Indian IP Regime** (August 10, 2015), p. 11. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3086994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086994>. Acesso em: 12 dez. 2020.

Houve um importante processo envolvendo o algodão transgênico Bollgard II, que usa a tecnologia Bt e envolve o uso do gene Cry2Ab, que garante que a planta produza proteínas com efeito inseticida. Nesse caso, a Alta Corte de Delhi, diferentemente do que fez o STJ no Brasil, seguiu as orientações produzidas pelo laudo pericial. Nesse passo, concluiu que um gene não é um microrganismo e, conseqüentemente, não pode ser patenteado naquele país⁶⁴.

Como consequência, o tribunal considerou inválida uma patente já concedida e que estaria restrita à “sequência de ácido nucleico que é a invenção em questão (o gene Cry2AB)”⁶⁵. Assim, o que foi concedido “não foi a patente sobre um produto, nem mesmo [um] método”⁶⁶. Daí a não validade da patente uma vez que:

- a) Um microrganismo é um ser vivo, não visível a olho nu, como as bactérias, germes e vírus⁶⁷. Os genes, as sequências de ácido nucleico, “não são ‘microrganismos’ e, conseqüentemente, excluídos da cláusula de exclusão na Seção 3 (j)”⁶⁸.
- b) Um gene não tem existência própria. Apenas se torna útil, após introgressão em um determinado local, como a célula de outra espécie⁶⁹.
- c) Se a Monsanto alega que sua patente envolve um microrganismo transgênico, ela deveria, a teor do art. 7º do Tratado de

⁶⁴ ÍNDIA. Alta Corte de Delhi. Processo: **FAO (OS) (COMM) 86/2017, C.M. APPL.14331, 14335, 15669, 17064/2017**. Monsanto vs. Nuziveedu Seeds Ltd. Data de julgamento: 11 abr. 2018. Disponível em: <https://delhihighcourt.nic.in/freetextsearch.asp>. Acesso em: 08 jan 2022.

⁶⁵ ÍNDIA. Alta Corte de Delhi. Processo: **FAO (OS) (COMM) 86/2017, C.M. APPL.14331, 14335, 15669, 17064/2017**. Monsanto vs. Nuziveedu Seeds Ltd., p. 38. Data de julgamento: 11 abr. 2018. Disponível em: <https://delhihighcourt.nic.in/freetextsearch.asp>. Acesso em: 08 jan 2021.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 37-38.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁶⁹ *Ibidem*.

Budapest, ter realizado o depósito do microrganismo respectivo junto a um órgão certificado, além de ter se desincumbido da sua detalhada descrição⁷⁰.

Esta decisão, contudo, não foi confirmada pela Suprema Corte da Índia que, por razões processuais, remeteu os autos de volta à primeira instância⁷¹.

7 JUNTANDO OS FIOS SOLTOS: A REFUTAÇÃO

Assim, indo direito ao ponto, a ter em vista os processos e argumentos examinados ao longo deste trabalho, deve-se perguntar: Estamos obrigados a patentear genes?

Mesmo entre os países desenvolvidos, que admitem a possibilidade do patenteamento de plantas⁷², a questão do patenteamento de genes gera desconforto. Segundo Carpenter:

Muitos países na Europa expressamente ou implicitamente mostraram ceticismo em relação à proteção de patentes de produtos baseadas em informações genéticas, incluindo o Reino Unido, que sustentou que “embora possa ser verdade dizer ... que [o DNA] está ‘no cerne da invenção’, não é a invenção. Uma invenção é um produto ou processo prático, não uma informação sobre o mundo natural⁷³.”

⁷⁰ *Ibidem*, p. 38-39.

⁷¹ ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Case number: C.A. No.-004616-004617 / 2018**. Petitioner Name: Monsanto Technology LLC, p. 9. Respondent Name: Nuziveedu Seeds Ltd. Disponível em: <https://main.sci.gov.in/judgments> Acesso em: 13 jan. 2021.

⁷² Vide, mais uma vez, a Directiva Europeia nº 98/44/CE, Art. 4ª combinado com Art. 3º/2. MARQUES, op. Cit., vol. I, p. 36-37.

⁷³ O autor faz referência ao processo Kirin-Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd, [2004 UKHL 46 (appeal taken from EWCA)]. CARPENTER, Craig C.. Seeds of Doubt: The European Court of Justice’s Decision in Monsanto v. Cefetra and the Effect on European Biotechnology Patent Law. *The International Lawyer*, Vol. 44, No. 4 (WINTER 2010), pp. 1189-1197, p. 1196. Disponível em : <http://www.jstor.org/stable/41806618> Acesso em: 04 dez. 2020.

Naturalmente, o patenteamento de genes tem seus adeptos no Brasil. Um exemplo é o parecer produzido pela Associação Brasileira de Propriedade Industrial (ABPI) a concluir que “efetivamente, há possibilidade de se proteger um gene isolado em face da característica e função que esse poderá exercer”⁷⁴.

A ABPI desenvolve uma argumentação que poderia, com ajustes mínimos, justificar o patenteamento do gene cp4-epsps, utilizado pela Monsanto:

Assim, a regra é que **material biológico deve ser associado a uma função, para ser considerado invenção**. Para requerer a patente de uma determinada sequência genética, a esta se deve associar uma finalidade. Por exemplo: o gene de uma bactéria é isolado da natureza; descobre-se em parte deste a função de resistência a determinada doença de uma planta; esta parte do gene é inserida em uma planta, com a função específica de torná-la resistente a esta doença. O que se protege é a função associada ao material genético. Ou seja, não basta o simples isolamento do material da natureza⁷⁵. (grifo no original)

Ocorre que tal argumentação não parece estar de acordo com o os artigos 10, IX⁷⁶ e 18, III⁷⁷ da LPI. Um gene, ou uma sequência de genes, ainda que isolados do seu ambiente natural, são partes de seres

⁷⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – ABPI. Considerações técnicas no RESP nº 1.610.728/RS (p. 5829-5887), p. 5854. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. DJe 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2020.

⁷⁵ Ibidem, p. 5845-5846.

⁷⁶ Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: (...)IX - 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.

⁷⁷ Art. 18. Não são patenteáveis: III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade

vivos e não são microrganismos. Em sua argumentação, a ABPI usa a doutrina do jurista português J. P. Remédio Marques⁷⁸. Mas este escreveu com os olhos voltados para o direito da União Europeia, onde o art. 9º da Directiva Europeia nº 98/44/CE é mais abrangente do que o Direito brasileiro.

Tal gênero de proposição precisa ser visto com cautela. Pois a patente de um gene, ou uma sequência de gene, poderia levar, em um argumento *ad absurdum*, ao patenteamento de animais e até de seres humanos.

Não de forma direta. A patente não seria de um animal, mas o animal que carregasse aquela sequência genética sofreria as mesmas consequências jurídicas e econômicas que o STJ aplicou às variedades vegetais. Os seus filhotes, ainda que gerados por processo biológico natural, não poderiam ser vendidos sem um teste de transgenia e, em caso positivo, o proprietário estaria forçado a pagar *royalties* à titular da patente do gene⁷⁹. Seria um desvirtuamento da lei brasileira.

Demonstrou-se, na análise do art. 18, III da LPI, essa impossibilidade. Ademais, sobre esse aspecto, há que se referir a Instrução Normativa INPI/PR nº 118 de 1º de dezembro de 2020⁸⁰, que vem a ser a mais nova versão das Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente na Área de Biotecnologia. Em sua seção 4 ela interpreta, com base na LPI,

- novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

⁷⁸ Ibidem, p. 5847.

⁷⁹ E em poucos anos, com os avanços das terapias genéticas em seres humanos, para o tratamento de doenças específicas, estaríamos discutindo se os bebês do paciente deveriam pagar royalties por carregarem sequências genéticas que cumprem a função de evitar determinada doença. Mas, tal tema, foge do presente trabalho e mereceria uma pesquisa aprofundada que não se justifica neste momento.

⁸⁰ INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Instrução Normativa INPI/PR nº 118 de 1º de dezembro de 2020**. Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente na Área de Biotecnologia. RPI nº 2604. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/legislacao/legislacao/InstrucaoNormativa118_DIRPABiotecnologia_01101122.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.

as matérias não incluídas pelo regime de patentes. Além da vedação sobre células e tecidos, a Instrução Normativa reconhece a proibição nos seguintes casos:

- a) “materiais biológicos encontrados na natureza’ englobam o todo ou parte de seres vivos naturais, além de (...) proteínas, DNA, RNA, encontrados na natureza ou ainda que dela isolados, e partes ou fragmentos dos mesmos, assim como, qualquer substância produzida a partir de sistemas biológicos, por exemplo hormônios e outras moléculas secretadas, vírus ou príons. Vale salientar que moléculas sintéticas idênticas ou indistinguíveis de suas contrapartes naturais também estão enquadradas nessa definição”.
- b) “por ‘isolados da natureza’ entende-se toda e qualquer matéria extraída e submetida a um processo de isolamento ou purificação, i.e. que retira do contexto natural”.

Ainda assim, tentativas são feitas para o patenteamento destas matérias, qual se afere do pedido de patente BR 12 2020 022680 3 A2, realizado pela Monsanto Technology LLC em 2017, junto ao INPI. O resumo do pedido descreve: “Molécula de DNA recombinante compreendendo elementos reguladores de planta, método de produção de um produto básico, e usos de uma planta, célula de planta, parte de planta ou semente compreendendo a referida molécula de DNA”. Este pedido mereceu um parecer desfavorável em dezembro de 2020, onde se concluiu que “(...) as células de planta transgênicas, as plantas transgênicas e as sementes solicitadas pelas reivindicações 9 a 14 não são patenteáveis de acordo com o artigo 18 (III) da LPI”. Deste modo “conclui-se que o quadro reivindicatório não preenche as disposições dos artigos 8º, 11, 13, 18 (III), 24 e 25 da LPI”⁸¹.

⁸¹ INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Relatório de Busca do pedido nº BR122020022680-3** Disponível em: <https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/ImagemDocumentoPdfController?CodDiretoria=200&NumeroID=3a8f2a5ce82c4a5b55474cc278ed3f245b3b3aba723c15f96661467f2c602996&certificado=undefin>

O que se pode entender, do art. 18, III, é o seguinte: Se uma empresa retira da bactéria (hipotética) “Bac-A” o gene (hipotético) “Ge-B”, inserindo-o com sucesso na bactéria da espécie “Bac-C”, permitindo que essa transforme carvão em diamantes, ter-se-á um microrganismo geneticamente modificado, passível de gerar uma patente de produto. Mas se ela retira da bactéria da espécie “Bac-A” o gene “Ge-B” e o insere no material de propagação da planta hipotética “Soj-C”, não se terá uma patente de gene e, muito menos, uma patente da planta, segundo a lei brasileira.

Newton Silveira, em conjunto com Clovis Silveira (presidente da comissão de patentes do IBPI⁸²) redigiram um parecer sobre a decisão do STJ no RESP nº 1.610.728/RS e, naquilo que interessa a esta seção, afirmaram:

[...] depreende-se que um gene não é um microrganismo, senão apenas uma parte de um cromossomo, um segmento de DNA, uma sequência de ácidos que contém informação relevante para a hereditariedade.

Depreende-se ainda que os genes engenheirados pela inventividade e intervenção humanas não se enquadram na definição legal de microrganismo transgênico, objeto do artigo 18 da Lei de Propriedade industrial - vigente no Brasil desde 1996 - não sendo portanto possível protegê-los por patente no Brasil, nem que sejam o resultado de um método de produção patentado⁸³.

Esta é a realidade, até que alguém convença o Congresso Nacional a fazer uma lei semelhante a dos países desenvolvidos. E, repita-se,

ed&numeroProcesso=&ipasDoc=undefined&codPedido=1594660 Acesso em: 27 dez. 2020.

⁸² Instituto Brasileiro De Propriedade Intelectual

⁸³ SILVEIRA, Newton; SILVEIRA, Clovis. **Nem a semente da soja nem seu gene engenheirado** são micro-organismos. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/328625/nem-a-semente-da-soja-nem-seu-gene-engenheirado-sao-micro-organismos>. Acesso em: 19 nov. 2020.

o Brasil não está desrespeitando o Acordo TRIPs pois, como se viu, todas estas regras tem origem nos seus dispositivos.

Há quem alegue⁸⁴ ainda que os genes são substâncias químicas e como tal poderiam ser patenteados. Mas se estas ditas substâncias químicas passarão a fazer parte do patrimônio genético de uma planta geneticamente modificada, onde terão uma função essencialmente biológica, tal interpretação da empresa parece equivocada. Máxime quando, a toda evidência, ela acaba sendo uma forma de contornar a proibição da lei brasileira quanto à patente de seres vivos. Pois, na prática, seria esse o efeito. A empresa se veria no direito de cobrar *royalties* de quem quer que – mesmo por uso inocente – viesse a comercializar sementes oriundas de vegetal contendo tal sequência de ácido nucleico.

Em outras palavras, um agricultor brasileiro que tenha adquirido legalmente as suas sementes, pode vender sua produção livremente, assim como reservar sementes para o plantio, sem o pagamento de *royalties* e sem estar ferindo os compromissos internacionais do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, em que pesem as conclusões do STJ, a controvérsia sobre o patenteamento de genes não existe, ou não deveria existir. A legislação brasileira não permite esta proteção, os regulamentos do INPI não o preveem e a OMC não nos obriga.

Os Tribunais precisam vislumbrar o microrganismo não como uma abstração jurídica, mas sim como um ser vivo que, ainda que invisível a olho nu, é por si inteiro. Ele se alimenta, realiza funções fisiológicas, se reproduz e morre. Genes e sequências de DNA são estruturas

⁸⁴ ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Case number: C.A. No.-004616-004617 / 2018**. Petitioner Name: Monsanto Technology LLC, p. 9. Respondent Name: Nuziveedu Seeds Ltd. Disponível em: <https://main.sci.gov.in/judgments>. Acesso em: 13 jan. 2021.

microscópicas, mas não são microrganismos. Como aduziu Newton Silveira e Clovis Silveira, sobre o RESP nº 1.610.728/RS, é “indefensável a posição do TJ/RS e STJ adotada no caso em questão, pois contraria os fatos e a ciência. Mero erro de fato”⁸⁵.

E mesmo que a posição aqui defendida, sobre a natureza do gene, possa vir a ser contestada, deve sê-lo no seio de uma prova pericial, conduzida por especialistas no assunto. Não pode o sistema Direito invadir o sistema Biologia para redefinir o que é gene ou o que é microrganismo.

A confusão que se observa nos processos judiciais é em parte compreensível, já que alguns países desenvolvidos admitem o patenteamento de matérias biológicas. Mas não se pode, por analogia, aproximar aquela realidade para inovar o sistema de PI brasileiro. A realidade nacional está muito mais próxima da Argentina e da Índia do que da União Europeia e dos Estados Unidos. E, a menos que a lei brasileira seja alterada, os genes não podem ser patenteados no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliseu. Nosso problema de difusão de tecnologia. **Revista de Política Agrícola**. Ano XXI – Nº 31 – Jan./Fev./Mar. 2012, p. 3.

ALVES, E.; SOUZA, G. da S. e; ROCHA, D. de P. **Lucratividade da agricultura**. 2012. Disponível em: http://ciflorestas.com.br/arquivos/d_d_d_20534.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020

ASHOK, Arathi. **Plant Patent and Indian IP Regime** (August 10, 2015), p. 11. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3086994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086994>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPs**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

⁸⁵ SILVEIRA; SILVEIRA, Op. cit.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 9.279, de 14 de maio 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). **Recurso Especial nº 1.610.728 – RS**. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. DJe 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia**: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

IACOMINI, Vanessa. Os Direitos de Propriedade Intelectual e a Biotecnologia. In: IACOMINI, Vanessa (org.). **Propriedade Intelectual e Biotecnologia**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

ÍNDIA. Alta Corte de Delhi. Processo: **FAO (OS) (COMM) 86/2017, C.M. APPL.14331, 14335, 15669, 17064/2017**. Monsanto vs. Nuziveedu Seeds Ltd. Data de julgamento: 11 abr. 2018. Disponível em: <https://delhihighcourt.nic.in/freetextsearch.asp>. Acesso em: 08 jan 2022.

ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Case number: C.A. No.-004616-004617 / 2018**. Petitioner Name: Monsanto Technology LLC, p. 9. Respondent Name: Nuziveedu Seeds Ltd. Disponível em: <https://main.sci.gov.in/judgments>. Acesso em: 13 jan. 2021.

ÍNDIA. **Manual of Patent Office Practice and Procedure**, 2010, Office of the Controller General of Patents, Designs & Trade Marks. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/201587>. Acesso em: 25 set. 2020.

LEHFELD, Lucas de Souza. A evolução da biotecnologia no campo e a atuação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança: CTNBio na tutela da Biodiversidade. In: MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MANFIO, Gilson Paulo. **Microbiota**: Avaliação do estado do conhecimento da diversidade biológica do Brasil. Campinas: UNICAMP, 2003.

MARQUES, J. P. Remédio. **Biotechnology(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007^a.

MUKHERJEE, Siddhartha. **O Gene: uma história íntima**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo TRIPs**. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm#5. Acesso em: 13 set. 2022.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). **Propriedade intelectual na agricultura**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila. Das patentes aos royalties: O caso da soja transgênica da Monsanto. **PIDCC**, Aracajú, Ano II, Edição nº 03/2013, p. 001 a 040 Jun/2013. Disponível em: http://pidcc.com.br/artigos/032013/edicao_0301.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

ROWE, 2011, p.865 e SRINIVAS, Krishna Ravi. Intellectual property rights and bio commons: open source and beyond. **International Social Science Journal (ISSJ)**- Vol. 58, No. 188, 2006

SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**. São Paulo: Peirópolis, 2009.

SILVEIRA, Newton; SILVEIRA, Clovis. **Nem a semente da soja nem seu gene engenheirado** são micro-organismos. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/328625/nem-a-semente-da-soja-nem-seu-gene-engenheirado-sao-micro-organismos>. Acesso em: 19 nov. 2020.

SOUZA, Marcos da Cunha e. **A refutação da dupla incidência de direitos da propriedade intelectual sobre cultivares transgênicas frente ao compromisso brasileiro com o Acordo TRIPS**. Tese de doutorado defendida em fevereiro de 2021. Curitiba: PUC/PR, 2021.

SOUZA, Marcos da Cunha e. **A evolução do sistema de patentes sob a ótica da eficiência**. *Ius Gentium*. , v.8, p.177 - 203, 2014. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/112/pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

SOUZA, Marcos da Cunha e; WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biacchi. A propriedade intelectual e a dupla proteção dos vegetais transgênicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 63-100, maio/ago. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C 428/08**. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/. Acesso em: 10 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível N° AC 70049447253**, Data de Julgamento: 24 de setembro de 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 98/44/CE**: proteção jurídica das invenções biotecnológicas. Versão em português. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31998L0044>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Propriedade Intelectual e exportação de soja: reflexões a partir da experiência argentina e brasileira face aos julgados pelas Cortes europeias. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). **Propriedade intelectual na agricultura**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

PORQUE O DOMÍNIO DA INTERNET PELAS BIG TECHS É UM PROBLEMA?

TEREZINHA ALVES BRITO¹

ÉRICO PRADO KLEIN²

RESUMO: Parte-se do pressuposto compartilhado de que as *Big Techs* de fato dominam a internet, mas alguns podem perguntar: e daí? Qual o problema? Trataremos, então, de abordar a problemática que surge a partir da dominância da Web por tais empresas. Para tanto, alguns problemas foram explorados de forma concreta. Respectivamente, os efeitos negativos dos modelos de negócios das superplataformas sobre a (a) privacidade; (b) liberdade e (c) legitimidade democrática. O objetivo é identificar se há problemas nestes aspectos e quais seriam. Trata-se de uma pesquisa básica e teórica, desenvolvida sob o método hipotético-dedutivo a partir do estudo bibliográfico. O referencial teórico reside nos estudos de Shoshana Zuboff, Maurice Stucke, Frank Pasquale e Evgeny Morozov, dentre outros. Em conclusão, o artigo identifica efetivos problemas a partir do domínio exercido pelas *Big Techs*, procurando contribuir para o mapeamento dos prejuízos advindos da manutenção do poder das *Big Techs*, a fim de possibilitar a elaboração de soluções ou medidas paliativas.

Palavras-chave: *Big Techs*; Domínio; Internet.

INTRODUÇÃO

“Dime qué debo cantar

Oh, algoritmo

Sé que lo sabes mejor

Incluso que yo mismo”

Jorge Drexler, Noga Erez, 2022.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR) e do Núcleo de Estudos em Direito Digital (NEDDIG/UFRN).

² Advogado. Mestrando do PPGD/UFPR. Pós Graduado em Direito Processual Civil (Instituto Bacellar) e especializado em Propriedade Intelectual (WIPO). Pesquisador-Sênior do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Professor de Direito da Propriedade Intelectual (FAE).

Porque o domínio da internet pelas *Big Techs* é um problema? Esta foi a pergunta feita a Shoshana Zuboff em uma das várias entrevistas dadas por ela após o lançamento do livro “A Era do Capitalismo de Vigilância” (ROBERTS, Russ, 2022). Já não se discute: hoje as *Big Techs* dominam a internet, levando a reboque os governos e autoridades internacionais, que tentam, em grande parte inutilmente, estabelecer a regulação do setor.

O domínio de apenas algumas grandes empresas sobre o ecossistema digital não é prejudicial ao usuário ou mesmo a sociedade em geral? Tal fato pode ser considerado positivo? É possível que um mercado com alta concentração possa ser um ambiente de respeito à individualidade, à privacidade, às escolhas dos usuários e à democracia como um todo?

São essas algumas das reflexões a serem levantadas e provisoriamente respondidas, afinal, quando se trata de temas envolvendo tecnologia, raramente se pode responder algo de forma definitiva: o contexto muda muito rapidamente, e as empresas dominantes sabem se valer muito bem desta característica do mercado.

As decisões sobre a internet são essenciais, isso porque a virtualização é a essência das mutações atualmente em curso na sociedade. Tende-se a ver a virtualização como algo oposto ao real, mas, para Pierre Lévy, trata-se de uma forma aprofundada da realidade “um modo de ser fecundo e poderoso, que põe em jogo processos de criação, abre futuros, perfura poços de sentido sob a platitude da presença física imediata”. (LEVY, 2003, p. 02)

O esforço social necessário é o de compreensão da virtualização e escolha entre modalidades possíveis do fenômeno, visando torná-lo positivo na história humana. O esforço para compreender o ciberespaço, a virtualização e demais fenômenos digitais que afetam os mais diversos aspectos de nossas vidas e nossas sociedades, demonstra o alto grau de complexidade e mutabilidade da sociedade atual frente a tais elementos.

O poder decorrente do domínio dos dados e das dinâmicas criadas em uma sociedade conduzida por poucas empresas bilionárias e

detentoras de enormes bancos de dados deve ser objeto de políticas públicas igualmente complexas e dedicadas, sob pena de tornar o indivíduo apenas mero espectador, já que a opacidade da forma de funcionamento de tais empresas nem ao menos nos permite a observação consciente sobre a atuação de tais agentes econômicos.

Surge um contexto paradoxal, em várias das interações sociais, de individualismo exacerbado que convive com uma necessidade premente de pertencimento. Há de fato uma transição para o paradigma da tecnologia da informação, em que se passa a desenvolver tecnologias para agir sobre a informação. Os efeitos destas novas tecnologias são altamente penetráveis, influenciando toda a nossa existência individual e coletiva e conformando o mundo à sua lógica. Estruturando os dados nas mais diversas interações sociais e se adaptando constantemente aos desenvolvimentos decorrentes de sua própria complexidade. (CASTELLS, 2005, p. 57)

Todo este processo deve ainda ser desenvolvido procurando manter certa flexibilidade que permita a continuidade da inovação decorrente exatamente dos dados ainda não estruturados, que decorrem da criatividade. Outra característica relevante é o crescimento exponencial desta rede, com o aumento do acúmulo de dados e conexões, tornando praticamente impossível estar fora dela, visto que determinadas oportunidades se encontram apenas neste modelo.

Importante observar, ainda, o fenômeno da datificação, isto é, o fenômeno inserido nesta Sociedade Informacional a partir do qual tudo é visto como dados. Os dados podem explicar tudo, resolver todos os problemas. Os dados são a verdade. No entanto, em uma sociedade expositiva, os dados são mais uma forma de exercer poder do que apresentar a verdade. Os dados trabalham para quem os detém, e não a favor dos cidadãos/usuários, que estão expostos e são dominados neste modelo social. (HARCOURT, 2015, p.25)

O ecossistema digital, que exerce poder a partir do acúmulo e controle de dados, se faz opaco: um poder misterioso. É um poder que molda relações sociais, torna o cidadão mais complacente e mortifica-

do, nos monitora e age sobre nós, devendo ser, portanto, objeto de uma nova arquitetura que verdadeiramente atenda a fins coletivos.

É essencial compreender que a realidade atual nos empurra a uma existência que reformata nossa subjetividade a partir da prospecção e utilização dos dados, mudando todos os aspectos de nossa vida e nos retirando a noção de autocontrole, tornando cada cidadão em apenas um objeto do mercado, sub-repticiamente monitorado e assemelhado a um cidadão encarcerado.

A vigilância e domínio são exercidos majoritariamente pelas grandes empresas do setor digital (*Big Techs*). As soluções, portanto, devem passar pela regulação de quem realmente domina o código formador do ciberespaço.

O ciberespaço é formado e regido por código. Há um paralelo com os códigos de leis que regulam uma sociedade, mas, claro, nos referimos, aqui, a código-fonte, a linguagem da programação. É esta linguagem que rege o ecossistema digital e é ela que dá a tônica a este ambiente, protegendo os valores que forem tidos como importantes para o programador. (LESSIG, 2006, p. 06 e ss.)

A internet afeta a sociedade profundamente, inclusive moldando comportamentos. Ela, que foi inicialmente estruturada por hackers e pesquisadores, agora é construída pelo setor comercial, direcionada prioritariamente à consecução de lucros, mas pode e deve agora ser influenciada pelo governo democrático, imprimindo escolhas coletivas na regulação da internet.

Vê-se a insuficiência de uma ideia de total liberdade na internet, na medida em que, mesmo neste âmbito, o poder não simplesmente desaparece na ausência do estado. Ele é exercido por alguém e é essencial que seja um poder democrático em favor da comunidade, e não um poder individual e centralizado.

É certo que alguma regulação há surgido sobre o tema, mas como destaca Lawrence Lessig, a regulação do ciberespaço depende muito mais da compreensão de sua arquitetura e da implementação de uma

infraestrutura de suporte para a regulação. Mesmo para a construção da legislação, a compreensão da arquitetura é imprescindível. (LESSIG, 2006, p. 32)

Em oposição a uma defesa de que a internet seria livre por natureza, Lessig aponta que ela pode ser regulada e modificada, afinal é formada por código, que pode ser compreendido e alterado para refletir outra realidade. É importante que o cidadão da Sociedade Informacional compreenda a tecnologia ao menos o suficiente para entender sua plasticidade, cabendo aos que dominam a tecnologia nos demonstrar quando ela não puder atender alguma demanda social. (LESSIG, 2006, p. 281 e ss.)

À vista disso, questiona-se: Por que o domínio da internet pelas *Big Techs* é um problema? Tal questionamento foi abordado sob os vieses da **(a)** privacidade; **(b)** liberdade e **(c)** legitimidade democrática, segundo o objetivo geral de identificar se há problemas nestes aspectos e quais seriam.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa básica e teórica, desenvolvida sob o método hipotético-dedutivo por meio do estudo bibliográfico e análise de estatísticas acerca dos fatos. O referencial teórico utilizado residiu nos estudos de vários autores, dentre eles Shoshana Zuboff³, Maurice Stucke⁴, Frank Pasquale⁵ e Evgeny Morozov⁶.

³ Shoshana Zuboff é professora emérita da *Harvard Business School* (EUA), referência nos estudos sobre o modelo capitalista e suas estratégias na Internet, o destaque predominante de sua literatura é o livro *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, lançado em 2018.

⁴ Maurice Stucke é professor de Direito na *University of Tennessee* (EUA), possui diversas obras que tratam sobre plataformas digitais, competição em mercados digitais e sua relação com a privacidade dos indivíduos, sendo, por isso, referência nos estudos das interseções entre *Big Techs* e bem-estar do usuário.

⁵ Frank Pasquale é professor de Direito na *University of Maryland* (EUA), especialista em Inteligência Artificial e aprendizado de máquina, dedicado ao estudo das consequências jurídicas de seu uso e desenvolvimento, seu principal estudo foi materializado na publicação do livro *The Black Box Society*.

⁶ Evgeny Morozov é um pesquisador, formado em administração e economia, dedicado a investigação de direitos humanos e política na dinâmica da internet, especialmente sobre a responsabilidade das empresas nesse sentido, o estudo produ-

1 O DOMÍNIO DAS *BIG TECHS* VIOLA A PRIVACIDADE

A eficiência dos negócios baseados em plataformas digitais depende, atualmente, da exploração da tecnologia *big data* (BASTOS, 2021, p.13). E esta, por sua vez, depende de grande volume e variedade de dados para gerar valor para as plataformas digitais (MONTEIRO, 2017, p. 32-33).

Essa condição resulta na relevância do acesso e detenção de grande volume e variedade de dados para as plataformas digitais, o que incentiva a implementação de estratégias massivas para coleta de dados pessoais. Tais estratégias afetam diretamente a privacidade dos usuários, consumidores no meio digital, que convivem cotidianamente com o mapeamento de suas informações pessoais e comportamentais. Em concreto, pesquisas apontam que de 2019 para 2020 houve um aumento de 72% no uso de *malware* para coletar informações digitais pessoais dos usuários, chegando a quase dois milhões de usuários (KASPERSKY, 2020).

Dessa forma, observa-se a degradação do nível de privacidade dos bens e serviços no meio digital, em prol de maior acesso e exploração de dados pessoais (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 5).

Junto a isso, as denominadas *Big Techs* revelam a alta concentração de mercado no âmbito digital e, ademais, existem evidências de que atuam para prevenir o acesso de concorrentes a dados pessoais e obstaculizar a entrada de novos concorrentes (MONTEIRO, 2017, p. 49; STUCKE; GRUNES, 2016, p. 42).

Em uma situação que só é viabilizada em razão da massiva vigilância do comportamento do usuário e da coleta de seus dados pessoais, os consumidores são direcionados a certas escolhas pelos algoritmos, que operacionalizam estímulos persuasivos e abusivos que influenciam as escolhas do consumidor.

zido pelo autor que possui maior destaque é o livro *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*, publicado no Brasil em 2018.

Para a autora Shoshana Zuboff (2021, p. 72) isso faz parte da nova fronteira da economia de mercado, o capitalismo de vigilância. Um modelo de exploração do capital baseado no rastreamento *online* dos indivíduos, a exercer poder sobre o comportamento humano dentro e fora da internet, por meio da extração massiva de dados e do uso de Inteligência Artificial.

Assim, ainda que haja quem argumente que a extração de valor e poder de mercado encontra-se apenas na capacidade de processamento de dados, isto é, na tecnologia disponível à plataforma, importa destacar que o valor é gerado a partir das informações que tanto possuem importância em si mesmas, quanto fomentam os algoritmos, os quais aprendem e evoluem a partir dos dados que os alimentam.

Por tal razão é que se pode afirmar que *Big Techs* como a IBM, Facebook, Google e Microsoft não seriam alcançadas em eficiência por eventuais concorrentes, mesmo que possuíssem acesso a mesma tecnologia, porquanto o insumo chave são os dados “quanto mais dados, mais oportunidades para experimentar, mais os algoritmos podem aprender”⁷ (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 45).

Nos últimos anos houve uma crescente materialização de ações voltadas às preocupações com a privacidade dos usuários no ambiente digital. Isso pode ser observado a partir da publicação de normas como a *General Data Protection Regulation - GDPR* no contexto europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD no Brasil e os esforços acadêmicos e governamentais para a investigação da relação entre poder de mercado e degradação da privacidade no cenário norte-americano.⁸

⁷ “The more data, the more opportunities to experiment, the more the algorithms can learn”

⁸ A esse respeito podem-se citar dois importantes documentos, o relatório do Stigler Center sobre plataformas digitais, disponíveis em: <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report;> e a investigação sobre competição em mercados digitais produzida pelo Subcomitê sobre Direito Antitruste, Comercial e Administrativo do Judiciário dos Estados Unidos da América, disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campa.

Contudo, uma nova fronteira na exploração da internet desafia essa tendência. O desenvolvimento do Metaverso vem sendo liderado por forte investimento das *Big Techs* a fim de assegurar o domínio e a consolidação da extensão de seus monopólios também para esta nova tecnologia (ACESSNOW, 2021, n.p.). Em razão disso, projeta-se um agravamento do cenário de coleta de dados pessoais e do nível de privacidade do usuário.

A interação na rede por meio da incrementação da realidade estendida acrescenta preocupações quanto aos riscos que a exposição a essas tecnologias no uso cotidiano podem causar para os direitos humanos. O uso de óculos, fones de ouvido e outras tecnologias imersivas podem tornar a coleta de dados ainda mais invasiva e elevarem a vigilância a um nível de onipresença dentro dos lares e em espaços públicos (ACESSNOW, 2021, n.p.).

Quando esse aumento de possibilidades de vigilância está atrelado a um ambiente que está sendo disputado pelas mesmas empresas que dominam atualmente os mercados na *Web*, as projeções para o futuro da internet e da privacidade do consumidor revelam-se nefastas para o desenvolvimento humano.

É patente que os diversos esforços anti-cookies e pelo consentimento para a cessão de dados ainda são insuficientes: os dados dos usuários circulam livremente pelo ecossistema digital. A verdade é que pouco sabemos sobre como eles estão sendo armazenados e como estão sendo tratados, no entanto, efetivamente, eles aparecem em todos os lugares e das formas mais indesejáveis.

Dentre os principais problemas concretos trazidos pela violação da privacidade dos usuários está a publicidade abusiva, especialmente a direcionada a crianças; assim como o uso político abusivo, como se viu no caso *Cambridge Analytica*, além das mais diversas fraudes bancárias e de telecomunicações, que geralmente culminam em golpes financeiros e em perdas concretas para os usuários cujos dados foram vazados. Fica claro, assim, que o modelo de regulação atual permite uma dominância que expõem os usuários a danos concretos.

2 O DOMÍNIO DAS *BIG TECHS* PREJUDICA A LIBERDADE

O controle sobre as informações disponíveis na rede, proporcionam às *Big Techs* um domínio da dinâmica da *Web*, assim como da infraestrutura da rede, que também tem impactos significativos nas escolhas quanto a tráfego de informações e acesso à internet.

A rede mundial de computadores foi idealizada para funcionar como uma infraestrutura de conexão aberta, sem um ente controlador da rede, na qual o acesso e o uso seriam otimizados. Nesse cenário, estaria garantida a formação de mercados descentralizados, caracterizados pela promoção de conectividade, livre fluxo de informação e inovação (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 5).

Contudo, para os autores Ariel Ezrachi e Maurice Stucke (2018, p. 5), o desenvolvimento dos mercados digitais e a evolução do ecossistema da *Web* demonstraram a formação de plataformas dominantes, que perfazem *dadopólios*⁹ (*data-opolies*)¹⁰, os quais causaram, e ainda causam, distorções profundas no funcionamento da rede.

⁹ *Dadopólios* é uma tradução livre para o termo *data-opolies*, cunhado pelo autor Maurice Stucke para descrever empresas que desfrutam de monopólio de dados. Outros autores, como Ana Frazão, traduzem o termo do inglês para o português como *data-opólios*. (FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Revista Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695>. Acesso em: 24 mai. 2022.).

¹⁰ O conceito de *data-opolies* é marca característica da teoria desenvolvida pelo autor Maurice Stucke. Em termos gerais, o autor argumenta que os agentes econômicos podem explorar dados pessoais para obterem poder de mercado em mercados movidos a dados. Assim, os *data-opolies* seriam aqueles agentes que se engajam em estratégias exclusionárias e predatórias em razão de sua vantagem de dados, a fim de preservarem tal vantagem e conquistarem ou protegerem sua posição dominante (STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 277. [livro digital]).

Em realidade, esses agentes econômicos têm utilizado as vantagens advindas de seu poder de mercado para exercer controle sobre o fluxo de informações e de dados na rede, a fim de beneficiarem suas próprias operações. Dessa maneira, a distorcer a dinâmica da *Web* (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 5).

Essa distorção é apontada como fonte de quatro problemas sensíveis para o bem-estar da concorrência e do usuário na internet (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 5-6):

- i) A degradação da qualidade, em razão da alta concentração de mercado, altos custos de troca, baixo nível de privacidade, degeneração dos mecanismos de busca e poucas opções para o usuário;
- ii) A transferência de riquezas dos usuários/consumidores e de outros fornecedores para os dadosólios, o que se dá a partir da geração de valor extraída dos dados coletados dos usuários e de outros fornecedores como fotógrafos, músicos, autores, etc., sem que ambos sejam remunerados pelo fornecimento desses dados;
- iii) A imposição de custos a terceiros, pois o controle sobre plataformas que podem ser tidas como plataformas chave na dinâmica da internet, possibilitam que condutas exclusionárias sejam realizadas a baixo custo. Dentre elas, o favorecimento de anúncios, serviços e produtos da própria plataforma em detrimento do conteúdo de concorrentes que utilizem a plataforma chave para promovê-lo, assim como a intervenção sobre o fluxo de tráfego em benefício da plataforma dominante ou em detrimento de plataformas que contrariem os interesses desta. Isso pode ser realizado, por exemplo, através da desindexação de termos em buscadores e da retirada de aplicativos do catálogo de lojas; e
- iv) O aumento da inovação negativa, a qual, segundo os autores, ocorre quando há inovação, mas o resultado desta vai de en-

contro aos interesses dos consumidores e do mercado, sendo, portanto, prejudicial ao usuário.

Dessa maneira, portanto, as superplataformas que têm dominado a internet, constantemente nominadas como *Big Techs*, afetam sobremaneira o potencial da rede, pois funcionam como *gatekeepers* e influenciam até mesmo o que o usuário vê e clica durante a navegação na *Web*.

No entanto, este não possui ciência do quão significativa são as distorções geradas pelas *Big Techs*, em razão da profunda assimetria informacional que permeia tal relação, assim, mesmo diante de um contexto no qual essas empresas rastreiam e mapeiam o comportamento do usuário, bem como utilizam a interface da plataforma para moldar o ambiente *online*, a relação do usuário com a própria *Web* e suas decisões no ambiente digital, é possível que o usuário acredite ser soberano em suas escolhas *online* (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 6).

Tal panorama resulta na fragilização da autonomia pessoal do consumidor, que tem suas informações pessoais e comportamentais cuidadosamente analisadas em prol do direcionamento de suas escolhas. Isso se deve principalmente à capacidade de predição da Inteligência Artificial, que é ferramenta utilizada em larga escala pelas plataformas digitais para desenvolverem produtos e serviços que tenham garantia prévia de aceitação e consumo pelos usuários (AMARAL, 2020, p. 24).

Quando o uso da IA é elemento cotidiano na vida dos usuários *online*, é possível observar que tal tecnologia é utilizada para prever e determinar as decisões dos indivíduos, que vão desde as mais corriqueiras até aquelas relativas a sua relação com o Estado (DONEDA *et al*, 2018, p. 4). Isso gera riscos e desafios significativos para a autodeterminação humana, pois tem o condão de “induzir a mudanças não planejadas e indesejadas nos comportamentos humanos para acomodar rotinas que facilitam a automação e a vida das pessoas” (DONEDA *et al*, 2018, p. 12).

A esse respeito, Frank Pasquale (2015, p. 59) descreve como os mecanismos de pesquisa afetam a visão que as pessoas possuem da internet e, inclusive, da vida *offline*. A utilização rotineira de buscas *online*

para encontrar respostas sobre relacionamentos amorosos e profissionais, compras, aluguéis, rotas, médicos, candidatos políticos, etc, torna as plataformas digitais guias que influenciam decisões acerca do que fazer, do que não fazer, do que pensar e do que comprar.

A influência das superplataformas geridas pelas *Big Techs* revolucionaram o modo pelo qual o consumidor se relaciona com os fornecedores e ofertantes. O poder de incluir, excluir e ranquear informações, os quais antes estavam sob domínio da grande mídia tradicional que era sujeita a regulação estatal, hoje é parte do controle informacional de superplataformas que tem como base de negócio o uso de algoritmos que ainda não são completamente compreendidos pela sociedade como um todo (PASQUALE, 2015, p. 61).

Junto a isso, tais plataformas beneficiam-se da confiança depositada pelos usuários em seus resultados, não obstante a assimetria informacional existente entre ambos (EPSTEIN, 2018, p. 31). Tal assimetria reside de maneira substancial no modo pelo qual a IA, mais especificamente, os algoritmos, influenciam as tendências na internet e na sociedade por meio do direcionamento das decisões dos usuários. Por tais razões é que em 2012, autores como o historiador George Dyson (2012, p. 370), já afirmava que o “Facebook define quem nós somos, Amazon define o que queremos e Google define o que nós pensamos”¹¹

Para Frank Pasquale (2015, p. 8-9), isso gera uma sociedade de caixa preta (*black box society*), na qual decisões importantes advém da influência de mecanismos ininteligíveis, isto é, onde escolhas são baseadas em orientações de algoritmos acerca dos quais há pouca ou nenhuma transparência. Nesse cenário, não se pode ignorar que outros problemas sensíveis nascem do poder dos algoritmos sobre a sociedade moderna, dentre eles o que ocorre quando a inteligência artificial cria uma realidade que alega apenas prever, de modo a influenciar decisões a partir de resultados falhos (PASQUALE, 2015, p. 217).

¹¹ “Facebook defines who we are, Amazon defines what we want, and Google defines what we think”.

Recente relatório da Deloitte já apontava, por exemplo, que consumidores que passaram pelas redes sociais tem quatro vezes mais chance de gastar mais, ou até significativamente mais em uma compra virtual. Estes mesmos usuários tem 29% mais chance de realizar a compra no mesmo dia da pesquisa (DELLOITE, 2015).

À luz de tal panorama, Shoshana Zuboff (2021, p. 450) descreve como o capitalismo de vigilância é fortalecido pelo poder instrumentário que reduz a liberdade dos indivíduos, determina a divisão da aprendizagem na sociedade e usurpa direitos de resposta relativos a perguntas essenciais. Tal poder instrumentário reside na posse do que a autora denomina de “meios de modificação comportamental”.

Portanto, apesar das promessas de que na era da informação as plataformas digitais promoveriam liberdade e autodeterminação através da internet, em realidade, os métodos de gestão do conhecimento baseados em algoritmos e pouca transparência, apenas reforçam a constituição de assimetria informacional (PASQUALE, 2015, p. 2 e 218).

3 O DOMÍNIO DAS *BIG TECHS* FRAGILIZA A DEMOCRACIA

A história da internet é marcada por seguidos movimentos de nostalgia. Os usuários brincavam: “morte iminente da rede prevista!”. Isso porque as mudanças eram muito rápidas e a internet nunca era a mesma a cada dia. Mas a verdade é que a internet mantém vários traços de sua essência: ela ainda é um espaço aberto, livre e democrático. A presença das *Big Techs*, dentre outras empresas, dá um cunho bastante comercial, mas os espaços ainda estão ali.

Assim sendo, recaem preocupações pelos potenciais futuros da internet, que nunca aconteceram, mas há um potencial político em jogo no ambiente e que está aberto a disputas. Ben Tarnoff destaca tal contexto ao tratar da ideia de privatização da internet, que sucedeu desde a infraestrutura até a superestrutura da rede. Para o autor, a

internet deve ser das pessoas, da sociedade. E poderia ser diferente? (TARNOFF, 2022, p.172, ss.)

São várias as camadas da democracia fragilizadas pelas *Big Techs*, desde os processos democráticos como um todo, até a legitimidade de suas próprias decisões quanto ao futuro da rede.

O poder que as superplataformas podem exercer sobre a tomada de decisões dos usuários se estendem para temáticas ainda mais relevantes para a sociedade como um todo. Essas empresas podem exercer controle sobre as opiniões político-ideológicas e votos em um processo eleitoral.

Nesse sentido, dentre as evidências notáveis pode-se citar o “Efeito da Manipulação dos Motores de Pesquisa” (*The Search Engine Manipulation Effect - SEME*) e o “Efeito das Sugestões de Pesquisa” (*The Search Suggestion Effect - SSE*). Sobre isso, o autor Robert Epstein (2018, p. 31) explica como a confiança que as pessoas possuem em plataformas como a Google faz com que acreditem que os resultados apresentados pela plataforma, especialmente as primeiras no ranking da lista, sejam completamente imparciais, inclusive quando comparados aos conteúdos disponibilizados na televisão ou em jornais.

Dessa forma, quando os eleitores buscam informações sobre candidatos em suas pesquisas *online*, tendem a acreditar que os primeiros resultados apresentados são os mais confiáveis e, portanto, corretos. Assim, quando um candidato é favorecido no ranking da lista do resultado de busca, este se beneficiará de maior confiança dos eleitores e, por isso, terá potencialmente maior preferência na hora do voto (EPSTEIN, 2018, p. 31).

Portanto, essa forte confiança dos usuários nos primeiros resultados apresentados pelos buscadores *online* possuem grande influência sobre o processo decisório. Porém, não apenas esses resultados têm poder de influência, as sugestões de pesquisa também podem ter expressivo e aparentemente despercebido impacto sobre as decisões do usuário, até mesmo sobre a decisão do que buscar na rede.

Segundo Robert Epstein (2018, p. 32) é necessário observar o poder que os mecanismos de busca possuem desde o primeiro caractere que o usuário digita ao iniciar sua busca, a partir das sugestões que apresentam.

Neste sentido, o autor aponta que 20 por cento dos eleitores indecisos, e até 80 por cento deles, em certos grupos demográficos, foram influenciados pelo motor de buscas do *Google* sem que soubessem disso, e sem que quaisquer vestígios fossem deixados para posterior investigação. (EPSTEIN, 2015)

A problemática gerada para a democracia em razão de tais evidências do modo de funcionamento dos mecanismos de busca, bem como da forma pela qual o usuário se relaciona com o *layout* de ranqueamento desses, reside no que leva uma *Big Tech* a incluir, excluir ou ranquear determinado conteúdo.

Quando se sabe que o exercício de privilegiar determinados sites, informações, notícias ou pessoas em detrimento de outras na rede está muitas vezes atrelada aos interesses de anunciantes e, portanto, do tráfego pago na *Web*, há grande risco para o processo eleitoral, bem como para o sistema democrático como um todo. Isso porque, nem sempre o conteúdo que recebe mais financiamento para ser disparado na rede ou ranqueado em posições mais elevadas nos mecanismos de busca beneficia a democracia.

De outro ponto de vista, o autor Evgeny Morozov (2018, p. 139 e 143) descreve como uma política baseada no extrativismo de dados e no uso de Inteligência Artificial é vista por parte do empresariado e de articuladores políticos como solução para a compreensão e regulação do sistema democrático. Contudo, o autor aponta para os riscos que a delegação da política democrática a algoritmos pode causar para a existência da própria democracia.

Nesse aspecto, as *Big Techs*, formadas por empresas que foram geradas principalmente na América do Norte e, mais recentemente, na China, são responsáveis por grande parte do consenso que hoje

existe da utilização de IA na intermediação da sociedade. Essa intermediação, no aspecto eleitoral, é permeada pela disseminação do que se habitou a denominar como *fake news*. Como bem descreve o autor Evgeny Morozov (2018, p. 169), a produção em massa de tais notícias falsas se dá em razão da existência de modelos de negócios, suportados pelas *Big Techs*, que viabilizam e se beneficiam da proliferação paga de informações inverídicas, ainda que isto se dê às custas do sistema democrático.

Nas palavras do autor:

Essas notícias falsas se difundem com tanta rapidez porque é assim que o Facebook e o Twitter ganham dinheiro: uma notícia compartilhada só por algumas pessoas pode até custar dinheiro ao Facebook. Elas somente são lucrativas para a empresa se forem amplamente compartilhadas (MOROZOV, 2018, p. 169)

Para Morozov, enquanto as redes de comunicação dependerem da coleta massiva de dados para fomentarem suas finalidades publicitárias e algorítmicas, a sociedade estará atrelada a um sistema de comunicação prejudicial para a democracia. Por isso, em realidade o que se tem promovido é o fortalecimento das *Big Techs* e de seus modelos de negócio para identificação e distinção entre notícias verdadeiras e falsas, o que reforça a confiança dos usuários nas mesmas plataformas que possibilitam de maneira consciente *fake news* (MOROZOV, 2018, p. 169).

Assim, “os potenciais danos advindos dos dadosólios podem exceder aqueles dos monopólios tradicionais. Eles não afetam apenas os nossos bolsos, mas também nossa privacidade, autonomia, democracia e bem-estar”¹² (EZRACHI; STUCKE, 2016, p. 7 [tradução nossa]).

¹² “it is important to note that the potential harms from data-opolies can exceed those of earlier monopolies. They can affect not only our wallets but our privacy, autonomy, democracy, and well-being”.

CONCLUSÕES

Cada capítulo deste artigo traz uma conclusão igualmente relevante para que se consolide uma visão que envolve a necessidade de uma construção social democrática do ambiente da internet, que seja capaz de afastar o domínio prejudicial da intermediação do uso da internet por apenas poucas empresas de tecnologia. Isso porque, o domínio das *Big Techs* viola a privacidade dos usuários, prejudica a liberdade do indivíduo e fragiliza a democracia.

A vigilância a qual os usuários estão expostos são significativas a ponto de tornar os benefícios recebidos em contrapartida insuficientes para justificar os riscos a que os indivíduos estão submetidos.

O domínio das *Big Techs* prejudica a liberdade, seja em razão da criação de um ambiente que tem severamente prejudicada a concorrência, seja pelos prejuízos causados pelos algoritmos à liberdade do usuário, verifica-se que há prejuízos concretos aos usuários, impactando em qualidade dos serviços oferecidos, possibilidade de escolha, desenvolvimento econômico e social a partir do ciberespaço e na potencialidade de inovação e constituição de uma economia criativa. Além disso.

O domínio das *Big Techs* fragiliza a democracia, uma vez que o modelo de negócio que suporta e alimenta a manutenção da dominância das *Big Techs* é incompatível com a democracia. A lucratividade de tais empresas com a disseminação de *fake news* é o principal fundamento nesse sentido. Outro ponto é a influência exercida sobre as decisões políticas e eleitorais em por meio dos algoritmos dessas empresas, que muitas vezes podem estar atrelados ao tráfego pago. Até mais importante que isso, é o fato de que as decisões impostas pelas empresas no ecossistema digital carecem de legitimidade democrática e nos tornam espectadores passivos de mudanças que dão forma ao nosso futuro.

Portanto, conclui-se que a situação atual de domínio das *Big Techs* causa prejuízos concretos em áreas essenciais da vida na Sociedade

Informacional contemporânea. De modo que se torna necessário que se dedique esforços par a promoção de um ambiente de desenvolvimento, democrático e propenso à inovação na internet.

Ademais, há que se ter em conta que a internet se tornou parte da existência humana e do exercício da vida em sociedade, pois o ser humano contemporâneo não vive sem o ambiente da internet com todas as características aqui delineadas. Se é esta a realidade que se apresenta, não se pode renunciar a que as decisões a serem tomadas para o controle de plataformas digitais sejam construídas coletivamente.

REFERÊNCIAS

ACCESSNOW. **Virtual Worlds, Real People: human rights in the metaverse.** 2021. Disponível em: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/12/Virtual-Worlds-Real-People-1c-1082766984.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

AMARAL, Ricardo Garcia. **Vulnerabilidade Social na Sociedade da Informação: A algoritmização da vida cotidiana e a violação de direitos dos consumidores inseridos no filter bubble.** 2020. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020. Disponível em: http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/7711/1/Ricardo%20Garcia%20Amaral_15.05.2020.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

BASTOS, Camila Sanson Pereira. **Conselho Administrativo de Defesa Econômico - Cadernos do Cade. Mercados de Plataformas Digitais.** 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DREXLER, Jorge. **Tinta y Tiempo.** Oh, algoritmo! (feat. Noga Erez). Sony Music Entertainment España, S.L., 2022. Disponível em: <https://open.spotify.com/track/5HAjAcrI1mrA1PlhKHXJov?si=a5boe94884e84976>. Acesso em: 30 set. 2022.

EPSTEIN, Robert; ROBERTSON, Ronald. **The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections American Institute for Behavioral Research and Technology.** PNAS | Published online August 4, 2015.

Disponível em: www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1419828112. Acesso em: 30 set. 2022.

EPSTEIN, Robert. The unprecedented power of digital platforms to control opinions and votes. In: **Digital Platforms and Concentration: Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago: ProMarket, 2018. Disponível em: <https://www.promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-andConcentration.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. eDistorcions: how data-opolies are dissipating the internet's potential. In: **Digital Platforms and Concentration: Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago: ProMarket, 2018. Disponível em: <https://www.promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-andConcentration.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

DELOITTE. **NAVIGATING THE NEW DIGITAL DIVIDE** Capitalizing on digital influence in retail, 2015. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consumer-business/us-cb-navigating-the-new-digital-divide-051315.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 4, p. 1-17, 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. Acesso em: 06 out. 2022.

DYSON, George. **Turing's Cathedral: the origins of the digital universe**. New York: Pantheon Books, 2012. [livro digital].

HARCOURT, Bernard E. The expository society. In: **Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

KASPERSKY. **International Privacy Day 2020 Kaspersky Report**. 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://media.kasperskydaily.com/wp-content/uploads/sites/92/2020/01/27103216/International-Privacy-Day-2020-Kaspersky-report.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 2003.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva Monteiro. **Big data e concorrência:** uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20312>. Acesso em: 29 jun. 2022.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech:** a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018. 192 p. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5143657/mod_resource/content/1/Big%20Tech.pdf. Acesso em: 01 out. 2022.

PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information.** Cambridge: Harvard University Press, 2015. [livro digital].

ROBERTS, Russ. **Econtalk:** Conversations for the curious. Shoshana Zuboff on Surveillance Capitalism, Jul 2019. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5QCENechbvbBeCYmgbOkUm?si=26a00c9333544bdb>. Acesso em: 30 set. 2022.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy.** Oxford: Oxford University Press, 2016. [livro digital].

TARNOFF, Ben. **Internet for the People.** 1. ed. Nova Iorque: Verso, 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância:** a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. [livro digital].

OS ATIVOS INTELECTUAIS DAS *STARTUPS*: O REGISTRO MARCÁRIO E O AUMENTO DO *VALUATION*

MÉRIAN HELEN KIELBOVICZ¹

LUIZ GONZAGA SILVA ADOLFO²

RESUMO: A pesquisa objetiva estudar os ativos intelectuais, o registro marcário e as *startups*. O problema se apresenta a partir da seguinte indagação: o registro de marca como ativo intelectual aumenta o *valuation* da *startup*? Como hipótese positiva levantada, discorreu-se a respeito do uso do registro de marca, sendo este um ativo intelectual da empresa, como possibilidade de aumentar seu valor de mercado. Neste passo, o estudo buscou demonstrar a importância do registro de marca para o patrimônio intangível da empresa organização, visto que sua regulamentação e manutenção geram valoração para a empresa. Ainda, analisar-se-á a origem e conceitos das *startups*, com foco no cenário brasileiro, o desenvolvimento do tema dos ativos intelectuais, apresentando-se suas características voltadas ao registro marcário. Ao final, concluiu-se que o regular registro de marca e seu monitoramento, junto às *startups*, é uma forma de assegurar o crescimento do patrimônio da empresa por meio dos ativos intelectuais. O objeto de estudo se mostra relevante pela contemporaneidade do tema e por buscar formas de aumentar o *valuation* das *startups* por meio do registro de marca, considerando a criação e proteção de um ativo intangível para o patrimônio

¹ Pós-graduada em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Letras pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Advogada. E-mail: m.kielbovicz@hotmail.com.

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA – Gravataí/RS). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA) e da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS). E-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br.

da empresa. A pesquisa desenvolve-se com o uso da metodologia de abordagem crítico-descritiva de leituras, doutrina, leis e artigos sobre a temática em exame.

Palavras-Chave: Ativos Intelectuais. Direito Marcário. *Startups*.

INTRODUÇÃO

Uma empresa é composta por ativos, tangíveis e intangíveis, que fazem parte do patrimônio da sociedade empresária. Os ativos intangíveis do capital intelectual das organizações dividem-se em: ativos de mercado; ativos humanos; ativos de propriedade intelectual e ativos de infraestrutura. Já os ativos tangíveis correspondem aos bens de propriedade da empresa que são concretos, citem-se os imóveis, máquinas, estoques, entre outros, sendo o objetivo desde trabalho analisar os ativos intelectuais, com enfoque no registro marcário.

A partir do objetivo principal, desenvolveu-se o tema central do presente estudo – a importância dos ativos intelectuais com enfoque no registro de marca –no desenvolvimento das *startups*. O problema da pesquisa se apresenta a partir da seguinte indagação: o registro de marca como ativo intelectual aumenta o *valuation* da *startup*?

Como hipótese positiva levantada, será discutido sobre o registro de marca, e como este corresponde a um ativo intangível da empresa e o seu possível reflexo no aumento do *valuation* da *startup*. Dentre os objetivos, buscar-se-á demonstrar a importância do registro de marca, uma vez que se trata de um ativo intangível da organização, que gera o aumento da sua valoração no mercado. Ainda, será analisada a origem e conceitos das *startups*, com foco no cenário brasileiro, para que se possa, a partir disso, desenvolver o tema dos ativos intelectuais, apresentando suas características no direito marcário.

Ao final, será respondido se ao regularizar e monitorar o registro de marca junto às *startups* seria, então, um meio de assegurar um ativo intelectual da empresa, com a finalidade de aumentar o patrimônio corporativo, e o conseqüente crescimento do seu *valuation*. O

objeto de estudo se justifica pela contemporaneidade do tema e, por examinar formas de aumentar o *valuation* das *startups* com o registro de marca, considerando a criação e proteção de um ativo intangível da corporação.

A metodologia utilizada foi a abordagem crítico-descritiva das leituras, tomando por pressuposto crítico a preponderância e necessidade de regularização dos ativos que compõem o patrimônio da empresa.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DOS ATIVOS INTELECTUAIS

O primeiro tópico terá como foco os fundamentos dos ativos intelectuais, apresentando-se os seus princípios e conceitos sobre o tema. Pontua-se que os ativos intangíveis para as organizações têm como finalidade valorar os fatores de produção e mediação de bens e serviços, razão pela qual surge a necessidade de apresentar os benefícios financeiros e legais da proteção dos ativos intelectuais, assunto que será tratado nos próximos itens, iniciando-se com as propriedades dos ativos intelectuais, para, posteriormente, tratar acerca do registro de marca e sua função como ativo intangível.

1.1 Propriedades dos ativos intelectuais

Com a evolução dos meios de comunicação e o progresso tecnológico, após à Revolução Industrial, passou-se a criar formas intelectuais no ambiente social, resguardando-se aos indivíduos o acesso às obras, exteriorizadas nos mais diversos suportes (FREITAS TENÓRIO FILHO; MALLMANN, 2017). No que se refere aos ativos intangíveis, estes são um bem que a empresa possui, mas que não existe fisicamente. Isto é, os ativos intangíveis são ativos não monetários, identificáveis sem a substância física (LIMA, 2022).

Neste prisma, os ativos intangíveis são conceituados como um conjunto estruturado de conhecimentos, práticas e atitudes da empresa, com o objetivo de contribuir para a formação do *valuation* das organizações (KAYO, 2002). Por isso, faz-se necessária uma proteção efetiva dos ativos intangíveis por meio dos títulos de propriedade industrial, cite-se a título de exemplo, um pedido de patente de invenção ou de registro de marca, razão pela qual, muitas empresas optam por adotar tal prática como estratégia de negócios (SANTOS; FONTANELA, 2014).

Atualmente, as organizações visam a produção de bens intelectuais e/ou industriais, os quais recebem o devido tratamento jurídico (FREITAS TENÓRIO FILHO; MALLMANN, 2017). Assim, os elementos intelectuais que formam as empresas se mostram basilares na estruturação e desenvolvimento no mercado negocial.

E sobre o tema,

constata-se a presença de quatro ativos intangíveis no cerne do capital intelectual das organizações. Os ativos de mercado, representados pelas marcas, clientes, negócios, franquias, dentre outros. Os ativos humanos, os quais representam os benefícios que os colaboradores trazem para as organizações, como decorrência de sua criatividade, conhecimento e habilidade. Os ativos de propriedade intelectual, compreendidos os segredos industriais, as patentes de invenções e modelos de utilidade, os designs, etc. Os ativos de infraestrutura, os quais correspondem às tecnologias, metodologias e sistemas de informação empregados no desempenho da atividade empresarial (FREITAS TENÓRIO FILHO; MALLMANN, 2017, p. 36).

Isto é, os ativos intangíveis do capital intelectual das organizações tornam-se importantes no desempenho da atividade empresarial, desencadeando uma expansão financeiramente mais vantajosa para os negócios, com reflexos positivos para todos os setores da corporação.

Abaixo, colaciona-se uma figura que exemplifica as principais funções dos ativos intangíveis para as organizações:

FIGURA 1: ASPECTOS DOS ATIVOS INTANGÍVEIS

Ativos Intangíveis

São mantidos para uso no curso normal dos negócios e não para investimentos;

Normalmente, possuem uma vida útil maior que um ano;

Geram benefícios econômicos futuros para seus proprietários;

A empresa os identifica e controla.

Fonte: Baseado em Salotti (2019, p. 515).

Com base na figura acima, observa-se que todos os ativos representam elementos relevantes para as empresas, razões pelas quais fomenta-se a inovação no ambiente da sociedade informacional, logo, elevando seu valor de mercado. A ampliação do ativo intangível gera valor à empresa, trazendo-lhes maiores vantagens competitivas (FREITAS TENÓRIO FILHO; MALLMANN, 2017).

A título exemplificativo, destacam-se: os *softwares*, os direitos autorais, as patentes sobre invenções e modelos de utilidade, as marcas, e outros bens. Como explicitado, dentre os elementos reconhecidos, incidem as criações intelectuais, as quais, uma vez produzidas no ambiente empresarial ou relacionadas a ele, merecem a devida proteção jurídica, nos termos da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) (FREITAS TENÓRIO FILHO; MALLMANN, 2017, p. 36).

Posto isto, os ativos intangíveis são vistos como elementos estratégicos para a empresa, tornando-se um diferencial de mercado. Pontua-se que com o ambiente virtual ganhando maior espaço dentro dos negócios, surgem novos ativos intangíveis deste novo ambiente tecnológico, que são tutelados pelo Direito da Propriedade Intelectual

e constituem-se em vantagens competitivas do agente econômico no mercado (WACHOWICZ, 2018).

Portanto, verifica-se que “os ativos intangíveis da empresa atualmente agregam valores significativos, potencializando os fatores de produção e mediação de bens e serviços”. (WACHOWICZ, 2018, p. 266). Por esta razão, deve ocorrer maior conhecimento pelas organizações da importância legal e negocial da proteção dos ativos intelectuais, com a finalidade de que se evite problemas futuros e, ainda, agregue valor para o negócio.

Com base no até aqui apresentado, ressalta-se que o objetivo central deste trabalho será o de discorrer a respeito dos ativos de Propriedade Intelectual, com atenção ao tema do registro marcário, ao se ponderar sobre a valoração dos ativos no patrimônio da empresa. Assim, o próximo tópico tratará com o enfoque no registro de marca como ativo intelectual.

1.2 O registro de marca como ativo intangível

Os ativos intangíveis tem correlação com os ativos tangíveis, em relação à criação de um valor corporativo, isto é, o valor acionário da empresa, tendo reflexos no crescimento do sistema produtivo econômico (SGODA; FREITAG, 2015). Dito isto, ressalta-se a importância dos ativos intangíveis nas organizações que utilizam de mecanismos de proteção jurídica para sustentar a agregação de valor científico e tecnológico de seus produtos e serviços (SANTOS; FONTANELA, 2014).

Adentrando ao tema central deste item, registre-se que a marca é um dos ativos intelectuais da empresa que, de acordo com a lei, trata-se de uma identificação de produtos e serviços por meio de um sinal distintivo, visualmente perceptível que os distinguem uns dos outros. Neste rumo, pontua-se que a marca deve preencher as exigências sem induzir a erro o destinatário do processo de comunicação em que se insere o consumidor (AIRES, 2011).

Essa indução ao engano pelo consumidor, pode ser feita pela semelhança de produtos e serviços das empresas, motivos que ensejam a necessidade de proteger os ativos intangíveis por regimes jurídicos de Propriedade Intelectual alcançando a exclusividade de mercadorias e o diferencial de serviços, como é o caso das marcas (SANTOS; FONTANELA, 2014). Registre-se que as formas pelas quais as marcas se apresentam ao mercado são as mais variadas, podendo ser identificadas mediante etiquetas, rótulos, adesivos, dentre outros, ressaltando-se, ainda, que a marca não precisa necessariamente ser aderente ao produto (AIRES, 2011).

Do mesmo modo que os ativos intangíveis possuem respaldo tangível, as marcas, quando devidamente registradas nos órgãos de proteção à propriedade industrial, também recebem a mesma segurança (SGODA; FREITAG, 2015). Cabe mencionar que o direito de propriedade da marca preexiste ao registro quando houver um uso que preceder ao consequente registro da marca, é o denominado Direito de Precedência, que consiste no direito de impugnar a propriedade da marca até cinco anos depois do registro quando a parte comprovar a anterioridade do uso da marca (AIRES, 2011).

As marcas são classificadas por sua natureza: marca de produto ou serviço, marca coletiva e marca de certificação; e, por suas formas de apresentação: marca nominativa, marca figurativa, marca mista, marca tridimensional e marca de posição.

FIGURA 2: MARCAS QUANTO À SUA NATUREZA



Marca de produto ou serviço é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa (art. 123, inciso I, da LPI).

APROCAN

Marca coletiva é aquela destinada a identificar e distinguir produtos ou serviços provenientes de membros de uma pessoa jurídica representativa de coletividade, de produtos ou serviços iguais, semelhantes ou afins, de procedência diversa (art. 123, inciso III, da LPI).



Marca de certificação é aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas, padrões ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (art. 123, inciso II, da LPI).

Fonte: Manual de Marcas do INPI.

As marcas são uma expressão simbólica de uma entidade, que por meio de sua representação gráfica, tornam-se um símbolo frente aos seus consumidores e concorrentes. Assim, a imagem é associada à sua qualidade, tornando-se ferramenta essencial no plano de marketing e publicidade (SGODA; FREITAG, 2015).

Em relação às formas de apresentação das marcas, a nominativa é o sinal constituído por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto romano, abrangendo também os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos romanos e/ou arábicos, desde que esses elementos não se apresentem sob forma fantasiosa ou figurativa. Já a marca figurativa é o sinal constituído por desenho, imagem, figura e/ou símbolo; qualquer forma fantasiosa ou figurativa de letra ou alga-

rismo isoladamente, ou acompanhado por desenho, imagem, figura ou símbolo; palavras compostas por letras de alfabetos distintos da língua vernácula, tais como hebraico, cirílico, árabe, entre outras; ideogramas, tais como o japonês e o chinês (Manual de Marcas, INPI).

Ademais, a marca mista é o sinal constituído pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou mesmo apenas por elementos nominativos cuja grafia se apresente sob forma fantasiosa ou estilizada. Finalmente, a marca tridimensional é o sinal constituído pela forma plástica distintiva em si, capaz de individualizar os produtos ou serviços a que se aplica (Manual de Marcas, INPI).

Outra distinção que merece ser apresentada é entre Marca de Alto Renome e Marca Notoriamente Conhecida, conforme se observa de forma ilustrativa na figura abaixo:

FIGURA 3: MARCA DE ALTO RENOME X MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA



A marca de alto renome é aquela que alcançou um patamar de autorreconhecimento, é reconhecida no mercado de consumo em geral, possuindo proteção em todos os ramos de atividade, conforme dispõe o Art. 125 da Lei da Propriedade Industrial.



A marca notoriamente conhecida é aquela registrada em outro país e que também possui grande reconhecimento pelos consumidores, porém possui proteção apenas no ramo de sua atuação, conforme dispõe o Art. 126 da Lei n. 9.279/96.

Fonte: SGODA; FREITAG, 2015, p. 11.

O processo de registro de uma marca pode ser realizado por toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeiro, que tem seu início à partir do protocolo junto ao INPI, regido pela Lei n. 9.279/1996. Para que seja concedido o registro, devem ser preenchidos os requisitos legais de originalidade, novidade, licitude, não colidência e que não estejam compreendidas nas proibições legais, como bem dispõe o artigo 122 c/c o artigo 124 da Lei n. 9.279/96 (SGODA; FREITAG, 2015).

O sistema de registro de marca adotado pelo Brasil é atributivo de direito, tendo em sua propriedade e seu uso exclusivo apenas após o registro, validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo território nacional (AIRES, 2011). Observa-se, portanto, que a concessão do registro de marca protege e expande o mercado, tanto em relação aos concorrentes quanto pelos consumidores, razão pela qual tal prática é essencial para uma empresa, de qualquer espécie, inclusive as *startups*, que no terceiro capítulo do presente trabalho, será analisada pontualmente.

2 BREVE PANORAMA A RESPEITO DAS STARTUPS

A terceira parte do estudo tem como proposta delinear a respeito das *startups*, pontuando, inicialmente, sua origem e conceitos envolvidos, para que posteriormente possibilite-se analisar o cenário nacional deste tipo de negócio, que vem adquirindo relevância no mercado mundial e brasileiro.

2.1 Considerações sobre a origem e conceitos das *startups*

Na década de 1990, o modelo de negócio realizado pelas *startups* tornou-se mundialmente conhecido, porém pouco compreendido, visto que se tratava de uma metodologia não ortodoxa conduzida pelos

empreendedores do Vale do Silício, nos Estados Unidos da América, que mais se assemelhava a um experimento científico do que com negócios tradicionais (NORMAND, 2014). O Vale do Silício passou a incluir diferentes culturas, ao estimular empreendedores a iniciar do zero. Com a finalidade de acelerar o processo de inovação e a criação de *startups*, partindo-se dessa perspectiva singular, a Universidade de Stanford criou um parque industrial voltado à tecnologia, tendo a região se tornado um aglomerado de inúmeras empresas de sucesso mundial. (RISCHIONI et al, 2020).

As *startups* são empresas de formato flexível e evoluíram para apresentar uma nova configuração de modelo de negócios e um ambiente de trabalho mais dinâmico, afastando-se da estrutura corporativa tradicional, tendo como filosofia a colaboração, portanto, contrária ao estabelecimento empresarial padrão (SANTOS, 2016). A tendência de criação de *startups* mostra-se cada vez mais em ascensão, principalmente na atualidade global, consequência direta do avanço tecnológico observado no século XXI.

Ou seja, tratam-se de

(...) uma versão menor de uma grande companhia. Uma startup é uma organização temporária em busca de um modelo de negócio escalável, recente e lucrativo. No início, o modelo de negócio de uma *startup* caracteriza-se pela flexibilidade de ideias e posições, mas não tem clientes e nada sabe sobre elas (BLANK; DORF, 2014, p. 48).

Considerando se tratar de uma empresa distinta da tradicional, as *startups* demandam de fluxos contínuos de investimentos, uma vez que na maioria das vezes não possuem recursos próprios para se auto financiarem, sobretudo nos primeiros anos de operação. Ainda, buscam atrair os recursos de investidores, com a finalidade de valorarem o negócio e gerarem novos produtos, frente sua capacidade de inovar (SHANE, 2010).

A *startup* em especial não é apenas uma nova pequena empresa no mercado, ela tem como principal característica uma proposta de inovação, escalável e flexível, que é desenvolvida na maior parte das vezes por uma base tecnológica, com o objetivo de ofertar um novo produto ou serviço que chame a atenção do mercado, esse diferencial é essencial e terá cada vez mais desenvolvimento como passar do tempo. O mundo está passando por uma revolução digital desde 2016, os avanços são extremamente rápidos assim como a necessidade de novos produtos e serviços, e as *startups* devido ao seu modelo de empresa, tem o poder de conseguir responder mais rápido e de forma um pouco mais fácil a essas necessidades (RISCHIONI et al, 2020, p. 21).

O mercado tem repensado a lógica de desenvolvimento das empresas a partir das *startups*, o que modificou a forma como corporações se relacionam ao redor do mundo inteiro. Importante pontuar que a geração Y é considerada o futuro dos negócios sociais, uma vez que não se preocupam somente com o capital, mas também com a impressão que deixarão no mundo (SANTOS, 2016). As *startups* são empresas que fornecem produtos e serviços inovadores e necessários, o que as transformam em um *player* que detêm relevância dentro do mercado, fomentando, desta forma, o desenvolvimento da sociedade (ROCHA; MACHADO, 2018).

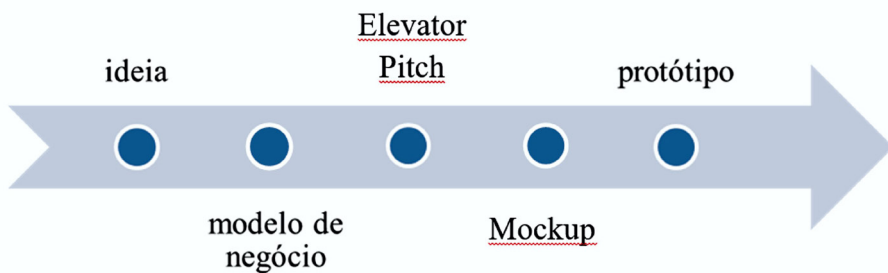
Sobre os reflexos das *startups*, destaca-se que “elas proporcionam amplo leque de oportunidades, empregos e grande diversidade de aprendizado, assim ideias são atualizadas de forma contínua sem limite territorial e de forma transversal.” (RISCHIONI et al, 2020, p. 21). Portanto, forma-se uma nova onda de negócios, mais dinâmica, inovadora, e com ampla possibilidade de crescimento no mercado.

Enquanto pequenas empresas se colocam de forma passiva em relação à demanda, tendo pouco foco no crescimento do negócio e menor ainda em inovação, as *startups* buscam entender de forma completa a demanda, como uma forma mais eficaz de alavancar rapidamente suas receitas e a entrega de valor percebido aos seus clientes e

à sociedade (RAMOS, 2015). Logo, uma *startup* corresponde a uma instituição humana desenvolvida para criar um novo produto ou serviço em condições de extrema incerteza, sejam incertezas mercadológicas, tecnológicas e até jurídicas (RIES, 2012).

A partir do panorama histórico e da apresentação dos conceitos da *startup*, a figura abaixo ilustra a formação desse modelo de negócio:

FIGURA 4: FORMAÇÃO DE UMA STARTUP



Fonte: EXAME, 2010.

As *startups* tratam-se de, portanto, uma combinação de fatores muito peculiares, pois são organizações temporárias, pelo seu próprio potencial promissor - que em algum momento, pelas necessidades inerentes ao negócio, terão que expandir, ou então, por falhar, encerrar o negócio (SANTOS, 2016). Como efeito, as *startups* possuem a tendência de ao longo de seu crescimento, por meio de investimentos externos, expandirem-se.

Frente ao que foi até aqui exposto, observa-se que a sociedade contemporânea está na era do empreendedorismo, de modo que assegurar uma proteção jurídica para o mercado é incentivar a expansão da economia. Com o intuito de compreender ainda mais a respeito das *startups*, o foco do próximo item será o de apresentar o cenário das *startups* no Brasil.

2.2 As startups no cenário brasileiro

Conforme pontuado no item anterior, foi a partir da expansão da internet em 1995 que todos os olhares de investimento se voltaram para o Vale do Silício, momento em que inúmeras empresas escalaram numa velocidade altíssima, tornando-se atrativas para o mercado de investimentos, sendo os Estados Unidos da América o *player* mais maduro do segmento (FALCÃO, 2017).

O Brasil percebeu, frente aos avanços das *startups*, um enorme potencial para fomentar a economia por meio desse modelo de empresa, mas foi somente em 2005 que o país passou a adotar essa tendência da economia mundial, que era baseada em inovação tecnológica, quando ocorreu a venda da Akwan para o Google e, em 2009, com a venda da Buscapé para a Naspers (FALCÃO, 2017).

No cenário atual, as *startups* formam uma boa parte do mercado, gerando renda e desenvolvimento para a sociedade. No Brasil, em 2011 haviam 600 *startups*, fator que se modificou significativamente ao longo dos anos, frente ao avanço tecnológico nacional, tendo o país Brasil alcançado a marca de aproximadamente 13.000 *startups* em 2021, segundo a Associação Brasileira de Startups (ABSTARTUPS, 2014) (DINIZ, 2021).

De 2011 a 2018 o mercado de *startups* no Brasil cresceu de forma ainda mais significativa, conquistando espaço em todo país. De acordo com os dados apresentados pela agência Brasil EBC (2018), a região sudeste vem concentrando a maior número de *startups* no mercado nacional. O Estado de São Paulo aparece no topo do ranking com 41%, Minas Gerais vem em 2º com 12% e o Rio de Janeiro aparece em 3º com 9,7%. Belo Horizonte e Florianópolis também são duas capitais que vem apresentando resultados expressivos (DIONELLO; LANGHI; OKANO, 2020, p. 461).

O aumento das *startups* no mercado Brasil, fez com que no decorrer dos anos as empresas privadas e o Estado brasileiro cria diversos

mecanismos, como a Start-Up Brasil, as aceleradoras privadas e as incubadoras, com o propósito de estimular o desenvolvimento desse modelo de negócio. E, com o crescimento exponencial de *startups* constituídas, ocorreu maior investimento de capital de risco, uma vez que a quantidade de recurso para empresas iniciantes está aumentando por todo o país (FREIRE; SOUSA, 2020).

Registre-se que “as *startups* no Brasil apresentam tendência significativa para novas tecnologias, além do que, essas inovações estão gerando novos postos de trabalho, novas atividades, novas funções, portanto aquecendo a economia no cenário nacional”. (RISCHIONI et al, 2020, p. 24). Verifica-se, sob essa ótica, que o modelo de negócio desenvolvido pelas *startups*, além do expressivo valor financeiro agregado, também se torna uma forma do mercado expandir por meio de inovações e tecnologias.

Com base nos fundamentos até aqui expostos, já se pode constatar a importância do tema em estudo, que irá tratar, no derradeiro tópico, como os ativos intelectuais – neste caso, o registro de marca – podem gerar maior retorno financeiro para *startups*.

3 OS ATIVOS INTELECTUAIS, O REGISTRO DE MARCÁRIO E O RESPECTIVO CRESCIMENTO DO VALUATION DAS STARTUPS

O objetivo do último tópico deste estudo será discorrer a respeito dos ativos intelectuais, pontualmente, o registro marcário, para que, ao final, verifique-se o ganho ou não de *valuation* da empresa, quando da efetiva proteção e monitoramento da marca das empresas, leia-se no presente trabalho, às *startups*.

Percebeu-se, ao longo do tópico sobre as *startups*, que dentre as características basilares na sua estruturação, está a incerteza e o formato flexível. Ou seja, existem diversas fases de planejamento para a consecução da ideia, sendo fundamental, ainda na fase de testes, fir-

mar contrato de acordo sobre titularidade da propriedade intelectual, reconhecendo-se a propriedade sobre tudo relacionado aos testes, até que se confirmem todas as premissas ou não (FALCÃO, 2017).

Destaca-se que as *startups* são empresas que fornecem produtos e serviços únicos e necessários para a sociedade e, de acordo com o Radar Tecnológico, das 2.478 *startups* cadastradas junto à Associação Brasileira de Startups (ABStartups) até maio de 2019, apenas 42% fizeram uso do sistema de Propriedade Intelectual. Por essa razão, a implementação de estímulos para que haja um aumento na busca pela proteção das criações das *startups* por meio da propriedade intelectual se torna de suma importância, considerando que o resguardo desses ativos desencadeia uma maior competição entre essas empresas, tal como a redução de condutas de concorrência desleal (ROCHA, 2018).

As marcas são classificadas como bens intangíveis, pois não são fisicamente palpáveis, mas são dotadas de valor econômico. Isto posto, ter o registro da marca é assegurar que a mesma se torne um bem móvel intangível, nos termos do art. 5º da LPI (Lei de Propriedade Industrial), e pode ser aferido de forma monetária, podendo ser licenciada ou cedida, por exemplo.

A Lei de Propriedade Industrial permite que uma pessoa ou uma empresa obtenha a propriedade de uma marca a fim de evitar a presença, no mercado, de marcas idênticas ou semelhantes que possam confundir o consumidor quanto à origem de um produto ou serviço (JUNGMANN et al., 2010, p. 57).

Neste passo, o uso não autorizado de determinada marca pode ocasionar diversos problemas para a empresa, dentre eles processos judiciais que conseqüentemente levam multas e indenizações e, por fim, a obrigatoriedade de mudança no nome da empresa (BELLÉ; CADORE, 2019). Logo, realizar o investimento para realizar o registro da marca do negócio garante que sejam evitados problemas legais, que podem trazer prejuízos financeiros, tanto pelas as despesas proces-

suais, como também em imputar na necessidade de investimento em um novo *branding* da marca, além de também acarretar em danos à sua imagem com os consumidores.

O conhecimento tem se tornado o fator de produção mais valioso, o que resulta em maior competitividade das empresas. Consequentemente, possíveis vantagens competitivas estão atreladas ao conhecimento que geram, o que reflete diretamente na criação de produtos, serviços, processos, marcas, *softwares*, dentre outros. Como resultado, 92,5% das empresas detêm registro ou pedido de marca, uma vez que o portfólio de ativos intelectuais é parte essencial da estratégia de gestão da propriedade intelectual (ROCHA; MACHADO, 2018). Logo, considerando que o modelo de negócio desenvolvido pelas *startups* é baseado em ideias inovadoras, a ausência do registro pode acarretar no encerramento do empreendimento.

Cabe mencionar que mesmo que por vezes as proteções, como por exemplo, marcas, patentes e *software*, não estejam dentre as prioridades de investimento das *startups*, a negligência desta prática gera grande insegurança jurídica e desvantagem na competitividade (PRYNGLER, 2017). Registre-se, de plano, que os valores pagos para o registro da marca se mostram ínfimos se comparados aos valores agregados no patrimônio da *startup*. Nesse ponto aqui talvez exemplificar melhor qual seria esse valor de forma figurativa. Assim, realizar o registro marcário reflete diretamente no *valuation* da empresa, visto que se trata de um ativo intangível, ou seja, deve ser contabilizado como ativo empresarial, refletindo diretamente na mensuração do valor de mercado de uma *startup*.

Ainda, cite-se que mesmo que a *startup* não tenha o interesse de gerar uma propriedade intelectual, há a possibilidade de que possa ocorrer uma infração no direito de terceiros, e estes poderão impedir qualquer concorrente de colocar suas criações no mercado (SUZUKI, 2017). Neste passo, estimular as *startups* na proteção da Propriedade Intelectual se faz altamente necessário, já que assegurar que os ativos intelectuais somem o negócio frente à competição entre concorrentes,

faz com que exista um acréscimo financeiro e estratégico para a empresa (ROCHA, MACHADO, 2018).

E, se o objetivo principal de qualquer *startup* é desenvolver um produto ou serviço único, escalável e que tenha um custo baixo, atendendo a necessidade encontrada no mercado, mostra-se necessário o registro da marca. Portanto, a propriedade da marca devidamente registrada garante uma segurança e exclusividade para a empresa que a utiliza, possibilitando, desta forma, o crescimento da *startup* e, conseqüentemente de seu *valuation*.

CONCLUSÃO

O estudo teve como premissa apresentar os ativos intelectuais, os quais fazem parte dos ativos intangíveis das empresas, o registro marcário, e ainda, apresentou-se o conceito das *startups*, com ênfase no mercado brasileiro. A partir da pesquisa dos temas citados, desenvolve-se as conclusões com o uso da metodologia de abordagem crítico-descritiva de leituras, doutrina, leis e artigos científicos.

No primeiro tópico discorreu-se sobre os fundamentos dos ativos intelectuais, apresentando-se os seus fundamentos e conceitos. Verificou-se que os ativos intangíveis são de suma importância e estratégicos para as organizações, visto que buscam valorar os fatores de produção e mediação de bens e serviços.

Registre-se que os ativos intangíveis são identificados e controlados pelas empresas, sendo mantidos para uso no curso normal dos negócios e não para investimentos, visto que sua vida útil é normalmente maior que um ano, tendo como finalidade, fazer com que os ativos gerem benefícios econômicos futuros para o negócio. Portanto, constatou-se que os ativos intangíveis são elementos fundamentais para a empresa, tornando-se um diferencial de mercado.

Após a compreensão sobre os ativos intangíveis, foram tratados sob o enfoque o registro de marca, que corresponde a um dos ativos

intelectuais da empresa. De acordo com a lei, esta classe de ativos visa identificar produtos e serviços por meio de um sinal distintivo, visualmente perceptível que os distingue uns dos outros. Observou-se que as formas pelas quais as marcas se apresentam ao mercado são inúmeras, razão pela qual as marcas devem ser registradas nos órgãos de proteção à propriedade industrial, com o objetivo de se tornarem protegidas, frente aos concorrentes, e sendo conhecidas, pelos consumidores. Assim, tendo em vista o sistema de registro de marca adotado pelo Brasil, atributivo de direito, a propriedade e uso exclusivo da marca ocorre apenas após o registro, validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo território nacional.

Adentrando ao tema das *startups*, a terceira parte do trabalho tratou do panorama geral desse modelo do negócio, que passou a ter notoriedade mundial na década de 1990, tratando-se de um modelo de negócios fora dos padrões tradicionais do mercado. Destacou-se, a partir disso, que as *startups* são empresas de formato flexível e apresentarem uma nova configuração de negócios e um ambiente de trabalho mais dinâmico.

Essa distintividade fez com que o mercado repensasse a lógica de desenvolvimento das empresas, desencadeando também uma mudança na forma de se relacionar corporativamente ao redor do global. Dito isto, as *startups* são conceituadas como empresas que fornecem produtos e serviços inovadores e necessários, o que as transforma em um *player* que detêm importância dentro do mercado, fomentando, desta forma, o desenvolvimento da sociedade.

O Brasil, nessa esteira, percebeu um enorme potencial para estimular a economia por meio desse modelo de empresa, tendo no cenário atual, mais de 13.000 *startups* no território nacional. Neste passo, as *startups* se tornaram uma verdadeira tendência para as novas tecnologias, uma vez que possuem em seu cerne a criação de inovações para o mercado, o que as confere potencial para expansão mundial.

Finalmente, o quarto e último tópico do estudo abordou os ativos intelectuais, pontualmente, o registro de marca, e seus reflexos positivos para o aumento do *valuation* da empresa, quando da efetiva proteção e monitoramento da marca das corporações. Desta forma, verificou-se que o uso não autorizado de determinada marca pode ocasionar diversos empecilhos para empresas, inclusive na seara judicial, constatando-se, a partir disso, que realizar o investimento para o registro da marca garante que sejam evitadas questões que acarretam prejuízos financeiros, uma vez que os valores pagos para o registro da marca se mostram ínfimos se comparados aos valores agregados no patrimônio da *startup*.

Assim, realizar o registro da marca reflete diretamente na valorização da empresa, visto que se trata de um ativo intangível, isto é, deve ser contabilizado como ativo empresarial, refletindo diretamente na mensuração do valor de mercado de uma *startup*. Constatou-se, portanto, ao longo do estudo, a importância do registro da marca, com o objetivo de contribuir para o *valuation* das *startups*, de modo a propiciar segurança e solidez, e, com isso, contribuir para o desenvolvimento dessas empresas diante do mercado.

REFERÊNCIAS

AIRES, Guilherme Machado. O conceito de marca e sua proteção jurídica. **Revista CEPPG** – N° 25 – 2/2011, p. 115-129.

BELLÉ, Leonecir Andrade; CADORE, Charleston. Riscos e vantagens do registro de marca: estudo em uma empresa do agronegócio no sudoeste do Paraná. **Revista Panorâmica**, v. 27, p. 161-178, 2019.

BLANK, S. Why companies are not startups. Disponível em: <http://steveblank.com/2014/03/04/whycompanies-are-not-startups/>. Acesso em: 22 set. 2022.

DINIZ, Danieal Maffessoni Passinato. O que muda com o marco legal das startups? **Migalhas**. 30/09/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/352498/o-quemuda-com-o-marco-legal-das-startups>. Acesso em: 3 set. 2022.

DIONELLO, Roberta; LANGHI, Celi; OKANO, Marcelo T. Educação profissional para Startups: uma reflexão sobre o impacto do desenvolvimento de competências empreendedoras para o amadurecimento do ecossistema de Startups no Brasil. **South American Development Society Journal**, v. 05, p. 456-480, 2020.

BRASIL. **Ministério da Economia. Instituto Nacional da Propriedade Industrial.** Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar n.º 182, de 1 de junho de 2021.** Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp182.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

EXAME (2010) - **O que é uma Startup?** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/oque-e-uma-startup/>. Acesso em: 10 set. 2022.

FALCÃO, João Pontual de Arruda. **Startups Law Brasil:** o Direito brasileiro rege mas desconhece as startups. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

FREIRE, João Mateus Silva Pinheiro; SOUSA, Vanessa de Lima Marques Santiago. Inclusão social através das startups e sua regulamentação no direito brasileiro. **Revista Controle**, v. 18, p. 384-405, 2020.

FREITAS TENÓRIO FILHO, Geraldo Magela; MALLMANN, Querino. A proteção do trabalho intelectual como bem jurídico valorado pela empresa. **Revista de Propriedade Intelectual - direito contemporâneo e constituição**, v. 11, p. 21-42, 2017.

JUNGMANN, Diana de Mello et al. **Inovação e propriedade intelectual:** guia para docente. Brasília: SENAI, 2010. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia_docente_iel-senai-e-inpi.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

KAYO, Eduardo Kazuo. **A estrutura de capital e o risco das empresas tangível e intangível-intensivas**: uma contribuição ao estudo da valoração de empresas. Tese (Doutorado em Administração) - FEA/USP, 2002.

LIMA, Yuri. **Você sabe o que é Ativo Intangível?** Entenda quanto vale sua plataforma, 2022. Disponível em: <https://conube.com.br/blog/o-que-e-ativo-intangivel/#:~:text=Ativo%20intang%C3%ADvel%20nada%20mais%20%C3%A9,circulante%2%80%9D%2C%20dentro%20do%20ativo>. Acesso em: 06 set. 2022.

Manual de Marcas: Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas – INPI, 3ª edição (out/2019); 5ª revisão (fev/2022).

NORMAND, Romuald. Mercado, performance, accountability: duas décadas de retórica reaccionária na educação. **Revista Lusófona de Educação**, Lisboa, 2014.

PRYNGLER, N.. Um panorama sobre os desafios do empreendedor brasileiro. In: **Inovação no Brasil**: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017. p. 242-262.

RAMOS, Pedro de Alencar. **O Desenvolvimento de Startups**: Um estudo de caso em uma empresa de alimentação. Rio de Janeiro, 2015.

RIES, Eric. **A startup enxuta**. São Paulo. Saraiva, 2012.

RISCHIONI et al. Startup: tendência de negócio no Brasil. **Refas - Revista Fatec Zona Sul**, v. 7, p. 19-36, 2020.

ROCHA, Bekembauer Procópio; MACHADO, Gláucio José Couri. **Gestão da Propriedade Intelectual em startups fintech brasileiras**. In: IX ISTI ? IX *International Symposium on Technological Innovation*, 2018, Aracaju - SE.

SALOTTI, Bruno Meirelles et al. **Contabilidade financeira**. [e-book]. São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, Iara Rodrigues dos. **O lado jurídico das startups**: empreendedorismo, inovação e responsabilidade social. 2016. 46f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2016.

SANTOS, Maria Isabel Araújo Silva dos; FONTANELA, Cristiani. **A Proteção dos Ativos Intangíveis em Organizações de Inovação Aberta**. In: *Conpedi/Ufpb*. (Org.). 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 143-158.

SGODA, Charllinne; FREITAG, Viviane da Costa. Percepções sobre o Registro da Marca. In: ADMpg Congresso Internacional de Administração, 2015, Ponta Grossa. **Tecnologia e o Impacto nas Organizações**. Ponta Grossa, 2015. p. 1-12.

SHANE, Scott. ***The illusions of entrepreneurship: The costly myths that entrepreneurs, investors, and policy makers live by***. New Haven, CT: Yale University Press, 2010.

SUZUKI, H. **Inovação, patentes e informações tecnológicas**: o que todo mentor, empreendedor e investidor deveria saber. Inovativa Brasil, 5 out. 2017. Disponível em: <https://www.inovativabrasil.com.br/inovacao-patentes-startup/>. Acesso em: 20 set. 2022.

WACHOWICZ, Marcos. Os ativos intangíveis da empresa: as tutela jurídica das novas tecnologias e know-how. In: Carlos Henrique Abrão, Luiz Edson Fachin, Rubens Edmundo Requião. (Org.). **O moderno direito empresarial do século XXI**. 1ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 1, p. 234-267.

REALIZAÇÃO:



PATROCINADORES:



APOIO:



MINISTÉRIO DA
CIDADANIA

